

# PAUTA

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



## MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

No. 71 agosto 2014

No. 71 agosto 2014

### ICC México PAUTA

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

#### Directora responsable de PAUTA

Lic. Laura Altamirano López

#### Consejo Editorial

#### Presidente ICC México

Lic. María Fernanda Garza Merodio

#### Vicepresidentes ICC México

Dr. Claus von Wobeser.

Lic. Rodrigo Quintana Kawage

Dr. Pedro Aspe Armella

#### Tesorero ICC México

Lic. José Manuel Suárez Carrillo

#### Directora General ICC México

Lic. Yesica González Pérez

#### Directoras de Comisiones y Eventos

Lic. Berenice Alcalá Carrera

Lic. Laura Altamirano López

(Editor responsable de **PAUTA**)

#### Coordinación de Medios y Comunicación

Lic. Alexandra Ellis Icaza

#### Creación en formato electrónico

Lic. Sergio Ernesto Dávila Salazar

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

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

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

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5 Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.

Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628

Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo Número 04 - 2009 - 071614425400 - 203 Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: [www.iccmex.org.mx](http://www.iccmex.org.mx)

e-mail: [ygonzalez@iccmex.org.mx](mailto:ygonzalez@iccmex.org.mx); [laltamirano@iccmex.org.mx](mailto:laltamirano@iccmex.org.mx)

# ÍNDICE

Carta del Presidente >

Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial y un estudio Comparativo (Resumen de Tesis) >

Angélica Huacuja García

Lugar sede del Arbitraje >

Adriana Rosas Pérez

El juez competente para designar un árbitro en un procedimiento arbitral, cuando no hay sede arbitral >

Alejandro Flores Patiño

El orden público dentro del procedimiento arbitral ICC >

Andrea Obregón Widmer

El procedimiento arbitral >

Carlos A. Gabuardi

La fijación de la Litis en el procedimiento arbitral comercial >

Eduardo Rocha Núñez

Alcance y Efectos del Acuerdo Arbitral en México >

Fernando Pérez Lozada

Condiciones Subyacentes a la Interpretación del Consentimiento en los Arbitrajes Multiparte >

Fernando Potes González

El negocio de la justicia >

Jorge Ogarrío Kalb

Árbitro de cabecera >

Jorge Ogarrío Kalb

Contratos Administrativos y Arbitraje en México >

Julieta Ovalle Piedra

Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial y un estudio Comparativo (Tesis Completa)

Angélica Huacuja García

Desde nuestra fundación en 1919, en la International Chamber of Commerce (ICC) hemos tenido la visión de promover el comercio internacional y la inversión como vehículos para lograr la paz y la prosperidad de las naciones. Sin embargo nuestros fundadores, -los mercaderes de la paz-, fueron desde un inicio conscientes de que no había perfección absoluta en los negocios internacionales y que podrían surgir diferencias entre los empresarios, de ahí que en 1923 se decide crear una institución, dentro de la propia ICC, que ofreciera soluciones a las controversias que pudieran surgir; así se establece nuestra Corte Internacional de Arbitraje.

Desde entonces, la ICC es líder mundial en la solución de controversias. La Corte es reconocida globalmente por su efectividad, neutralidad y eficiencia, habiendo administrado más de 19 mil casos, con la participación de partes y árbitros de más de 200 países y territorios. Solo en el año 2013, nuestro país participó con 47 partes mexicanas en procedimientos arbitrales, siendo en nueve ocasiones país sede y habiendo designado 31 árbitros mexicanos.

Fieles a nuestro mandato, en ICC México tenemos la firme convicción de que los medios alternativos de solución de controversias brindan certidumbre jurídica a los empresarios que buscan diversos mercados para invertir, pues les ofrecen acceso a la justicia y les brindan herramientas de negociación para resolver conflictos de una forma más efectiva.

Para nuestra Institución, los medios alternativos de solución de controversias son esenciales en los negocios internacionales, por lo que a través de nuestra Comisión de Arbitraje y ADR (Solución Amistosa de Disputas), hemos promovido diversas actividades que tienen como propósito difundir estas herramientas.

Pauta 71 es un claro ejemplo de nuestro interés en dar a conocer los beneficios de los medios alternativos para resolver conflictos, por lo que compartimos con ustedes artículos realizados por miembros de la Comisión de Arbitraje, alumnos destacados de nuestros diplomados, así como la tesis ganadora del II Concurso Iberoamericano de Tesis en Arbitraje, realizada por Angélica Huacuja García.

Confiamos que estos artículos sean de su interés, y los invitamos a participar activamente en los trabajos, proyectos y comisiones de ICC México.

Saludos cordiales,



**María Fernanda Garza Merodio**  
Presidente



Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México)

Centro de Arbitraje de México (CAM)

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú)

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Y

Centro Internacional para la Resolución de Disputas

FELICITAN A LA

# Licenciada en Derecho Angélica Huacuja García

Por haber sido la ganadora del Primer lugar del

## II CONCURSO IBEROAMERICANO DE TESIS EN ARBITRAJE

2012/2013

Con la tesis intitulada: "Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial y un Estudio Comparativo"

Noviembre 2013



## Angélica Huacuja García



Angélica Huacuja García nació en México, Distrito Federal. Es Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, obtuvo el título en 2013.

La licenciada Huacuja participó en 2008, 2009 y 2010, en el concurso de arbitraje internacional Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, en Vienna, Austria, como miembro del equipo representativo de la Facultad de Derecho de la UNAM.

De 2009 a 2013 trabajó en el área de arbitraje comercial y litigio, de la oficina de México de Chadbourne & Parke, y actualmente es asociada en Hogan Lovells y miembro del equipo de Arbitraje Comercial Internacional y de Litigio de dicha firma.

Durante los últimos 25 años, el mundo del arbitraje ha desarrollado diversos cambios, con los que ha crecido la necesidad de solicitar el otorgamiento de medidas cautelares durante el procedimiento arbitral.

Lo anterior obedece, en cierta medida, a los avances tecnológicos y a la globalización, que permiten que los bienes y la información puedan ser movilizadas de un país a otro en cuestión de horas. Por lo mismo, debido a la facilidad con que hoy en día las partes pueden disponer de sus bienes, es cada vez más importante que dentro del procedimiento arbitral sea posible y eficaz el otorgamiento de medidas cautelares. Esperar a que se resuelva definitivamente la controversia, sin el otorgamiento de medidas cautelares, podría resultar en la falta de bienes suficientes para ejecutar el laudo o en un daño irreparable. Además, debido a que en los últimos 20 años ha incrementado considerablemente el uso y la confianza en el arbitraje, la exigencia de las partes para que el procedimiento arbitral cumpla con sus estándares ha aumentado.

El presente trabajo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional tiene como objetivo hacer un estudio sobre la importancia de las medidas cautelares dentro del procedimiento arbitral, a la luz del principal ordenamiento internacional en materia de arbitraje comercial (Ley Modelo de UNCITRAL), de la Ley Mexicana de Arbitraje (contenida en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio) y de uno de los principales reglamentos de arbitraje (el Reglamento CCI).

En este sentido, el presente trabajo analiza de forma general los elementos y características más importantes del arbitraje comercial. Posteriormente, se estudian las medidas

# MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL Y UN ESTUDIO COMPARATIVO (RESUMEN DE TESIS)

cautelares en general y su importancia dentro del procedimiento arbitral. Para finalizar, se analizan los tres cuerpos normativos señalados anteriormente, los cuales reflejan la regulación de las medidas cautelares a nivel internacional, nacional y en el acuerdo de las partes.

Con lo anterior, esta investigación, entre otras cosas, busca (i) determinar si las medidas cautelares son necesarias en el arbitraje comercial y (ii) si la regulación de las mismas es uniforme y, finalmente, (iii) identificar cuáles son los cambios más importantes que dichas regulaciones han sufrido en materia de medidas cautelares, así como sus consecuencias prácticas.

## Adriana Rosas Pérez

Ex alumna del XXI Diplomado de Arbitraje de ICC México – Escuela Libre de Derecho



¿Qué se entiende por lugar de arbitraje?

Como punto de partida cabe señalar que, por lugar de arbitraje hay que entender que es el sitio donde se va desarrollar el mismo, el emplazamiento concreto donde se llevara a cabo el procedimiento arbitral<sup>1</sup>. No obstante, igualmente se debe subrayar que este lugar también incluirá el sitio donde con posterioridad se dictara el laudo, pudiendo incluso llegar a presumirse que el mismo fue emitido en dicho lugar, si previamente no se hubiera acordado nada al respecto.

La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral, previa consulta con aquellas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado.

<sup>1</sup> Holtzmann, H. y Neuhaus J.E; A Guide to the *Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1989, p.596.

El tribunal arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado, lo anterior de acuerdo al artículo 18 del reglamento de Arbitraje la Corte de Arbitraje de la ICC, dicho reglamento vigente a partir del 2012 es aplicable en cualquier lugar del mundo.

Se debe de tomar en cuenta para escoger el lugar sede del arbitraje un lugar que tenga una ley apropiada para el Arbitraje Comercial Internacional.

Es importante considerar que la ley del lugar escogido para el arbitraje permita o establezca el recurso de apelación en contra del laudo y/o las diversas resoluciones que se dicten durante el procedimiento arbitral.

Existen diversos factores a considerar para la elección del lugar sede:

- intervenciones políticas en el arbitraje.
- Requisitos rigurosos establecidos de manera obligatoria por la ley que hacen posible un arbitraje.

Estos entre otros factores se deben de tomar en cuenta para la elección de la sede arbitral, a lo largo de este trabajo hablaremos más a fondo del tema.

La sede del arbitraje no tiene por qué coincidir con la sede de la institución administradora del mismo, si nos hallamos ante un arbitraje institucional.



La elección de la sede supone consecuencias cruciales para el desarrollo del arbitraje y para la propia viabilidad del laudo arbitral, por lo que va mucho más allá de la ubicación física en que se llevará a cabo.

El gran margen de maniobra que las legislaciones nacionales y las reglamentaciones arbitrales adjudican a los árbitros para desarrollar las audiencias no es el factor esencial, sino que existen otras consideraciones más relevantes, la determinación de ley rectora del procedimiento y de las normas de base que van a determinar la validez a lo actuado por los árbitros y las relaciones entre los árbitros y los jueces.

No es casual que las partes quieran conducir el arbitraje hacia aquellas sedes donde sus leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales se encuentran dispuestos a asistirlos y les garanticen interferir lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

En las controversias de orden interno las partes intervinientes se encuentran limitadas para la elección de foros disponibles, pero esta situación varía sustancialmente cuando estas derivan de negocios transnacionales.

La autonomía de la voluntad proyectada en la cláusula compromisoria puede determinar el sometimiento al arbitraje de cualquier cuestión: la ley aplicable al fondo y al procedimiento; el idioma o idiomas que se utilizarán; el plazo; el nombre del o de los árbitros o de la institución administradora o la manera de determinarlo; la forma de contribuir a las costas, la limitación de eventuales recursos, etc..

En este contexto se sitúa también la libertad de las partes en la determinación del lugar del arbitraje, sin que, prima facie, pueda incidir en tal elección ningún condicionamiento de carácter material como la nacionalidad de las partes o la conexión del litigio con el Estado escogido.

Dicha libertad puede manifestarse en el acuerdo expreso o implícito de las partes o en la adopción de un determinado reglamento de arbitraje que prevea tal circunstancia.

Si la sede no está convenientemente fijada en el convenio arbitral es frecuente que existan importantes desavenencias entre las partes para su determinación, resolviéndose esta cuestión por el propio tribunal arbitral o, en su caso, por la institución administradora del arbitraje si así está previsto en el correspondiente Reglamento.

Otros Reglamentos establecen una suerte de «sede interina» hasta que exista un pronunciamiento definitivo por parte del tribunal arbitral una vez constituido; así el art. 13.1º Reglamento AAA declara que si las partes no se ponen de acuerdo con respecto al lugar del arbitraje, la propia AAA «podrá inicialmente determinar el lugar del arbitraje, sujeto a la facultad del tribunal de determinar finalmente el lugar del arbitraje dentro de los sesenta días después de su constitución.

Dichas determinaciones se harán tomando en cuenta los argumentos de las partes y las circunstancias del arbitraje. Por último, un tercer bloque de reglas fija, en ausencia de designación expresa, la sede de la propia institución arbitral.

La determinación del lugar del arbitraje por los propios árbitros se recoge en art. 20.1º Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, un precepto con evidente proyección en América Latina, incluyendo Perú: “Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje”.

En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes» y un tenor similar figura en algunos Reglamentos de arbitraje del hemisferio.

El primer supuesto, “circunstancias del caso”, nos conduce a elementos de carácter pragmático tales como la proximidad de las partes y del tribunal arbitral al lugar elegido o la necesidad de practicar en él pruebas sustanciales como inspecciones oculares o pruebas testificales; la conveniencia de abaratar los costes y de evitar desplazamientos innecesarios de los miembros del tribunal, de los abogados de las partes y de los testigos juega como elemento determinante en múltiples ocasiones; y a ello cabe añadir la garantía de la efectividad posterior del resultado del procedimiento arbitral.

La regla general de que las partes determinan libremente de manera conjunta la sede del arbitraje, ofrece algunas excepciones. Ciertas modalidades de arbitraje limitan esta acción de la autonomía de la voluntad, por ejemplo, el art. 22.5º del Convenio de las NU sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 («Reglas de Hamburgo») fija una serie de reglas para la fijación de la sede

arbitral a elección del demandante considerando que las mismas forman parte del compromiso arbitral declarando nula y sin efecto cualquier estipulación incompatible con tales reglas.

Asimismo no todos los Reglamentos de arbitraje permiten normalmente a las partes convenir el lugar del arbitraje. Algunas instituciones arbitrales exigen que todo arbitraje que ellas administren se realice en un lugar determinado, normalmente la sede de la institución. De este modo, la voluntad de las partes puede estar mediatizada por factores exógenos a la hora de elegir una determinada sede del arbitraje.

Esta limitación se observa también en determinadas modalidades de arbitraje, como el arbitraje marítimo, donde la elección de la sede se vincula a la sede de instituciones de arbitraje especialmente aptas para resolver la controversia.

En la actualidad es prácticamente imposible encontrar un contrato de fletamento (*charter parties*), por viaje (*voyage*), por tiempo (*time charter*) y casco desnudo (*bareboat charter parties*) que no incluya cláusulas de arbitraje, pero también figuran en otros importantes instrumentos de la contratación marítima como conocimientos de embarque (*bills of lading*) y también pueden resolver controversias surgidas en los contratos de compra o venta de embarcaciones y mercancías, contratos para la construcción y reparación de embarcaciones, contratos de suministro gubernamental y contratos de servicio y de travesía.

La eficacia de estas cláusulas se han visto confirmado a partir de 1995 cuando el Tribunal

Supremo de los EEUU consideró como válida una cláusula arbitral extranjera contenida en un conocimiento de embarque regulado por la *Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)*.

La trayectoria apuntada que pone de manifiesto cómo los operadores jurídicos en este sector prefiere que sus controversias sean resueltas por un árbitro especializado en la materia que por un juez estatal.

Y a ello debe añadirse que en este concreto sector la mayor parte de las controversias ofrecen una marcada nota de internacional que aconseja el recurso a un árbitro neutral e independiente de las partes que desarrolle su función dentro de una institución arbitral acreditada como la *London Maritime Arbitrators Association (LMAA)*<sup>19</sup>, sin duda la institución mundial que lidera esta materia, la *Chambre Arbitrale Maritime à Paris (CAMP)*<sup>20</sup>, o la referida *Society of Maritime Arbitrators of New York (SMA)*; entre otras entidades dedicadas específicamente al arbitraje marítimo internacional que conforman un complejo entramado del que es muy difícil prescindir.

Pero estos factores no son exclusivos pese a su extraordinaria importancia. Plazas como Londres o Nueva York constituyen centros especialmente aptos para el arbitraje por el activo papel que desempeñan los expertos en arbitraje marítimo y organizaciones marítimas de la importancia del *Lloyds of London*, del *Institut of Chartered Shipbrokers*, del *Lloyd's Register of Shipping*, etc.

El lugar donde se localizan las actuaciones arbitrales no impide que estas puedan dispersarse

geográficamente atendiendo para ello a razones de economía procesal y de conducir el procedimiento arbitral de manera más eficiente y menos costosa.

Por lo general resulta más económico el desplazamiento del tribunal arbitral y de los representantes de las partes a una localidad concreta para proceder, por ejemplo, a recibir el testimonio de los testigos o el resultado de una pericia que desplazar a un gran número de personas a la sede del arbitraje para efectuar dichas funciones.

Pero también ese desplazamiento puede obedecer a la puesta en marcha de determinada actuación procesal como, por ejemplo, la ejecución de una inspección ocular de instalaciones, mercancías, u otros bienes o documentos.

Esta movilidad que se confiere al tribunal arbitral compensa en gran parte las limitaciones que atañen al procedimiento arbitral respecto del jurisdiccional en lo que concierne a la cooperación judicial internacional.

Usualmente las audiencias y reuniones se llevan a cabo en el lugar del arbitraje, aunque pueden celebrarse en un lugar distinto. La selección de determinado lugar para realizar las actuaciones arbitrales crea un vínculo entre el arbitraje y una sede específica, pero esto no significa que todas las actividades del arbitraje deban celebrarse allí.

La generalidad de los Reglamentos de Arbitraje regula esta facultad discrecional del tribunal arbitral en función de las circunstancias del

arbitraje, cuya finalidad, es permitir que las actuaciones arbitrales se realicen de la forma más eficiente y económica. Además de la recopilación de pruebas en un sitio diferente de la sede del arbitraje, también puede resultar conveniente llevar a cabo otras actividades.

Dentro de esta movilidad el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976 establece ciertas matizaciones.

Distingue al efecto entre la posibilidad de celebrar reuniones y oír testigos en cualquier lugar que el tribunal arbitral estime conveniente atendiendo a las circunstancias del arbitraje (art. 16.2º) y la eventualidad de inspeccionar mercancías y otros bienes o documentos, en cuyo caso, también es libre dicho tribunal de reunirse en cualquier lugar, aunque para ello deberá notificar a las partes con suficiente antelación para permitir su asistencia a tales inspecciones (art. 16.2º).

Lo que no es opcional es el lugar donde el laudo debe dictarse, que debe corresponder siempre al lugar del arbitraje (art. 16.3º).

Estas previsiones tienen suma importancia para América Latina por reproducirse el art. 16 RAU en el Reglamento de la CIAC.

En estas posibilidades abundan numerosos reglamentos de arbitraje en el sentido de permitir al tribunal arbitral celebrar reuniones en un lugar distinto del lugar del arbitraje con ciertas reservas.

Por ejemplo, el art. 14 Reglamento CCI distingue entre el lugar las deliberaciones del tribunal arbitral, que no están sometido a ninguna restricción y las audiencias y reuniones que pueden celebrarse en lugar distinto a la sede del arbitraje y estas previsiones son seguidas en la generalidad de los Reglamentos arbitrales de América Latina.

Puede resultar peligroso en determinados supuestos otorgar al tribunal arbitral un derecho ilimitado de acordar la celebración de reuniones en cualquier lugar que estime conveniente.

Debe tenerse presente que la sede del arbitraje tiene consecuencias durante el procedimiento, pero también en la fase post-arbitral, de manera que la celebración de reuniones, siquiera sea con carácter fortuito, puede suponer que el arbitraje se vincule a un ordenamiento que las partes no quisieron ni previeron. El asunto *Hiscox / Outhwaite* suscitado ante la Queen's Bench Division inglesa en 1991 es ilustrativo de las grandes complicaciones que pueden surgir cuando los árbitros desplazan injustificadamente la sede arbitral.

A esto responde que los actos que integran el procedimiento arbitral se desarrollen en el lugar designado por las partes o, en caso de necesidad, con conocimiento y aceptación por ambas del traslado.

El lugar del arbitraje es, además, un factor para que éste sea considerado internacional y ello es así si el lugar pactado en el acuerdo de arbitraje está situado fuera del Estado en el que las partes tienen su establecimiento.

La relevancia el carácter internacional de un arbitraje se acrecienta debido a que, en algunos sistemas la legislación aplicable al arbitraje internacional difiere de la aplicable al arbitraje interno que suele no ser tan flexible al establecer muchas veces restricciones improcedentes cuando el juicio de árbitros posee carácter transfronterizo.

También determina el lugar del arbitraje la nacionalidad del laudo, lo cual es del todo relevante a la hora de solicitar su reconocimiento y ejecución; por ejemplo, el reconocimiento y ejecución de un laudo puede ser denegado en el supuesto de que el acuerdo de arbitraje no sea válido, de conformidad con la ley del lugar en que se dictó el laudo; por otra parte, en algunos Estados el lugar en que el laudo ha sido dictado determinará su ejecutabilidad, ya que hay sistemas que sólo ejecutan laudos que han sido dictados en determinados Estados.

Los operadores jurídicos transnacionales que acuden al arbitraje pretenden resolver sus controversias en un marco apacible, de plena libertad y de asegurada confidencialidad pero no pueden obviar la necesaria supervisión de los tribunales estatales; asimismo, acuden a sedes encuentren situadas en un Estado que les garantice la ejecución de las decisiones arbitrales mediante el cumplimiento de convenciones internacionales.

La noción de sede en el arbitraje internacional designa, por lo general, un lugar en donde se efectúan de manera concreta las operaciones materiales del procedimiento arbitral como la audiencia de las partes, las pruebas testificales o la firma del laudo arbitral.

Mas tal designación entraña unas consecuencias jurídicas de mayor entidad, pues es el resultado de la elección realizada por las partes como manifestación de su autonomía de la voluntad.

Y aunque en la mayoría de los casos las dos acepciones se confunden es factible hallar una disociación entre ambas localizaciones en la medida en que los aspectos de ejecución material se efectúan en otro lugar que este designado por las partes o por los árbitros como la sede del arbitraje.

En tales casos, la doctrina y la jurisprudencia atienden exclusivamente al resultado de la designación efectuada por las partes.

La selección de determinado lugar como sede del arbitraje crea, en efecto, un vínculo entre el arbitraje y dicho lugar, pero esto no significa que todas las actividades del arbitraje deban celebrarse allí; la finalidad de esta facultad discrecional prevista en la generalidad de los Reglamentos de Arbitraje, es permitir que las actuaciones arbitrales se realicen de la forma más eficiente y económica.

Por razones de conveniencia, el tribunal arbitral puede escuchar a algunos testigos en donde residen, dependiendo del número y de su ubicación, en vez de convocarlos al lugar del arbitraje; o alguna de las partes puede solicitar al tribunal arbitral que realice determinadas inspecciones oculares en un lugar distinto de la sede del arbitraje; y, aparte de la referida recopilación de pruebas en un sitio diferente del lugar del arbitraje, también puede resultar conveniente llevar a cabo allí otras actividades arbitrales.

Por ejemplo, si el tribunal arbitral y los representantes de las partes se han trasladado a un Estado para escuchar a varios testigos suele resultar de utilidad aprovechar la presencia de todos los participantes para escuchar también allí, las alegaciones orales.

Finalmente, en lo que concierne a las deliberaciones del tribunal arbitral, éstas pueden realizarse en cualquier lugar; es más, los miembros no están obligados a reunirse físicamente, pudiendo deliberar telefónicamente o por correo electrónico o en casos más complejos.

Por descontado la sede de la institución administradora del arbitraje es totalmente independiente de la sede del arbitraje.

En general muchos Estados no son sedes habituales de arbitrajes internacionales por la ausencia de colaboración de sus tribunales con los árbitros. Es una opción lícita en cualquier ordenamiento, pero siempre que responda a la realidad.

Los Estados no tienen por qué sumarse a la línea legislativa que se aprecia en muchos sistemas, ni establecer cánones maximalistas de internacionalidad o nacionalidad. Sin embargo, esta opción abierta a los legisladores nacionales no debe confundirse con la incorrecta aplicación de normas a causa de una actitud de desconfianza hacia el arbitraje.

Si las bases de la institución están asentadas por la ratificación de instrumentos internacionales, no hay razón alguna, es obvio, que para obtener un adecuado cauce de tramitación se les ofrezca el adecuado cauce de aplicación.

No pocos Estados han emprendido la reforma de sus normas sobre arbitraje comercial internacional, con el propósito de convertir sus territorios en sedes seguras para la institución dentro del fenómeno altamente competitivo.

Uno de los factores que cercenaban el desarrollo del arbitraje comercial en el área era la falta de promoción de un número considerable de procesos arbitrales en sedes arbitrales latinoamericana pues las leyes de arbitrajes no ofrecían garantías suficientes de rapidez, flexibilidad y certeza para las partes.

No obstante en América Latina se observa un considerable avance del arbitraje incluso en aquellos sistemas estatales donde ha habido una hostilidad a la institución que no sólo es fruto de un periodo periclitado, sino que ha conservado una cierta continuidad. Han tenido que superarse una serie de reticencias de origen histórico y que apuntan a otro tipo de arbitrajes distintos de los comerciales, pero que han sido asociados a éstos.

Puede afirmarse que hasta principios de los años noventa del pasado siglo, los Estados de América Latina habían sido reticentes a adoptar los diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos, y principalmente al arbitraje debido a la percepción de que estos eran utilizados como mecanismos de dominación por parte de los intereses foráneos; y a ello debe añadirse las malas experiencias en los arbitrajes de Derecho internacional público y la omnipresencia del Estado. La consecuencia fue un fuerte proteccionismo comercial que hasta bien entrada la década de los ochenta imperó en la región.

Por eso, el uso del arbitraje internacional en el hemisferio se ha incrementado decisivamente, todavía y existen Estados donde ha habido un notable avance aunque aún quede mucho camino por recorrer. En los años conclusivos del siglo la institución arbitral era conocida, reglamentada en la totalidad de los países latinoamericanos aunque a partir de reglamentaciones anticuadas, que descansaban, principalmente, en los Códigos civiles, de comercio y de procedimiento civil.

Con posterioridad, al lado de importantes reformas legislativas que han conseguido un importante florecimiento de unificación en el subcontinente y de correctos desarrollos jurisprudenciales, se registró también una mayor especialización de los árbitros inscrita dentro de una cultura arbitral que se extiende a los abogados y a los jueces.

Una vez que en América latina se estableció la estructura necesaria para el desarrollo del arbitraje comercial los Estados del área comenzaron a incorporarse a tratados internacionales y redactar una legislación interna adecuada.

Y a ello contribuyó un interés empresarial basado en que ambas acciones tendrían como virtud proponer en sus acuerdos arbitrales a su propio Estado como sede de futuros arbitrajes. La adopción de leyes modernas de arbitraje fue sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover una cultura favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales.

Desde la concreta perspectiva del control judicial del laudo la mayor libertad se reconduce a una limitación en cuanto a los medios de impugnación contra el laudo; late en esta tendencia el objetivo jurídico del mínimo control. De hecho parece existir una relación directa entre el desarrollo del arbitraje internacional en un Estado y la flexibilización de lo que se entiende por mínimo tolerable a efectos de control y sumar su legislación arbitral al movimiento contemporáneo favorable al arbitraje comercial internacional.

El hecho de que este proceso de implementación de leyes especiales relativas al arbitraje comercial, y en muchos casos de descodificación de la regulación que antes existía sobre el arbitraje en los códigos procesales nacionales, se haya comenzado a gestar hacia principios de la década de los noventa no ha sido casualidad.

Evidentemente una serie de factores económicos y políticos tuvieron una influencia crucial en el cambio de actitud de los gobiernos locales de dicho período que, convencidos de las ventajas de este mecanismo de arreglo de controversias, vieron como un paso necesario la adopción de leyes locales modernas sobre la materia. Pero, desde un punto de vista puramente legal, se produjo a mediados de los ochenta un hito único en el campo del arbitraje comercial internacional que, sin duda, fue determinante para que los gobiernos pudieran responder con éxito a tal desafío: la adopción de la Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional por parte de las Naciones Unidas.

De hecho, en más de diez Estados latinoamericanos se introdujeron nuevas leyes sobre la materia y otros modificaron su propia regulación existente sobre arbitraje.

En todo caso no puede dejarse de lado una nota de competitividad en el área con una clara tendencia hacia la constitución de sedes arbitrales que protagonicen los litigios mercantiles que afectan al hemisferio, pues no en vano, los principales arbitrajes comerciales internacionales se han realizado y se realizan en Nueva York, Londres y París a partir del protagonismo de instituciones consolidadas en el panorama internacional como la Asociación Americana de Arbitraje; la Corte Londinense de Arbitraje Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, respectivamente.

Pero últimamente Miami ha desarrollado una fuerte promoción para que empresas de América Latina realicen sus arbitrajes en esa ciudad, con el estímulo de que éstos podrán efectuarse en castellano y algo similar está aconteciendo en otras plazas en el subcontinente y en Madrid.

Si alguna de las partes insiste en designar como sede a un Estado de la Región, el escogido por excelencia resulta ser México y otros posibles elegidos, aunque con dificultades por razones de estabilidad política y económica, son Perú y Colombia. Chile y Argentina no eran escogidos bajo ningún concepto, por no contar con una ley de arbitraje internacional.

Aunque el lugar donde se desarrolla el arbitraje en ningún caso puede asimilarse al foro del árbitro, la sede del tribunal arbitral sigue ocupando por el momento un papel importante, hasta el punto que su determinación suele estar guiada por las concepciones del Derecho y jurisprudencia nacional respecto al arbitraje.

Dicha determinación entraña, en efecto, consecuencias tan relevantes como la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral y de la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional a las que se une la verificación de la arbitrabilidad de la materia. Si bien por el momento no cabe hablar propiamente de «anacionalidad», la neutralidad que proporciona el arbitraje, a partir del protagonismo jurídico de la sede donde se desarrolla, constituye un elemento psicológico de extraordinaria importancia en favor del juicio de árbitros.

La posibilidad de poder encontrar la solución del litigio en lo que se ha venido en llamar «un terreno neutral» debe, irrefutablemente, ser tenido muy en cuenta entre las ventajas que ofrece el arbitraje comercial internacional. Por eso una de las razones que han impulsado el desarrollo vertiginoso de este mecanismo de arreglo de controversias es la presencia de unas instancias mucho más neutrales que los tribunales ordinarios para la solución de los conflictos que se generan de la contratación internacional en un marco y espíritu de ecuanimidad al margen de los valores existentes en una determinada comunidad nacional, sino con arreglo a los diarios criterios de los hombres de negocios en cuya ambientación se celebró y debió ejecutarse un compromiso contractual.

De esta suerte, el arbitraje puede desarrollarse en cualquier Estado, en cualquier lengua y puede ser dirigido por árbitros de cualquier nacionalidad. Una flexibilidad que permite, a la postre, el desarrollo de un procedimiento en el que una de las partes no esté en situación de privilegio respecto de la otra.



### **Bibliografía:**

Centro de Comercio Internacional (CAM), Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias-Como solucionar las controversias mercantiles internacionales, México, D. F., 2003.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y Jorge Alberto Silva Silva, “Derecho Internacional Privado” Parte Especial, 2000, México, ed. Oxford.

CONTRERAS VACA, Francisco José; “Derecho Internacional Privado” Parte General, 3ra edición, UNAM, México, ed. Oxford.

LEGISLACIÓN. Código de Comercio Vigente en la Nación. LEGISLACIÓN. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel; “La Constitución del Tribunal arbitral”. UNAM, México 1977. Ed. Oxford.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, Derecho Internacional PRIVADO, T. II, Graficas Yagues, Madrid, 1973.

SANTOS BELANDRO, Rubén, Arbitraje Comercial Internacional, 3ra. Edición, México 2000. Ed. Oxford.

[http://eprints.ucm.es/9267/1/DETERMINACION\\_DEL\\_LUGAR\\_DEL\\_ARBITRAJE.pdf](http://eprints.ucm.es/9267/1/DETERMINACION_DEL_LUGAR_DEL_ARBITRAJE.pdf)

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/130/art/art6.pdf>

[http://eprints.ucm.es/6965/1/REDI\\_ANACIONALIDAD\\_Y\\_DESLOCALIZACION.pdf](http://eprints.ucm.es/6965/1/REDI_ANACIONALIDAD_Y_DESLOCALIZACION.pdf)

**Nota.** Trabajo Final de acreditación del Diplomado de Arbitraje. Revisado por Lic. Eduardo Magallón Gómez.

**Alejandro Flores Patiño**

Asociado del despacho Loperena, Lerch y Martín del Campo



## I. La Problemática

### 1. La designación del tribunal arbitral

La falta de acuerdo de las partes para designar al tribunal arbitral es “el talón de Aquiles” del arbitraje<sup>1</sup>, o al menos era hasta antes de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (Ley Modelo). En la actualidad, en general, la designación de un árbitro en un procedimiento arbitral comercial internacional, más allá del factor tiempo que puede tomar, no resulta ser un obstáculo que impida la continuación del procedimiento. En efecto, las legislaciones desarrolladas en materia de arbitraje consagran la voluntad de las partes como primer elemento a considerar para la designación de un árbitro. Ya sea mediante la elección de un reglamento

<sup>1</sup> Fouchard, Philippe, Gaillard, Emmanuel y Goldman, Berthold, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 1999, p.484.

de arbitraje, o ya sea mediante la designación de un procedimiento especial, el procedimiento preferente para designar a un árbitro es el elegido por las partes<sup>2</sup>.

Sin embargo, es posible que, no obstante el respeto y consideración de la legislación arbitral a la voluntad de las partes, existan escenarios atribuibles (i) al acuerdo de arbitraje (omisión de las partes en seleccionar un procedimiento para designar el tribunal arbitral y patología del acuerdo de arbitraje, por ejemplo), o (ii) atribuibles a una de las partes (no participación en la constitución del tribunal arbitral), o (iii) al propio árbitro (no aceptación de una designación) que representan obstáculos para la designación del tribunal arbitral y, en consecuencia, la asistencia de un tercero es necesaria para sortear tales obstáculos.

En las hipótesis referidas, no existe realmente una problemática cuando se trata de un arbitraje

<sup>2</sup> Aunque no es tema central de este ensayo, vale la pena señalar que la libertad de las partes para nombrar al tribunal arbitral no es ilimitada ya que evidentemente se corre el riesgo que una parte fuerte imponga a la débil algún procedimiento de designación del tribunal arbitral que fuera desventajoso para esta última. Al respecto, ver: Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Stefan M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2003, pp. 252-253. Ese es el caso que se encuentra regulado en artículo 1457, I, d) del Código de Comercio: “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 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; ...”

institucional<sup>3</sup>. En efecto, en estos casos la institución administradora, como una de sus principales funciones, asiste a las partes en la constitución del tribunal arbitral. El problema en los arbitrajes institucionales surge cuando la institución administradora de arbitraje ha desaparecido o simplemente es omisa en sus funciones y no designa al tribunal arbitral. Una situación similar se presenta en los arbitrajes *ad hoc*<sup>4</sup> en los que, habiendo designado institución nominadora, ésta no hubiere designado el tribunal arbitral o en los casos en que, por causas atribuibles al acuerdo de arbitraje o a la conducta de una de las partes, no sea posible constituir el tribunal arbitral. En esos casos, con la finalidad de hacer posible la implementación del acuerdo arbitral, los tribunales estatales intervienen para designar al tribunal arbitral<sup>5</sup>.

Actualmente, en general, las legislaciones de arbitraje conciben, de manera uniforme, la designación del tribunal arbitral por juez como un mecanismo subsidiario, disponible cuando las partes no han convenido un procedimiento de designación, o bien, el elegido no resulta funcional<sup>6</sup>. En esa uniformidad, es posible

<sup>3</sup> Arbitraje institucional es aquél en el que las partes han solicitado a una institución especializada, y ésta ha aceptado, la prestación de sus servicios profesionales para realizar ciertas funciones administrativas durante el procedimiento arbitral. El alcance y contenido de los servicios prestados varía de institución a institución.

<sup>4</sup> Un arbitraje *ad hoc* es aquél en el que no interviene una institución administradora de arbitraje.

<sup>5</sup> Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Stefan M. Kröll, op. cit., p. 368.

<sup>6</sup> Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2009, p. 1419.

identificar en las legislaciones nacionales de arbitraje las condiciones a considerarse cuando un juez interviene en un procedimiento arbitral para designar al tribunal: la oportunidad de la intervención y la competencia del juez.

Por lo que hace a la primera, en las legislaciones desarrolladas de arbitraje, se puede observar que las intervenciones limitadas de un juez en el arbitraje, salvo ciertos casos<sup>7</sup>, no pueden llevarse a cabo en cualquier momento del procedimiento arbitral. La regla general que se observa es que se excluye la intervención de los tribunales estatales en donde no está explícitamente permitida<sup>8</sup>. Esta afirmación puede derivarse del principio general de renuncia de derechos consagrado en la mayoría de las legislaciones modernas de arbitraje, y de las disposiciones especiales de cada legislación en la que se establecen plazos o momentos procesales específicos para ejercer un determinado derecho.

En relación con el tema de competencia, prácticamente existe unanimidad de criterio al respecto: salvo casos específicos, el juez competente para intervenir en torno a un arbitraje, incluso antes de iniciado y después de concluido, es el juez competente de la sede del arbitraje. Es posible afirmar que, en términos de derecho internacional privado, materialmente se trata de una regla material de competencia. En efecto, no obstante que no existe una convención

<sup>7</sup> La asistencia del juez para la producción de pruebas, otorgamiento de medidas cautelares y ejecución y reconocimiento de laudo.

<sup>8</sup> Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Stefan M. Kröll, op. cit., p. 359.

internacional que regule la determinación del juez competente para intervenir en un arbitraje<sup>9</sup>, la generalidad de las legislaciones modernas de arbitraje, ya sea que se trate de la Ley Modelo adoptada (y adaptada) en la legislación local<sup>10</sup>, ya sea que se trate de una legislación local de arbitraje inspirada en la referida ley modelo<sup>11</sup>, o ya sea que se trate de una legislación no inspirada en la Ley Modelo<sup>12</sup>, el criterio es coincidente: el juez competente de la sede de arbitraje es el competente para intervenir en torno a un arbitraje.

## 2. Importancia de la sede del arbitraje.

La sede o lugar del arbitraje actualmente admite dos acepciones: una territorial y otra jurídica<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Council Regulation (EC) 44/2001 (que prevalece y deroga para los estados firmantes de tal reglamento a la Convención de Bruselas).

<sup>10</sup> Por ejemplo: (Canadian) *Commercial Arbitration Act* (Ley de Arbitraje Comercial de Canadá - traducción libre del autor), (Ley) num. 19.971 (de Chile) sobre Arbitraje Comercial Internacional, y la Nueva Ley Peruana de Arbitraje de 2008 (basada en la Ley Modelo de la CNUDMI con enmiendas adoptadas en 2006).

<sup>11</sup> Arbitration Act 1996 (La Ley de Arbitraje de Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte).

<sup>12</sup> *Code de Procédure Civile*. Código de Procedimientos Civiles (de Francia) (traducción libre del autor).

<sup>13</sup> Bajo una perspectiva diferente, el autor Thomas Clay considera que hay dos concepciones de la sede arbitral: una territorialista, por la que se le atribuya una relevancia a la sede y otra universalista, por la que se considera a la sede como uno más de los parámetros que existen en el arbitraje. Ver: Clay, Thomas, *La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional ¿es todavía relevante?*, en Mantilla-Serrano, Fernando, *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Legis Editores, S.A. de C.V., Colombia, 2007, p. 193.

Por lo que hace a la primera, ésta se refiere al lugar físico en donde se desarrolla un arbitraje; por lo que hace a la segunda, ésta es definida como el vínculo jurídico que une a los árbitros y a las partes, por un lado, con los tribunales estatales de una jurisdicción y la ley de arbitraje, por el otro<sup>14</sup>. Actualmente, el enfoque jurídico es el comúnmente aceptado. En términos generales, la sede de arbitraje juega un doble papel fundamental: determina el ámbito de aplicación de la ley de arbitraje y determina la competencia del juzgador (asentado en la sede de arbitraje) para, en general, supervisar y asistir en los arbitrajes cuya sede coincida con la jurisdicción (ámbito territorial) de dicho juzgador<sup>15</sup>. Ahora bien, la doctrina afirma que la relación existente entre la sede arbitral, por un lado, y la ley de arbitraje y los tribunales estatales del lugar de la sede, por el otro, es obligatoria<sup>16</sup>, lo que implica que partes y árbitro no puedan sustraerse de las disposiciones imperativas de la ley de arbitraje y que dicha relación sea un factor determinante en la competencia de los tribunales estatales del lugar de la sede<sup>17</sup>. Por lo tanto, cuando se haya de recurrir a los tribunales estatales para que éstos intervengan a fin de cooperar en el desarrollo de un arbitraje (producción de pruebas, por ejemplo) o para que supervisen y controlen el desarrollo de un arbitraje (substanciación de recusación de un árbitro o nulidad de un laudo), el juez

<sup>14</sup> Poudret, Jean-Francois y Besson, Sebastian, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2nd. ed, 2007, p. 101

<sup>15</sup> Ibidem, p. 86

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> Idem.

competente será, por regla general, el juez de la sede arbitral<sup>18</sup>. Por lo anterior, la sede de arbitraje aporta previsibilidad, en términos generales, evita conflictos de competencia de jueces y, particularmente, tiene una importancia clave cuando el arbitraje “no funciona correctamente, caso en el cual la ayuda de la jurisdicción estatal es necesaria”<sup>19</sup>.

### 3. A falta de sede, ¿cuál es el juez competente? (la “Problemática”)

Sin embargo, el desarrollo de un arbitraje puede verse seriamente afectado cuando concurren una serie de circunstancias: (i) no hay sede arbitral, (ii) se trata de un procedimiento *ad hoc* o institucional en donde la institución administradora no cumple sus funciones y (iii) el tribunal arbitral aún no se constituye.

La falta de sede arbitral por sí sola no constituye un obstáculo insuperable en un arbitraje. En efecto, cuando se trata de arbitrajes institucionales, frecuentemente, los reglamentos de arbitraje<sup>20</sup>

<sup>18</sup> De manera más precisa, Clay afirma que la elección de la sede arbitral (y, en consecuencia, un territorio determinado en el que están establecidos determinados tribunales judiciales) tiene cuatro consecuencias, de entre las que destaca: (i) otorgamiento de medidas cautelares antes o durante el procedimiento arbitral; (ii) la determinación del juez de apoyo, es decir, determinación del juez que cooperará a antes y a lo largo del procedimiento arbitral, (iii) la determinación del juez que conocerá de la nulidad del laudo; y, (iv) para la dopción de las denominadas *antisuit injunctions*. Ver: CLAY, Thomas, op.cit., pp. 196-98.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>20</sup> Por ejemplo: Artículo 18 (1) del Reglamento de arbitraje

atribuyen facultades a las propias instituciones administradoras de arbitraje para que éstas designen la sede; al hacerlo, implícitamente se designa a los tribunales estatales del lugar de la sede como los competentes para que asistan en, o supervisen y controlen, el arbitraje.

En tratándose de arbitrajes *ad hoc*, a falta de sede de arbitraje y de institución administradora de arbitraje que la pudiera designar, el árbitro, por la atribución directa o indirecta<sup>21</sup> de las partes, puede designarla.

La situación es diferente cuando se trata de un arbitraje *ad hoc* en el que la sede arbitral no se ha determinado (ni es determinable<sup>22</sup>) ni se ha designado al tribunal arbitral. Similar escenario se presenta en los arbitrajes institucionales cuando la institución administradora de arbitraje ha desaparecido o simplemente es omisa en sus

de la CCI: La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido. Artículo 20 (1) de las Reglas de arbitraje del Centro de Arbitraje de México: El Secretario General fijará la sede del arbitraje a menos que las partes la hayan convenido.

<sup>21</sup> Artículo 18 (1) del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI.

1. Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del caso. El laudo se tendrá por dictado en el lugar del arbitraje.

<sup>22</sup> La sede de arbitraje sería determinable cuando las partes pacten un mecanismo mediante el cual, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, se determine la sede arbitral; por ejemplo: la sede arbitral será la ciudad en que, al momento en que se inicie el procedimiento arbitral correspondiente, tenga su domicilio la parte que en primer término sea demandada. El mecanismo también pudiera consistir en designar a un tercero como instancia nominadora de la sede arbitral.

funciones y no designa al tribunal arbitral. En tales escenarios resultará necesario designar el tribunal arbitral para continuar (o iniciar –según el acuerdo de las partes en este tema-) con el procedimiento. Ante la reticencia de una de las partes a participar en la constitución del tribunal arbitral, lo lógico y necesario será acudir a un tribunal estatal para que éste designe al tribunal arbitral correspondiente. Sin embargo, al no haber una sede arbitral, la pregunta es ¿cuál es el juez competente para designar al tribunal arbitral?

Consideramos que es posible proceder de dos maneras: (i) determinar a un juez competente para designar la sede del arbitraje (y el juez de tal sede sea el que designe al tribunal arbitral), o bien, (ii) determinar al juez competente que directamente designe al tribunal arbitral.

La primera de las opciones ha sido muy poco explorada. De hecho, a la fecha de elaboración de este artículo, el autor no tiene conocimiento de alguna ley que faculte a un juez para tales efectos. En consecuencia, nos enfocaremos en la segunda de las hipótesis planteadas.

## II. Diversas soluciones (Convenciones internacionales y legislaciones extranjeras).

### 1. Soluciones propuestas por las convenciones internacionales.

#### A) Convención de Nueva York<sup>23</sup>

Al respecto, la Convención de Nueva York no trata el problema. La única referencia que encontramos en relación con el tema es la contenida en el artículo V (1) (d), que en su parte relevante señala que una parte se podrá oponer a la ejecución y reconocimiento de un laudo cuando “[...] la constitución del tribunal arbitral [...] no se ha ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.” La disposición confirma la importancia e impacto de la sede arbitral en el tema, sin embargo, no establece ni una norma material ni de conflicto para resolver el problema en comento.

#### B) Convención Europea de 1961<sup>24</sup>

En relación con la Convención Europea de 1961, es posible darle eficacia a un acuerdo de arbitraje que no menciona una sede de arbitraje ya que (i) la aplicación de dicha convención no depende del hecho que la sede se encuentre en alguno de los países firmantes de la convención y (ii) en su artículo IV (3) establece un mecanismo que da respuesta a la Problemática. En dicho artículo se

<sup>23</sup> Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

<sup>24</sup> Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

señala que, en caso que las partes no hubieran designado la sede arbitral, el demandante, a su elección, podrá solicitar la intervención del presidente de la cámara de comercio de la residencia habitual o domicilio del demandado o de un “comité especial” para tratar cualquier dificultad que pudiera surgir en relación con la constitución del tribunal arbitral.

Algunos estados de Europa occidental, mediante la suscripción del Acuerdo de París del 17 de diciembre 1962, modificaron dicho criterio para designar a la autoridad judicial competente para tratar el tema de la designación del tribunal arbitral. Sin embargo, no se emitieron disposiciones para determinar dicha autoridad judicial “competente”, con la consecuencia que ello conlleva: paralizar un arbitraje. Por ello, se afirma que dicho acuerdo es inoperante en ese aspecto y, por tanto, sólo la Convención Europea resultaría aplicable.

## C) Convención Interamericana de Arbitraje<sup>25</sup>:

Al igual que la Convención Europea de 1961, la aplicación de la Convención Interamericana de Arbitraje no depende del criterio de la sede de arbitraje y también establece un mecanismo que da respuesta a la problemática planteada. Así, en su artículo 3 establece que “[a] falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas<sup>26</sup> de procedimiento

<sup>25</sup> Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Hecha en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975.

<sup>26</sup> Sin embargo, el nombre correcto es Reglamento de Procedimientos de la CIAC.

de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.”

A ese respecto, el Reglamento de Procedimientos de la CIAC (vigentes desde el 1ro de abril de 2002) señalan en su artículo 5, párrafo 4, que “[e]n el caso de que dentro los treinta (30) días siguientes a la notificación de la designación de su árbitro por la parte demandante, la demandada no haya notificado a aquélla, con copia al Director General de la CIAC, directamente o por conducto de la Sección Nacional de la CIAC, si en el lugar de su domicilio la hubiere, el nombramiento de su árbitro, éste será designado por la CIAC.”

Así, la aplicación de esta convención elimina la necesidad de recurrir a la autoridad judicial para constituir el tribunal arbitral, ya que, salvo acuerdo en contrario de las partes, se entiende que las partes convinieron un arbitraje institucional conforme a las Reglas de arbitraje de la CIAC.

La Convención Interamericana de Arbitraje, al menos por lo que hace a la problemática objeto de este documento, ofrece un claro beneficio. En efecto, el reglamento de arbitraje de la CIAC, aplicable por disposición expresa de la Convención, provee una institución nominadora para realizar cualquier designación de tribunal arbitral que sea necesario, de suerte que cuando no haya sede del arbitraje, cualquier posible conflicto de competencia entre jueces, para designar al tribunal arbitral se evita.

## 2. Soluciones propuestas por las legislaciones extranjeras.

No obstante los beneficios del sistema, la sede arbitral también presenta inconvenientes. Aparentemente, puede convertirse en un obstáculo en los casos en que la intervención del juez para la constitución del tribunal arbitral depende de la sede. Por ello, una competencia exclusiva del juez de la sede para asistir en la constitución del tribunal arbitral parece ser inconveniente. En ese tenor, algunas legislaciones locales han establecido excepciones al factor vinculante de la sede arbitral y establecen distintos criterios para atribuir competencia a un juez para constituir el tribunal arbitral. Estas regulaciones, no obstante que atribuyen relevancia a la sede de arbitraje, incorporan criterios subsidiarios de conexión que buscan otorgar competencia judicial para la asistencia en la constitución del tribunal arbitral y evitar la parálisis en el arbitraje.

En Alemania y Holanda, los tribunales judiciales son competentes para designar (o remover) un tribunal arbitral si, por un lado, no se ha determinado la sede arbitral y, por el otro, el domicilio o residencia de uno de las partes se encuentra en uno de esos Estados. Así lo dispone la Ley de arbitraje alemana en su artículo 1025(3)<sup>27</sup> y el artículo 1073(2)<sup>28</sup> del Código de

<sup>27</sup> "Section 1025 Scope of application. [...] (3) If the place of arbitration has not yet been determined, the German courts are competent to perform the court functions specified in sections 1034, 1035 [Appointment of arbitrators], 1037 and 1038 if the respondent or the claimant has his place of business or habitual residence in Germany."

<sup>28</sup> "Article 1073 Applicability of Title One to arbitration within the Netherlands; appointment of arbitrators when

Procedimientos Civiles de Holanda.

En Italia, ante la Problemática, la autoridad competente para designar al tribunal arbitral es el presidente del tribunal judicial del lugar en el que el acuerdo de arbitraje o el contrato principal que contiene dicho acuerdo fue celebrado o, si dichos actos jurídicos no fueron celebrados en Italia, la autoridad competente será el presidente del Tribunal de Roma (art. 810 (2)<sup>29</sup> del Código de Procedimientos Civiles de Italia).

Por lo que hace a la Arbitration Act 96, su artículo 2 (4)<sup>30</sup> señala que la competencia del juez para

*the place of arbitration is unknown. [...] 2. If the parties have not determined the place of arbitration, the appointment or challenge of the arbitrator or arbitrators or the secretary engaged by an arbitral tribunal may take place in accordance with the provisions contained in Section One of this Title if at least one of the parties is domiciled or has his actual residence in the Netherlands."*

<sup>29</sup> 810 - Appointment of arbitrators. [...] Failing this, the party which has made the request may petition the President of the Court (tribunale) in whose district the arbitration has its seat, to make the appointment. If the parties have not yet determined the seat of arbitration, the petition is presented to the President of the Court (tribunale) in the place where the submission to arbitration or the contract to which the arbitration clause refers has been executed or, if such place is abroad, to the President of the Court (tribunale) of Rome. The President, having heard the other party where necessary, shall issue his order against which there shall be no recourse.

<sup>30</sup> "2. Scope of application of provisions. [...] (4) The court may exercise a power conferred by any provision of this Part not mentioned in subsection (2) or (3) for the purpose of supporting the arbitral process where

(a) no seat of the arbitration has been designated or determined, and

(b) by reason of a connection with England and Wales or Northern Ireland the court is satisfied that it is appropriate



intervenir en la constitución del tribunal arbitral está supeditada a la existencia de una conexión entre el arbitraje y Gales, Irlanda del Norte o Inglaterra.

De forma similar, el Código Judicial Belga<sup>31</sup> establece que, cuando no se hubiera acordado la sede de arbitraje, los tribunales estatales que hubieran conocido de la controversia si no se hubiera pactado arbitraje serán competentes para asistir en la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, a diferencia de los casos anteriores, la legislación belga no atribuye, en la problemática que nos ocupa, competencia exclusiva a los tribunales estatales belgas.

Otros sistemas jurídicos han establecido criterios distintos. Así, hay regulaciones que no sólo dan intervención a un juez en un arbitraje en situaciones extraordinarias mediante la incorporación de criterios subsidiarios –como las referidas con antelación–, sino que la propia *lex arbitri* determina su aplicación si existe un elemento de conexión entre dicha ley y el procedimiento arbitral correspondiente. Tal es el caso de la ley to do so.”

<sup>31</sup> “Art. 1680. 1er. Le président du tribunal de première instance, statuant comme en référé, sur requête unilatérale présentée par la partie la plus diligente, désigne l’arbitre conformément à l’article 1685, §§ 3 et 4. [...]”

“6. Sous réserve de l’article 1720, les actions visées au présent article sont de la compétence du juge dont le siège est celui de la cour d’appel dans le ressort duquel est fixé le lieu de l’arbitrage. Lorsque ce lieu n’a pas été fixé, est compétent le juge dont le siège est celui de la cour d’appel dans le ressort duquel se trouve la juridiction qui eut pu connaître du litige s’il n’avait pas été soumis à l’arbitrage.”

de arbitraje de Suecia, la cual es aplicable si no se estableció una sede y el demandado está domiciliado en Suecia o puede ser sometido a la competencia de los tribunales suecos (artículo 47 (2) de la Ley de Arbitraje Sueca<sup>32</sup>).

Particular mención merece la legislación francesa. Antes, el Nuevo Código de Procedimientos Civiles (NCPC) permitía al juez francés intervenir cuando existieran dificultades en la constitución del tribunal arbitral si el arbitraje tuviera lugar en Francia o si las partes hubieran acordado la aplicación del derecho procesal francés. Se trataba de un criterio concurrente o alternativo, incluso si la sede del arbitraje se encontraba fuera de Francia. Así, el artículo 1493 (2)<sup>33</sup> del Código de Procedimientos Civiles de Francia daba lugar a conflictos de jurisdicción. En efecto, en un acuerdo de arbitraje con sede en Nueva York, las partes podrían recurrir al tribunal de Nueva York o al *Tribunal de grand instance* de París en caso de dificultades para la constitución del tribunal arbitral.

<sup>32</sup> “Section 47 (2). Arbitral proceedings in accordance with this Act may also be commenced in Sweden against a party which is domiciled in Sweden or is otherwise subject to the jurisdiction of the Swedish courts with regard to the matter in dispute, unless the arbitration agreement provides that the proceedings shall take place abroad.”

<sup>33</sup> “1493 (2). Directement ou par référence à un règlement d’arbitrage, la convention d’arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.”

“Si pour les arbitrages se déroulant en France ou pour ceux à l’égard desquels les parties ont prévu l’application de la loi de procédure française, la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté, la partie la plus diligente peut, sauf clause contraire, saisir le président du tribunal de grande instance de Paris selon les modalités de l’article 1457.”

Sin embargo, el sistema referido fue abrogado por las reformas al código de procedimientos civiles referido que tuvieron lugar mediante el decreto número 2011-48 del 13 de enero de 2011. Actualmente, la legislación francesa, en la problemática que nos ocupa, opta por un criterio tradicional: el juez competente será el del lugar de *residencia del demandado*; y si éste reside afuera de Francia, lo será el del lugar de *residencia del demandante*<sup>34</sup>. Aunque no lo señala la legislación, lógico afirmar que, en el caso referido, cuando el criterio del *lugar de residencia* del demandante se aplique, el lugar de residencia deberá estar en Francia. En comparación con el enfoque anterior, el enfoque actual de la legislación francesa es tradicional, por no decir, conservador, ya que no basta cualquier contacto con Francia para atribuir competencia al juez sobre el tema, sino que se limita a los supuestos en que alguna de las partes tenga su *lugar de residencia* en Francia.

<sup>34</sup> “Le juge d’appui compétent est le président du tribunal de grande instance.”

“Toutefois, si la convention d’arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l’article 1455.

Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d’arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l’absence de toute stipulation de la convention d’arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l’un des défendeurs à l’incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.”

## III. La *lex arbitri mexicana*

### 1. Consideraciones generales

México es suscriptor de la Convención Interamericana de Arbitraje, en consecuencia, cuando los domicilios de cada una de las partes en el arbitraje estén en estados diferentes y éstos la hubieran suscrito, el mecanismo establecido por el Reglamento de arbitraje de la CIAC será aplicable. Sin embargo, cuando la referida convención no fuere aplicable, se tendrá que recurrir a la legislación local para resolver el problema.

En México, el enfoque adoptado por la legislación nacional está basado en la trascendencia que la sede arbitral tiene en cualquier procedimiento arbitral. Lo anterior se aprecia en el artículo 1415 del Código de Comercio, el cual señala:

“Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.”

“Lo dispuesto en los artículos 1424, 1425, 1461, 1462 y 1463, se aplicará aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional.”

México adoptó la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. En consecuencia, razonamientos y observaciones que se hagan a dicha ley modelo son aplicables a la regulación que hace el Código de Comercio en la materia. A este respecto, Holtzmann y Neuhaus señalan que la designación del tribunal arbitral y su recusación en arbitrajes en donde el lugar del arbitraje aún no se haya seleccionado son cuestiones no reguladas por la ley modelo<sup>35</sup>. Por tanto, y visto que México se apegó en esos temas a la Ley Modelo, tales cuestiones no están referidas por la legislación mexicana.

A lo anterior, debemos agregar el contenido de artículo 1421 del Código de Comercio, el cual señala:

*“Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.”*

De una interpretación sistemática de los artículos 1415 y 1421 del Código de Comercio, se podría concluir que, al menos por lo que hace a la intervención del juez en un arbitraje, la competencia de un juez no es prorrogable. Por lo tanto, aparentemente, un acuerdo de las partes sobre la designación de un juez mexicano para que éste asista en el nombramiento del tribunal arbitral, si no hubiera sede arbitral designada, sería ineficaz. En efecto, de acuerdo a las

<sup>35</sup> Holtzmann, Howard y Neuhaus, Joseph, A guide to the *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1994, p. 241

disposiciones señaladas, la intervención del juez en un procedimiento arbitral (i) está supeditada a que la sede del arbitraje sea México, (ii) sólo en casos excepcionales se admite la intervención judicial cuando la sede arbitral no es México; (iii) la intervención del juez en un procedimiento arbitral está determinada taxativamente; y, (iv) tales casos no pueden ser modificados por acuerdo de las partes.

Como consecuencia de lo anterior, se podría afirmar que, no obstante el sometimiento (expreso o tácito) del demandado a la competencia del juez elegido por el actor para constituir el tribunal arbitral, la decisión del juez tendría deficiencias insubsanables de origen que eventualmente repercutirían en la validez del laudo.

## **2. Denegación de justicia y consecuente intervención de los tribunales judiciales mexicanos para evitarla.**

De considerar correcta tal conclusión, ante la ausencia de respuesta en la *lex arbitri* mexicana al problema planteado, se podría estar en presencia de una denegación de justicia. En efecto, de acuerdo con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “[t]oda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, [...]”. Este enunciado podría servir de fundamento para solicitar la intervención del juez mexicano para que asista en un arbitraje, ad hoc o institucional (en

donde la institución administradora fuera omisa en sus funciones), sin sede arbitral, y designe al árbitro correspondiente. La intervención del juez mexicano, a primera instancia, contribuiría a superar el obstáculo que representa no tener árbitro en la situación descrita, y con ello, acceder a la justicia a que toda persona tiene derecho en el territorio nacional.

Sin embargo, es de precisar que la disposición constitucional referida no debe entenderse como el otorgamiento de una competencia exorbitante en favor de los jueces mexicanos. Por el contrario, la intervención de un juez mexicano está determinada y limitada por leyes orgánicas que organizan el sistema judicial. En adición a lo anterior, consideramos que, de una interpretación histórica estática, el artículo constitucional se refiere al conocimiento y resolución de un asunto, y no a su mera intervención para asistir a las partes en un arbitraje. Finalmente, en México, para algunos, es controvertido que con el arbitraje se imparta (o acceda) a la justicia –actividad exclusiva de los tribunales judiciales–, sino que *sólo* se resuelve una controversia.

Por lo anterior, es discutible que el artículo constitucional referido sea fundamento para que un juez mexicano intervenga en las hipótesis que nos ocupan.

### 3. Control de convencionalidad

De acuerdo a una ejecutoria dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el

expediente varios 912/2010, con motivo del cumplimiento de la sentencia pronunciada en el caso Radilla contra los Estados Unidos Mexicanos, “los Jueces nacionales, independientemente de su jurisdicción y competencia, están obligados a dejar de aplicar una norma inferior dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia”. De manera más puntual, el máximo tribunal mexicano señaló que “el control de convencionalidad no es más que la interpretación del derecho conforme con los tratados, y con dicha interpretación lo que se realiza es la exploración de las circunstancias de jure y de facto que subyacen al acto de autoridad reclamado [sin importar si la voluntad estatal se externó: acto positivo (normas generales, actos concretos); o bien, si no hubo voluntad y la omisión provocó una vulneración a algún derecho humano]”.

Por otro lado, y de forma más amplia que el propio artículo 17 constitucional, el artículo 8 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) refiere que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

En ese tenor, es posible–con base en el control de convencionalidad– dejar de aplicar el artículo

1415 del Código de Comercio que, como regla, supedita la intervención de los tribunales judiciales en un procedimiento arbitral al hecho que la sede se encuentre en México, y en su lugar, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y las circunstancias de hecho y de derecho y –sobre todo– posibles consecuencias que acarrearía la no intervención del juez mexicano, éste asuma competencia para colaborar en el arbitraje mediante la designación del tribunal arbitral.

#### 4. Determinación de juez mexicano competente para asistir en el arbitraje.

Suponiendo que, por la aceptación de cualquiera de las hipótesis mencionadas, se concluya que es posible la intervención de un juez mexicano en las hipótesis señaladas como la Problemática, aun así es necesario adoptar un criterio o regla de competencia general que justifique y legitime la intervención del juez mexicano; de otra manera, se estaría otorgando una competencia exorbitante al juez mexicano, situación que no correspondería con los objetivos de cualquier tratado en materia de derechos humanos. En consecuencia, ¿qué criterio aplicar para determinar al juez correspondiente?

##### A) Foro natural:

Múltiples legislaciones señalan que el domicilio del demandado es el foro natural (*actor sequitur*

*forum rei*)<sup>36</sup>. El domicilio del actor es contrario a la justicia natural: no conviene forzar al demandado, a priori libre de toda obligación, a que se defienda en el domicilio del actor a quien se le facilitaría la presentación de demandas frívolas. Por el contrario, el domicilio del demandado respeta los principios de eficacia y justicia.<sup>37</sup>

Sin embargo, la designación de un árbitro no es una cuestión de fondo (como lo es la materia de la que conocería el juez del foro natural); de hecho, el artículo 1466 del Código de Comercio señala que la solicitud de designación de árbitro se tramita en vía de jurisdicción voluntaria conforme a los artículos 530-32 y 534-37 del CFPC. Artículo 24 (VIII) del CFPC:

“VIII.- En los actos de jurisdicción voluntaria, salvo disposición contraria de la ley, es juez competente el del domicilio del que promueve; [...]”

En consecuencia, si tomamos como referencia los artículos citados, debemos concluir que, por tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, el juez competente debería ser el juez del domicilio del que promueve, en la especie, del que solicita la designación del tribunal arbitral.

##### B) Foro de necesidad:

Es aquél en el que un juez no competente, debido a que una acción se torna imposible en el extranjero,

<sup>36</sup> Goldstein, Gérald y Groffier Ethel, *Traité de Droit Civil, Droit International Privé*, tomo I, Cowansville (Qc), Yvon Blais, Québec, Canada, 2003, p. 308.

<sup>37</sup> Idem.

puede conocer del caso, de manera excepcional, si existe el riesgo de que una denegación de justicia tenga lugar<sup>38</sup>. Este supuesto está previsto en la legislación mexicana en el artículo 565 del Código Federal de Procedimientos Civiles<sup>39</sup>. Ese criterio es ineficaz si no existe una norma material internacional que lo soporte. En efecto, no tendría ningún sentido que un juez, en el ámbito internacional, ante el riesgo de la existencia de la denegación de justicia, asumiera competencia si su resolución no fuera a ser reconocida en el extranjero. Afortunadamente, la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras prevé este supuesto. En su artículo 2, dicha convención señala que el juez que asume jurisdicción para evitar un caso de denegación de justicia cumple con el requisito necesario de la competencia (para efectos de obtener la eficacia extraterritorial de una sentencia extranjera)<sup>40</sup>.

## C) El foro de ejecución:

Una alternativa de orden práctico sería acudir al (posible) juez de la ejecución del laudo arbitral para que sea éste el que asista en la constitución del tribunal arbitral. Este supuesto parte de la base que la

<sup>38</sup> Ibidem, p. 320

<sup>39</sup> “Artículo 565.- No obstante lo previsto en el artículo anterior, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. El tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos.”

<sup>40</sup> Artículo 2. Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado Parte donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente.

competencia de un juez, en materia de asistencia en el arbitraje, es prorrogable. Así, si el demandado no objeta la competencia de dicho juez, (muy probablemente) el juez, al momento de la ejecución del laudo, desearía cualquier objeción relacionada con su intervención (o la del juez de la misma jurisdicción) en la constitución del tribunal arbitral. Sería incoherente que en un principio hubiera admitido (aunque fuera tácitamente) su competencia (y la consecuente prórroga de jurisdicción) para asistir en la constitución del tribunal arbitral, para después negarla.

En primera instancia podríamos resaltar el aspecto positivo de la existencia de (cuando menos) varios criterios que pueden contribuir a resolver la Problemática. Sin embargo, tal circunstancia implica::

- (i) Una pluralidad de reglas de competencia. En efecto, la ausencia de una regla material sobre la competencia de un juez da lugar a conflicto de reglas de competencia, ya que hay varios criterios que contienen similares méritos para su aplicación; y,
- (ii) Una multiplicidad de opciones (jueces competentes) con la consecuente posibilidad de contradicción en los criterios, situación que termina por echar abajo la organización lograda con la regla material de que, para efectos de asistir en el arbitraje, es competente el juez de la sede.

Con independencia de lo anterior, es de precisar que, al menos, los dos primeros criterios referidos son para determinar la competencia de un juez para conocer del

fondo, o dictar una medida cautelar, por lo que de suyo es discutible su aplicación en el tema que nos ocupa. Así, su aplicación para la designación del tribunal arbitral en la Problemática podría dar lugar a serias dudas ya que se contraviene la máxima que señala que una autoridad sólo está facultada a realizar lo que se le esté expresamente autorizado. En cuanto al tercero de los criterios, se debe reconocer que no siempre es fácil saber de antemano el lugar donde se va a ejecutar el laudo; la mera transmisión de bienes a un tercero o a otro país puede provocar que el juez que en un principio pudo ser competente para conocer de la ejecución del laudo, deje de serlo. Asimismo, se puede afirmar que nada garantiza que el juez vaya acceder a la petición de asistir en el arbitraje, máxime si no existe un vínculo con alguna de las partes al momento de solicitar su intervención. Finalmente, aunque es difícil que suceda, nada garantiza que el juez que asistió en la constitución del tribunal arbitral, vaya a confirmar su competencia para tales efectos al momento de ejecutar el laudo.

## 5. Imposible ejecución del acuerdo de arbitraje, ¿una solución?

El derecho mexicano, ante el problema planteado, presenta una laguna legal, que debe ser colmada por alguno de los métodos de integración: costumbre, analogía o principios generales de derecho. Ante la ausencia de disposición expresa que disponga el uso de la costumbre para colmar la laguna y la ausencia de usos mercantiles en el tema, la analogía se presenta como el procedimiento para dar respuesta al problema.

Sin embargo, ya sea por considerar razones de justicia (foro natural), el tipo de procedimiento actualmente

previsto en el Código de Comercio para la designación del tribunal arbitral (jurisdicción voluntaria) o la regla general relativa al punto de contacto más estrecho con el juez mexicano (foro de necesidad), existen elementos para concluir que cualquiera de las posibilidades tiene méritos para prevalecer. Los resultados de aplicar una u otra son distintos y, en ocasiones, contradictorios, situación que conduce a la incertidumbre. Ante tal circunstancia, vale la pena preguntarse si no es mejor considerar al acuerdo arbitral respectivo como de ejecución imposible. Ésta tiene lugar cuando no obstante la validez del acuerdo de arbitraje, existe una imposibilidad de hecho para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que de él derivan<sup>41</sup>, lo que en la especie, dependiendo de las circunstancias, podría tener lugar.

Esta alternativa tiene el inconveniente de provocar la ineficacia de un acuerdo de arbitraje que, en principio –y sujeto a que la competencia de un juez en este tema se considerare prorrogable–, podría haber tenido alguna posibilidad de subsistencia, dependiendo de la conducta procesal del contrario o de la postura asumida por el tribunal estatal elegido por el demandante (y probablemente aceptado –expresa o tácitamente– por el demandado) para asistir en la constitución del tribunal arbitral. No obstante lo anterior, la considerable cantidad de recursos económicos y humanos, y el tiempo que pudieran invertirse para obtener una decisión definitiva sobre el tema, en un escenario incierto como el planteado, pudieran conducir a la conclusión de optar por la certidumbre y, por tanto, dejar de lado el arbitraje y litigar el asunto en los tribunales judiciales.

<sup>41</sup> Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Stefan M. Kröll, op. cit., p. 368. En el mismo sentido, González de Cossio, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2011, 3ª. ed., p. 192.

## IV. Conclusiones

El criterio y relevancia atribuida a la sede arbitral por la Ley Modelo ofrece indudables beneficios: previsibilidad y organización en el plano internacional (derivada no sólo del sistema adoptado por la Ley Modelo, sino por la uniformidad que se ha logrado con la adopción de tal modelo de ley por un importante número de países). Sin embargo, salvo los casos expresamente establecidos por el modelo de ley, la intervención de un juez depende del hecho que la sede de arbitraje corresponda con la circunscripción territorial en donde el juez ejerce sus funciones.

El resultado de tal situación es que hay un serio problema cuando en un arbitraje ad hoc no hay sede arbitral, no se ha constituido el tribunal arbitral y hay reticencia de una de las partes para participar en la designación de la sede y en la constitución del tribunal arbitral. En esta hipótesis, el procedimiento arbitral está ante un obstáculo que impide su continuación. Ante este escenario, la Convención Interamericana de Arbitraje y algunas legislaciones locales han adoptado algunas soluciones que permiten superar el obstáculo.

La legislación arbitral local mexicana no contiene una disposición específica que dé respuesta al problema. Es a través del uso de procedimientos de integración de la ley como se podría superar el obstáculo. Sin embargo, la diversidad de conclusiones a las que se podría llegar y la incertidumbre sobre el resultado dan lugar a dudas razonables para adoptar este camino. Por ello, la medida más simple y obvia que debe adoptarse

en para evitar ese problema es la designación de sede en ese al momento de celebrar el acuerdo de arbitraje.

Indudablemente que lo más conveniente en el caso del derecho mexicano sería realizar una reforma legislativa por la que se adoptara alguno de los criterios subsidiarios de competencia referidos en este documento. En lo personal, considero que sería conveniente adoptar el criterio incorporado por la legislación francesa que recoge la idea del foro natural y atribuye competencia al juez francés para constituir el tribunal arbitral cuando el lugar de residencia del demandado se encuentra en territorio nacional, y sólo en el caso que el lugar de residencia del demandado se encuentre fuera del territorio francés, se atribuye competencia al juez si el lugar de residencia del demandante se encuentra dentro en Francia. Así, aunque dicha legislación recoge la conveniencia de que exista un vínculo del arbitraje con la jurisdicción del juez, dicho vínculo se limita a dos casos; lo que evita (o cuando menos limita) la posibilidad de conflictos de jurisdicciones entre jueces de distintos países.

En México, ante la problemática planteada, de no ser aplicable la Convención Interamericana de Arbitraje, considero conveniente distinguir si se trata de un arbitraje nacional o un arbitraje internacional. Si se trata de un arbitraje internacional, considero que en primer término se debe revisar la legislación local del demandado, ésta podría contener un criterio subsidiario de competencia y resolver con cierta certidumbre tal situación. En ausencia del referido criterio subsidiario, resulta conveniente analizar las reglas de competencia de los Estados en los que las partes tengan su domicilio. Si derivado de dicho



análisis se concluye que las reglas de competencia conducen al mismo resultado, no existirá realmente un conflicto de competencias y se deberá acudir ante el juez al que ambas legislaciones apunten. Si, por el contrario, el análisis diera como resultado jueces competentes distintos, considero conveniente aplicar el foro natural, es decir, el juez del domicilio del demandado, lo anterior porque (i) es conveniente atender a la finalidad de dicho criterio (evitar llevar al demandado a un foro extranjero que le representa cargas innecesarias en el caso de demandas frívolas) y (ii) internacionalmente, el foro natural se ha convertido en una norma material de competencia; en efecto, muchos países han adoptado en su legislación este criterio para determinar la competencia de un juez. Es cierto que esta regla ha sido adoptada para cuestiones de fondo de un litigio, sin embargo, ocuparla para asignar competencia para asistir en la constitución del tribunal arbitral –cuando menos- no contraviene la naturaleza de la norma y contribuye a disminuir la incertidumbre sobre la competencia de un juez en el plano internacional.

Diferente es el caso si se trata de un arbitraje nacional. En esta hipótesis, además que hay certidumbre en la competencia del juez (ambas partes conocen el tratamiento y regulación especial (artículo 1466 fr. I) y general (artículo 1111) que da el Código de Comercio al procedimiento para asistir en la constitución de un tribunal arbitral), la misma ley de arbitraje les es aplicable a ambos. En efecto, si bien el Código de Comercio no contiene un criterio subsidiario de competencia, podemos afirmar que se está en presencia de una norma (“materialmente”) material de competencia; lo anterior es así porque al acudir a la legislación

que es aplicable a cada parte (en este caso, se trata de la misma: el Código de Comercio), mediante una interpretación sistemática, se llega al mismo resultado: el juez del domicilio del que promueve.

A pesar de los inconvenientes implícitamente referidos en este documento, la prórroga de competencia, en un arbitraje internacional en donde no exista un criterio subsidiario de competencia, es una alternativa que merece considerarse si ésta representa una solución para el litigante. En efecto, en caso que implícita o explícitamente el demandado acepte la competencia de un juez determinado para asistir en la constitución del tribunal arbitral, considero que es una oportunidad que podría ser aprovechada por el demandante. Después de todo, los convenios (incluido el acuerdo de arbitraje) tienen como objeto crear derechos y obligaciones para las partes, por lo que ante la disyuntiva de ejecutar o dejar de ejecutar un acuerdo, se debe optar en primer término por que los acuerdos de las partes surtan efectos, en lugar de anularlos o dejar de aplicarlos. Así, no obstante los inconvenientes apuntados en este artículo, el espíritu pro-arbitraje contenido en las legislaciones modernas de arbitraje, así como los principios de interpretación de los contratos, y el principio pacta sunt servanda, son argumentos válidos que pueden defender la posición del actor.

Finalmente, no obstante lo antes señalado, en función de las circunstancias particulares de cada caso y ante la incertidumbre de los resultados y/o la falta de elementos para utilizar alguna de las opciones referidas, lo prudente sería considerar la ejecución imposible del acuerdo de arbitraje y, en consecuencia, litigar el asunto ante los tribunales estatales.

## V. Bibliografía.

### - Nacional:

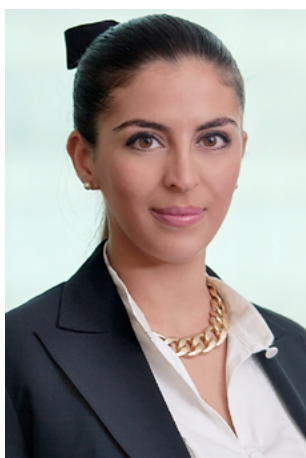
1. BAÑUELOS RIZO, Vicente, *Arbitraje comercial internacional*, Limusa, México, 2010.
2. GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, 3ª. ed., México, 2011.
3. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, Themis, México, 2000.

### - Extranjera:

1. BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2009.
2. CLAY, Thomas, *La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional ¿es todavía relevante?*, en MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Legis Editores, S.A. de C.V., Colombia, 2007.
3. FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 1999.
4. GAILLARD, Emmanuel y DI PIETRO, Domenico, *Enforcement of arbitration agreements and international arbitration awards, The New York Convention in practice*, Cameron May Ltd, Londres, 2008.
5. GOLDSTEIN, Gérald y GROFFIER Ethel, *Traité de Droit Civil, Droit International Privé*, tomo I, Cowansville (Qc), Yvon Blais, Québec, Canada, 2003.
6. HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Países Bajos, 1989.
7. LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A. y Stefan M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2003.
8. POUDRET Jean-Francois y BESSON Sebastian, *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2nd. ed., 2007.

**Andrea Obregón Widmer**

Asociada del despacho Von Wobeser y Sierra S.C.



## I. INTRODUCCIÓN

Mucho puede escribirse sobre el procedimiento arbitral, y las distintas fases de las cuales se compone. Sin embargo, en el presente nos enfocaremos en “el procedimiento arbitral ICC” en general. Este tema, debido a su importancia dentro del Arbitraje comercial, goza de características esenciales como la flexibilidad, la celeridad, la especialización, lo que lo hace, un tema muy general.

El procedimiento conforme a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“ICC” por sus siglas en inglés) que llamaremos genéricamente el “Procedimiento” es, en apariencia, muy sencillo. Las Reglas de Arbitraje de la ICC contienen aquéllas disposiciones de las cuales ni las partes, los árbitros o la misma Institución Arbitral se pueden apartar. Por lo anterior, estas normas “procesales arbitrales”

son imperativas, y engloban aquellos principios fundamentales que garantizarán, de seguirse al pie de la letra, la ejecución del laudo resultante, obligación además que es atribuible al árbitro. La ejecución solicitada del laudo ante un tribunal judicial nacional se llevará a cabo cuando el mismo no se ejecuta espontáneamente. Consideramos oportuno mencionar que la mayoría de los laudos son ejecutados espontáneamente, en virtud de que la parte obligada por dicho laudo considera que sus derechos y garantías fueron respetados a lo largo del Procedimiento. Lo anterior, es también una consecuencia derivada del respeto al orden público dentro del Procedimiento.

Dentro de las Reglas de Arbitraje de la ICC se encuentra lo que identificaremos como orden público procedimental.

Consideramos adecuado empezar nuestro estudio con una breve descripción de lo que se entiende por orden público y cuáles son las funciones y formas que dicho concepto ha adoptado.

## II. EL ORDEN PÚBLICO COMO UN LÍMITE CON EFECTO NEGATIVO A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

El orden público tiene definitivamente una naturaleza desordenada<sup>1</sup> desde el punto de vista comparativo, como escribió Julian LEW en 1978 en su tesis doctoral: “incerteza y ambigüedad sobre su contenido son sus características esenciales”<sup>2</sup>. El orden público cambia junto con las convicciones públicas de un Estado y es por esto que tiene naturaleza territorial. Como ejemplo podemos encontrar la siguiente idea: para un Estado (los Estados Unidos de América) durante cierto periodo (desde 1920 hasta el 1933), una situación puede ser considerada como contraria (o concordante) al orden público (en nuestro ejemplo, las leyes sobre el “prohibicionismo” americanas<sup>3</sup>).

Estos cambios de la sociedad están marcados por bruscas transformaciones culturales, industriales, económicas, y en la mayoría de las veces, sociales. Con la evolución de un Estado, y a su vez con la consciencia social de su pueblo, es cierto que cambian los modos de percibir ciertos temas y a veces, también en el aceptar, o rechazar viejas o nuevas ideas. Estos cambios se aceleraron sobretodo en el siglo XIX con la revolución

industrial, y más cercano a nuestros tiempos, desde 1960 en adelante, con los movimientos en favor de los derechos humanos y civiles y con la conclusión de numerosas convenciones internacionales en estas materias. Todos estos cambios sociales obviamente condicionan el desarrollo del derecho, sacrificando también su certeza; y por ende, de qué se entiende por orden público. Algunos ejemplos son el reconocimiento (o no) del divorcio, las leyes sobre la competencia, las leyes sobre el aborto, el reconocimiento de las uniones civiles, las leyes sobre los juegos de apuesta a través de internet, las leyes anti-corrupción, y muchísimas más. De hecho, la Corte de Apelación de Nueva Zelanda dictaminó: “Ya que el *public policy* refleja las *mores* y los presupuestos fundamentales de la comunidad, el contenido de las reglas debería variar de país en país y de era en era”.

El orden público puede ser invocado indirectamente a través de la elección expresa de las partes de una ley que rijan el contrato o la controversia en cuestión, o puede ser invocado directamente por las leyes de derecho internacional privado (o conflictos de leyes) de los Estados, llevado a cabo por los árbitros internacionales. Un ejemplo es el artículo 16, primer párrafo de la Ley italiana 218/1995 (“*La ley extranjera non se aplica si sus efectos son contrarios al orden público*”) que es idéntico al Artículo 15 del Código Civil Federal mexicano (“No se aplicará el derecho extranjero: (II) Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación

<sup>1</sup> Redfern, A. *Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy*, International Arbitration 2006: Back to Basics, ICCA International Arbitration Congress Series n.13, The Hague, 2007, p.871-872.

<sup>2</sup> Lew, J.D.M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978, p. 531.

<sup>3</sup> Foster v. Driscoll, [1929] 1 KB 470.

<sup>4</sup> CBI NZ Ltd v. Badger Chiyoda, [1989] 2 NZLR 669, en 674.

sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano”). Este principio lo encontramos directamente invocado en otras leyes como el artículo 17 de la Ley Federal sobre el derecho internacional privado de Suiza (“PILA” por sus siglas en inglés), en la cual se hace referencia expresa al “orden público suizo”; o en el *Zivilprozessordnung* (o “ZPO”) alemán que habla de orden público en su sección 1059, primer párrafo, inciso 2(b), que equivale al artículo 839, cuarto párrafo, numeral 2, del Codice di Procedura Civile italiano, que habla nuevamente del “orden público”<sup>5</sup>.

Cuando una ley extranjera es aplicada en un Estado diferente al Estado que la emitió, el orden público tendrá la función de un “paracaídas”, en relación a sus más fundamentales derechos, cuando esa ley que se aplica, por vía de una ley de derecho internacional privado (en adelante “DIP”) o por la elección de las partes, pueda violar los principios del Estado “receptor”: “El orden público continúa a ejercer la función de paracaídas controlando el “salto en el vacío” constituido por el recurso de los valores jurídicos extranjeros”<sup>6</sup>. De hecho, la función del orden público es aquella de no permitir la aplicación de una ley extranjera por vía de la elección de las partes y por la designación por parte de las leyes de DIP, si esta aplicación fuese incompatible con el orden público de aquel

Estado. Las cláusulas de orden público, contenidas en las leyes sobre conflictos de leyes buscan “comparar el resultado de la aplicación”<sup>7</sup> del derecho extranjero (en relación a las sentencias arbitrales extranjeras de las cuales se pide su reconocimiento y ejecución) al orden público del Estado del foro. Este límite “negativo” interviene cuando el derecho extranjero aplicable lleva a sobrepasar esa barrera de la compatibilidad y de la tolerancia hacia el derecho extranjero.

Después de haber individualizado el caso concreto, debemos en realidad, como establece el artículo 16 de la Ley italiana 218/1995 y el Artículo 15 del Código Civil Federal mexicano, mirar hacia los *efectos* de la aplicación de la ley extranjera, o sea en *aquel* caso concreto, y no en su simple redacción normativa en la hipótesis general. En las palabras del maestro Daví<sup>8</sup>, “la evaluación hecha en relación a los resultados concretos a los cuales nos lleva la aplicación de las mismas en los casos específicos”. Estos casos específicos, en lo que nos concierne, son aquellos contratos y procedimientos que están regidos por un derecho extranjero. Estos pueden ser válidos y eficaces con base en el derecho que los gobierna, pero permanecen igualmente subordinados, en cuanto a su posibilidad de surtir efectos en un Estado diferente, con la condición de no contrariar al orden público de este último.

<sup>5</sup> Estudio comparado realizado en: Obregón Widmer, A., Tesis de Maestría “Arbitrato commerciale internazionale e *Illegality*”, Università di Bologna, Alma Mater Studiorum, 2012, p. 5.

<sup>6</sup> Mengozzi, P., *Il diritto internazionale private italiano*, Napoli, 2004, p.50

<sup>7</sup> Bucher, A. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des Cours Vol. 239, The Hague, 1993, p. 22.

<sup>8</sup> Daví, A., *Le questioni generali del DIP nel progetto di Riforma*, Rivista del Diritto Internazionale, 1990, p. 624.

Infinidad de libros y artículos lo mencionan, sin describir su contenido, como también la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjera del 1958 (en adelante la “NYC”) o como la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante la “Ley Modelo”). Otros han intentado definirlo, pero está generalmente admitido que solo los principios fundamentales de un particular sistema legal pueden estar comprendidos dentro la noción de orden público. “A los ojos del Estado”<sup>9</sup>, estos principios son condiciones legales esenciales y por esta razón crean un obstáculo “excepcional a la aplicación del derecho extranjero”<sup>10</sup>. En estos están comprendidas las obligaciones substanciales y también procedimentales (como se verá más adelante).

Lew lo definió en un sentido muy amplio diciendo que es claro que este refleja “[t]he fundamental economic, legal, moral, political, religious, and social standards of every State or extra-national community. Naturally public policy differs according to the character and structure of the State or community in which it appertains, and covers those principles and standards which are so sacrosanct as to require their maintenance at all costs and without exception”<sup>11</sup>. Es por esto que

<sup>9</sup> Hanotiau, B., Caprasse, O., *Public Policy in International Commercial Arbitration*, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, 2008, UK, p. 789

<sup>10</sup> Daví, A. op. cit., pp. 622.

<sup>11</sup> Lew, J, et al, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003, p. 422: “[l]os estándares económicos, legales, morales, políticos, religiosos y sociales

una definición exhaustiva sobre qué cosa es el orden público no es ni posible ni deseable, siendo que su naturaleza es “evolutiva y relativa”<sup>12</sup>.

A primera vista, el orden público sirve como un límite negativo: la aplicación de un derecho extranjero que conduzca a un resultado incompatible e intolerable con el orden público del país del foro vendrá descartada o excluida.

fundamentales de cada Estado o comunidad extra-nacional. Naturalmente el orden público difiere de acuerdo al carácter y a la estructura del Estado o de la comunidad al cual pertenece, y cubre esos principios y estándares que son tan sacrosantos que requieren de su conservación a toda costa y sin excepción” [Traducción libre]

<sup>12</sup> Lalive, P., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series n.3, 1986, pp. 257.

### III. EL ORDEN PÚBLICO : UN LÍMITE CON EFECTO TAMBIÉN “POSITIVO”

Ya sea que se trate del derecho de los contratos internacionales o sea que se trate del arbitraje comercial internacional, el orden público, además de ser un límite negativo, es al mismo tiempo un límite positivo a las leyes aplicables a estos dos “instituciones”. Es límite en las diferentes fases del arbitraje internacional: en el examen (o mejor dicho, si se hace una excepción) sobre la arbitrabilidad misma de la controversia, funcionando así como límite a la voluntad de las partes en la conclusión del acuerdo arbitral, conllevando también consecuencias al principio del *Kompetenz-kompetenz* del árbitro y a su jurisdicción; dispone también la circunstancia en el cual el laudo puede ser anulado en el país en el cual se dictó; y finalmente, es límite para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en el país del exequatur diferente del país en donde el laudo se dictó.

A este fin de “rechazo” de la ley extranjera por violación del orden público del Estado del foro se acompaña entonces aquella función positiva, o sea “el efecto positivo consistente en la aplicación de la ley interna del foro”<sup>13</sup>. La solución prevista en una norma está destinada a sustituirse al resultado de la ley extranjera excluida. Esto lo vemos claramente en la Fracción segunda del Artículo 16 de la ley de DIP italiana (disposición que hace falta en el Código Civil Federal mexicano): “En tal caso, se aplica la ley invocada mediante otros

criterios de conexión eventualmente previstos para la misma hipótesis normativa. En ausencia, se aplica la ley italiana”.

Este efecto positivo podría no actualizarse cuando el orden público se opone al reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera. La solicitud viene rechazada, sin que sea necesario volver a analizar el caso y decidir en el fondo<sup>14</sup>. Un contrato o una cláusula contractual que prevea servicios que proveen por ejemplo *pots-de-vin* o contrabando, es simplemente nulo, en virtud del orden público. De hecho, la expulsión de la *lex causae*, fundada sobre la incompatibilidad y la violación de los principios fundamentales dada por los hechos de su aplicación en el caso concreto, por vía de una cláusula de orden público del foro, se dice que esta última ha ya agotado su labor jurídica. Aquel contrato quedará sin efectos jurídicos en el Estado del foro porque es contrario al orden público.

<sup>13</sup> Bucher, A. op. cit., p. 29.

<sup>14</sup> Obregón Widmer, A., op. cit, p. 8

## IV. EL ORDEN PÚBLICO INTERNO, EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL

Brevemente quisiéramos hacer una diferenciación, que es obligada, sobre las diversas funciones que tienen (i) el orden público interno, (ii) el orden público internacional y el llamado (iii) orden público transnacional.

El orden público interno, es importante notar, que tiene la función de ser un límite *ordinario* a la autonomía contractual de los particulares y se identifica con el complejo de las normas imperativas del Estado que son inderogables a la voluntad de las partes.

El orden público internacional, se encuentra dentro del “territorio” del derecho internacional privado. Es un límite *excepcional* a la aplicación del derecho extranjero. La noción del orden público internacional es propia de aquel “derecho interno en materia internacional”<sup>15</sup> que busca la coordinación de las relaciones entre Estados diferentes, en la vida de las naciones y de los particulares de aquellas naciones dada por la coexistencia de los Estados, teniendo unidos así al derecho internacional privado y al derecho público.

A veces el contenido material de ambas nociones “puede ser cercano o hasta coincidir”<sup>16</sup>, siendo que se tratan de normas imperativas, pero sus

finalidades no son iguales: aquel que es interno está destinado a situaciones puramente internas, y aquello perteneciente al derecho internacional privado se aplica a las situaciones internacionales. Podemos verificar esta distinción en el Artículo 3081 del Código Civil de Quebec: “La aplicación de las disposiciones de la ley de un Estado extranjero está excluida cuando esta conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con el orden público como *se entiende dentro de las relaciones internacionales*”.

Para que una violación pueda ser considerada como contraria al orden *público internacional* esa tiene que corresponder a la contrariedad de las nociones más básicas de moralidad y de justicia. Así “aquello que se considera como orden público en cuestiones internas es diferente al orden público en cuestiones internacionales”<sup>17</sup>. Se trata entonces de valores fundamentales y esenciales del orden público del foro, y entonces se verifica una exigencia de un cierto grado de sensibilidad y tolerancia hacia el derecho extranjero. Será entonces el juez en donde se busca el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero el que definirá qué cosa se entiende (desde su punto de vista de juez nacional) como orden público internacional. Esta labor será ejecutada cuando la misma legislación no sea lo suficientemente clara en la distinción de estos dos conceptos. Sin embargo, algunos países, como Francia, cuentan ya con una distinción neta de ambos conceptos, como lo encontramos en el *Nouveau Code de Procédure Civile* francés que diferencia en su disposición legal

<sup>15</sup> Daví, A. op. cit., pp. 624.

<sup>16</sup> Bucher, A. op. cit., pp. 29.

<sup>17</sup> Otto, D. y Elwan, O., Article V(2), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Herbert Kronke (ed.) et al, The Netherlands, 2010, p. 366.



(Artículo 1214) entre estos dos conceptos: “Las sentencias arbitrales son reconocidas y ejecutadas en Francia... si este reconocimiento o esta ejecución no es manifiestamente contraria al orden público *internacional*”. Así que es claro que la idea del orden público internacional actualiza una particular opinión *nacional* de lo que es *así de importante* para constituir orden público de derecho internacional privado.

Por último, quisiéramos por cuestión de su debatida existencia e importancia, hacer una breve referencia al orden público transnacional. Debemos de partir de la premisa que algunos autores consideran que el árbitro internacional, por su naturaleza, se encuentra privados de foro y de *lex fori*, y por consiguiente no tiene un sistema nacional de derecho internacional privado. Contrario a esto, LALIVE<sup>18</sup> opina que el árbitro internacional en efecto dispone de un derecho internacional privado y al mismo tiempo se encuentra limitado por éste. El derecho internacional privado del árbitro puede solamente ser aquel que es “transnacional”, o sea, aquel que se encuentra compuesto por ciertos principios generales, que son comunes tanto como a las partes como a los Estados interesados en un caso concreto, siendo estos, universales. Este orden público de tipo transnacional se encuentra más restringido que el orden público internacional y en sí, reúne aquellos principios fundamentales, ya no de un Estado en particular, sino de aquellos que son comunes a los países civiles. Podríamos llamarlo como un orden público *verdaderamente* internacional. Este último

<sup>18</sup> Lalive, P. *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, Revue de l'Arbitrage, N.3, 1986, p. 351.

será impuesto tanto a las partes, como a los mismos árbitros en todos aquellos casos en los cuales deban de ser aplicados. Se encuentra compuesto por fuentes y contenidos realmente internacionales como lo son las convenciones internacionales que busca una solidaridad internacional creciente. Un ejemplo de la aceptación de este concepto es aquel que expresó el Tribunal Federal suizo en donde reconoció “una concepción universal de orden público, según el cual un laudo arbitral será incompatible al orden público si es contrario a los principios fundamentales morales y legales reconocidos por todos los países civilizados”<sup>19</sup>.

La *International Law Association* en su conferencia del 2000<sup>20</sup> llevada a cabo en Londres afirmó que el concepto de orden público transnacional es de aplicación necesaria y que esta comprende:

1. Reglas fundamentales de la ley natural.
2. Principios de justicia universal.
3. Jus cogens del derecho internacional público.
4. Y los principios generales de moralidad aceptados por las “naciones civilizadas”.

Quedaría fuera del estudio de nuestro escrito identificar en qué consisten cada uno de éstos conceptos, pero quisiéramos enfocarnos en el punto número 2, o sea los principios de justicia universal con lo que respecta al procedimiento arbitral.

<sup>19</sup> W. v F. and V., 3 diciembre 1994, Bull. ASA 217, 1995.

<sup>20</sup> International Law Association, London Conference (2000), *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.

## V. EL ORDEN PÚBLICO SUSTANCIAL Y EL ORDEN PÚBLICO PROCEDIMENTAL

La International *Law Association* en su conferencia del 2000 individuó además el contenido del orden público dentro de su conceptualización más amplia dentro de las siguientes categorías:

1. Lois de police o *mandatory rules of law*
2. Principios fundamentales del derecho
3. Public order o buena costumbre

### 4. Intereses nacionales o relaciones internacionales

Esta individuación del contenido del orden público es aquella atinente al orden público sustancial. Vale la pena precisar que el orden público se divide en dos diferentes categorías dependiendo de su origen: (i) el orden público sustancial y (ii) el orden público procedimental. Sin adentrarnos en el orden público de tipo sustancial, llevaremos a cabo ahora un análisis de qué forma parte del orden público procedimental (*procedural public policy*).

La Comisión del UNCITRAL, comentando el término de “orden público” contenido en la NYC declara: “Quedo bajo el entendido que el término de “orden público” que fue utilizado en la Convención de Nueva York de 1958 y muchos otros tratados, cubría principios fundamentales de ley y de justicia respecto a lo substantivo como de lo procedimental”<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> UN Doc. A740/17, para. 297 y para. 303.

Identificamos entonces que el orden público puede llevar a cabo su función negativa en relación a cómo se deben de llevar los procedimientos arbitrales. Expresiones de estos límites los encontramos nuevamente en la NYC y el la Ley Modelo.

La NYC en su Artículo V, Primer Párrafo [letras (b), (c), (d) y (e)] enumera de manera taxativa los motivos (procedimentales) por los cuales el juez del Estado en donde se pide el reconocimiento y ejecución del laudo puede denegarse a ejecutar el laudo. Podemos observar que como motivos de denegación de la ejecución está (i) la falta de debida notificación a una parte, o que no ha podido defenderse adecuadamente en la letra (b) del Art. V, Párrafo 1<sup>22</sup>; (ii) si el procedimiento resolvió más allá de lo que estaba sometido a arbitraje en la letra (c) del Art. V, Párrafo 1<sup>23</sup>; (iii) si la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se hayan ajustados al acuerdo entre las partes o a la *lex arbitrii* en la letra (d) del Art. V, Párrafo 1<sup>24</sup>; o (iv)

<sup>22</sup> Art. V.1.(b): Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

<sup>23</sup> Art. V.1.(c): Que la diferencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria...

<sup>24</sup> Art. V.1.(d): Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

que el laudo no es aún vinculante entre las partes en la letra (e) del Art. V, Párrafo 1<sup>25</sup>. Estas mismas causales de no reconocimiento y no ejecución las encontramos igualmente en el Art. 36 de la Ley Modelo, y de modo simétrico, en el Art. 34 de la Ley Modelo como causales de nulidad del laudo.

Precisamos que estas “faltas” procedimentales por sí solas no actualizan una violación del orden público. Estas no serán invocadas *ex officio* por el juez del exequatur sino deberá ser la parte que busca la anulación que deberá invocar la relativa excepción de violación y probarlas a la autoridad competente.

Sin embargo, y en las palabras de BÖCKSTIEGEL “aunque no todas las faltas procedimentales contempladas en el Párrafo 1 son una violación del orden público, la falta en cuestión podría considerarse [una falta] procedimental tan grave de principios fundamentales del *due process* en la respectiva jurisdicción que cruza el mayor umbral [de tolerancia] de orden público”<sup>26</sup>. El mismo autor comenta que una simple violación de normas imperativas de la *lex arbitrii* del país del procedimiento arbitral y del país de la ejecución no es suficiente para establecer una violación del orden público.

En pocas palabras, ciertas normas procesales no pueden estar sujetas a la voluntad de las partes, aunque algunas resulten como “renunciables”.

<sup>25</sup> Art. V.1.(e): Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

<sup>26</sup> Böckstiegel, K-H., *Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*, IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue 2008, The New York Convention - 50 Years, p. 123 y ss.

Quisiéramos reportar cuanto fue enunciado en la Tesis Aislada I.3º.C.66 K<sup>27</sup> del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

“[E]l derecho procesal, por el hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un **derecho público** con todas las consecuencias que esto engendra, **es decir, sus normas son, en principio**, generalmente de orden o interés **público que**, independientemente de su significado, **funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos** sobre la realización de ciertos actos jurídicos válidos que tengan efectos dentro de un orden jurídico específico y, por tanto, no pueden, por regla general, derogarse, alterarse, modificarse o renunciarse por acuerdo entre las partes interesadas; son generalmente absolutas y de imperativo cumplimiento. Empero, como el legislador no puede olvidar que las leyes del procedimiento son establecidas para proteger el derecho de las partes en litigios, así como el objeto mediato del proceso es el actuar del derecho objetivo que regula intereses privados y que es precisamente lo que las partes pretenden en la sentencia, **en ocasiones teniendo en cuenta el interés privado de las partes, al regular las formas del procedimiento les permite, en ciertos casos, sin violar la naturaleza jurídica del procedimiento y alterar el orden público, renunciar a ellas o modificarlas, celebrando convenciones al respecto, en los que se aparten de la instancia judicial para someterse a la decisión de árbitros**; convenir una circunscripción determinada; dejar de interponer recursos o desistir de ellos; o renunciar a ciertos trámites del juicio, como a dimitir

<sup>27</sup> Tesis Aislada I.3º.C.66 K, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, Agosto 2003, Tomo XVIII, registro No. 183492, “NORMAS PROCESALES. A PESAR DE QUE POR REGLA GENERAL SON DE ORDEN PÚBLICO, PUEDEN RENUNCIARSE O SER MATERIA DE CONVENCION POR LOS PARTICULARES RESPECTO DE DETERMINADA APLICACION, CUANDO SE TENGA EN CUENTA SÓLO EL INTERÉS PRIVADO DE LAS PARTES, NO SE VIOLE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO Y LA LEY RESPECTIVA LO PERMITA.”

de una prueba en caso de que no la haya hecho suya la parte contraria al que desiste, de un embargo, renunciar a un traslado o a cobrar las costas, los perjuicios y los honorarios de los auxiliares de la justicia, que son derechos claramente de orden privado y de interés particular. Sobre esas premisas es posible afirmar que **la circunstancia de que el derecho procesal forme parte del derecho público, porque regula una función del Estado como es la jurisdicción, no significa que todas las normas procesales sean irrenunciables y, por tanto, que las partes carezcan en absoluto de la facultad para influir en el proceso e, incluso, apartarse de él como sucede en el arbitraje, dado que la intervención del Estado es de carácter subsidiario, de tal modo que si por su esencia constituye una función pública, ella está puesta al servicio del derecho privado para hacer efectivas sus instituciones.**"

No obstante lo anterior, somos de la opinión, como varios autores, que el orden público procedimental es largamente reconocido por las cortes nacionales, y si los procedimientos arbitrales se apartan demasiado de los principios fundamentales, aquellos que la ILA definió como los principios de justicia universal (que actualizan en nuestra opinión el orden público procedimental), entonces esos mismos procedimientos no podrán ser considerados como ajustados a la ley y se verá en riesgo la ejecución del laudo.

## VI. EL ORDEN PÚBLICO PROCEDIMENTAL COMPRENDIDO DENTRO DE LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA ICC

El Artículo 41 de las Reglas ICC identifica la "Regla general" que enuncia que "[L]a Corte y el tribunal arbitral procederán según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal". De aquí deriva la obligación (como ya lo mencionamos anteriormente) de que el árbitro (y la Corte Internacional de Arbitraje –la "Corte"– bajo su función revisora del laudo) dicte un laudo que podrá pasar la "prueba" de la ejecución conforme a la ley del país del *exequatur*.

Entendido esto, empezaremos por identificar los principios que rigen el Procedimiento ICC que en sus artículos abrazan al orden público procedimental.

Lo haremos partiendo de la base de que de acuerdo a FOUCHARD<sup>28</sup>, el orden público comprende dos requisitos o principios básicos: el primero es el "respeto del derecho a la defensa o al principio del contradictorio en los procedimientos", y el segundo, "la igualdad de las partes". El Artículo 18 de la Ley Modelo enuncia el "Trato equitativo de las partes": "Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos".

<sup>28</sup> Referido en el artículo de Sikiric, H., *Arbitration and Public Policy: Arbitration proceedings and public policy*, 2000, 7 Croat. Arbit. Yearb. 85, pp. 6.

La igualdad de las partes, también en las palabras de FDLALLAH<sup>29</sup>, “es el principio rector del arbitraje”. Se le deben de asegurar a las partes que tendrán garantías procedimentales equivalentes a las que tendrían frente a un juez nacional. Este principio deriva además de las legislaciones nacionales, de las convenciones internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída... con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”), el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos que añade además la garantía judicial del derecho de ser oído dentro “de un plazo razonable”. Específicamente en nuestra materia, el Reglamento de Arbitraje del UNICTRAL en su Artículo 17 sobre las “Disposiciones Generales” enuncia: “[E]l tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje de modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos”.

Los principios que conforman el orden público procedimental dentro al Procedimiento ICC son los siguientes:

<sup>29</sup> Fadlallah, I., *Les principes généraux en matière d'arbitrage international*, Les principes généraux du droit / Université Saint-Joseph (Beyrouth), Faculté de Droit et de Sciences politiques [et] Centre d'Études des Droits du Monde Arabe (CEDROMA).

## 1. Trato equitativo entre las partes

Dentro al Reglamento ICC no existe un artículo expreso como los anteriores mencionados que enuncie este principio (veremos en el punto (2) que existe una obligación por parte del tribunal arbitral de asegurar que las partes sean escuchadas), pero lo vemos plasmado dentro de las disposiciones que rigen el entero Procedimiento ICC<sup>30</sup>:

**i. Igualdad en la constitución del Tribunal Arbitral.** El Artículo 12, Fracciones 3 y 4 prevén, según el caso si se trata de Árbitro Único o de una Tribunal Arbitral compuesto por tres árbitros, que en el primer caso, las partes “pueden designarlo de común acuerdo para su confirmación”, y en el segundo caso, “[c]uando las partes hayan acordado que la controversia deberá ser resuelta por tres árbitros, cada parte... deberá designar un árbitro...”. En ambos casos, cuando una o ambas partes se abstengan de designar el árbitro, la Corte de la ICC hará el nombramiento. Esto también sucederá cuando el Tribunal Arbitral esté compuesto por tres árbitros, en cual caso, el tercer árbitro será nombrado por la Corte a menos que las partes hayan convenido un procedimiento para su designación. Esto garantiza un trato equitativo siendo que la Corte es “[e]l órgano independiente de arbitraje de la” ICC<sup>31</sup> y “[c]omo órgano autónomo, la Corte ejerce estas funciones con total independencia de la [ICC]

<sup>30</sup> Para mayor profundización sobre este tema, nos remitimos a cuanto escrito por Azar, C. en su Monografía sobre “Arbitraje Comercial Internacional”, [http://azar-abogados.com/pdf/monografia\\_sobre\\_arbitraje\\_comercial.pdf](http://azar-abogados.com/pdf/monografia_sobre_arbitraje_comercial.pdf).

<sup>31</sup> Artículo 1, Fracc. I del Reglamento ICC.

y sus otros órganos<sup>32</sup>. El nombramiento de árbitros, así como su sustitución y recusación, por parte de la Corte se encuentra previsto bajo un procedimiento de control mismo de la Corte en los Artículos 13, 14 y 15 del Reglamento ICC.

Este principio es, en las palabras de GRAHAM TAPIA, el “principio neurálgico” del procedimiento arbitral. Este principio fue aceptado de tal modo después de la anulación del laudo en el caso Dutco<sup>33</sup> por parte de la *Cour de Cassation* francesa que individuó la importancia del trato equitativo entre las partes en el nombramiento de los árbitros, y en el caso de que estos no se pusieran de acuerdo, lo haría supletoriamente la Institución Arbitral.

**ii. Igualdad en los términos procesales.** El Reglamento ICC contempla en todos sus artículos términos establecidos de manera equitativa, que además contestan a la necesidad de celeridad en el procedimiento. Además, cualquier cambio a éstos, se hará por el Tribunal Arbitral de común acuerdo de las partes, como veremos en el punto (iv).

**iii. Igualdad en las notificaciones.** El Reglamento ICC además es preciso en dictar a lo largo del Procedimiento que las notificaciones se llevarán a cabo equitativamente, en tiempo y en forma. Sobre todo esto se encuentra enunciado en el Artículo 3: “Todos los escritos y demás comunicaciones presentados por cualquiera de las partes, así como todos los documentos anexos a ellos, deberán

presentarse en tantas copias como partes haya, más una para cada árbitro y otra para la Secretaría. Deberá enviarse a la Secretaría copia de cualquier notificación o comunicación dirigida por el tribunal arbitral a las partes”. El mismo artículo deja claro cuando dicha notificación o comunicación se considerará efectiva y surtirá sus efectos y a partir de cuándo comenzarán a correr los términos para las demás obligaciones procesales.

El respeto de la formalidad necesaria de notificar todos los actos del procedimiento cumplirá así con la obligación, asegurando su ejecución, conforme al ya mencionado Artículo V.1.(b) de la NYC.

**iv. Igualdad en las decisiones relativas a la organización del procedimiento.** Los Artículos 22, 23 y 24 garantizan la igualdad de las partes en la conducción del procedimiento arbitral. Este se deberá llevar a cabo de manera eficaz y expedita, con todos los esfuerzos de las partes y del tribunal arbitral para así hacerlo. El tribunal arbitral consultará siempre a las partes antes de la adopción de las medidas procesales que considere apropiadas<sup>34</sup>; el tribunal arbitral pondrá a disposición de las partes para su firma el Acta de Misión que elaborará con base en los documentos del expediente o en la misma presencia de las partes que fijará la litis arbitral y que fija la misión de los árbitros, no siendo posible después de la firma, la formulación de nuevas demandas que quedaron fuera del Acta de Misión (salvo autorización del tribunal arbitral); finalmente, el tribunal arbitral deberá

<sup>32</sup> Artículo 1, Fracc. 2 del Apéndice I del Reglamento ICC.

<sup>33</sup> Cour de Cassation, 7 enero 1992, Siemens AG/BKMI Industrieanlagen GmbH v Dutco Construction Company, XVII YBCA 140 (1993), 119 Clunet (1992).

<sup>34</sup> Siempre que no vulneren ningún acuerdo de las partes.

organizar una conferencia para consultar a las partes para establecer el calendario procesal sobre la conducción del procedimiento, siendo posible modificarlo sucesivamente, pero siempre consultando previamente a las partes.

**v. Igualdad en las formalidades aplicables a los escritos y comunicaciones.** Esto quedará plasmado igualmente en el calendario procesal al cual las partes estarán de acuerdo. Importante recordar que cuando se determine “de qué manera se presentarán [los] escritos, las formalidades deberán aplicarse a todos y cada uno de los escritos de las partes y del Tribunal Arbitral”<sup>35</sup>.

**2. Plena oportunidad de hacer valer sus derechos.** Como adelantamos, no existe un Artículo explícito sobre la igualdad de las partes durante y en el Procedimiento ICC, ya que se encuentra dentro del Reglamento ICC entero, pero recordamos aquí el Artículo 22, Fracción 4 que dicta la obligación para el tribunal arbitral en todos los casos de “asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso”. Esto cumple con la obligación de cumplir con el principio de orden público transnacional de igualdad de las partes y de justicia universal.

**i. Principio de contradictorio. Igualdad en las “formalidades” aplicables a la presentación y desahogo de pruebas y audiencias.** Durante la instrucción de la causa, el Artículo 25 impone a los árbitros la obligación de oír a las partes “contradictoriamente si una de ellas

así lo solicita. A falta de tal solicitud, podrá oír las de oficio”. Las partes además tienen la oportunidad, si así lo desean, de interrogar en audiencia a cualquier perito que haya sido nombrado por las partes o por los árbitros. De no llevarse a cabo la Audiencia, el tribunal arbitral podrá decidir la controversia tan solo sobre la base de los documentos aportados por las partes, los cuales ya cumplieron con las formalidades esenciales del procedimiento. La Audiencia, se llevará a cabo si una parte así lo solicita o el tribunal arbitral así lo considera. El Artículo 26, Fracción 3 dicta que “[e]l tribunal arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presentes”. En este caso, los árbitros tendrán que tener mucho cuidado para que las partes tengan los mismos tiempos de exposición, las mismas oportunidades procesales, etc. Como ya dijimos, el Procedimiento ICC se caracteriza por la falta de formalismos y por ende es un procedimiento flexible, y como recuerda la autora Azar<sup>36</sup>, “es aquí cuando surgen las principales quejas de las partes que pueden dar lugar a intentos de nulidad de laudos ante una autoridad judicial...[D]e hecho es muy común que justamente al terminar la audiencia, el Tribunal Arbitral pregunte a las partes si creen y sienten que sus derechos procesales...han sido en todo momento respetados”.

<sup>35</sup> Azar, C. op. cit.

<sup>36</sup> Azar, C. op. cit.

### 3. Independencia e imparcialidad de los árbitros.

Este principio, que forma parte igualmente del orden público procedimental, se encuentra sustentado en los Artículos 22, Fracción 4, y sobre todo el Artículo 11: “Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje”. Se asegura que estas características imprescindibles del árbitro se externen a través de una declaración de su misma imparcialidad e independencia. Estos requisitos obligatorios cumplen con la finalidad de otorgar a las partes un trato equitativo, de principio a fin, por eso el artículo lo precisa escribiendo expresamente “y permanecer”. Si el árbitro no fuese imparcial e independiente, violando la neutralidad que debe mantener, lo llevaría a ser el mero ejecutor de la voluntad de una de las partes de la cual depende. Una Corte suiza expresó lo siguiente: “De acuerdo al sentido suizo de la ley, el principio de independencia e imparcialidad de los árbitros pertenece a los requisitos fundamentales de protección legal, y por ende al orden público. Los árbitros (también aquellos nombrados por las partes en los paneles compuestos por tres árbitros) debe de ser imparcial justo como lo son los jueces nacionales”<sup>37</sup>.

**4. Motivación del laudo.** El Artículo 31, Fracción 2 del Reglamento ICC dicta: “El laudo deberá de ser motivado”. Existen algunos casos en los cuales, como por acuerdo de las partes, un laudo puede no estar motivado. Aunque en países como el nuestro, las resoluciones deban explicar las cuestiones dirimidas, existen algunos casos en los cuales la falta de razones no es motivo de rechazo de la ejecución de un laudo extranjero<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Böckstiegel, H-M., op. cit., pp. 9

<sup>38</sup> International Law Association, London Conference (2000), op. cit., pp. 27.

### VII. CONCLUSIONES

El breve análisis del orden público fue realizado con la intención de demostrar que el Procedimiento ICC para la conducción de un arbitraje se encuentra ajustado a las necesidades internacionales de respetar los principios fundamentales de la justicia universal.

Esto, como hemos comentado brevemente, sirve para dos funciones básicas: asegura que las partes tengan la confianza de que sus derechos serán respetados desde el principio, de que participen desde la elección de los árbitros hasta la audiencia final. En el momento en el cual la parte que se ve obligada por la emisión del laudo de los árbitros, su cumplimiento espontáneo será facilitado si la misma parte sabe que sus garantías procesales se encuentran garantizadas y que no existieron faltas durante el procedimiento.

El ajuste a estas garantías y “formalidades” cumplirán con la obligación que tienen tanto los árbitros como la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC de producir un laudo ejecutable en cualquier país del mundo (o por lo menos, en los 149 países en donde la Convención de Nueva York de 1958 ha entrado en vigor)<sup>39</sup>. Cuando se busca la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo en un Estado, este se adentrará en sus canales judiciales. Hacemos notar que el control judicial, en la fase de reconocimiento y sobre todo de la ejecución del laudo arbitral es claramente mayor respecto a la solicitud de nulidad. Esto

<sup>39</sup> Son 149 los países a la fecha de redacción de este escrito (09 Enero, 2014).



porque se pide “la integración de una decisión privada en un orden jurídico estatal para que ésta pueda beneficiarse del uso de la fuerza pública”<sup>40</sup> y esto claramente no puede suceder sin una previa verificación de su aceptabilidad. El Estado verificará entonces según sus propios criterios que la decisión sea susceptible de ejecución.

Tomando solo como referencia una tesis de jurisprudencia<sup>41</sup> de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, opinamos que si un laudo arbitral respeta las “Formalidades esenciales del procedimiento”, las causales de nulidad que encontramos en la NYC no se actualizarán y por ende, se tendrá un laudo ejecutable:

FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.

**La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa** previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, **y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga “se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento”.** Estas son las que **resultan necesarias para garantizar la defensa** adecuada antes del acto de privación y que, **de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos:**

<sup>40</sup> Racine, J.B., *L'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public*, Paris, 1999, p. 438.

<sup>41</sup> Tesis P./J.47/95 Jurisprudencia, Pleno, Diciembre 1995, Tomo II, p. 133, “FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.”

**1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.** De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.

Postulamos que es por esta razón que las Reglas de Arbitraje de la ICC, sus principios rectores y su oportuna salvaguardia por parte de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional son las más exitosas a nivel mundial. Gozan de la confianza de los operadores comerciales internacionales y de los jueces nacionales.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

- Azar, C. en su Monografía sobre “Arbitraje Comercial Internacional”, [http://azar-abogados.com/pdf/monografia\\_sobre\\_arbitraje\\_comercial.pdf](http://azar-abogados.com/pdf/monografia_sobre_arbitraje_comercial.pdf).
- Böckstiegel, K-H., *Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*, IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue 2008, The New York Convention – 50 Years
- Bucher, A. *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, Recueil des Cours Vol. 239, The Hague, 1993
- Daví, A., *Le questioni generali del DIP nel progetto di Riforma*, Rivista del Diritto Internazionale, 1990
- Fadlallah, I., *Les principes généraux en matière d'arbitrage international*, Les principes généraux du droit / Université Saint-Joseph (Beyrouth), Faculté de Droit et de Sciences politiques [et] Centre d'Études des Droits du Monde Arabe (CEDROMA)
- Hanotiau, B., Caprassé, O., *Public Policy in International Commercial Arbitration*, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice, 2008, UK
- Lew, J.D.M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, New York, 1978
- Lew, J.D.M., et al, *Comparative International Commercial Arbitration*, The Hague, 2003
- Lalive, P., *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, in Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series n.3, 1986
- Lalive, P. *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, Revue de l'Arbitrage, N.3, 1986
- Mengozzi, P., *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004
- Otto, D. y Elwan, O., *Article V(2), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, Herbert Kronke (ed.) et al, The Netherlands, 2010

- Obregón Widmer, A., Tesis de Maestría “Arbitrato commerciale internazionale e *Illegality*”, Università di Bologna, Alma Mater Studiorum, 2012.
- Racine, J.B., *L'Arbitrage Commercial International et l'Ordre Public*, Paris, 1999
- Redfern, A. *Comments on Commercial Arbitration and Transnational Public Policy*, International Arbitration 2006: Back to Basics, ICCA International Arbitration Congress Series n.13, The Hague, 2007
- Sikiric, H., *Arbitration and Public Policy: Arbitration proceedings and public policy*, 2000, 7 Croat. Arbit. Yearb. 85
- International Law Association, London Conference (2000), *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, <http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/A709CDEB-92D6-4CFA-A61C4CA30217F376>.
- UN Doc. A740/17

## JURISPRUDENCIA

- Foster v. Driscoll, [1929] 1 KB 470.
- Cour de Cassation, 7 enero 1992, Siemens AG/BKMI Industrieanlagen GmbH v Dutco Construction Company, XVII YBCA 140 (1993), 119 Clunet (1992)
- CBI NZ Ltd v. Badger Chiyoda, [1989] 2 NZLR 669
- W. v F. and V., 3 diciembre 1994, Bull. ASA 217, 1995
- Tesis Aislada I.3º.C.66 K, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, Agosto 2003, Tomo XVIII, registro No. 183492, “Normas procesales. A PESAR DE QUE POR REGLA GENERAL SON DE ORDEN PÚBLICO, PUEDEN RENUNCIARSE O SER MATERIA DE CONVENCIÓN POR LOS PARTICULARES RESPECTO DE DETERMINADA APLICACIÓN, CUANDO SE TENGA EN CUENTA SÓLO EL INTERÉS PRIVADO DE LAS PARTES, NO SE VIOLÉ LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO Y LA LEY RESPECTIVA LO PERMITA.”

**Nota.** Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje revisado por: Dr. Luis Enrique Graham Tapia.

## Carlos A. Gabuardi

Doctor en Derecho por la Universidad de Tulane y Miembro del Sistema Nacional de Investigadores y obtuvo un doctorado en Derecho y una Maestría en Derecho por la Universidad de Tulane.



### Introducción

Yo no creo que la historia se repita. En definitiva, yo no estoy de acuerdo con quienes piensan que la historia es un ciclo sin fin. Aceptarlo sería desesperanzador, aceptarlo significaría aceptar la desventura de que la humanidad vive condenada a repetirse en un constante, atrapada sin remedio en un círculo vicioso en el que está condenada a permanecer.

Debemos tratar de entender nuestros propios tiempos aprovechando las lecciones de la historia, pero también comprendido la diversidad de las circunstancias y las grandes constantes que están conformando la estructura tonal de los tiempos que ahora vivimos, y del mismo modo, debemos hacer un esfuerzo para proyectar nuestro propio porvenir. No hacerlo equivaldría a navegar al gareté.

El punto es determinar ¿cuáles son los grandes temas de nuestro tiempo? y ¿cuáles son las grandes

constantes que están conformando la estructura tonal de los tiempos que ahora vivimos?.

A principios de los años 90 del siglo XX alguien me comentó con gran interés sobre el sobre un ensayo del gran escritor italiano Umberto Eco: “Hacia una nueva Edad Media”<sup>1</sup>.

En ese trabajo (escrito en 1972), el autor, comentando lo señalado por otras voces, comparó algunos de los importantes paralelismos que existen entre la Edad Media histórica y los tiempos en que ahora vivimos.

En suma, el tema que Eco subraya a lo largo de su trabajo queda indicado al principio del ensayo haciendo notar el fenómeno observable en nuestros días en donde los sistemas de la era tecnológica resultan “demasiado vastos y complejos para ser coordinados por una autoridad central y también para ser controlados individualmente por un aparato directivo eficiente”.

Aún y cuando los ejemplos con los que Eco ilustra este ensayo reflejan la impronta inmediata de los años sesenta del siglo XX, lo cierto es que al reflexionar sobre estos, no se puede dejar de observar los muchísimos paralelismos que en estos nuestros días parecen reafirmar todavía más, la idea de que efectivamente estamos viviendo en los albores de una nueva Edad Media.

<sup>1</sup> Eco, Umberto, “Hacia una nueva Edad Media”, *La Estrategia de la Ilusión*, Debolsillo, Random House Montadori (www.gustaleer.com), Edición para Kindle. Edición en formato digital: mayo 2012. S/paginación.

En este sentido, más allá de los ámbitos cobijados por la sombra del Estado Moderno, el Derecho Mercantil parece que nuevamente se encuentra enfrentando los retos de un entorno global en el que los comerciantes se ven obligados a construir un orden jurídico para sí mismo, y así es como yo ubico y leo el fenómeno del arbitraje comercial internacional.

Reconozco que los temas a los que hago referencia en este trabajos son amplísimos por sí mismos, por lo que a partir de estas ideas focalizaré mi trabajo en la temática del procedimiento arbitral en el arbitraje comercial internacional de hoy.

## **I. La globalización y la carencia de un Derecho Global**

En medio de la turbulencia se pueden distinguir algunas de las más importantes constantes que en más de una manera definen y moldean al mundo de hoy: la globalización misma, el cambio constante y la rapidez con que el cambio sucede.

La globalización es uno de los signos más claros y dominantes de nuestros tiempos. Para la humanidad entera la aldea global es una realidad cotidiana en prácticamente todos y cada uno de los aspectos de la vida, los medios masivos de comunicación y la Internet han hecho que la información esté siempre disponible independientemente de la distancia. La mesa diaria está llena de manjares que otrora se consideraban exóticos y los artículos de la vida ordinaria están integrados por bienes y servicios que vienen de todos los lugares del planeta.

Hoy se puede desayunar en Roma y llegar a México antes de que haya terminado ese mismo día. Se puede salir de Melbourne un día a media mañana, y después de un vuelo muy largo, llegar a Los Ángeles a una hora todavía más temprana del mismo día de la partida.

Los grandes viajes que en otros tiempos inspiraban libros enteros, hoy forman parte de la vida cotidiana.

El alcance de la globalización puede esbozarse en las líneas expresadas por María Lievanos Cattai, que aunque refiriéndose al fenómeno económico,

por extensión también podría aplicarse a los demás ámbitos del quehacer humano:

La globalización es imparable. La globalización ya se encuentra intrínsecamente ligada a la economía mundial, aún y cuando ésta puede encontrarse tan sólo en sus primeras etapas. Tenemos que vivir con esta realidad, reconociendo sus ventajas y aprendiendo a administrarlas. Este imperativo se aplica a los gobiernos, que serían poco atinados en oponerse a esta tendencia por meras razones de carácter político. Esto también es válido para las compañías de todos los tamaños, las cuales ahora deben competir en mercados globales y tienen que aprender ajustar sus estrategias en esta medida, tomando las oportunidades ofrecidas por la globalización.<sup>2</sup>

Ante este fenómeno, debe señalarse que las nuevas realidades han dejado sentir sus efectos

<sup>2</sup> Traducción libre del autor de lo siguiente: "Globalization is unstoppable. Even though it may be only in its early stages, it is already intrinsic to the world economy. We have to live with it, recognize its advantages and learn to manage it. That imperative applies to governments, who would be unwise to attempt to stem the tide for reasons of political expediency. It also goes for companies of all sizes, who must now compete on global markets and learn to adjust their strategies accordingly, seizing the opportunities that globalization offers." Maria Lievanos Cattai, *The Global Economy - an opportunity to be seized in Business World* the Electronic magazine of the International Chamber of Commerce (Paris, July 1997), cited by: Ralph Amissah, *The Autonomous Contract, Reflecting the borderless electronic - commercial environment in contracting*, (<http://www.jus.uio.no/lm/the.autonomous.contract.07.10.1997.amissah/doc.html>, consultado por última vez el 9 de abril de 2009).

en todos los ámbitos del quehacer humano, con todas sus cosas buenas, pero también con todas las cargas negativas que uno pueda imaginarse, y el Derecho no es la excepción.

Hoy, como ayer, el gran reto es estar a la altura del momento histórico,<sup>3</sup> y es por ello que debemos estar atentos a los signos de los tiempos.

El punto es determinar cuáles son las repercusiones de los nuevos tiempos en el ámbito jurídico, y sobre este particular, el Profesor Rafael Domingo Oslé ha señalado lo siguiente: "La globalización exige una reformulación del Derecho, una respuesta jurídica adecuada a los nuevos tiempos".<sup>4</sup>

Sin embargo, aún y cuando existen importantes esfuerzos e instrumentos jurídicos que pretenden contribuir a la solución de esta problemática, a esta fecha no existe nada que de alguna manera pudiera ser calificado como una auténtico Derecho Global con las características "exquisitamente autoritarias" a las que se refiere Paolo Grossi para calificar a los sistemas jurídicos surgidos bajo el imperio del Estado Moderno.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> "... es su historicidad la esencia del derecho, o sea, su consistir en una dimensión misma del vivir asociadamente, expresión natural e inseparable de la comunidad que produciendo Derecho vive su historia en toda su amplitud." Grossi, Paolo. P. 41

<sup>4</sup> Domingo Oslé, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, Segunda edición, España, Thomson Aranzadi, 2008, P. 20

<sup>5</sup> Grossi, Paolo, Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996. P. 40

## II. El arbitraje, una solución del medioevo traída al universo del mundo globalizado del siglo XXI

En más de un sentido se puede afirmar que el Derecho Mercantil y gran parte de sus instituciones seminales – tal y como las conocemos hoy en día – se terminaron de fraguar con sus principales características durante la Edad Media<sup>6</sup> como respuesta a la necesidad de los comerciantes de contar con un orden jurídico propio, que en el contexto de la realidad histórica que se vivía en aquellos tiempos, les proveyera de los instrumentos y herramientas jurídicas necesarias para el ejercicio eficiente de las actividades propias de su profesión.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> “En el derecho mercantil medioeval se encuentra el origen de muchas instituciones comerciales contemporáneas: el registro de comercio, las sociedades mercantiles, la letra de cambio, etc.” Roberto L., *Derecho Mercantil. Introducción y conceptos fundamentales de sociedades*, México, 19ª edición, Editorial Porrúa, 1979. p. 6 “El derecho mercantil es un producto tardío del derecho privado. Nace en la Edad Media, para atender las necesidades de los mercaderes. . .” Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades*, México, Editorial Porrúa, 1989. p. 3

<sup>7</sup> “Preciso es que nos coloquemos en plena Edad Media para poder asistir a las primeras apariciones de la legislación comercial propiamente dicha. En los comienzos de este período, el comercio y, por lo mismo, su legislación eran imposibles. Derrumbado el imperio romano de occidente y durante toda la era de invasiones, la anarquía más espantosa se enseñoreó de Europa; y si bien el genio de Carlomagno logró establecer algún orden social, éste no sobrevivió a su autor y pronto el feudalismo, con su régimen basado exclusivamente sobre la propiedad territorial y con sus pequeñas y numerosas soberanías, recelosas u hostiles entre sí, fue un nuevo obstáculo para todo linaje de progreso en el orden industrial y mercantil. Pero vino más tarde el colosal movimiento de las cruzadas, “desplome gigantesco del

Así, es en este estadio de la evolución histórica del Derecho cuando también aparece la institución del arbitraje comercial. Consecuentemente, en general, lo que se dice con respecto a los elementos que permitieron el surgimiento del Derecho Mercantil de aquellos tiempos resulta también aplicable a la aparición del arbitraje comercial.

Corresponde a la Historia del Derecho hacer un análisis exhaustivo de estos temas, pero por su gran importancia en el desarrollo del arbitraje contemporáneo, conviene revisar algunos de los elementos que permitieron el surgimiento de la institución del arbitraje comercial:

- a. La consagración del consentimiento de las partes y la buena fe como pilares de la negociación contractual.<sup>8</sup>

occidente sobre oriente”, abriéndose después la era gloria del los municipios, y el mundo contemplo con asombro el renacimiento más admirable del comercio. Amalfi, Pisa, Florencia, Génova, Venecia, brillaron como centros poderosísimos de vida industrial y comercial y como focos de civilización libertad y poderío.” Tena, Felipe de J., *Derecho Mercantil Mexicano con Exclusión del Marítimo*, México, 9ª edición, Editorial Porrúa, 1978. Pp. 25 y 26. “. . .ese derecho medieval es extraordinariamente abierto, creativo y susceptible de adaptarse a los cambios mucho más eficaz y sutilmente que el posterior derecho moderno vinculado a un Estado Central.” De Trazegnies Granda, Fernando, “¿Lex Mercatoria Rediviva? Primera parte: De la Edad Media a la Postmodernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, No. 3, 2006. p. 18

<sup>8</sup> “. . . la necesidad de celeridad en la ejecución de los contratos celebrados, y la influencia del derecho canónico – especialmente con respecto al principio de la buena fe – produjeron la aplicación de distintas instituciones que aparecen típicas del comercio: la supresión del formulismo romano para ser remplazado por la eficacia plena del mero

b. El corporativismo medieval y el régimen de los estatutos propios de los miembros de las corporaciones.<sup>9</sup>

c. La existencia de un comercio itinerante que requería seguridad jurídica en su actividad más allá de los confines de un determinado territorio.<sup>10</sup>

d. La necesidad de contar con instrumentos prácticos para lograr una solución expedita a los diferendos comerciales.

consentimiento de las partes, la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, la representación ocasional o permanente en la celebración de los negocios jurídicos y su ejecución (mandato, corretaje, comisión), la solidaridad pasiva de los coobligados, etc.” Montoya Alberti, Ulises, “Historia del Derecho”, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Lima, Año XVIII, No. 56, 2003. pp. 13 y 14.

<sup>9</sup> “Surgió, pues, entonces, por espontanea virtud, un nuevo derecho, constituido primero por la costumbre, cristalizado después en ciertas leyes escritas, que recibieron el nombre de estatutos, y cuyo conjunto forma el llamado derecho estatutario. Factores principalísimos del nuevo derecho fueron las corporaciones, nacida, como habremos de verlo en otro lugar, de aquel espíritu de asociación que a la sazón estaba sobre todo, como que era la única fuerza que podían oponer los trabajadores libres de la ciudades contra el despotismo vejatorio de los señores feudales.” Tena, Felipe de J., op. cit., pp. 26 y 27

<sup>10</sup> “Su nacimiento ocurre en el seno de los gremios y de las corporaciones de los comerciantes matriculados, en las ciudades italianas, a virtud del intercambio de mercaderías entre plazas y mercados distintos, que realizaban aquellos.” Barrera Graf, Jorge, *Idem*. “la *lex mercatoria* se presentará como una regulación jurídica que sobrepasa los derechos locales y tiene a ser universal dentro de su época y de su especialidad. Y es así como este Derecho Consuetudinario, que nace con gran fuerza, va a reglamentar básicamente le comercio a distancia y todo lo vinculado a la navegación comercial.” De Trazegnies Granda, Fernando, *Idem*, p. 19

e. La necesidad de contar con instrumentos que permitieran dar seguridad jurídica a las operaciones comerciales sin entorpecer la celeridad propia de las mismas.

f. El desarrollo consecuente de un orden jurídico autónomo, profesional y especializado<sup>11</sup> para temas comerciales,<sup>12</sup> distinto y separado del orden común.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> “El derecho mercantil tuvo desde sus orígenes en la Baja Edad media, un alto grado de autonomía y de especialidad. Se le consideraba un derecho autónomo, debido a que sus normas se crearon con relativa independencia respecto de los poderes establecidos, en especial porque sus instituciones se distinguieron de otras semejantes propias del poder real.” Cruz Barney, Óscar, “El Derecho Mercantil y el surgimiento de la organización y jurisdicción consular en el mundo hispánico”, en Silva, Jorge Alberto (coordinador), Estudios sobre *Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México. 2006. p. 1

<sup>12</sup> “La formación del derecho mercantil explica que fuera predominantemente un derecho subjetivo, cuya aplicación se limitaba a la clase de los comerciantes. No obstante, desde un principio se introdujo un elemento objetivo: la referencia al comercio, pues a la jurisdicción mercantil no se sometían sino los casos que tenía conexión con el comercio, *ratione mercaturae*; así, ni los tribunales mercantiles eran competentes, ni aplicable el derecho comercial, por la mera circunstancia de tratarse de un agremiado, sino se tenía también el dato de la mercantilidad de la relación contemplada.” Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil*. ob. cit., p. 6

<sup>13</sup> “Diéronse de este modo sus propios ordenamientos, que libremente regulaban su acción administrativa, legislativa y judicial; la vida intensa del tráfico creaba las normas que habían de regirlo adecuadamente, brotando así un derecho especial, emanación directa de la vida práctica, reflejo de las necesidades de la clase mercantil y por el cual iban quedando superadas las resistencias que oponía el viejo derecho común contra el libre y espontaneo desenvolvimiento de la actividad comercial. *Idem*., p. 27



g. Una gran dificultad, sino que una verdadera imposibilidad, de acceder a sistemas eficientes y confiables de justicia.<sup>14</sup>

El paralelismo entre las causas históricas que justificaron el surgimiento del Derecho Mercantil y la institución del arbitraje son notables, y resulta por además interesante observar la manera en que esta disciplina y, en este caso la institución arbitral, vuelven a retomar los elementos y características que justificaron y explicaron su origen como ramas jurídicas autónomas, así como su necesidad en cuanto a herramientas prácticas para la solución de controversias entre comerciantes.

Sin embargo, los tiempos de hoy no son los de ayer<sup>15</sup> y ya ha sido mucha el agua que ha pasado

<sup>14</sup> “En el aspecto político, faltaba un poder suficientemente fuerte e ilustrado que pudiese dar leyes con validez general y que resolviera de modo adecuado los problemas creados por el auge mercantil. Esta misma debilidad del poder público dio lugar a que las personas dedicadas a una misma actividad se agruparan para la protección y defensa de sus intereses comunes. Entre los gremios así formados ocuparon lugar prominente los de los comerciantes. Los gremios de comerciantes establecieron tribunales encargados de dirimir las controversias entre sus agremiados sin las formalidades del procedimiento, sine estrepitu et figura iudicii, y sin aplicar las normas del derecho común, sino los usos y costumbres de los mercaderes. Así fue creándose un derecho de origen consuetudinario e inspirado en la satisfacción de las peculiares necesidades del comercio. Las resoluciones de los tribunales comerciales fueron recopiladas, ora conservando su forma original, ora redactadas en términos generales y ordenadas sistemáticamente formando estatutos u ordenanzas que, atenta a la manera en que se originaron, diferían de una a otra ciudad. Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil. Idem, p. 5

<sup>15</sup> “En la primera parte de este artículo, habíamos concluido que se podía denominar Lex Mercatoria a ese

bajo el puente desde los tiempos la Edad Media histórica; debiendo reconocerse que, entre otros, uno de los principales eventos a considerar a lo largo de este período consistió en la aparición del Estado

Moderno, y con éste, la gestación y desarrollo de las legislaciones nacionales, que como cosa muy positiva consagraron tanto un sistema de garantías mínimas para el hombre y el ciudadano, como los instrumentos jurídicos procesales para el cumplimiento forzoso de las mismas.

Así es como ubico el marco para encuadrar el estudio del procedimiento arbitral, entre aquellas necesidades que explican y justifican su necesidad y el sistema de garantías procesales mínimas que, por un lado, deben observarse en beneficio de sus usuarios, y por el otro, deben ser requeridas para que los órganos del estado puedan estar en posibilidad legal de dar cumplimiento forzoso a las determinaciones derivadas de los procedimientos arbitrales.

nuevo Derecho Internacional de los Negocios como una memoria del pasado; pero a condición de tener muy claro que ese Derecho Internacional al que nos referimos hoy en día tiene su origen propio en las circunstancias de nuestro tiempo y, de otro lado, abarca un campo bastante mayor que el del intercambio internacional de bienes y servicios.” De Trazegnies Granda, Fernando, “¿Lex Mercatoria Rediviva? Segunda parte: Ley internacional y ley nacional”, *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, No. 5, 2007. p. 3

### III. El procedimiento arbitral

Hoy día, el procedimiento arbitral gravita entre las características del arbitraje comercial histórico y las garantías procesales mínimas consolidadas bajo la vigencia del Estado Moderno, por lo que a continuación habré de referirme a los principios que conforman y delimitan el procedimiento arbitral.

#### a. El procedimiento arbitral como producto contractual

La primera regla procesal en el arbitraje es la que determina la existencia misma de este procedimiento, por cuanto la causa que justifica jurídicamente la procedencia del procedimiento arbitral – en oposición al procedimiento judicial y con exclusión primaria de este – es la voluntad de las partes tal y como ésta esté manifestado en el acuerdo contractual que lo establece.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> “ARBITRAJE. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ES FUENTE DE LAS FACULTADES Y LÍMITES DEL ÁRBITRO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS II. 1 DE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS Y 1 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL). El artículo II.1 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, reconoce el carácter originario del arbitraje desde la sede contractual, al disponer 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

Consecuentemente, en principio, se puede afirmar que en prácticamente todos sus aspectos el procedimiento arbitral es tan amplio en cuanto relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; a su vez, el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el veintisiete de abril de mil novecientos setenta y ocho, prescribe que es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil; conforme a esos textos legales, se reconoce validez y eficacia al acuerdo de las partes para someter a arbitraje alguna cuestión que surja o haya surgido con motivo de una relación jurídica contractual o no contractual; lo anterior revela que sí se otorga a la voluntad de las partes plena eficacia vinculatoria entre ellas por lo que la fuente original de la eficacia normativa de un arbitraje descansa en su reconocimiento por la ley, que regula los efectos del acuerdo de las partes y precisa sus límites para obrar sobre la esfera jurídica de las personas. Pero ese acuerdo de voluntades que da lugar al arbitraje tiene un límite formal y material porque el árbitro no puede llevar a cabo actos de privación o ejecución material sobre las personas o las cosas y la ejecución queda reservada al Juez estatal. El laudo queda sujeto a un proceso de revisión por los órganos jurisdiccionales del Estado, cuando no es acatado voluntariamente o es impugnado por alguna de las partes, lo que da origen a las cuestiones concernientes a la nulidad o reconocimiento o ejecución del laudo. El tribunal arbitral realiza una actividad materialmente jurisdiccional por disposición de la voluntad de las personas involucradas, pero requiere el auxilio y colaboración del Juez estatal para ejecutar medidas precautorias que aseguren el éxito del procedimiento arbitral, la ejecución del laudo o para obtener la nulidad del laudo que se pronuncie.” TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. secretario: José Luis Evaristo Villegas. 162220. I.3o.C.935 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Pág. 1019.

a su contenido y alcance como la voluntad de las partes lo hayan decidido en el acuerdo en el que se haya pactado la procedencia del procedimiento arbitral.

## b. La arbitrabilidad

Principalmente la arbitrabilidad en cuanto a su contenido y alcance está determinado por los mismos términos de la cláusula arbitral y por el texto de la ley, el cual expresa o implícitamente puede excluir ciertos temas del ámbito de la arbitrabilidad.

### 1. Los términos de la cláusula arbitral

Para que un asunto pueda ser arbitrable, el primer requisito es que así lo hayan pactado las partes y en México también es requisito que ese pacto entre las partes se haya hecho constar por escrito.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Sobre este particular, el artículo 1423 del Código de Comercio señala lo siguiente: “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.” Adicionalmente, esto ha sido confirmado por los tribunales colegiados como sigue: “ARBITRAJE. DEBE CONSTAR DE MANERA EXPRESA E INDUBITABLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CELEBRARLO. La interpretación sistemática de

El pacto arbitral puede constar ya sea en una cláusula arbitral contenida en un contrato o convenio, o bien en un pacto de compromiso arbitral<sup>18</sup>, y sólo pueden ser materia del arbitraje

los artículos 78, 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio permite colegir que la voluntad de las partes constituye la piedra angular de las convenciones mercantiles, entre las que se encuentra el acuerdo de arbitraje, el que se produce cuando las partes deciden, es decir, expresan su voluntad de someter todas o ciertas controversias al arbitraje, pero ese acuerdo debe constar por escrito, pudiendo hacerse referencias entre contratos en relación con una cláusula compromisoria aunque, en tal supuesto, además de la exigencia de la forma escrita, es menester que se comprenda, como parte integral del contrato, a la mencionada cláusula, ya que la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, llegando el arbitraje a donde las partes quisieron, nada más. Así, es factible que las partes sustituyan una cláusula jurisdiccional establecida en un acuerdo de voluntades inicial por una cláusula compromisoria, a través de un convenio posterior, ad hoc o general, y también es posible que incluyan en esa nueva cláusula de arbitraje a las cuestiones pactadas en el convenio primigenio, sin embargo, ello debe constar de manera expresa e indubitable, es decir, revelando la voluntad de las partes, ya que de no ser así, debe entenderse que el ánimo volitivo posterior no fue someter al arbitraje las diferencias relacionadas con ese convenio previo.” TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 442/2004. Conproca, S.A. de C.V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastasio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. 178812. I.3o.C.476 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Abril de 2005, Pág. 1344.

<sup>18</sup> La distinción entre la cláusula arbitral y el compromiso arbitral ha quedado expresada en el artículo 4 de la Ley No. 1563 de 12 de julio de 2012 relativa al Estatuto del Arbitraje Nacional e Internacional de aquel país, el cual a la letra dice: “La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un

aquellos asuntos a los que se haga referencia expresa en la cláusula o compromiso arbitral.

Asimismo, las partes pueden hacer exclusión expresa de tales o cuales asuntos o materias, tanto desde el punto de vista sustantivo o desde el punto de vista procedimental.

En cualquier caso, es la voluntad de las partes la que debe predominar.

## 2. Los límites a la arbitrabilidad

Por otro lado el derecho positivo de cada país establece materias que no pueden quedar sujetas a la materia arbitral y que por lo tanto el sometimiento de las controversias en dichas materias sólo puede ser susceptible de resolución a través del sometimiento de las mismas a los órganos que ejercen la función judicial en el Estado de que se trate.<sup>19</sup>

contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.” Al referirse a la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, José Carlos Fernández Rozas señala lo siguiente: “En tanto la primera contiene un acuerdo de las partes de someter cualquier controversia futura a solución mediante el uso del arbitraje y requiere de un acuerdo posterior de ambas partes una vez que dicha controversia se origine, con lo cual no es ejecutable automáticamente, la segunda, en cambio, se refiere precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales a arbitraje.” Fernández Rozas, José Carlos, “El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y el Desatino”, Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, P. 705

<sup>19</sup>“Las distinciones entre lo arbitrable y lo no arbitrable parecieran

En México, Francisco González de Cossío ha explorado sobre este tema y por un lado a proporcionado algunos criterios conforme a los que se puede evaluar la arbitrabilidad de un asunto en razón de la materia,<sup>20</sup> y por el otro, hace una

tener su origen en el Derecho Romano, específicamente, a partir del siglo II antes de Cristo, en donde; también, por razones de orden público, se fijaron algunos límites, aunque no mucho frente al ejercicio del derecho del ciudadano a solucionar sus conflictos mediante arbitraje.” Betacourt, Julio César, “Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad” InDret, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona, abril 2012. P. 14 [http://www.indret.com/pdf/898\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/898_es.pdf) (consultado por última vez el 24 de abril de 2014). “la falta de arbitrabilidad tiene a grandes rasgos tres orígenes: a) Rationae materiae o exclusiones por la naturaleza de determinadas relaciones jurídicas. b) Por la eliminación del principio de autodeterminación de las partes. c) Por una indisponibilidad formal o procesal derivada de la atribución imperativa de jurisdicción. De lo anteriormente expuesto se puede inferir que la arbitrabilidad es una materia transversal, ya que constituye un presupuesto de la institución entera del arbitraje, incluida su eficacia. También lo es de su existencia, al tratarse de un requisito de validez y eficacia del convenio arbitral. Igualmente, es un límite a la facultad de las partes y, al mismo tiempo, es poder y competencia de los árbitros. De esta forma, la inarbitrabilidad es tanto una causa de impugnación del convenio arbitral y del laudo como de oposición al reconocimiento y ejecución del mismo.” Vazquez de Palma, María Fernanda “Arbitralidad Objetiva: Delimitación e importancia” [http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad\\_objetiva\\_delimitacion\\_e\\_importancia/arbitralidad\\_objetiva\\_delimitacion\\_e\\_importancia.asp?CodSeccion=15](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia/arbitralidad_objetiva_delimitacion_e_importancia.asp?CodSeccion=15) (consultado por última vez el 24 de abril de 2014).

<sup>20</sup> “El que un tema sea arbitrable bajo derecho mexicano es el resultado de satisfacer positivamente los siguientes cuatro criterios: (i) que sea un área expresamente excluida; (ii) que no verse sobre derechos que son de libre disposición; (iii) que no afecte el interés público; y (iv) que no involucre derechos de tercero.” González de Cossío, Francisco, Arbitraje, México, Porrúa, 2004. P. 101

lista de algunas de las materias que conforme a la legislación mexicana vigente están expresamente excluidos de la posibilidad de ser arbitrables.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> La discusión de las materias expresamente excluidas de la posibilidad de ser arbitrables toan cerca de ocho páginas del libro en comento, por lo que aquí haré un brevísima referencia a dichas materias: 1. Asuntos que por disposición constitucional sean del conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o de los tribunales federales, y 2. Ciertas en materia de Propiedad Intelectual, Derechos de Autor, Telecomunicaciones, Obra Pública, Competencia Económica, Reclamaciones Laborales, Litigios Fiscales y Cuestiones en Materia de Corrupción, en razón de la naturaleza de los mismos, ya sea porque deberían del ejercicio de una atribución del Estado o porque involucran derechos comunitarios, sociales o bien de interés público. Idem. Pp. 101 a 109. En este apartado Francisco González de Cossío se refiere también a algunas materias que en México pertenecen de manera exclusiva al ámbito del Derecho Civil y siguiendo la línea de su análisis, también trata de dibujar líneas en donde incluso en todas las materias a las que se refiere podría haber la posibilidad de la arbitrabilidad. Sin embargo, él no plantea la cuestión de si las materias que en México pertenecen de manera exclusiva al ámbito del Derecho Civil podrían ser sometidas por voluntad de las partes a procedimientos que son de naturaleza mercantil. Por otra parte, a la luz de los cambios ocurridos en los últimos años en el ámbito penal también podría plantearse si ciertos aspectos relacionados con las responsabilidades civiles derivadas de responsabilidades penales. “ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL. El artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio, señala que es nulo el laudo cuando el Juez compruebe que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, según la ley mexicana. Los supuestos de anulabilidad deben enmarcarse dentro de la pretensión del legislador de hacer operativa la institución arbitral y los resultados que se esperan de ella, ya sea que se trate de una controversia que no es susceptible de arbitraje o bien que el laudo sea contrario al orden público. Se trata de una regulación implícita de que sólo pueden ser sometidas al arbitraje las cuestiones que sean de libre disposición para las partes, como reflejo del principio proveniente del artículo 1798 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, relativo a que “Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas

## c. La principios fundamentales el procedimiento arbitral

Los principios fundamentales que rigen el procedimiento arbitral son dos: la plena oportunidad de ambas partes para presentar su caso ante el tribunal arbitral y el trato equitativo de las partes a lo largo del procedimiento.<sup>22</sup>

por la ley.”, y que en tratándose de la materia de arbitraje, implica que tienen la legitimación para disponer del derecho sujeto al arbitraje, como una expresión de su capacidad general para emprender negocios jurídicos. Cuando la materia resuelta en el laudo correspondiente no es susceptible de arbitraje, lo que en realidad se cuestiona es la licitud del objeto del convenio arbitral, porque la materia de ese arbitraje, por vía ejemplificativa, ya haya sido decidida en resolución definitiva y firme o se encuentre su materia inseparablemente unida a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición y revela que existe una falta de competencia objetiva del árbitro. Entonces, la materia de libre disposición susceptible de arbitraje debe ser entendida como aquella regulada por el ordenamiento jurídico que puede ser sustituida por el poder de la autonomía de la voluntad de las partes porque no tiene un carácter imperativo absoluto sino que se autoriza a los particulares a ejercer su libertad para hacer u omitir lo que no está prohibido ni mandado. Se reconoce a favor de los particulares el poder creador de las normas individualizadas que deben disciplinar su actuación y al arbitraje como procedimiento idóneo o mecanismo alternativo por el que pueden solucionar las posibles controversias que surjan, siempre y cuando sea lícito y reconocido por el ordenamiento como digno de protección. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXXIII, Mayo de 2011, Pag. 1239, Tesis Aislada(Civil)  
<sup>22</sup> En este sentido el artículo 1434 del Código de Comercio señala categóricamente: “Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

De estos dos principios se desprenden una serie de consecuencias entre las cuales una de las más destacadas se refiere al emplazamiento de las partes para comparecer al procedimiento arbitral, así como la prohibición de comunicaciones ex parte con el tribunal arbitral.

#### **d. Los principales hitos en el procedimiento arbitral**

Una vez que las partes han disparado los eventos con los que se comienza un arbitraje y una vez que las partes han sido debidamente emplazadas para participar en el procedimiento arbitral,<sup>23</sup> siempre que se observen los principios fundamentales a los que me he referido anteriormente, las partes y el tribunal arbitral tienen la máxima flexibilidad para organizar el procedimiento,<sup>24</sup> pero en todo caso siempre se observarán los siguientes hitos: la constitución del tribunal arbitral, elaboración del Acta de Misión, el desarrollo de un período de instrucción en los que el tribunal arbitral se deberá acopiar de los elementos

<sup>23</sup> Es claro que el elemento disparador del procedimiento arbitral es la presentación de la solicitud o petición de arbitraje, aunque excepcionalmente, el elemento disparador del procedimiento puede ser la solicitud de medidas cautelares que obligan a quien las solicite a presentar su solicitud en un plazo perentorio so pena de perder su derecho a las medidas solicitadas.

<sup>24</sup> Sobre este tema, el artículo 1435 del Código de Comercio señala que “Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.”, a lo que habría que agregar que este capítulo solamente establece algunas condiciones procesales mínimas que ya desde hace tiempo han tomado carta de naturalización en el procedimiento arbitral.

necesarios para resolver adecuadamente el asunto que se somete a su consideración y el desahogo de una audiencia posterior al período de instrucción, a continuación procedo a explicar que es lo que significan cada una de estas etapas.

#### **1. Constitución del tribunal arbitral y la sede del arbitraje**

Una vez que las partes han sido debidamente emplazadas para participar en el procedimiento arbitral, el primer paso que estas deben tomar es el de constituir el tribunal arbitral según las reglas que se hayan pactado en el cláusula o compromiso arbitral.<sup>25</sup>

En el caso de un tribunal unitario, las partes deben ponerse de acuerdo en la designación del árbitro en cuestión, pero en el caso de un tribunal tripartita, cada una de las partes tendrá derecho a nombrar un árbitro, mientras que el tercer árbitro, que siempre será el presidente del tribunal puede ser nombrado de común acuerdo por los dos árbitros previamente elegidos o por la institución que administre el procedimiento arbitral.

#### **2. La sede del arbitraje**

Junto con la constitución del tribunal arbitral, también debe hacerse referencia a la sede del

<sup>25</sup> “Las partes tienen la libertad para organizar su justicia en la forma que la deseen, lo cual implica que tiene margen de acción para diseñar la forma de conformar su tribunal arbitral. De considerarse conveniente, pueden hacer aplicable un derecho nacional o reglamentos arbitrales.” “La libertad de constitución del tribunal arbitral aplica a tres temas: (1) la identidad de los árbitros; (2) el número; y (3) el método de designación.” González de , Francisco, op. cit. pp. 167 y 168

arbitraje pues como lo ha señalado Eduardo Silva Romero, “La expresión “sede del arbitraje” no recibe un significado “espacial” o “territorial” en materia comercial internacional sino más bien, un “sentido jurídico””<sup>26</sup>

En este sentido debe subrayarse junto José Carlos Fernández Rozas que, entre otras cosas, “la determinación del lugar del arbitraje sigue entrañando, como se ha apuntado, consecuencias tan relevantes como la determinación de la ley que sustenta el procedimiento, el marco del auxilio que deben prestar los jueces estatales, la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional, el lugar en que se considera dictado el laudo, la arbitrabilidad de la materia o el ámbito del control judicial de lo actuado por los árbitros.”<sup>27</sup>

Lo deseable es que las partes, fijen la sede del arbitraje, pues de lo contrario, se aplicarán las reglas de la institución arbitral, las disposiciones legales del país sede, o incluso podría llegarse a pensar en que está fuera una materia que tuviera que resolverse por vía de un laudo de “previo y especial pronunciamiento”.

### 3. El Acta de Misión

El Acta de Misión es el documento que emite el tribunal arbitral una vez que se ha concluido su

<sup>26</sup> Silva Romero, Eduardo, “La Sede del Arbitraje Comercial Internacional: La Perspectiva de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Internacional”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, Año II, No. 4, 2003, p.94

<sup>27</sup> Fernández Rozas, José Carlos, “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, LIMA ARBITRATION. N° 2 - 2007, p. 38

nombramiento y tiene por objeto fijar los términos de referencia conforme a los cuales deberá desarrollarse el procedimiento arbitral hasta antes de la emisión del laudo, tanto en cuanto se refiere a los puntos controvertidos, como en lo relativo los lineamientos que deberán seguir cada una de las partes con el propósito de presentar su caso, así como las pruebas y argumentos jurídicos que estimen convenientes para que el tribunal arbitral quede adecuadamente instruido - a satisfacción de las partes -para poder resolver la controversia o controversias que se someten a su decisión.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> “ACTA DE MISIÓN. FIJA LA LITIS Y LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. En la etapa inicial del procedimiento arbitral al tenor de lo planteado por la parte actora y demandada, se define la materia de la controversia. En ciertos casos, conforme a lo pactado por las partes, por establecerlo en la cláusula arbitral o sujetarse a reglas de arbitraje institucional, dicha controversia puede quedar definida a través del acta de misión que consiste en un documento del tribunal arbitral que determina el marco general sobre el que se desarrollará el procedimiento acorde con la materia controvertida. Constituye una apreciación inicial sobre las pretensiones planteadas y sobre la materia de la contienda, que permite identificar a las partes, su existencia, calidad y representación, y domicilio; contiene, además, una exposición sucinta de las pretensiones citadas; la lista de los puntos litigiosos a resolver; el nombre completo, domicilio y calidad de los árbitros; el lugar o sede del arbitraje; la indicación de las reglas aplicables al procedimiento y las precisiones que las partes o el tribunal consideran relevantes a fin de resolver adecuadamente la controversia planteada, como resultaría de la modificación del acuerdo arbitral, determinación de reglas especiales de procedimiento o confirmar la competencia de los árbitros o la intención de cuestionar esa competencia; y dada su trascendencia para el procedimiento arbitral, es firmada por las partes y, en ciertos casos, por la institución arbitral.” TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 195/2010. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente:

El Acta de Misión no es un requerimiento legal, pero se considera una buena práctica, que además ha sido acogida por algunos reglamentos de arbitraje como los de la Cámara Internacional de Comercio<sup>29</sup> y el Centro de Arbitraje de México.

#### **4. El período de instrucción y su conclusión formal**

Una vez suscrita el Acta de Misión, es decir, una vez establecidos los términos de referencia en el que se hayan definido los puntos controvertidos, así como el cronograma que deberán las partes y el tribunal, para dichas partes puedan presentar su caso, tanto en lo que respecta a las pruebas como con respecto a los argumentos jurídicos conforme a los que sostienen su derecho, y una vez que el tribunal arbitral se estime como adecuadamente instruido para estos efectos, el tribunal de la causa deberá proceder a cerrar formalmente el período de instrucción de la causa.

---

Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Registro No. 162,239 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIII, Mayo de 2011 Página: 1007 Tesis: I.3o.C.940 C Tesis Aislada Materia(s): Civil

<sup>29</sup> “The Terms of Reference are an instrument or a device in the ICC Arbitration Rules that fixes, by agreement between the arbitrator and the parties, the arbitrator’s tasks and the procedural means for achieving them. They are settled at a very early stage of the proceedings, normally after a joint examination on the subject matter of the dispute and the procedure for its resolution.” Schneider, Michael E., “The Terms of Reference”, The New 1998 Rules of Arbitration – Special Supplement. The ICC International Court of Arbitration Bulletin, November 1997. <http://ciarb-europeanbranch.com/training/CourseMaterial/Geneva%20ARF%20Advance%20Materials/Advance%20File%20to%20participants/A06.%20Schneider%20on%20Terms%20of%20Reference.pdf> (consultado por última vez el 24 de abril de 2014).

#### **5. La Audiencia Arbitral**

La Audiencia Arbitral es el período que se abre inmediatamente después de concluido el período de instrucción y tiene un como propósito que las partes presenten sus conclusiones finales respecto a los puntos en litigio, relacionando las pruebas y argumentos jurídicos presentados al tribunal, para que hecho esto el tribunal esté en posibilidades de dictar su laudo respecto al fondo del asunto.

La Audiencia Arbitral puede ser asumida como un mero instante de cierre, puede ser virtual, las partes pueden renunciar a ella de mutuo acuerdo o bien puede requerir presencia física y todas las formalidades que las partes estimen necesarias, por que como insistentemente se ha dicho – en principio – el procedimiento arbitral pertenece a las partes.

#### **e. La intervención judicial en el procedimiento arbitral**

Por la naturaleza misma de la institución arbitral, es claro que el tribunal arbitral carece de las atribuciones necesarias para cumplimentar por sí mismo la ejecución de ninguna medida ordenada o decidida por él, de donde resulta que para estos efectos es necesario que las partes o el tribunal arbitral se vean en la necesidad de recurrir a los tribunales judiciales.

para efectos de que sean estos los que



cumplimenten la ejecución forzosa de aquello que haya sido ordenado por el tribunal arbitral, a continuación me referiré a dos de las instancias principales en las que es necesario recurrir a los tribunales judiciales para que se tomen las medidas necesarias para fortalecer la institución arbitral.

## 1. La remisión al arbitraje

La primera regla de intervención judicial en el procedimiento arbitral es para sostenerlo, pues en caso de que una de las partes desee recurrir a los tribunales judiciales en perjuicio del compromiso arbitral, el juez deberá remitir a las partes al arbitraje, excluyéndolos en ese momento de la instancia judicial.<sup>30</sup>

## 2. La nulidad de la cláusula arbitral

Aun y cuando en materia arbitral hay un consenso pleno con respecto a los principios de separabilidad<sup>31</sup> y “competence-competence”

<sup>30</sup> Sobre este tema, el artículo 1424 del Código de Comercio señala lo siguiente: “El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

<sup>31</sup> “La separabilidad del convenio arbitral, por su parte, asume que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral. Rubio Guerrero, Roger, “El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje”, Lima, LIMA ARBITRATION N° 4 - 2010 / 2011. P. 101

o “Kompetenz-Kompetenz”, conforme a los cuales el el tribunal arbitral detenta la decisión jurisdiccional sobre su propia competencia,<sup>32</sup> en determinadas circunstancias, cuando una parte estima que el tribunal arbitral ha excedido su mandato.<sup>33</sup>

## 3. Las medidas cautelares e interlocutorias

Como parte de las facultades de las que esta investido el tribunal arbitral, este puede dictar medidas cautelares e interlocutorias. Sin embargo, como se ha comentado, el tribunal arbitral carece de las atribuciones jurídicas suficientes para disponer la ejecución forzosa de sus propias determinaciones y en estos casos, es cuando la intervención judicial se hace indispensable.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Este principio ha quedado consagrada en el artículo 1432 del Código de Comercio, el cual a la letra dice: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.”

<sup>33</sup> En este sentido el segundo párrafo del artículo 1432 señala que “La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato.”

<sup>34</sup> Leonel Pereznieta y James Graham acuñan con toda propiedad el término “juez de apoyo” que en más de una manera subraya en los siguientes términos la importancia del auxilio judicial en el buen desempeño de la función arbitral: De inicio, se debe analizar las facultades del juez estatal quien interviene como un “juez de apoyo” al procedimiento arbitral (a), antes de ver, en segundo punto, las medidas cautelares

La posibilidad jurídica de que los jueces puedan requerir el cumplimiento forzoso de medidas de apoyo al tribunal arbitral se encuentra prevista en el artículo 1425 del Código de Comercio que establece que “Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales”

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en las fracciones III y IV del artículo 1470 del Código de Comercio, que se refieren respectivamente al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral, el procedimiento para la cumplimentación de las mismas está regido por lo dispuesto en los artículos 1472 al 1476 del Código de Comercio que se refieren al “juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje”.

## f. La emisión del Laudo

El procedimiento arbitral llega a su epílogo con la emisión del laudo arbitral, que es el instrumento en el que se contiene la decisión por la que el tribunal arbitral dirime en forma definitiva la controversia que se sometió a su consideración. Y por disposición expresa artículo 1448 tercer

---

que pueden ser ordenadas tanto por el juzgador como por los árbitros (b), para, finalmente, analizar la forma y la manera de ejecutar estas medidas (c).” Perez nieta Castro, Leone, y Graham, James A., Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano, Preedición, México, Limusa, 2008. P. 128.

párrafo in fine, en relación con el 1436, ambos del Código de Comercio el laudo siempre se considera dictado en el lugar determinado como sede del arbitraje.

## g. El Laudo y la causación de estado final

El proceso para que el laudo se convierta en “cosa juzgada” no sucede automáticamente, por lo que es necesario observar los puntos a los que me referiré a continuación:

### 1. La aclaración del Laudo

Como lo he mencionado anteriormente, el funcionamiento y actuación del tribunal arbitral no concluye necesariamente con la emisión del laudo, pues aún con posterioridad a la emisión del laudo, las partes pueden – dentro de los 30 días siguientes a la emisión del laudo – solicitar aclaraciones al mismo, ya sea en cuestiones de forma o en cuanto a temas de fondo, y el tribunal está obligado a realizarlas.

En este tenor el artículo 1450 y 1451 del Código de Comercio establece lo siguiente:

**Artículo 1450.-** Dentro de los treinta días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral:

I.- Corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.

El tribunal arbitral podrá corregir cualquiera de los errores mencionados por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo;

**II.-** Si así lo acuerdan las partes, dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta de laudo. Si el tribunal arbitral lo estima justificado, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. Dicha interpretación formará parte del laudo.

**Artículo 1451.-** Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral lo estima justificado, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo para efectuar una corrección, dar una interpretación o dictar un laudo adicional, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior o en el artículo 1450.

En las correcciones o interpretaciones del laudo o en los laudos adicionales, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1448.

## 2. La impugnación del Laudo

El laudo de un tribunal arbitral puede ser impugnado dentro de los tres meses siguientes a la emisión del laudo en los términos del artículo 1458 del Código de Comercio por un limitado número de causas, a este proceso de impugnación se le conoce como proceso de “nulidad del laudo”. En los términos del artículo 1457 se establecen los casos de anulación en los siguientes términos:

Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.

**I.-** La parte que intente la acción pruebe que:

- 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;
- 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;
- 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

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

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.

## h. El reconocimiento y ejecución del laudo

Como reiteradamente se ha venido mencionando el tribunal arbitral carece de las atribuciones necesarias para exigir el cumplimiento forzoso de sus determinaciones, pero esta carencia se ve ampliamente suplementada por la posibilidad de recurrir a cualquier tribunal judicial en el mundo para exigir la ejecución del laudo.

El procedimiento para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales está establecido en el capítulo IX del Código de Comercio que comprende los artículos del 1461 al 1463 en los que se establece la calidad de vinculante de los laudos arbitrales y los requisitos para proceder a la ejecución de los mismos, las causas para denegar el reconocimiento o ejecución de los mismos, así como las causales para aplazar el reconocimiento o ejecución de los mismos por razón de que estos se encuentran sub-judice.

## IV. Conclusiones

En un mundo globalizado que transita hacia un universo desmaterializado, el arbitraje se perfila como la institución idónea para afrontar un universo en el que se transita entre la necesidad de operar en un ámbito transnacional y la realidad del Estado Moderno y todas sus bondades.

Esperar que surjan instituciones supranacionales eficientes y efectivas está más allá de nuestro horizonte de vida, de donde este ámbito se presenta como campo idóneo para la innovación jurídica a través de figuras contractuales,<sup>35</sup> tales como el arbitraje, otras que ya han estado surgiendo y muchas más que serán respuesta a las apremiantes necesidades de la actualidad.

Espero que este trabajo me permita continuar explorando el tema y los muchos retos teóricos y prácticos que éste presenta.

**Nota.** Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje revisado por: Lic. Rodrigo Zamora Etcharren.

<sup>35</sup> Con frecuencia se señala que la aparición del Estado Moderno, y la consecuente gestación y desarrollo de las legislaciones nacionales le quitó el carácter universal al Derecho Mercantil. “La continuidad formal de esa armonía o uniformidad universal, dicho sea en términos occidentales europeos, de las normas y usos mercantiles, se interrumpe de modo brusco con la aparición de los Estados nacionales en Occidente y la política estatal que acompaña a la época de los descubrimientos.” Illescas, Rafael, “Derecho Mercantil y Globalización”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, No. 9, 2005. P. 8

**Eduardo Rocha Núñez**  
Profesor de la Universidad de Monterrey



## 1. Introducción.

El intercambio de bienes es tan antiguo como el desarrollo social de la humanidad, no siendo descabellado considerar que uno de los factores más importantes que contribuyeron a detonar ese desarrollo haya sido precisamente el comercio. Al incrementarse esta actividad paralelamente con los sistemas de convivencia social, surgió la necesidad de su regulación para hacerlo más justo y seguro, así como la búsqueda de mecanismos para la solución de las controversias que surgieran, dando lugar así, entre otros, al nacimiento del arbitraje. Sobre este punto Francesco Contuzzi señala que históricamente el nacimiento del arbitraje se le ubica en tiempos anteriores al juzgamiento de la autoridad pública.<sup>1</sup>

Si bien el arbitraje es más antiguo que la actividad jurisdiccional del estado, sobre todo en el gremio

<sup>1</sup> Citado por Briseño Sierra, Humberto, Sobre Arbitraje. Estudios, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.

de los comerciantes, con el fenómeno de la globalización económica que hemos presenciado en décadas recientes, es cuando ha tenido un auge sin precedentes que indudablemente lo coloca como una de los procedimientos más idóneos para la resolución de controversias, al menos en el ámbito del comercio internacional.

Es evidente que al presentarse un conflicto entre comerciantes y ser éstos de diferente nacionalidad, se crea cierto grado de incertidumbre en alguno de ellos o incluso en ambos, sobre todo cuando le es desconocido el foro en el que se dirimirá la controversia suscitada, situación que se acentúa cuando se trata de países que tienen cierta inclinación nacionalista, lo que puede acarrear un problema de impartición de justicia que puede llegar a inhibir la inversión o el intercambio comercial con el país en cuestión. De ahí que sea más conveniente y justo que la controversia sea resuelta por un tribunal cuyo integrante o integrantes pueden incluso no tener la misma nacionalidad que las partes y cuya resolución se realice al amparo de la ley que los propios comerciantes hayan elegido o elijan para regular la relación jurídica que los vincula, teniendo además la posibilidad, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, de darle al tribunal juzgador facultades para fijar las reglas del procedimiento en conjunción con la propias partes. Esto representa una mayor confianza en la resolución que se dicte por ser realizada por un tribunal de carácter privado, especializado, que actúa bajo principios que son propios de su gremio, es decir, el de la igualdad de trato y el de

oportunidad de presentar el caso, que se traduce en un debido proceso y que dan como resultado la flexibilidad en el procedimiento y una economía procesal importante.

Múltiples ventajas tiene el arbitraje sobre la actividad jurisdiccional del estado, destacando la de ser un procedimiento hasta cierto punto simple e informal frente al formalismo de los procedimientos judiciales, sin embargo, no ha resultado sencillo unificar las reglas procesales que habrán de seguir los tribunales arbitrales en la solución de controversias internacionales, sobre todo porque los participantes e incluso las instituciones administradoras tienen influencia directa del sistema o tradición jurídica al cual pertenecen o fueron creados y cada uno asume la que le parece más adecuada.

El tema de la fijación de la Litis es uno de los muchos que se han discutido para determinar el momento preciso en que esta debe quedar definida y ya no permitir modificaciones o adiciones en las pretensiones de las partes litigantes o en las cuestiones litigiosas que habrá de resolver el tribunal arbitral. Por un lado la tradición del *Common law*, es muy flexible y no ve impedimento para que durante el procedimiento las partes puedan modificar o incluso presentar nuevas pretensiones frente a su contraparte, esto en virtud de que finalmente el procedimiento debe resolver todas las cuestiones litigiosas que lleguen a surgir de la reclamación.

No ocurre lo mismo en la tradición del *Civil Law*, sobre todo por la influencia del Principio

de definitividad o de consumación procesal, característica de los procedimientos de carácter judicial en ese sistema, en el que las partes están conminados a esgrimir desde la primera instancia que promuevan, todos los hechos que sepan y les consten, así como evidenciarlos, bajo la pena de que pueda sufrir la preclusión de su derecho a hacerlo; el Principio se sustenta en el hecho de que los puntos controvertidos a resolver deben quedar totalmente definidos una vez que las partes concluyen la fase de demanda, contestación y en su caso reconvencción, y no se permite la modificación o ampliación de las pretensiones ni el planteamiento de nuevos hechos controvertidos, salvo que sean supervinientes, es decir, que la parte que pretende su inclusión los desconociera al momento de plantear su pretensión o su defensa.

En materia de arbitraje, encontramos que autores con la tradición del *Common law* llegan a considerar ilógico fijar de manera definitiva la Litis antes del intercambio de todos los documentos y el interrogatorio de los testigos, en virtud de que con frecuencia surgen otros puntos litigiosos que deben ser introducidos en el procedimiento.<sup>2</sup> Incluso la *American Arbitration Association (AAA)*, institución administradora de arbitrajes cuyas reglas fueron diseñadas para aplicarse en ese sistema jurídico,<sup>3</sup> establece en su reglamento que

<sup>2</sup> Ver a Péreznieta Castro, Leonel y Graham, A. James, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Editorial Limusa, México, 2009, p. 186.

<sup>3</sup> Péreznieta Castro, Leonel, Constitución del tribunal arbitral, en Péreznieta Castro, Leonel (compilador), *Arbitraje Comercial Internacional*, Distribuciones Fontamara, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2006, p. 31.

durante el proceso arbitral, cualquiera de las partes podrá enmendar o suplementar su reclamación, contrarreclamación o escrito de contestación, salvo que el tribunal lo considere inapropiado sea por la tardanza en hacerlo, por perjudicar a la otra parte o por cualquier otra causa, o bien, cuando dicha circunstancia estuviere fuera del alcance del acuerdo arbitral.<sup>4</sup>

Por otro lado hay procedimientos que se llevan a cabo al amparo de reglamentos de arbitraje, como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en el que se contempla la denominada Acta de Misión, en la que se debe incluir una relación de las pretensiones de las partes y una lista de los puntos litigiosos a resolver (aunque hace la salvedad de realizarla cuando el tribunal lo considere inadecuado) y dispone, adicionalmente, que una vez aprobada y firmada dicha acta, las partes ya no podrán formular nuevas demandas que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo con autorización del propio tribunal que tomará en cuenta la naturaleza de la nueva demanda, el estado procesal del asunto y cualquier otra circunstancia pertinente para decidir sobre el particular.

Asimismo dispone que después de la última audiencia celebrada para la resolución del asunto o de la presentación de los últimos escritos autorizados para ese efecto, el tribunal declarará el cierre de la instrucción respecto de los puntos a ser resueltos mediante el laudo. Después de dicho cierre ya no podrán presentar ningún escrito, alegato o prueba.

<sup>4</sup> Ver el Art. 4 del Reglamento de Arbitraje internacional de la *American Arbitration Association*.

Esto nos lleva a cuestionarnos si es conveniente que las partes puedan incorporar nuevas pretensiones a los largo del procedimiento arbitral, sea por desconocimiento de los hechos o incluso como estrategia, hasta antes de que el laudo sea dictado o bien, restringir dicha libertad a un momento determinado del procedimiento en aras de obtener una certeza en las pretensiones de las partes y una definición de las cuestiones litigiosas que habrá de resolver el tribunal arbitral. Puede considerarse que la aplicación de la primera de las posturas implica necesariamente una limitación a los principios de certidumbre jurídica y de economía procesal, mientras que la asunción de la segunda puede llegar a representar una limitación al principio de flexibilidad y libre organización del procedimiento, problemática a la que habremos de referirnos en el presente trabajo, haciendo el análisis desde la óptica de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) y del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

## 2. La resolución de conflictos en el ámbito privado.

El arbitraje es un procedimiento que los particulares utilizan como mecanismo para solución de controversias, que evita el tener que comparecer ante un tribunal estatal para resolverlas. Los diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos establecen como derecho fundamental de la persona la posibilidad de comparecer ante los tribunales estatales a ser oída en un juicio para la determinación de sus derechos y obligaciones.<sup>5</sup> Sin embargo, nada impide que el propio particular busque mecanismos alternos como lo es el arbitraje, que le permitan en ejercicio de la autonomía de la voluntad, utilizar un medio privado para la resolución de sus conflictos, mediante el cual se le otorgue a un tercero la facultad de conocer y decidir la controversia en cuanto al fondo, sentando las bases para una ejecución forzosa en caso de que el perdedor se niegue a cumplir voluntariamente con la decisión; obviamente que este procedimiento, si bien está sustentado en el ámbito de la autonomía de la voluntad, siempre se llevará a cabo en los términos y bajo los límites que al efecto marque la ley, como lo veremos a continuación.

a). Autonomía de la voluntad. El arbitraje comercial es entendido como el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden

<sup>5</sup> Ver por ejemplo el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea general de la Organización de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.

jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles entre las partes que lo han celebrado a un árbitro o a un tribunal arbitral independiente, les señala los términos básicos de su misión, indica el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento arbitral, conviene el lugar y la lengua del arbitraje.<sup>6</sup>

Como podemos apreciar del concepto vertido, se destaca en primer término como requisito de existencia del arbitraje el acuerdo entre las partes manifestado en un convenio, es decir, estamos en presencia de un acto derivado de la autonomía de la voluntad, un acto celebrado entre particulares que busca resolver las controversias que puedan presentarse en su relación comercial y que va encaminado a crear las bases bajo las cuales un tercero dirimirá de manera vinculatoria para las partes las cuestiones litigiosas que se le presenten, sin embargo, ese acuerdo debe ser reconocido y respaldado por el Derecho, así para Medina Mora el arbitraje tiene dos fuentes principales, por un lado la norma jurídica que en cada país lo define, lo impulsa y le señala sus límites y por el otro la autonomía de la voluntad, con base en la que puede válidamente celebrarse el compromiso arbitral.<sup>7</sup>

Ahora bien, el objeto del arbitraje tiene como primer presupuesto el ser potestativo para las partes, lo que significa que nadie puede ser obligado a dirimir sus controversias mediante ese procedimiento. Caso contrario sucede cuando la

<sup>6</sup> Medina Mora, Raúl, "Cláusula y acuerdos Arbitrales", en Péreznieta Castro, Leonel (compilador), op.cit., p. 15.

<sup>7</sup> Ibid, p. 16.



controversia es presentada por uno de ellos ante los tribunales del Estado, pues en ese caso la participación del requerido en el procedimiento judicial ya no es del todo potestativa, sino que debe comparecer para ejercer sus derechos y en caso de no hacerlo, sufrirá la preclusión de su derecho a ser oído y vencido en juicio; esto es así en virtud de que uno de los fines del Estado es precisamente dar seguridad jurídica a sus gobernados y dirimir las controversias que se suscitan entre los propios gobernados o de éstos con el propio Estado, lo que éste último realiza a través de la función jurisdiccional, contando para ello con el imperio necesario para hacer cumplir sus determinaciones, incluso en contra de la voluntad del gobernado respectivo.

En todo caso el acuerdo de someter sus diferencias al arbitraje tiene que ser establecido por las partes, así lo reconoce la Convención de Nueva York al establecer que dicho acuerdo debe estar contenido en una cláusula incorporada al contrato que los vincula o mediante intercambio de cartas o telegramas.<sup>8</sup> Se ha cuestionado el alcance de la expresión “cartas y telegramas” a que se refiere dicha Convención para hacerlo extensivo a otros medios de telecomunicación conforme a los usos comerciales internacionales en materia de contratación, llegándose a considerar que es necesario que se acepten aquellos métodos, siempre que no desvirtúen la finalidad de la norma que precisamente es reafirmar la voluntad

<sup>8</sup> Así lo establece el Artículo II.2 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, conocida como Convención de Nueva York.

expresa de las partes en recurrir al arbitraje.<sup>9</sup> La ley modelo de la CNUDMI, ha superado este inconveniente de interpretación al establecer como requisito del acuerdo arbitral, que sea por escrito, pero considerando que se cumple con ese requisito con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta.<sup>10</sup> También ha incluido la posibilidad de aceptarlo tácitamente cuando se contenga 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. Finalmente lo que se requiere es la manifestación de la voluntad de ambas partes para someter sus diferencias a un procedimiento arbitral.

b). Alcance del arbitraje y arbitrabilidad de las controversias. Otro presupuesto del arbitraje lo encontramos en que la o las cuestiones litigiosas que se presenten o lleguen a presentarse en la relación comercial y que obviamente serán la materia del procedimiento arbitral, deben ser definidas por las partes sobre la base precisamente de una relación de negocios en particular, no siendo necesario que se especifique cada una de

<sup>9</sup> Sobre este punto ver Gómez Jene, Miguel, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La Eficacia del laudo arbitral*, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 61.

<sup>10</sup> En el inciso 4) del Artículo 7 aclara que se entiende por comunicación electrónica toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos y por mensajes de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudiera ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax.

las posibles controversias que lleguen a surgir, sino que basta con que se señale en términos generales que dichas controversias serán sometidas al arbitraje, sin embargo, es importante considerar que no todas las cuestiones litigiosas pueden ser materia de arbitraje, lo que nos pone de manifiesto la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias.

Cabe señalar que tanto por razones de interés general como para proteger ciertas situaciones la ley puede prohibir que se recurra al arbitraje en ciertas materias.<sup>11</sup> Esta prohibición al provenir de la potestad soberana del Estado necesariamente implica una limitación a la autonomía de la voluntad, es decir, cada Estado en ejercicio de su potestad soberana podrá limitar las materias que sean susceptibles de ser resueltas mediante un procedimiento de carácter privado, como lo es el arbitraje, esta situación ha sido reconocida en el ámbito internacional. Así la Convención de Nueva York establece que podrá negarse el reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando, entre otros puntos, dicho acuerdo no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, mientras que en la ley modelo de la CNUDMI, se contempla que dicha ley no afectará ninguna otra ley del Estado en la que se establezca que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o bien, que dichas controversias sólo puedan ser sometidas a arbitraje al amparo de otra ley.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Nougéin, Herni-Jacques, et al, *Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale*, Ed. LexisNexis Litec, París, 2004, p. 9.

<sup>12</sup> Ver Artículo V.2 inciso a) de la Convención de Nueva York y Artículo 1 inciso 5) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

De lo expuesto podemos observar que el acuerdo de arbitraje está dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y se presenta como un instrumento que los particulares pueden utilizar para dirimir las cuestiones litigiosas que se presenten en su relación de negocios, pero dicho acuerdo deberá referirse a una relación específica que tengan las partes y tendrá como limitante, entre otras, que la materia de la controversia que surja o llegue a surgir sea reconocida como arbitrable por la ley aplicable al fondo del asunto o incluso en el lugar de ejecución del laudo.

### 3. La fase inicial del procedimiento arbitral.

Una de las características del arbitraje y especialmente de su procedimiento es la flexibilidad en su conducción y organización.<sup>13</sup> Esto se debe principalmente a que en la actualidad los sistemas jurídicos modernos favorecen el principio de autonomía de las partes, que incluye, siempre que sea posible, la libertad de elegir un conjunto de normas de procedimiento aplicables al arbitraje.<sup>14</sup> Los diversos ordenamientos que lo regulan así lo establecen, en ellos se dota al tribunal arbitral y a las partes, desde la fase inicial del arbitraje, de la posibilidad de fijar las reglas bajo las cuales habrá de regirse dicho procedimiento.<sup>15</sup> La organización del procedimiento tiene aspectos muy interesantes que comentar, sin embargo, por cuestión de espacio nos resulta imposible detenernos en su análisis, por lo que basta señalar que se reafirma la importancia que tiene la autonomía de la voluntad en el establecimiento de las reglas del procedimiento.

<sup>13</sup> Graham Tapia, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, Editorial Themis, México, 2000, p. 169.

<sup>14</sup> Hascher T., Dominique, "The Law Governing Procedure: Express or Implied Choice by the parties - Contractual Practice", en Van den Berg, Jan (editor general), *Planning Efficient Arbitration proceedings. The Law Applicable in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1994, p. 332.

<sup>15</sup> Ver por ejemplo el Art. 19 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, así como los Arts. 18 y 19 de la Ley Modelo de CNUDMI y 17 de su reglamento; cabe mencionar que este principio de libertad fue asumido por el sistema jurídico mexicano al incorporar la Ley Modelo de CNUDMI al Código de Comercio, que en el artículo 1435 establece que con sujeción a las disposiciones contenidas en el título respectivo, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

Procederemos a comentar someramente el inicio del procedimiento de arbitraje, para luego llegar al punto de la fijación de la Litis, que es el punto que nos interesa analizar.

a. Inicio del procedimiento de arbitraje. De acuerdo con Medina Mora,<sup>16</sup> desde el punto de vista de su preparación y administración existen dos tipos de arbitrajes, por un lado el arbitraje institucional, que es precisamente preparado y administrado por una institución nacional o internacional, que normalmente tiene publicada sus reglas de arbitraje y es ante quien se presenta la demanda, es quien emplaza a la otra u otras partes y recibe la o las contestaciones junto con los documentos básicos de una y otra parte. Dicha institución cuida o provee que sean nombrados los árbitros, calcula las costas y cuando se han cubierto todos los requisitos iniciales, remite al tribunal arbitral el expediente para la substanciación del arbitraje y al concluir notifica el laudo a las partes. Pero no es ella sino los árbitros quienes conducen el arbitraje, resuelven los aspectos procesales y dictan los laudos. Por otro lado tenemos el arbitraje *ad hoc*, en el que las partes proveen a todos los elementos del arbitraje que, lógicamente se estipulan con más a detalle, especialmente en cuanto a la identificación de la controversia que debe ser resuelta, al derecho aplicable al fondo y especialmente a las reglas del procedimiento, misión y las facultades de los árbitros, además de todos los demás elementos que deben figurar en su compromiso arbitral. Habremos de referirnos únicamente al primero de ellos a efecto de ubicar adecuadamente el tema en estudio.

<sup>16</sup> Medina Mora, Raúl, op.cit., p. 20.

## 4. La Litis en el arbitraje.

Antes de proceder al análisis de la fijación de la Litis, consideramos necesario hacer algunas precisiones sobre la figura.

a). Concepto. Primeramente tenemos que precisar qué es un litigio, a ese efecto Francesco Carnelutti lo define como un conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro.<sup>17</sup>

Partiendo de esa definición tenemos que pensar que la fijación de la Litis se refiere a la operación procesal necesaria para concretar en cada caso, las pretensiones establecidas por el demandante y los elementos de resistencia oportunamente opuestos por el demandado.<sup>18</sup> Esto significa que la Litis se forma por los puntos controvertidos en cuanto al fondo del asunto, entre las pretensiones del demandante y las contrapretensiones del demandado.

Al aparecer el conflicto por cualquiera de las razones de incumplimiento o insatisfacción de una de las partes, o de ambas, la fórmula contractual transita hacia la constitutiva de un litigio que suele tomar la forma de una pretensión específica, tal vez distante del contrato sustantivo, pero adecuada a una finalidad alternativa de

coacción, indemnización o nueva conversión en otro resultado.<sup>19</sup> Obviamente que las cuestiones sometidas al litigio deberán derivar de la relación de negocios existente entre las partes, ya que como lo comentamos anteriormente, estamos haciendo el análisis desde la óptica comercial, independientemente de que tenga el carácter de internacional.

b). Importancia. La Litis como ya lo señalamos, implica determinar específicamente los puntos controvertidos entre las pretensiones del demandante y las del demandado, siendo la función principal del tribunal precisamente la de determinar a quién de las partes le concede la razón, siendo sin lugar a dudas las cuestiones controvertidas el punto toral del laudo, lo que nos permite proyectar en dos momentos la relevancia de la Litis, por un lado el efecto que tendrá para las partes en el momento de su cumplimiento y por otro lado el carácter de cosa juzgada que tendrá en el futuro frente a las partes y frente a cualquier otro tribunal (salvo que dicho laudo llegase a ser anulado o no sea ejecutable conforme a la Convención de Nueva York), de ahí que la pregunta que motivó el presente trabajo sea ¿cuál es el momento oportuno para que quede definitivamente fijada al Litis en un procedimiento arbitral?

<sup>17</sup> Citado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano, T-VI* disponible en [www. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1173/5.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1173/5.pdf) (consultado el 7 de abril de 2014).

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Briseño Sierra, Humberto, op. Cit., p.463.

## 5. Momento de su fijación.

La problemática que se presenta consiste básicamente en que las diversas reglas de procedimientos arbitrales contemplan diferentes momentos para que las partes puedan realizar sus pretensiones, procederemos a analizar el momento en que se fija, desde dos perspectivas, bajo la Ley Modelo de la CNUDMI y bajo el Reglamento de la CCI.

a). Bajo la Ley Modelo de la CNUDMI. Esta ley le permite a las partes una amplia libertad para determinar el procedimiento bajo el cual el tribunal arbitral ajustará sus actuaciones, aunque señala que siempre será sujetándose a los términos establecidos en la propia ley. Así, conforme a su Artículo 19 las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones y a falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere más apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Por lo que se refiere al procedimiento, conforme al Art. 21, se establece que salvo acuerdo en contrario, las actuaciones arbitrales respecto de determinada controversia se iniciará en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia al arbitraje. En lo tocante a la demanda y su contestación, se establece textualmente, lo siguiente:

### Artículo 23. Demanda y contestación

1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

En una primera impresión de la lectura del artículo, podríamos considerar que no se regula la reconvencción ni su contestación, sin embargo, ya desde el Art. 2 en su inciso f), se hace mención que al referirse a la demanda se entenderá también a la reconvencción y que al referirse a la contestación de la demanda se entenderá también dirigida a la contestación de la reconvencción por lo que ambas figuras se regulan por las mismas reglas.

Como comentario a este artículo podemos hacer alusión a que se constriñe al demandante a señalar los hechos sobre los que funde su reclamación, a precisar las cuestiones litigiosas, así como el objeto de sus demandas, es decir, las pretensiones que sustenta frente al demandado; por otro lado éste último se ve conminado dentro del plazo que al efecto hayan fijado las partes o bien, el que determine el tribunal si aquellos no

lo hicieron, a contestar y defenderse sobre dichos puntos, lo que normalmente sería suficiente para fijar la Litis, sin embargo, el inciso 2) permite a las partes establecerla en un momento posterior, ya que dispone que, salvo convenio en contrario, podrán enmendar o ampliar su demanda o contestación, según sea el caso, durante el curso del procedimiento, poniendo únicamente como limitante el que el tribunal lo considere inapropiado en función del término excesivo en que se realice por lo avanzado del procedimiento.

Al señalar que podrá realizarse la enmienda durante el curso del procedimiento, consideramos que una interpretación válida sería que es posible fijar la Litis hasta el momento del cierre de la instrucción, una vez que las partes han tenido la oportunidad de presentar su caso, normalmente al cierre de la última audiencia ya que es en este momento en el que formalmente concluye el procedimiento propiamente dicho y el tribunal procede al dictado del laudo.

Para Briseño Sierra<sup>20</sup> la Litis puede ser precisada durante las audiencias ya que nada puede impedir a las partes indicar a qué cuestiones de la Litis o del conflicto preprocesal se refieren sus razonamientos o confirmaciones; asimismo reafirma su postura al interpretar que el tribunal podrá dictar el laudo con los elementos con que cuente, aún en los casos en que exista contumacia de las partes, sea (i) del demandante por no presentar su demanda en el plazo fijado por las partes o por el tribunal, caso en el cual

se darán por terminadas las actuaciones; (ii) del demandado para su contestación, sin que signifique que se tome su ausencia como una admisibilidad de las alegaciones; o (iii) de cualquiera de ellos a la audiencia; casos en los que la ley autoriza al tribunal a continuar con el procedimiento y a dictar el laudo con apoyo en las confirmaciones que obren en su poder, lo que incluso puede considerarse como un fallo sobre el objeto del proceso formado sólo con sus constancias. Aunque en estos casos el tribunal no puede dictar el laudo en forma irrestricta, ya que la propia ley le ordena hacerlo conforme a las normas elegidas por las partes y aplicables a la sustancia del asunto, o en su defecto, conforme a la norma conflictual que estime pertinente y sólo en caso de estar expresamente autorizado a decidir ex aequo et bono, podrá hacerlo. Ello significa que si la Litis se formó en forma irregular y aun con la sola presentación del actor, ya sea por efecto del acuerdo arbitral o de la ley modelo, la resolución tendrá que interpretar la ley salvo en el caso de decisión por equidad que tiene el sentido del fallo en conciencia.

Para confirmar que conforme a la ley modelo la Litis puede definirse hasta antes del cierre de instrucción, el autor señala los casos en que el laudo puede ser corregido o interpretado a través de una resolución adicional, pero aclara que esta resolución forma parte del laudo y por tanto no se puede hablar de un nuevo fallo, sin que importe que se haya emitido a instancia de parte con notificación a la contraria, pues si con ello se respeta la garantía de la bilateralidad de la

<sup>20</sup> Ibid., p. 472 y ss.

audiencia, no se construye una nueva Litis como pudo suceder con las enmiendas y suplementos previstos como ampliaciones de demanda y contestación. Tampoco se variará la Litis si en los términos de la ley una de las partes peticiona un laudo adicional en virtud de que el primero haya omitido cuestiones deducidas en el procedimiento, pues aquí la llamada inconsistencia externa del falló consistió en carecer de concordancia con el objeto o Litis procesal.

b). Bajo el reglamento ICC.

a. Demanda y contestación. El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda de arbitraje ante la Secretaría de la propia CCI (la Secretaría), quien procederá a notificar a las partes sobre la recepción y fecha de la misma. El reglamento establece que la solicitud debe contener diversa información, siendo la relevante para el presente estudio, la siguiente:

- una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a las demandas y los fundamentos sobre la base de los cuales las demandas han sido formuladas;
- la indicación de las pretensiones, junto con el monto de cualquier demanda cuantificada y, en la medida de lo posible, una estimación del valor monetario de toda otra demanda;
- cualquier documento o información que considere apropiado o que pueda contribuir a la resolución eficiente de la controversia.

Una vez que se cumplan con los requisitos que marca el propio reglamento, la Secretaría trasmite

a la demandada la solicitud y los documentos para su contestación. La contestación de la demanda arbitral deberá incluir también los datos de identificación, pero sobre todo, los siguientes:

- sus comentarios sobre la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a las demandas y los fundamentos que sirven de base a las demandas;
- su posición sobre las pretensiones de la demandante;
- la demandada podrá presentar con la contestación cualquier documento o información que considere apropiado o que pueda contribuir a la resolución eficiente de la controversia.

En caso de existir demanda reconvenional, deberá ser formulada por la demandada y presentada con la contestación y deberá contener los mismos puntos que se requieren para la demanda e igualmente bajo las mismas circunstancias que el demandado, el demandante reconvenido deberá presentar una respuesta.

Ahora bien, cuando la Secretaría recibe la contestación de la demanda de arbitraje y en su caso la reconvenición y su contestación, procede a ventilar una serie de circunstancias que pueden presentarse en esta primera fase, tales como la resolución de excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral; si todas las demandas pueden ser determinadas en un solo arbitraje, etc., en este caso la Corte decidirá en qué medida proseguirá el arbitraje, sobre todo si

prima facie considera que existe el acuerdo arbitral, en ese caso podrá reservar la decisión de esos puntos al tribunal arbitral; asimismo se resolverá la incorporación de otras partes, la consolidación de arbitrajes, etc., para posteriormente proceder a decidir sobre su número, si las partes no lo fijaron, al nombramiento y/o ratificación de los árbitros designados por las partes y resolver sobre aquellas situaciones relativas a dicho nombramiento, tales como su recusación, sustitución y aceptación, entre otras. Es importante destacar que desde el momento en que la Corte le reserva al tribunal la decisión sobre su propia competencia, implica para el tribunal arbitral la posibilidad de conocer una doble Litis, primeramente tendrán que resolver la relativa a su propia competencia para posteriormente conocer de la segunda, relativa al fondo del asunto, que es precisamente a la que nos interesa referirnos.

Una vez que el tribunal queda integrado, la Secretaría le entregará el expediente respectivo, para que éste proceda, con base en los documentos que integren el propio expediente o en presencia de las partes, a elaborar el Acta de Misión. Dicha acta sirve, como su nombre lo indica, para fijar la encomienda que tendrá el tribunal arbitral, teniendo una importancia fundamental para la determinación y fijación de la Litis, como lo veremos a continuación.

Conforme al Art. 23 del Reglamento, el Acta de Misión debe contener, además los datos de identificación y localización de las partes, sus representantes, la de los propios árbitros y la

mención de la sede del arbitraje. Los incisos c) y d) de dicho artículo contienen los puntos que nos interesan, expresados en los siguientes términos:

c) una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones, junto con el monto de cualquier demanda cuantificada y, en la medida de lo posible, una estimación del valor monetario de toda demanda;

d) a menos que el tribunal lo considere inadecuado, una lista de los puntos litigiosos por resolver;

Las partes al momento en que manifiestan sus pretensiones pueden no ser muy claros en su exposición, o incluso al plantear los puntos litigiosos a resolver, estos pueden variar de acuerdo a la óptica de cada una de las partes o incluso pueden no coincidir, por ello el Acta de Misión ayuda a clarificar las pretensiones, a resolver ciertas cuestiones importantes del procedimiento y permite hacer los primeros contactos ente las partes que pueden resultar en una transacción, precisando que el rechazo de una de las partes de participar a la elaboración del acta, no afecta la validez del laudo.<sup>21</sup>

Si efectivamente en el Acta de Misión se fijan las pretensiones de las partes y los puntos litigiosos a resolver, nos resulta claro que su formalización es el momento preciso en que se fija la Litis, ya que precisamente ahí quedan establecidos los puntos que tendrá que resolver el tribunal, sin embargo, el artículo 23.4 del Reglamento abre una nueva posibilidad al establecer lo siguiente:

<sup>21</sup> Péreznieta Castro, Leonel y Graham, A. James, Op. Cit., p. 186.



4. Una vez firmada el Acta de Misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del tribunal arbitral el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

Consideramos que conforme a lo dispuesto en el Reglamento, las pretensiones planteadas y los puntos litigiosos fijados en el Acta de Misión deberán ser definitivos y sólo se podrá modificar cuando el tribunal, tomando en consideración diversos factores podrá autorizar su incorporación. Esto es así en virtud de que el acta de Misión siempre impone a las partes y a los árbitros a título de *pacta sunt servanda*, sea de manera directa porque ambas partes así la han adoptado, o si una de ellas ha rechazado su firma, de manera indirecta por aceptación del reglamento de arbitraje.<sup>22</sup>

Resulta claro que esta limitación no es del todo terminante, ya que las partes podrían, en el ámbito de la autonomía de la voluntad pactar en el Acta de Misión los términos en que se podrán incorporar nuevas reclamaciones e incluso fijar el plazo para ello, pero si no lo hacen expresamente, se deberá aplicar en sus términos la regla señalada.

<sup>22</sup> Ibid., p. 189

## 6. Ponderación.

Pese a que las regulaciones revisadas son muy similares en lo que se refiere a la posibilidad que tienen las partes para fijar las reglas del procedimiento arbitral, difieren al precisar el momento en que debe quedar fijada la litis del arbitraje. Por un lado la Ley Modelo de la CNUDMI es imprecisa sobre el momento en que se fija la litis, ya que permite modificaciones o ampliaciones a las demanda y contestación en cualquier momento del procedimiento, estableciendo como limitante el de contar con la autorización del tribunal quien podrá autorizarlo o negarlo, pero únicamente en función del momento procesal en que se haga la solicitud; mientras que del Reglamento de la CCI, se desprende que la Litis queda definida a la firma o autorización por parte de la Corte del Acta de Misión, sin que se puedan formular nuevas demandas fuera de los límites establecidos en dicha acta, sin embargo, en este procedimiento las partes también tendrán la posibilidad de hacerlo contando con la anuencia del tribunal, quien para autorizarlo, no se limitará únicamente a considerar el momento procesal en que se realice la petición, sino que tendrá en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas y las demás circunstancias que sean pertinentes a la decisión.

Ahora bien, el *quid* del análisis lo encontramos en la elección que en un momento dado las partes deben realizar para regular su procedimiento arbitral en cuanto al momento de fijación de la Litis y necesariamente deberán tomar una

postura, por ello deberán cuestionarse ¿será conveniente convenir la posibilidad de modificar o realizar nuevas pretensiones en el transcurso del procedimiento o será más conveniente fijarlos y no permitir su modificación o ampliación sino por cuestiones supervenientes?

Procederemos a realizar una valoración en lo referente a la cuestión planteada, partiendo de la base de que puede llegar a considerarse que la aplicación de la primera de las posturas contenida en la interrogante planteada implica necesariamente una limitación a los principios de certidumbre jurídica y de economía procesal, mientras que la asunción de la segunda puede llegar a representar una limitación al principio de flexibilidad y libre organización del procedimiento.

Primeramente debemos señalar que un juicio de ponderación es el resultado de realizar un ejercicio de valorización, es un método para resolver los conflictos entre los derechos y sus límites, en un juicio de ponderación siempre existen dos derechos en pugna, de la misma jerarquía necesariamente. Y al realizar el juicio de ponderación el resultado del mismo será necesariamente el triunfo de un derecho sobre el otro<sup>23</sup>.

Se podría decir, que siempre que las partes vayan a convenir sobre la forma de resolver las diferencias

<sup>23</sup> Prieto, Luis, "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales" en *Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales-Fiscales* › Núm. 16, Marzo 2010, disponible en [www: http://ezproxy.udem.edu.mx:2063/vid/diez-neoconstitucionalismo-ponderacion-219322669?ix\\_resultado=2.0&query%5Bq%5D=juicio+de+ponderaci%C3%B3n#secc8](http://ezproxy.udem.edu.mx:2063/vid/diez-neoconstitucionalismo-ponderacion-219322669?ix_resultado=2.0&query%5Bq%5D=juicio+de+ponderaci%C3%B3n#secc8) (consultado el 8 de abril de 2014).

o controversias que surjan de su relación comercial y por ende jurídica, van a requerir necesariamente entender y captar verdaderamente el sentido y alcance de los principios contenidos en la normas que regularán su relación para que estén en condiciones de tomar una decisión adecuada a sus propios intereses.

Los Principios fundamentales que rigen al arbitraje se refieren a la igualdad de trato para las partes y la plena oportunidad de hacer valer sus derechos, así como la libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. Cualquier otro principio o criterio que sirva de referencia para administrar el arbitraje, será una aplicación específica de los apuntados.<sup>24</sup>

Así encontramos al principio de certidumbre o seguridad jurídica que se refiere por un lado a la exigencia objetiva desde el punto de vista estructural, de una formulación adecuada de las norma contenida en el ordenamiento jurídico, frente al punto de vista funcional, de su cumplimiento por parte de sus destinatarios y principalmente por los órganos de aplicación y por otro lado la acepción subjetiva se refiere a la certeza del Derecho, como proyección de las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Graham Tapia, Luis Enrique, op. Cit., p. 211.

<sup>25</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, "La seguridad Jurídica" en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, en *Diccionario Jurídico Mexicano* disponible en: <http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=464> (consultado el 8 de abril de 2014).

Aplicado al asunto que nos ocupa, podemos situarlo en el hecho de que al permitirse a las partes modificar o adicionar en el transcurso del procedimiento las pretensiones o puntos controvertidos, mientras no se cierre la instrucción no tendrán la certeza de que los puntos litigiosos estén ya definidos, lo que puede dar lugar al abuso de alguna de las partes, pudiendo incluso representar un serio inconveniente para ambas partes al preparar su estrategia de litigio ya que en cualquier momento podrá verse modificada la Litis con una nueva pretensión de su contraparte, que será admitida en un momento dado por el tribunal arbitral tomando como criterios de decisión lo que cada una de las normas que lo regula le permiten, pero finalmente, será un criterio subjetivo el que permita la modificación o inclusión de nuevas cuestiones litigiosas, sin que el afectado pueda hacer nada al respecto, salvo velar que no se viole en su perjuicio el principio de igualdad. Sin embargo, como contrapartida a lo expuesto, se puede argumentar que mientras esté en marcha el proceso, es conveniente que las partes tengan la oportunidad de incluir en la Litis del procedimiento aquellas situaciones que se presenten en el mismo, como sería el conocimiento de nuevos hechos o de consecuencias jurídicas de un hecho ya planteado, que salgan a la luz por un peritaje o una declaración de las partes, por ejemplo; claro que esto también puede traer el inconveniente de lesionar el principio de economía procesal, entendido como aquel como el derecho que se tiene a tener un procedimiento rápido y expedito, ya que dicha modificación podría alargar el procedimiento sin que pueda haber una

planeación adecuada del procedimiento arbitral o llegar a ser ineficiente por el abuso procesal de una de las partes.

Por otro lado tenemos que al establecer y fijar la Litis en un momento determinado y no permitir su modificación o adición fuera de lo ya planteado, sino conforme a ciertas circunstancias que al efecto valorará el tribunal arbitral, como sucede con el Acta de Misión, se podría llegar a considerar que se violenta los principios de flexibilidad y de libre organización del procedimiento.

Sobre este punto cabe señalar que una de las características principales del arbitraje que se traduce en una ventaja importante frente a un procedimiento judicial, es precisamente la flexibilidad, ya que el procedimiento arbitral carece de los formalismos que propios de aquel, lo que lo hace flexible al permitir además que el tribunal con la participación de las partes fije las reglas bajo las cuales dirigirá el procedimiento, por lo que podría llegar a interpretarse que al establecer en el Acta de Misión los puntos controvertidos y fijar así la Litis, se estaría impidiendo a las partes modificar libremente los puntos controvertidos, lo que limitaría a alguna de las partes de la oportunidad de presentar su caso en forma completa, ya que como lo comentamos líneas arriba, podría darse el caso de que como consecuencia de un peritaje o una declaración testimonial salieran a la luz aspectos no considerados en la pretensión de una de las partes o bien, que precisamente una de las partes como estrategia de litigio pretenda presentar alguna nueva pretensión al momento de estarse desarrollando la audiencia.

A manera de conclusión consideramos que con el Acta de Misión no se violentan los principios de flexibilidad y de libre organización del procedimiento, ya que por un lado se le da al tribunal la oportunidad de modificar o adicionar la Litis a solicitud de alguna o de ambas partes, cuando lo considere procedente, tomando en consideración para su decisión no sólo el momento procesal en que se haga la solicitud, sino otras circunstancias, tales como la naturaleza de las nuevas reclamaciones o cualesquiera otras que le permitan cumplir precisamente con la misión que le encomendaron las partes, además de que una de las funciones principales de dicha acta es la de aclarar los puntos controvertidos y fijar las reglas del procedimiento, por lo que las partes en el ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad, podrían modificar esas disposiciones y señalar las reglas que consideren más adecuadas al efecto y determinar si quieren o no que exista la posibilidad de modificación o adición, y si no lo hacen, es porque tácitamente se están sometiendo a las reglas contenidas en el Reglamento sobre el particular, por lo que difícilmente se podría alegar que va en contra de los principios aludidos.

Nuestra posición sobre el particular, luego de analizar ambas posturas, es que consideramos más adecuado que la Litis se determine en definitiva desde el Acta de Misión, ya que eso les permite tanto a las partes como al tribunal arbitral, planear mediante una metodología adecuada la forma en que se llevará a cabo el procedimiento, y mientras más organizado se encuentre el procedimiento mejor será el resultado.

Adicionalmente vale la pena comentar que consideramos ambos procedimientos adecuados a los fines que buscan las partes al someterse al arbitraje, lo que sucede es que dependiendo del caso concreto, tendrán que determinar la conveniencia de tomar uno u otro y en un momento dado hacer la ponderación respectiva para evitar contratiempos llegado el caso de presentarse un conflicto, pero en todo caso la actuación del tribunal le dará, como señala Graham Tapia, acomodo al justo medio entre la tutela de las partes, en cuanto a las garantías del procedimiento y la ineficiencia del mismo por razones de abuso procesal de las partes.<sup>26</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

<sup>26</sup> Graham Tapia, Luis Enrique, op. Cit., p. 212.

- Briseño Sierra, Humberto, *Sobre Arbitraje. Estudios*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1997.
- Gómez Jene, Miguel, *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: La Eficacia del laudo arbitral*, Ed. Colex, Madrid, 2000.
- Graham Tapia, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, Editorial Themis, México, 2000.
- McCadden M., Carlos J. Y Flores Rueda, Cecilia (Compiladores), *Documentos Básicos sobre Arbitraje y Solución de Controversias*, Ed. Themis, México, 2009.
- Nougein, Herni-Jacques, et al, *Guide pratique de l'arbitrage et de la mediation commerciale*, Ed. LexisNexis Litec, París, 2004.
- Péreznieto Castro, Leonel y Graham, A. James, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, Editorial Limusa, México, 2009.
- Péreznieto Castro, Leonel (compilador), *Arbitraje Comercial Internacional*, Distribuciones Fontamara, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2006.
- Van den Berg, Jan (editor general), *Planning Efficient Arbitration proceedings. The Law Applicable in International Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1994.

## FUENTES DE INTERNET

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano, T-VI* disponible en [www. http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1173/5.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1173/5.pdf)

Diccionario Jurídico Mexicano disponible en:  
<http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=464>

*Revista Enciclopédica Tributaria Opciones Legales-Fiscales* › Núm. 16, Marzo 2010, disponible en [www: http://ezproxy.udem.edu.mx:2063/vid/diez-neoconstitucionalismo-ponderacion-219322669?ix\\_resultado=2.0&query%5Bq%5D=juicio+de+ponderaci%C3%B3n#secc8](http://ezproxy.udem.edu.mx:2063/vid/diez-neoconstitucionalismo-ponderacion-219322669?ix_resultado=2.0&query%5Bq%5D=juicio+de+ponderaci%C3%B3n#secc8)

**Nota.** Trabajo Final de acreditación del Diplomado de Arbitraje. Revisado por Dr. Leonel Pereznieto Castro.

## Fernando Pérez Lozada

Director de Competitividad en la Secretaría de Economía



### Introducción

La figura del Arbitraje comercial ha sido ampliamente utilizada entre particulares como una forma alterna y novedosa de solución de controversias, en oposición al ejercicio de la garantía de acceso a la justicia vía tribunales del Poder Judicial; aunque sin recurrir en actos de autotutela (hacerse justicia por sí mismo), prohibidos por nuestra Carta Magna<sup>1</sup>.

Es así que al paso del tiempo el arbitraje como medio heterocompositivo ha evolucionado considerablemente; en algunos países más que en otros, pero sin duda la mayoría de los países han suscrito convenciones y tratados internacionales pro-arbitraje. Varios más, incluso han adoptado en sus legislaciones internas, la Ley modelo de la UNCITRAL en materia de Arbitraje, que en el caso de México fue incorporada en forma íntegra en el Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio desde hace más de veinte años.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>2</sup> Reforma publicada el 23 de Julio de 1993.

Asimismo, se han gestado cada vez más sofisticadas y eficientes formas de llevar a cabo el arbitraje, como resultado de la experiencia y existencia de instituciones encargadas de su administración, así como debido al gran número de casos, árbitros y abogados especializados en esta materia. La Cámara de Comercio Internacional, es sin duda una de las instituciones más reconocidas en la administración de arbitrajes, aunque existen otras que han surgido en Estados Unidos (AAA) e Inglaterra (London Court of International Arbitration), etc.

Sin embargo, la esencia del arbitraje es el “acuerdo arbitral”, siendo vinculatorio con respecto a sí mismo, y al laudo que se dicta. En cuanto a la primera consecuencia, ya que las partes no pueden retractarse del compromiso asumido, y en cuando a la segunda, las partes están obligadas a cumplir con el laudo (Graham Tapia, Luis, 2004).

Asimismo, el punto de partida y causa primordial de éxitos y complicaciones del procedimiento arbitral, es per se el “acuerdo arbitral”, emanado por el acuerdo de voluntades de las partes para someterse al arbitraje para la solución de una controversia, bajo las condiciones y reglas pactadas. En este sentido, el presente ensayo pretende abordar los principales elementos que dan vida al acuerdo arbitral, su objeto, tipos, elementos que lo componen, así como sus principales implicaciones, patologías y alcances jurídicos.

No obstante la existencia de algunas complicaciones sobre la figura del arbitraje, que a menudo se desprenden del origen del mismo -es decir del “acuerdo arbitral”- ésta figura ha demostrado a lo largo del tiempo, amplias ventajas entre sus usuarios, adeptos y especialistas, en función de su rapidez, especialización, confidencialidad, neutralidad y flexibilidad en el proceso.

## Antecedentes

La práctica del arbitraje en México surge hace más de 500 años, desde la época de la conquista de los españoles, que con una arraigada tradición arbitral promovieron prácticas de solución de controversias mediante el uso de avenidores o árbitros (letrados) que, a su vez, les fueron infundadas por el Derecho Romano con influencias del sacro imperio germánico, estructuras romano-germánicas, y bajo la administración de los visigodos y bizantinos (Carlos Rodríguez, 1999).

Como herencia de la civilización de la Nueva España, y durante los primeros años del México independiente, se fueron gestando ordenamientos jurídicos en materia arbitral, primero basados en derecho español –Ordenanzas de Bilbao– y al paso del tiempo, adoptando ordenamientos propios con el Código de Comercio de 1854, que restablecía al arbitraje comercial, esta vez como método alternativo de solución de controversias. Así como con el Código Civil de 1884, que regulaba el arbitraje civil, en casos excepcionales.

No obstante, el perfeccionamiento de la figura del arbitraje comercial se debe en gran medida al surgimiento y desarrollo del comercio internacional y a las relaciones entre comerciantes de distintos países con regímenes, tradiciones y sistemas jurídicos muy distintos, que se vieron en la necesidad de dirimir sus controversias, basados en reglas homogéneas, con la ayuda de árbitros y éstos a su vez, de instituciones administradoras bajo arbitrajes institucionales, que fueron desarrollando reglas y procedimientos efectivos.

En el caso mexicano, el auge de este mecanismo alternativo de solución de controversias es reciente y tomó gran fuerza a finales de los 90's, época del surgimiento de la apertura comercial de México al exterior. A partir de entonces, México inició un camino ascendente en este rubro, con la firma de tratados de libre comercio en forma exponencial, que hoy por hoy lo colocan como el segundo país con la mayor cantidad de tratados de libre comercio en el mundo<sup>3</sup>, después de Chile.

Anteriormente, durante casi medio siglo México estuvo caracterizado por ser un fiel adepto y practicante de políticas proteccionistas y monopólicas, basado en un régimen de “Industrialización por substitución de importaciones”, el cual fundamentaba el desarrollo de la industria nacional en el boqueo comercial hacia otros países.

Sin embargo, los compromisos internacionales adquiridos por México a finales del Siglo XX<sup>4</sup>, impulsaron la necesidad de desarrollar un moderno marco jurídico consistente con el marco jurídico de otros países avanzados, para brindar seguridad jurídica a inversionistas y comerciantes extranjeros.

Con la reforma al Código de Comercio del 23 de Julio de 1993, se marca el inicio de la época

<sup>3</sup> 12 Tratados de Libre Comercio con 44 países (Fuente: Secretaría de Economía).

<sup>4</sup> Un antecedente de gran peso fue la firma del Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) el 1 de enero de 1994, que incluía un compromiso en el Art. 2022 para promover y facilitar el recurso de los particulares de la zona de libre comercio al arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales.

de gran auge del arbitraje comercial (nacional e internacional) en México, al adoptar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). No obstante, en 1988 tuvo lugar la primera reforma al Código de Comercio en materia de arbitraje, al introducir algunas disposiciones de la Ley Modelo de la UNCITRAL, de la Convención de Nueva York y de la Convención de Panamá, aunque hasta ese momento fueron insuficientes.

En Junio de 2008, finalmente se reconoció al arbitraje en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 17, resolviendo debates tanto técnicos como académicos sobre su constitucionalidad. Al respecto se incluyó el siguiente texto: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”.

En este sentido se brinda la oportunidad a los gobernados de optar por acudir a los tribunales del poder judicial para solicitar la administración de justicia, o en su defecto renunciar a este derecho y acudir al arbitraje mediante la celebración de un Acuerdo Arbitral.

## Definición y elementos del Acuerdo Arbitral

El Acuerdo Arbitral es considerado por muchos un contrato por sí mismo, independientemente de la nulidad o inexistencia del contrato del que forme parte. Leonel Pereznieta Castro, lo entiende como un acto privado en el que rige la autonomía de la voluntad, pero sujeto a los límites de la misma.

El Código de Comercio en su Artículo 1416, fracción I, lo define como: *“El acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”*.

Con base en esta definición, al acuerdo arbitral se le puede clasificar en dos tipos, dependiendo del momento en que sea pactado por las partes, ya sea previo a una controversia, cuando las partes inserten este acuerdo en un contrato o acuerdo independiente para dirimir una controversia futura (cláusula compromisoria), o en su defecto, una vez originada la controversia, las partes decidan dirimirla por esta vía (compromiso arbitral o en árbitros).

Algunos autores reconocen que la diferencia entre cláusula arbitral y compromiso arbitral es de carácter teórico. Algunas legislaciones sí establecen distinciones en cuanto a los requisitos de forma, pero el Código de Comercio (y la Ley Modelo UNCITRAL) no establece ninguna distinción entre ambos (Graham Tapia, Luis Enrique, 2004).



En algunos países (a manera de tutela), se requerían de mayores requisitos para la validez de la cláusula arbitral, que para el compromiso arbitral. Por ejemplo, se requería anteriormente de una autorización judicial, o del registro del documento ante un registro público para su validez.

Cabe hacer mención que el arbitraje permite resolver “ciertas” controversias y no “todas”, basado en la libre voluntad de las partes, lo que brinda mayor flexibilidad a las necesidades de las partes. Por ejemplo se podría someter al arbitraje únicamente el determinar si procede o no el incumplimiento y rescisión, y dejar fuera la determinación de los daños y perjuicios.

Asimismo, el acuerdo arbitral (acuerdo de voluntades), es considerado como una fuente del derecho arbitral, además de la Ley Arbitral. En este sentido la fuente principal para arbitrar una controversia privada comercial es el acuerdo de voluntades, y por excepción, los casos expresamente reconocidos por los Tratados o Acuerdos Bilaterales de Inversión. (G. de Castilla del Valle, Emilio).

## Independencia de la cláusula arbitral

Un principio fundamental del arbitraje es el principio de independencia de la cláusula arbitral. También es conocido como autonomía de la cláusula arbitral sobre el contrato que le dio vida, aun y cuando este sea declarado nulo. En el mundo del arbitraje se le conoce como: “Kompetenze Kompetenz”.

Al respecto, el propio Código de Comercio dispone que:

*“El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.”<sup>5</sup>*

Este principio hace posible que el tribunal arbitral pueda conocer de la controversia, incluyendo la relativa a la eficacia de la cláusula arbitral, cuando alguna de las partes cuestione la validez del contrato o de la cláusula compromisoria. En este orden de ideas, se puede decir que la validez de la cláusula arbitral depende de la competencia del árbitro.

Existen varios escenarios en los cuales se puede impugnar la eficacia de una cláusula arbitral, incluyendo:

- 1) Impugnación directa a la cláusula en sí misma; y
- 2) Impugnación sobre aspectos de la controversia sobre los cuales la cláusula no es eficaz.

<sup>5</sup> Artículo 1432 del Código de Comercio.

En el primer caso, derivado de la falta de representación legal debida para obligar a su representado al arbitraje, por lo que se podría alegar la nulidad de la cláusula arbitral. En este caso el tribunal arbitral agotaría su función al declarar como válido tal supuesto.

En el segundo caso, aún y cuando la cláusula arbitral sea válida, eficaz y no esté afectada de nulidad, alguna de las partes puede alegar que una prestación controvertida no tiene cabida por exceder el alcance de la cláusula arbitral, o en su defecto, la materia del arbitraje no sea arbitrable.

Al respecto el Código de Comercio dispone en su artículo 1424 que: *“El juez al que se someta un litigio que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.*

Sobre este punto, uno de los redactores de la Ley Modelo de la UNCITRAL, acuñó el término y “teoría del primer disparo”, que establece que al tribunal arbitral le corresponde la primera resolución sobre la validez o no del acuerdo arbitral (Gerold, Herrmann).

De estos elementos se apunta lo siguiente (Graham Tapia, Luis Enrique, 2004):

a) Las discusiones del foro judicial no impiden la continuación del arbitraje;

b) El derecho del “primer disparo” le corresponde al árbitro o tribunal arbitral;

c) El foro judicial podrá mantener su competencia cuando el acuerdo arbitral revista de nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución; y

d) El derecho del “segundo disparo” le corresponde al tribunal judicial cuando se cuestione la eficacia del laudo.<sup>6</sup>

Por otro lado, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional establece en su Artículo 6(9) lo siguiente:

*“El tribunal arbitral conservará su competencia aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y decidir de sus pretensiones y alegaciones”.*

<sup>6</sup> Artículo 1457, I, a y 1462, I, a del Código de Comercio.

## Requisitos del acuerdo arbitral

Por regla general, el acuerdo arbitral debe constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes, ya sea en un documento o utilizando medios modernos de comunicación. Sin embargo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su Artículo 6 no requiere expresamente que el acuerdo arbitral entre las partes sea por escrito. No obstante, la Convención de Nueva York<sup>7</sup> y la mayoría de leyes de arbitraje domésticas, incluyendo la Ley Modelo de la UNCITRAL<sup>8</sup>, sí requieren que sea por escrito.

Desde luego, el tema controversial suele ser el determinar qué significa “por escrito”, lo cual puede ser sujeto de diferentes interpretaciones. En este sentido es que algunos países son más escritos que otros para determinar las condiciones necesarias para cumplir con este requerimiento. Por ejemplo algunos países que aceptan el acuerdo arbitral sea oral o tácito, tal como lo reconoce la Convención de Ginebra de 1961<sup>9</sup>.

En el caso de México, el Art. 1423 del Código de Comercio establece que: *“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 contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.”*

<sup>7</sup> Artículo 2.

<sup>8</sup> Artículo 7(2).

<sup>9</sup> Artículo 1(2)(a).

En la práctica la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio ha determinado la procedencia de arbitrajes, por ejemplo, en casos en donde existieron intercambio de comunicaciones, cartas o telexes, en donde las partes se comprometieron a solventar una diferencia el arbitraje.

Otro caso de declaración de procedencia del arbitraje ha sido cuando la cláusula compromisoria se encuentra en un “borrador” de contrato, cuando éste haya sido ejecutado o instrumentado, independientemente de que el contrato final no se haya firmado nunca. Desde luego, la intención de las partes es un elemento toral que se analiza para la determinación de la procedencia de un arbitraje, siempre que se pueda comprobar su existencia.

Estos ejemplos ilustran la flexibilidad y rapidez con la que se pueden resolver controversias entre particulares a través del arbitraje, sin necesidad de quedar atrapados en la resolución de aspectos burocráticos que en muchas ocasiones son el pan de cada día en los Tribunales jurisdiccionales.

El Código de Comercio no exige ninguna facultad especial de representación para celebrar un acuerdo arbitral<sup>10</sup>, siendo únicamente requisitos de forma los que se exigen, pero no de representación.

Asimismo, no se aplica de manera supletoria el requisito de facultades expresas para comprometer en árbitros dispuesto por el artículo 2587 fracción III del Código Civil, debido a que los requisitos del Código de Comercio en la materia son exhaustivos, y a que el arbitraje no es un acto de comercio extraordinario (Graham Tapia, Luis Enrique, 2004).

<sup>10</sup> Artículo 1423 del Código de Comercio.

## Contenido del acuerdo arbitral

El acuerdo arbitral puede contener el tipo de reglas que regirán al arbitraje en su procedimiento (reglas adjetivas), como las leyes que gobernarán el fondo del asunto (reglas sustantivas); así como otros elementos como pueden ser la sede, el idioma, el número de árbitros y la forma de su designación, si se trata de un arbitraje *ad hoc*<sup>11</sup>, o institucional, y en su caso, la institución que administrará el arbitraje en este último caso.

Sin embargo, se debe tener mucho cuidado al redactar los términos del acuerdo arbitral, pues su mala redacción puede ocasionar costos innecesarios y dificultades para la ejecución de un laudo.

Dentro de los elementos básicos del acuerdo o compromiso arbitral se pueden destacar los siguientes (Cruz Miramontes, Adolfo; Cruz Barney, Oscar):

1. Acuerdo de voluntad de las partes de someterse al arbitraje;
2. Número de árbitros;
3. Sede del arbitraje;
4. Idioma o idiomas;

<sup>11</sup> Se sugiere utilizar el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), adoptado el 28 de abril de 1976.

5. Reglas aplicables al procedimiento y al fondo del asunto;
6. Puntos o temas controvertidos materia del arbitraje;
7. Si se trata de un arbitraje *ad hoc* o arbitraje institucional; y
8. Gastos y costas.

Para mayor claridad sobre los puntos anteriores, se hacen las siguientes observaciones:

1. El acuerdo de voluntades de las partes es el elemento más importante del compromiso arbitral. Incluso, durante todo el procedimiento arbitral se debe garantizar que se lleve a cabo en los términos en que las partes lo hayan acordado. En caso contrario, si durante el procedimiento arbitral no se respetan los términos pactados, el laudo arbitral podría ser declarado nulo.

2. En cuando al número de árbitros, las partes podrán designar al número que ellos consideren, usualmente entre 1 y 3; aunque es recomendable que de tratarse de una cláusula compromisoria, no se establezca esta situación a priori, pues antes de cualquier controversia el fijar este punto podría causar costos y complicaciones innecesarios.

En caso de tratarse de un arbitraje institucional, existen cláusulas arbitrales modelo que prevén la designación de árbitros conforme a los reglamentos de arbitraje de estas instituciones,

sin necesidad de que las partes designen un número determinado de árbitros. Por ejemplo, en el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), establece la siguiente redacción:

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

Con base en el artículo 12 del citado Reglamento, las controversias serán resueltas por uno o tres árbitros. Cuando las partes no se puedan poner de acuerdo en este punto la Corte Internacional de Arbitraje nombrará un árbitro único. En el caso de que sean tres árbitros y una de las partes no designe a su árbitro, la misma Corte lo nombrará en su nombre.

3. La sede del arbitraje determinará el derecho aplicable del país en que se fije. En este caso, se aplicarán las reglas del país sede para determinar aspectos como los requisitos de nulidad y validez de los actos jurídicos, las reglas de nulidad de los laudos arbitrales, los tribunales locales (foro jurisdiccional) ante los que se puedan presentar demandas (de nulidad por ejemplo), así como todo aquello que no esté previsto por el acuerdo arbitral y, en su caso el reglamento de arbitraje aplicable.

Entre las principales leyes aplicables en México en materia arbitral se encuentran:

- a) Código de Comercio;
- b) Código Civil;
- c) Código de Procedimientos Civiles;
- d) Convenciones Internacionales; y
- e) Leyes locales

Asimismo, es recomendable tomar en cuenta la legislación del país sede que se va a considerar, y optar preferentemente por un país con normas y leyes favorables al arbitraje, para garantizar el adecuado desarrollo del mismo hasta la ejecución efectiva del laudo arbitral.

4. El idioma del arbitraje entre partes de distintos países es un tema controversial, pero suele ser el mismo del contrato o convenio que le da origen y del cual pretende resolver un aspecto controvertido. En el idioma designado por las partes deberán emitirse todas las comunicaciones entre las partes y tribunal arbitral, así como los documentos entregados y recibidos por el Tribunal Arbitral.

En ocasiones se designa un tercer idioma neutral, o incluso varios idiomas. No obstante, esto eleva los costos y tiempos del arbitraje en forma considerable, por lo que es preferible tener un solo idioma en el que se conduzca el arbitraje.

5. En materia de reglas del arbitraje, se distinguen dos tipos: las relativas al procedimiento (adjetivas) que regulan la forma en la que se llevará a cabo, desde la designación de los árbitros hasta el alcance y materia(s) sobre la(s) que resolverá el laudo arbitral. Por otro lado, se encuentran las leyes empleadas para resolver el fondo del asunto (sustantivas), las cuales dependerán de su designación expresa por las partes, o en caso de ser omisa, prevalecerá el derecho aplicable de la sede del arbitraje.

6. Los temas controvertidos materia del arbitraje, dependerán de la voluntad de las partes bajo el principio de “libertad contractual”, pudiendo ser en forma total o parcial sobre un contrato o convenio específico. Esto no quiere decir que la cláusula arbitral deba especificar la controversia ya que esto sería imposible por la multiplicidad de problemas que podrían surgir. Bastaría con decir que serán las controversias que deriven de cierto contrato.

En ocasiones, se puede hacer una limitación a la materia a aspectos técnicos o legales, no obstante podría ser algo ambiguo al presentarse la dificultad de discernir y/o separar lo técnico de lo jurídico.

Del mismo modo, si la cláusula o convenio no contienen la materia del arbitraje, podrán ser declarados nulos de pleno derecho sin necesidad de resolución judicial. En tal supuesto estaríamos en presencia de un caso de inexistencia del acto jurídico, ya que si bien existen las partes y el

acuerdo de voluntades, no se ha convenido en nada por lo que no habría materia (Medina Mora, Raúl).

También existen ciertas materias sobre las cuales se prohíbe someter a procedimiento de arbitraje, dependiendo de los criterios y costumbres de cada país. Entre las materias más frecuentemente prohibidas para someterse a arbitraje se encuentran la material penal, patria potestad, pensiones, alimentos, competencia económica, o todas aquellas que contravengan al orden público o afecten intereses de terceros; es decir, que en caso de ejecutar un laudo arbitral se perjudique a otras personas o a la sociedad en su conjunto.

Sobre el particular, la Convención de Nueva York se pronuncia al respecto al disponer expresamente que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral se podrá denegar cuando el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía de arbitraje.<sup>12</sup> En el caso de España, las oposiciones a las decisiones de asambleas de sociedades, podrán ser materias de un arbitraje. Otro caso aún más amplio es Chile, en donde todas las materias son arbitrables, salvo pacto en contrario.

Esta cuestión se deberá resolver conforme al derecho del país en el que se pretenda ejecutar el laudo arbitral. Otros casos de materias no arbitrales son la materia de competencia<sup>13</sup>, quiebra o derecho laboral (Nieto, Andrés, 2013).

<sup>12</sup> Artículo V, 2, a.

<sup>13</sup> Tratado de Roma de la Unión Europea.

Del mismo modo, cuando el país en el que se pretenda el reconocimiento y ejecución de un laudo, tenga instituciones y procedimientos del Estado para esas materias, tampoco se podrán considerar como materias arbitrables.<sup>14</sup>

7. Dentro del arbitraje existen dos tipos entre los más comunes: los llamados arbitrajes institucionales (o administrados) y los arbitrajes *ad hoc*. Mientras que los primeros son administrados por una institución encargada de supervisar el procedimiento, los arbitrajes *ad hoc*, son organizados por las partes, sin contar con ninguna supervisión o apoyo de alguna institución de arbitraje.

En los arbitrajes institucionales, la institución no resuelve o interviene en ningún momento en el fondo del asunto, simplemente apoya en la distribución de los materiales, puede resolver algún aspecto a nombre de las partes, como puede ser el resolver una recusación o la designación de un árbitro, en caso de que la parte no lo haga.

Asimismo, antes de la firma y entrega del laudo, la institución revisa el contenido del mismo, y en su caso, hace observaciones y recomendaciones de cambio al tribunal arbitral a fin de garantizar su ejecutabilidad.

A diferencia de lo anterior, en los arbitrajes *ad hoc*, el o los árbitros actúan en forma independiente sin la ayuda o apoyo de alguna institución. Este

<sup>14</sup> En el caso de México, la materia laboral es resuelta por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje, y en materia de competencia, por la Comisión de Competencia Económica.

tipo de casos suelen ser de menor frecuencia y sólo para los casos en el que las partes sean muy cautelosas y tengan un alto grado de sofisticación.

8. En materia de gastos y costas, las partes pueden hacer arreglos y pactos previos. En el caso de los arbitrajes institucionales, además se prevé el pago de los gastos administrativos según la cuantía y complejidad del asunto, con base en tabuladores estándar en el caso de la CCI, por ejemplo. Desde luego los costos se incrementan en forma directamente proporcional al número de árbitros designados.

## Validez del Acuerdo Arbitral

El acuerdo arbitral es válido, únicamente si es pactado por las personas que gozan de capacidad plena para obligarse a someter sus controversias bajo la figura del arbitraje. Incluso las personas que tengan bajo su potestad la representación de personas incapacitadas para obligarse en derecho, no podrán someter la resolución de sus asuntos al arbitraje, salvo que tengan una autorización judicial. Lo anterior, salvo que las personas incapacitadas sean los herederos de su representante, caso en el cual sí podría pactar un arbitraje en su representación.

En materia de concursos mercantiles, únicamente se podría acudir al arbitraje si se cuenta con el consentimiento unánime de todos los acreedores, para tales efectos. De lo contrario, el acuerdo carecería de validez por falta de consentimiento de las partes.

Existe la posibilidad de celebrar un acuerdo arbitral sin que se incluya la cláusula compromisoria en el contrato original. Es decir, se puede recurrir a la solución de controversias mediante la *referencia* a las “condiciones generales” de una cierta sociedad, sector o asociación, por ejemplo. La ventaja de este método es la rapidez y simplicidad con la que se puede pactar entre dos o más socios mercantiles mediante el mero intercambio de cartas, faxes o correos electrónicos entre ellos.

De este modo, si dichas “condiciones generales” contienen dentro de sus reglas un acuerdo

arbitral para someter las posibles controversias entre sus adeptos, entonces se podría llevar a cabo un procedimiento arbitral. Empero, existen algunos países que pueden cuestionar su validez, bajo el argumento que es probable que las partes firmantes desconozcan las reglas de arbitraje contenidas en las letras pequeñas; sobre todo si se estipula un derecho extranjero o sede en un país diferente al de alguna de las partes.

Un aspecto fundamental a considerar al momento de celebrar un acuerdo arbitral, es garantizar que éste sea válido, mediante la verificación de algunos puntos que podrían afectar su validez o eficacia. Al respecto, se debe considerar la capacidad de las partes para pactar un acuerdo arbitral, la capacidad jurídica de los representantes legales de las partes que representen, así como si es legalmente posible someter una controversia de una determinada materia al arbitraje (Nieto, Andrés, 2003).

Sobre el particular, la propia Convención de Nueva York establece que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral podría ser denegada, si cualquiera de las partes del acuerdo de arbitraje, estuviera “sujeta a alguna incapacidad”<sup>15</sup>. Aquí puede surgir la pregunta controversial para determinar qué derecho se debe aplicar para la determinación de la capacidad de las partes en tratándose de contratos internacionales celebrados entre partes de diversos países, cuando el contrato se celebre en un tercer país, y el desarrollo de los servicios objeto del contrato sean ejecutados en otro.

<sup>15</sup> Artículo V, 1, a.



Al respecto, la regla general es que la capacidad de las partes para obligarse en derecho (y pactar un arbitraje), dependerá de la reglas de su propio derecho nacional. No obstante, dependiendo de cada caso y circunstancias particulares, se podría determinar las reglas de capacidad legal, de un tercer país.

Uno de los errores más comunes en el tema de arbitraje, es copiar una cláusula compromisoria de otro contrato. Ésta no necesariamente debe ser larga y compleja, por el contrario, su efectividad dependerá de simplicidad y precisión: simplicidad en la redacción y precisión en los elementos integrantes de la cláusula (Nieto, Andrés, 2003).

La recomendación más recurrida, es tomar una cláusula modelo de alguno de los Reglamentos de Arbitraje de las instituciones con mayor experiencia en este tipo de casos, por ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional:

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

## Alcances del acuerdo arbitral

El Alcance del acuerdo o cláusula arbitral es el universo de controversias que quedan cubiertas por el acuerdo o cláusula compromisoria, y por ello, constituye uno de los aspectos más importantes, al determinar tanto el desarrollo del procedimiento, como el contenido del laudo.

En términos generales puede ser una “cláusula amplia” o una cláusula que expresamente limite la materia del arbitraje. El primer caso es utilizado por las cláusulas modelo, que ayuda a resolver y, en su caso, subsanar, cualquier controversia que pudiera presentarse en cuanto a los alcances de la cláusula, en el caso de las que lo limitan.

Por ejemplo, tal es el caso de cláusulas que restringen sus alcances a “controversias de tipo técnico o de tipo legal”, que en la mayoría de los casos suelen dificultar y en algunas otras, incluso frustrar un arbitraje, al ser sujeto de múltiples interpretaciones de las partes, según sus conveniencias particulares.

## Modalidades de la cláusula compromisoria

Dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso, se podrán ajustar o determinar algunos elementos como puede ser la sede, el idioma, la no aplicación de los árbitros de emergencia. También se podría establecer previamente al arbitraje la opción del uso de un mecanismo de solución amistosa de disputas (ADR), para tratar de resolver la controversia entre las partes sin recurrir al arbitraje directamente:

*“Las partes podrán en todo momento, sin perjuicio de cualquier otro proceso, intentar la solución de cualquier desavenencia que derive de este contrato o esté relacionada con él, de acuerdo con las disposiciones del Reglamento ADR de la ICC”<sup>16</sup>.*

Del mismo modo las partes podrían establecer como obligación el considerar la posibilidad de recurrir a la solución amistosa de disputas (ADR), mediante el uso de la siguiente cláusula:

*“En caso de desavenencias derivadas del presente contrato o relacionadas con él, las partes se comprometen a discutir y considerar, en primer lugar, el recurso de solución de desavenencias del Reglamento ADR de la ICC”<sup>17</sup>.*

También existen las llamadas “cláusulas escalonadas”, que establecen varios tipos de modalidades de medios de solución controversias, que será necesario agotar antes de acudir a la

<sup>16</sup> Reglamento de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional.

<sup>17</sup> Ídem.

siguiente. En estos casos pueden ser la negociación, mediación, peritaje o un *Dispute Board*. El riesgo de adoptarlas, es que el arbitraje final sea más tardado de lo deseado, y las fases previas sólo entorpezcan el procedimiento y la obtención de un lado final. Incluso se pueden fijar plazos para el desarrollo de estas fases de solución de controversias. En caso de no especificar el medio de solución amistosa de disputas, procederá la mediación.

Por otro lado, pueden existir cláusulas amplias o cláusulas restrictivas. Las primeras resolverán todas las controversias que se presenten sobre un contrato o con relación al mismo, las segundas, únicamente un aspecto o controversia determinada, como puede ser la terminación del contrato, por ejemplo. En todo momento el principio de autonomía de la voluntad de las partes prevalecerá sobre cualquier otra disposición.

Otra modalidad se presenta en los llamados “multicontratos”, cuando varias partes se obligan a someter sus controversias al arbitraje, mediante la firma de múltiples contratos. En este tipo de casos, para evitar inconvenientes, se sugiere tener la misma redacción de la cláusula compromisoria<sup>18</sup> para todos los contratos involucrados.

<sup>18</sup> Por lo menos, la misma sede, idioma, derecho aplicable y procedimiento de designación de árbitros.

## Funciones de la cláusula compromisoria

Para poder redactar una adecuada cláusula, se deben de tener en cuenta las funciones de la misma. Al respecto, un antiguo Secretario de la ICC definió como las funciones de la cláusula compromisoria, las siguientes:

- a) Producir efectos vinculantes entre las partes;
- b) Permitir la exclusión de la intervención de los tribunales judiciales, al menos hasta que se pronuncie el laudo arbitral;
- c) Otorgar a los árbitros la facultad de solucionar las controversias entre las partes; y
- d) Permitir procedimientos conducentes y mejores circunstancias para lograr un laudo ejecutable conforme a derecho.

Estos elementos son fundamentales para que un procedimiento arbitral pueda ser efectivo y ejecutable, características esenciales de la figura del arbitraje. Cada vez más esta figura ha sido reconocida por la mayoría de los países y sus principales empresas, comerciantes, académicos y practicantes del arbitraje a nivel mundial.

## Acuerdos de Arbitraje con Estados Soberanos

Por otro lado, cuando un Estado soberano o sus agencias o instituciones actúan en su calidad de particulares (*in jure gestionis*), y no ejerciendo actos de autoridad (*in jure imperii*), les es permitido pactar acuerdos arbitrales para solventar sus controversias con otros particulares, tanto nacionales como internacionales.

Sobre este tema México ha avanzado. Petróleos Mexicanos (PEMEX), Nacional Financiera, S.A., la Comisión Federal de Electricidad (CFE), y otras agencias han favorecido la adopción de cláusulas arbitrales en sus contratos con particulares, sobre todo con bancos internacionales, proveedores y contratistas.

Al respecto, desde 1994 tuvieron lugar reformas a las Leyes orgánicas de PEMEX y de la CFE, por medio de las cuales se les permite ser parte de arbitrajes internacionales, así como aplicar leyes extranjeras en contratos internacionales. (Paulson, Jan, 2004).

El 28 de Mayo de 1999 se publicaron las reformas de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas y Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Estas reformas marcaron un precedente importante en nuestro país en materia de arbitraje y medios de solución de controversias, al permitir estos mecanismos frente a todos los contratos de obras públicas federales y contratos de

servicios a largo plazo, tales como los Proyectos de Prestación de Servicios (PPS) y Asociaciones Público Privadas, sin perjuicio de lo establecido para PEMEX y CFE.

Con base en la Ley de Obras Públicas de 2009, en su artículo 98, se prevé que el acuerdo arbitral puede celebrarse únicamente con respecto a controversias sobre la *interpretación de las cláusulas contractuales o cuestiones que deriven de su ejecución*, bajo los términos del título cuarto del libro quinto del Código de Comercio. En este sentido, la *rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos* no podría ser sujeto de ser sometida a un procedimiento de arbitraje.

Sin embargo, algunos autores como el Dr. Herfried Wös, argumentan que la redacción del artículo 98 que limita el arbitraje a la “interpretación y ejecución del contrato”, es poco afortunada e incluso incidental; al ser una referencia del artículo 103 de la Ley de Obras Públicas relativo a la jurisdicción de los Tribunales Judiciales, que establece que éstos conocerán de las disputas sobre interpretación y aplicación de los contratos, cuando no se haya pactado una cláusula arbitral. En tal sentido, la interpretación deberá ser más amplia de lo estipulado en el artículo 98 de la Ley de Obras Públicas.

Asimismo, en contratos internacionales, tanto PEMEX como la CFE tienen previstas dentro de sus atribuciones, el acodar que el arbitraje tenga como sede un país extranjero, e incluso que la Ley aplicable sea otra distinta de la mexicana.

No obstante, no existen reglas que prohíban el arbitraje multi-parte, la legislación no se pronuncia al respecto ni lo prohíbe, por lo que en sentido estricto, este sistema sería posible.

En materia de arbitraje en el caso de PEMEX se establece una excepción a la regla mencionada en el párrafo anterior respecto del lugar del arbitraje. PEMEX no podrá someterse a una jurisdicción distinta de la mexicana con respecto a disputas que hagan referencia a trabajos o contrato de servicios que sean desarrollados en territorio nacional o en las zonas sobre las cuales México ejerza su soberanía, jurisdicción o competencia.

En los casos de arbitraje en los que participa un Estado soberano o una de sus instituciones, se debe considerar en primer lugar, que las licitaciones y sus adjudicaciones son consideradas cada una como *acta iure imperi*. No obstante, una vez adjudicado el Estado es considerado como un igual o particular (*iure gestionis*), salvo por las excepciones de terminación anticipada y rescisión que no son materias arbitrables (con base en las disposiciones de la Ley de Obras Públicas).

## Cláusulas arbitrales patológicas

Durante la redacción y firma de acuerdos arbitrales, es muy frecuente encontrarse con ciertas inconsistencias e incongruencias en los términos en los que se las partes convienen en someter sus controversias presentes o futuras, lo cual lleva a complicaciones y en ocasiones imposibilita el adecuado desarrollo de los procedimientos arbitrales.

En casos como los descritos anteriormente se les conoce como “cláusulas patológicas”.

Algunos de los casos más frecuentes de cláusulas patológicas en los arbitrajes institucionales son:

- a) La indicación de un nombre incorrecto o inexistente de una institución y/o reglas bajo las cuales someten sus controversias al arbitraje;
- b) La designación de un árbitro con funciones de mediador;
- c) La incorrecta integración del arbitraje arbitral; y
- d) Fijar plazos máximos o mínimos para el desarrollo del arbitraje hasta la emisión del laudo.

No obstante, se puede presentar una infinidad de circunstancias patológicas, como imaginación y creatividad erróneamente empleada por abogados inexpertos pueda existir.

Algunos ejemplos de lo expuesto anteriormente:

- a) El determinar montos mínimos para la resolución de disputas;

- b) Requisitos para el procedimiento, supletoriedad de otras leyes;

- c) Combinar una cláusula arbitral con la de sometimiento a tribunales jurisdiccionales; e

- d) Incluir reglas supletorias o complementarias a las de un Reglamento de Arbitraje, o incluso modificar éstas últimas.

Es también frecuente encontrar en los acuerdos arbitrales disposiciones innecesarias y que no cambian o adicionan ningún elemento, sobre las reglas de arbitraje contenidas en los reglamentos de arbitraje a las cuales se someten.

Por ejemplo: “*El laudo será final, inapelable y obligatorio entre las partes*”, o que “*los árbitros no podrán estar relacionados o ser empleados o familiares directos de las partes*”, entre otras.

Otro de los errores más graves de los acuerdos arbitrales es fijar requisitos muy complicados de cumplir para la designación de árbitros, como puede ser demostrar experiencia en varias disciplinas e idiomas al mismo tiempo.

Existe también la llamada “cláusula excepcional”, la cual no contiene elementos básicos como la designación de árbitros, lugar del arbitraje o ley aplicable, como se indica a continuación: “*Todas las controversias que surgieren del presente contrato se solucionarán por medio del arbitraje*”.

## Recomendaciones para la celebración del Acuerdo Arbitral

Al momento de pactar una “cláusula compromisoria” (anticipándose a una controversia derivada de una relación contractual), o un “compromiso arbitral o en árbitros” (una vez que se presenta la controversia), se deben de tomar en cuenta su objeto, tipos, elementos que lo componen, así como sus principales implicaciones, posibles patologías y alcances jurídicos.

En el caso de una “cláusula compromisoria”, debe considerarse en primer lugar la independencia o autonomía de la misma sobre el contrato o convenio que forme parte, así como que una vez pactada, ésta no podrá ser cancelada o renunciada, aún y cuando se inicie un juicio ante los tribunales judiciales, y/o no se dé contestación a un procedimiento arbitral; éste seguirá su curso, inclusive si se demanda la nulidad del acuerdo arbitral, la cual será decidida por el propio tribunal arbitral (en rebeldía), con base en las disposiciones del propio Código de Comercio<sup>19</sup> (Ley Modelo UNCITRAL).

Lo anterior, salvo que ambas partes decidan no proseguir con el procedimiento arbitral (aún y cuando exista una cláusula arbitral válida) y acudan de común acuerdo al foro judicial, bajo el principio de voluntad de las partes, que prevalecerá por encima de cualquier cláusula compromisoria celebrada con anterioridad.

En el supuesto de un “compromiso arbitral”, se deberán tomar en cuenta además de los elementos anteriores, las circunstancias particulares del caso para decidir al menos lo siguiente: 1) la sede del arbitraje, tomando en cuenta las leyes arbitrales de este país, las cuales deberán de ser pro-arbitraje; 2) el idioma, de preferencia uno solo que ambas partes entiendan, y 3) las leyes aplicables al fondo del asunto.

En ambos casos, la recomendación más importante es utilizar una cláusula modelo sin alteraciones (de preferencia de la ICC), para llevar a cabo un arbitraje institucional evitando cláusulas patológicas, o procedimientos *ad hoc* que puedan complicar el procedimiento o, inclusive frustrarlo. Lo anterior, aprovechando la experiencia y manejo de casos de arbitraje previos, que posee una institución dedicada a la administración de los mismos.

<sup>19</sup> Artículo 1432 del Código de Comercio.

## Conclusiones

Desde los inicios del arbitraje entre mercaderes, hasta la época moderna del arbitraje institucional, se han ido perfeccionado cada vez más sus reglas, fundamentos, principios; los cuales han sido incorporados paulatinamente tanto en legislaciones internas (Ley modelo de la UNCITRAL), como a través de la firma de convenciones y tratados internacionales en la materia. Esto ha significado un avance importante en la efectividad y ejecución de laudos arbitrales a nivel global, como es en el caso de México, que desde la época de los 90's inició una reforma pro-arbitraje, que hoy por hoy brinda seguridad jurídica a los inversionistas y empresas extranjeras en la adopción de acuerdos arbitrales.

Sin duda, la piedra angular y esencia misma del arbitraje comercial lo constituye el “acuerdo arbitral”, en cualquiera de sus modalidades, ya sea pactado previamente a una controversia (cláusula compromisoria), o con posterioridad a la misma (compromiso arbitral), como un medio alternativo de su solución.

El acuerdo arbitral es la única figura jurídica que goza de autonomía e independencia del contrato que lo contiene, aún y cuando éste último sea declarado nulo. El derecho mexicano igualmente obliga al foro judicial a ceder al tribunal arbitral la jurisdicción para decidir sobre la validez del acuerdo arbitral, bajo la teoría del primer disparo, salvo casos excepcionales.

Del contenido y redacción del acuerdo arbitral, dependerá la efectividad o infortunio del arbitraje, desde la designación de árbitros y el desarrollo del procedimiento arbitral, hasta la ejecución del laudo por los tribunales judiciales. Es por ello que la adopción de las “cláusulas modelo” – propuestas por diversas instituciones de arbitraje – han agilizado y facilitado los procedimientos de arbitraje comercial internacional, a nivel mundial.

Desde su fundación en 1919, la Cámara de Comercio Internacional ha jugado un papel fundamental en el desarrollo del arbitraje comercial a nivel internacional, tanto en el perfeccionamiento de herramientas, reglas y principios, como en la propia administración de arbitrajes institucionales, a través de la Corte Internacional de Arbitraje.

Del mismo modo, el desarrollo y adopción de la Convención de Nueva York –sobre reconocimiento y ejecución de laudos internacionales– como de la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, han permeado la estandarización de reglas homogéneas en legislaciones domésticas y tratados internacionales, logrando que el arbitraje sea flexible, neutral, confidencial y eficaz.

## Bibliografía

- Cruz Miramontes, Rodolfo & Cruz Barney, Oscar, “El Arbitraje, los diversos mecanismos de solución de controversias: Análisis y Práctica en México”, Porrúa, 2004.
- De Castilla, Emilio G., Manual de Arbitraje Comercial, México.
- Derains, Yves & Schwartz, Eric, “A guide to the new ICC Rules of Arbitration”, *Kluwer Law International*, 1998.
- Drahozal, Christofer, Commercial Arbitration: Cases and Problems, LexisNexis.
- Friedland, Paul, “Arbitration Clauses for International Contracts”, Juris.
- Garza Magdaleno, Fernanda, “El arbitraje en México” (acceso en línea).
- Graham Tapia, Luis Enrique, “Manual de Arbitraje Comercial”, Barra Mexicana de *Abogados / ITAM*, Porrúa, 2004.
- ICC Guidelines on Efficient Arbitration Case Management, ICC International Court of Arbitration, Doc. 420/535 E, 2006.
- Medina Mora, Raúl, “Cláusula y Acuerdos Arbitrales”, Arbitraje Comercial Internacional, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, pp.17-29.
- Paulson, Jan, “International Handbook on Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, Suppl. 42, Volumen III, 2004.
- Rodríguez González-Valadez, Carlos, “México ante el Arbitraje Comercial Internacional”, Porrúa, México, 1999.
- Wöss, Herfried, “Arbitration, Alternative Dispute Resolution and Public Procurement in Mexico”, *Spain Arbitration Review*, 2010.
- Código Civil del Distrito Federal, Leyes del Distrito Federal (consulta en línea).
- Código de Comercio, Leyes Federales, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (consulta en línea).
- Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales, CNUDMI, *ICC International Court of Arbitration*, 1958.
- Reglamentos de Arbitraje y de ADR, *Cámara de Comercio Internacional*, 2012.
- Nota:** Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje revisado por: Mtro. Víctor Ruiz Barboza.



**Fernando Potes González**  
Profesor de la Universidad de Monterrey



## 1. Introducción.

La integración a escala mundial de diversos procesos productivos constituye un signo de nuestros tiempos. De este nuevo entramado de las relaciones entre los diversos actores mundiales han surgido oportunidades económicas de dimensiones globales pero que, en su realización, dependen de un complejo sistema de interacciones entre múltiples agentes. Si bien tales interacciones se organizan en torno a un proyecto común, lo cierto es que la complejidad técnica y funcional de estas encomiendas genera múltiples ocasiones para que, ante escenarios reales que no concuerdan favorablemente con las expectativas generadas, los agentes del proyecto—típicamente empresas multinacionales—se vean en la necesidad de deslindar sus responsabilidades a través de un mecanismo de solución de controversias que resulte legítimo y eficaz.

Los tribunales jurisdiccionales representan una opción que en algunos contextos puede resultar apropiada en términos de legitimidad y eficacia. Sin embargo, los tribunales jurisdiccionales, aún cuando operen bajo estándares de transparencia y honestidad adecuados, difícilmente pueden, en función de los constreñimientos temporales y de la competencia técnica, ofrecer soluciones que favorezcan la integración eficaz de un sistema global donde los agentes empresariales globales puedan realizar cálculos razonables en torno a las consecuencias de sus decisiones<sup>1</sup>.

Los tribunales arbitrales, por otra parte, quizá estén en una mejor aptitud para alcanzar este objetivo. Esto, sin embargo, parece depender de al menos dos condiciones centrales: a) requieren establecer fórmulas jurídicamente eficaces para organizar procedimientos que concentren a una multiplicidad de partes y/o contratos y; b) deben apoyar todo ensanchamiento del procedimiento arbitral en una construcción rigurosa del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para someterse al arbitraje mismo<sup>2</sup>. Con base en la primera de las condiciones anteriores, el arbitraje multiparte se puede configurar como el vehículo ideal para obviar la posibilidad de laudos potencialmente incompatibles y de costos excesivos en virtud de la pluralidad de procedimientos arbitrales<sup>3</sup>. Con base en la segunda

<sup>1</sup> Cremades, Bernardo y Cairns, David, “El Arbitraje En La Encrucijada Entre La Globalización Y Sus Detractores”, En *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 2002, n. 11,

<sup>2</sup> Hoellering, Michael F, “Consolidated Arbitration: Will It Result in Increased Efficiency or An Affront to Party Autonomy?”, En *Dispute Resolution Journal*, 1997, vol. 52, pp. 41-49.

<sup>3</sup> A este respecto, Pair y Frankenstein apuntan: “considering

condición, el procedimiento arbitral multiparte puede encontrar en el principio de la autonomía de la voluntad la legitimación oportuna para resultar eficaz a la hora de la ejecución del laudo en la o las jurisdicciones que resulten relevantes<sup>4</sup>. Lo anterior toda vez que dicho principio se encuentra en la base de todo Derecho que haga suyo los valores del sistema de libre mercado y, en consecuencia, de la globalización de la economía.<sup>5</sup>

El presente trabajo pretende mostrar tanto las condiciones que invitan a ampliar el espacio de los llamados arbitrajes multiparte como los límites que deben imponerse al mismo para mantener la eficacia y legitimidad de la institución. Para ello, lo hemos organizado en tres apartados centrales. En el primero de ellos se estudiará el contexto que hace al arbitraje multiparte la fórmula idónea para resolver los eventuales conflictos entre los agentes económicos que participan a escala internacional en actividades como la construcción, el transporte

o los seguros. En el segundo, revisaremos a la luz de ejemplos específicos, la configuración del concepto del consentimiento que debe resultar aplicable a los arbitrajes multiparte a efecto de resultar relevante en términos de la globalización y eficaz en términos de la ejecución local del laudo resultante. Finalmente, en la tercer sección revisaremos las nuevas disposiciones—vigentes a partir del 1 de enero de 2012—que la Cámara de Comercio Internacional, como institución de vanguardia en materia de arbitraje, ha elaborado a efecto de dotar de eficacia al arbitraje que involucra múltiples contratos y/o partes.

---

every aspect of the whole event for each claim individually—i.e. disputing the same facts multiple times—is not only wasteful, but may lead to inconsistent results. Hearing all claims at the same time in one proceeding appears to be an adequate and efficient solution.” Pair, Lara M y Frankenstein, Paul, “New ICC Rule on Consolidation: Progress or Change, the”, *Emory Int’l L. Rev.*, 2011, vol. 25, p. 1061.

<sup>4</sup> Kazutake, Okuma, “Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Consolidation of Multiparty and Classwide Arbitration”, *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2010, vol. 9, n. 1, p. 9.

<sup>5</sup> Al efecto, Nicklisch señala “The requirement for contractual consent to multi-party arbitration is a consequence of the fact that all arbitration is based on the principles of private autonomy and, more specifically, on the principle of freedom of contract” Nicklisch, Fritz, “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”, *Journal of International Arbitration*, 1994, vol. 11, n. 4, pp. 57-72.

## 2. La Globalización y los Arbitrajes Multiparte.

La integración económica mundial se ha acentuado desde hace décadas y con ello se han intensificado la presencia de relaciones legales complejas que han debido formalizarse en uno o más contratos entre múltiples agentes ligados a un mismo proyecto económico.

En la industria de la construcción, por ejemplo, es habitual encontrar un haz de relaciones que se documentan mediante contratos organizados en cadenas verticales y horizontales. Por los primeros (cadenas verticales de contratos) el cliente o dueño de la obra—no inusualmente siendo éste un consorcio de empresas o joint venture—contrata con diferentes empresas la realización de la obra y éstas últimas, a su vez, realizan convenios adicionales con proveedores y subcontratistas. Por los segundos (cadenas horizontales de contratos) uno o varios de los entes implicados en el proyecto puede concretar acuerdos con arquitectos o ingenieros, con empresas independientes de gestión y supervisión de obra, con agentes financieros para solventar su intervención en el proyecto, etc. Adicionalmente, el contenido de tales convenios puede ser altamente especializado y, sin embargo, tener un impacto general y amplio sobre toda la cadena de relaciones ya sea porque se trate de transferencias de tecnología, acuerdos de licencia, diseño de maquinaria o programas de cómputo, etc. Finalmente, la envergadura de esta clase de proyectos condiciona su periodo de ejecución, mismo que se extiende en muchos ocasiones a plazos multianuales y,

en consecuencia, obliga a adoptar previsiones acerca de eventuales desastres naturales como tormentas, inundaciones, terremotos, etc<sup>6</sup>.

A menos que consideremos la vía del arbitraje multiparte, nos parece que estaríamos frustrando toda posibilidad de éxito para el proyecto si a esta complejidad de contratos añadimos el componente de la nacionalidad de los diferentes agentes y, en virtud de ello, nos enfrentáramos al escenario de tener que procesar los conflictos que puedan surgir en diferentes procesos, ante jurisdicciones diversas y bajo leyes e interpretaciones distintas. Quizá lo más preocupante de la consideración anterior es que proyectos de gran envergadura económica se frustrarían no en función de sus debilidades intrínsecas, sino por la incapacidad del sistema legal para ofrecer alternativas razonables, eficaces y legítimas para solucionar los conflictos entre los agentes contratantes<sup>7</sup>.

Así pues, al descartar por las razones anteriores la idoneidad de la vía jurisdiccional para abordar este tipo de situaciones, nos encontramos con que el arbitraje tradicional—entendido como aquél en que participan un demandante y un demandado ante un tribunal arbitral—tampoco ofrece una solución óptima al problema, pues, como apunta Vollbrecht Sperandio, en “el supuesto de surgir diferentes controversias respecto del mismo

<sup>6</sup> Vollbrecht Sperandio, Felipe, “The Reach of the Arbitration Agreement to Parties Involved in the Same Legal Relationship”, *Revista E-mercatoria*, 2012, vol. 11, n. 1.

<sup>7</sup> Una visión contrastante y crítica con lo aquí expresado puede encontrarse en Sondow, Michael, “La Privatización De La Justicia: El Arbitraje En Los Tratados Comerciales Internacionales” En *Realidad Económica*, 2006.

proyecto, la estrategia de resolver cada caso de forma independiente puede dar origen a laudos arbitrales no compatibles, afectando el desempeño y resultado del objeto contractual.<sup>8</sup>”

Es decir que, desde la perspectiva del proyecto en sí mismo, sólo la confluencia de los diferentes agentes contratantes en un único procedimiento de arbitraje —o la unificación de los diversos procedimientos de arbitraje— puede brindar razonabilidad integral al sistema de solución de controversias a la red de contratos implicados, evitando laudos contradictorios y siendo potencialmente mucho más eficiente para las partes en cuestión de costos y duración del procedimiento.

No obstante lo anterior, la clave de la funcionalidad del arbitraje multiparte atraviesa por su eficacia al momento de proceder, en las diversas jurisdicciones que resulten relevantes, a la ejecución del laudo. El acuerdo arbitral se erige a este respecto como el fundamento básico de la legitimación y reconocimiento del laudo por cuanto éste da cuenta del consentimiento del agente económico involucrado para proceder al arbitraje. Como lo señala la Corte Internacional de Arbitraje “sólo la voluntad común de las partes contratantes puede permitir a un demandante solicitar un proceso ante un tribunal de arbitraje en contra de otra persona, y obligar a la otra persona a comparecer ante él. Cuanto mayor es el número de estas personas, mayor es el grado de atención que se debe tomar para asegurarse

de que ninguno de ellos ha sido agregado en el proceso contra su voluntad.<sup>9</sup>”

Entendida así la relevancia del principio de la voluntad de las partes dedicaremos la siguiente sección a analizar los mecanismos que permitirán a un tribunal arbitral realizar una recta interpretación del mismo, pues como señalan Redfern y Hunter “para que haya un arbitraje válido, primero tiene que haber un acuerdo válido para arbitrar.<sup>10</sup>”

<sup>8</sup> Vollbrecht Sperandio, Felipe, op. cit., p. 164.

<sup>9</sup> ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 6 No. 1 (1995) citado por Vollbrecht Sperandio, Ibid, p. 164.. Traducción del autor del texto original “only the common will of the contracting parties can entitle a person to bring a proceeding before an arbitral tribunal against another person and oblige that other person to appear before it. The greater the number of such persons, the greater the degree of care which should be taken to ensure that none of them is joined in the proceedings against its will”.

<sup>10</sup> Blackaby, Nigel et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, 2009.

### 3. El Consentimiento.

Determinar la validez de la cláusula arbitral resulta de la máxima trascendencia, ya que ésta tiene como consecuencia fundamental que las partes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales en favor de un tribunal arbitral con autoridad para resolver en definitiva sus disputas<sup>11</sup>. El contenido de la cláusula condiciona el alcance y la competencia del tribunal arbitral, sujetando a la partes a las normas y condiciones del procedimiento arbitral pactado de forma irreversible.

Pero ¿cuándo se está en presencia de un acuerdo válido de arbitraje? ¿es necesario que el consentimiento en el acuerdo arbitral sea expreso o determinadas conductas y acciones pueden considerarse suficientes para inferir la aceptación de la partes para arbitrar sus diferencias? La respuesta a estas interrogantes pasa, como en cualquier otra cláusula convencional, por la reglas generales de interpretación de los contratos. A este respecto y en particular tratándose del derecho internacional privado—materia que resulta del todo pertinente tratándose del arbitraje en el contexto de la globalización—tales reglas postulan tres requisitos básicos para tener por válida a una cláusula arbitral, a saber; 1) la capacidad de las partes contratantes; 2) la formalidad que debe

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, nuestro Código de Comercio señala Artículo 1424.- El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Vollbrecht Sperandio, Felipe, op. cit., p. 171.

revestir el acuerdo y; 3) la debida expresión del consentimiento para arbitrar<sup>12</sup>.

De hecho, la ausencia de cualesquiera de los requisitos anteriores puede generar la anulación del laudo por las cortes jurisdiccionales y, de conformidad con la Convención de Nueva York, sería razón suficiente para impedir la ejecución misma del laudo en esa y en otras jurisdicciones<sup>13</sup>.

Dada las características del presente trabajo, sin embargo, habremos de limitarnos a analizar el tercero de estos requisitos en el contexto del arbitraje multiparte. A este respecto, la cuestión a considerar consiste en valorar cuándo la expresión de las partes en su acuerdo equivale al consentimiento para vincularse a procedimientos de arbitraje multiparte o incluso, para unificar diversos procedimientos existentes ante un mismo tribunal arbitral<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Vollbrecht Sperandio, Felipe, op. cit., p. 171

<sup>13</sup> Ver Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) en su artículo V.

<sup>14</sup> Como lo señala apropiadamente Gerasimtchuk, "The difficulties of multi-party arbitrations all result from a single cause. Arbitration has a contractual basis; only the common will of the contracting parties can entitle a person to bring a proceeding before an arbitral tribunal against another person and oblige that other person to appear before it. The greater the number of such persons, the greater the degree of care which should be taken to ensure that none of them is joined in the proceeding against its will" Gerasimtchuk, Eleonora, "Multi-Party Arbitration", International Commercial Arbitration and International Maritime Law from a German and Russian Perspective, 2004, vol. 3, p. 11.

Resulta conveniente señalar desde ahora, sin embargo, que la eventual validez de la cláusula que produce el arbitraje multiparte o la consolidación de procedimientos diversos no significa, en absoluto, la inexistencia de otros retos que deben superarse a efecto de obtener laudos válidos y ejecutables. Entre estos retos, así sea de paso, deben señalarse:

A) El nombramiento de los árbitros. Lo anterior toda vez que, como lo deja en claro el caso *Dutco*<sup>15</sup>, se considera una cuestión de orden público—reglas esenciales de debido proceso e igualdad ante el derecho—el que se respete el derecho de cada una de las partes para influenciar de forma paritaria la composición del tribunal arbitral<sup>16</sup>. Y naturalmente, en los casos de arbitraje multiparte, la relación funcional entre el número de árbitros y partes en el conflicto vuelve impráctica la premisa habitual de que cada parte nomine un árbitro.

B) La existencia de dos o más tribunales de arbitraje competentes. Dada la naturaleza compleja de los

<sup>15</sup> Ver Graham Tapia, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, Themis, 2000 ed., México, DF., 2000, y Pair, Lara M y Frankenstein, Paul, op. cit., pp. 1078.

<sup>16</sup> Ver Convención de Nueva York, en su artículo V, (2) (b). Para un análisis profundo acerca de lo que puede considerarse “orden público” en esta materia ver Siqueiros, José Luis, “EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES”, Documento de trabajo Universidad Iberoamericana, Puebla. El documento está disponible para consulta en: <http://www.juridicas.unam.mx/pública/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr4.pdf>,

negocios que dan origen al arbitraje multiparte resulta concebible que diferentes actores hayan instaurado procedimientos arbitrales diversos ante tribunales distintos. Siendo todos estos tribunales competentes se plantea la cuestión de cuál de ellos debe declinar su jurisdicción en favor de aquél que unificará los diversos procedimientos<sup>17</sup>.

C) Pérdida de Confidencialidad. Cuando la ocasión para presumir la conveniencia de un arbitraje multiparte implica agentes que, aunque contratados para un proyecto específico, resultan ser competidores habituales en el mercado—por ejemplo, dos empresas constructoras contratadas por el dueño de la obra para realizar edificaciones diferentes en el mismo proyecto—entonces debe evaluarse si la reunión de estos agentes en un procedimiento multiparte resulta apropiada en función de la eventual revelación de información privilegiada, secretos industriales, etc<sup>18</sup>.

Algunos de estos retos han sido abordados a través de normas en convenciones internacionales (p. ej. La que constituye a la World Intellectual Property Organization), leyes nacionales (p. ej. Francia y Portugal) y reglas institucionales (p. ej. La American Arbitration Association y la London Court of International Arbitration). Entre esta serie de normas cabe destacar lo establecido por la International Chamber of Commerce en su nuevo reglamento (2012), mismo que dispone una

<sup>17</sup> Vollbrecht Sperandio, Felipe, op. cit., pp. 170.

<sup>18</sup> Collins, Michael, “Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings”, *Tex. Int’l LJ*, 1995, vol. 30, p. 121.

solución a los retos descritos en los incisos A) y B) a través, respectivamente, de sus artículos 12 (8)<sup>19</sup> y 10<sup>20</sup>.

### 3.1. El Consentimiento Expreso.

El consentimiento expreso y por escrito constituye el vehículo ordinario para reconocer la validez de una cláusula que contempla el arbitraje multiparte.

<sup>19</sup> Artículo 12 (8) A falta de designación conjunta según lo previsto en los Artículos 12(6) o 12(7) y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del Artículo 13.

<sup>20</sup> Artículo 10. Consolidación de arbitrajes

La Corte podrá, a solicitud de una parte, consolidar dos o más arbitrajes pendientes bajo el Reglamento en un solo arbitraje, cuando:

- a) las partes hayan acordado la consolidación; o
- b) todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje; o,
- c) si las demandas en los arbitrajes son formuladas bajo más de un acuerdo de arbitraje, los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes surjan en relación con la misma relación jurídica, y la Corte considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.

Al decidir sobre la consolidación, la Corte puede tomar en cuenta cualquier circunstancia que considere relevante, incluyendo si uno o más árbitros han sido confirmados o nombrados en más de un arbitraje y, de ser el caso, si las mismas o diferentes personas han sido confirmadas o nombradas.

Cuando los arbitrajes sean consolidados, lo serán en el arbitraje que haya comenzado primero, salvo que todas las partes acuerden lo contrario.

Nuestro Código de Comercio, siguiendo las pautas del artículo 7 de la Ley Modelo de la *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*<sup>21</sup>, establece en su artículo 1423 que 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”.

Con base en ello, existen típicamente dos formas a través de las cuales se puede contemplar la validez de la cláusula que da lugar al arbitraje multiparte, a saber, 1) o éste se pacta vía un acuerdo maestro (*umbrella arbitration*) firmado por todas las partes que participan en el negocio o bien, 2) éste se pacta por medio de una red de cláusulas con contenidos iguales o compatibles que mutuamente se implican por referencia a lo largo de un serie de contratos diversos.

Sin embargo, incluso cuando la existencia misma de la cláusula compromisoria no está en duda por haberse efectuado por escrito por partes con capacidad de ejercicio, la interpretación de sus alcances y términos puede suscitar controversia. Ya que, como lo contemplan la normas generales de interpretación de los contratos (ver, por ejemplo, lo contenido en el artículo 1851 del Código Civil Federal), cuando “las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”. En consecuencia, al momento de interpretar la

<sup>21</sup> United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Vienna, United Nations, 2008.

cláusula compromisoria—según sea el caso, por el tribunal arbitral, por el ente correspondiente en el arbitraje institucional o bien, por un tribunal jurisdiccional—se deberá poner especial atención a la intención de las partes respecto a si éstas deseaban expresar su consentimiento para resolver disputas vinculadas a un negocio determinado a través de un procedimiento arbitral multiparte y/o de la consolidación de distintos procesos ante un solo tribunal arbitral.

De hecho, la importancia concedida a la intencionalidad de las partes como elemento rector de la interpretación contractual nos obliga a considerar si, aún en ausencia de un consentimiento manifestado por escrito, pudiera una persona quedar vinculada a un procedimiento arbitral multiparte. En otras palabras, la cuestión a determinar sería si una suerte de consentimiento implícito deducido de ciertas conductas y hechos serían suficientes para vincular a una persona a un arbitraje multiparte<sup>22</sup>. El siguiente apartado se dedicara precisamente a esta reflexión.

### 3.2. El Consentimiento Implícito.

Aunque nuestro Código de Comercio en el ya citado artículo 1423 parece implicar la necesidad de un acuerdo de arbitraje por escrito, lo cierto

<sup>22</sup> De acuerdo con Vollbrecht Sperandio, op. cit., pp. 179: “Implied consent essentially refers to situations in which the parties did not express their will, in the arbitration agreement, to hold multi-party arbitral proceedings. Nevertheless, a group of facts and circumstances would permit an assumption regarding their intention towards that end”.

es que el mismo artículo abre la posibilidad de considerar la existencia de acuerdos implícitos al señalar que el mero “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” será considerada suficiente. Asimismo, del texto del artículo 1420 también podría deducirse, a contrario sensu, la efectividad del consentimiento implícito al reconocerse la eficacia de la renuncia al derecho de impugnar de una persona que ha sido llamada a un procedimiento arbitral respecto del cual no existiera una cláusula por escrito que lo vinculara. Esta clase de interpretaciones encuentran acogida en la doctrina nacional e internacional sobre el tema<sup>23</sup>.

Sin embargo, en el caso de los arbitrajes multiparte, para que el tribunal arbitral actúe en estricto apego al principio de la autonomía

<sup>23</sup> A este respecto veáanse Graham Tapia, Luis Enrique, op. cit., pp. 22. y Vollbrecht Sperandio, Felipe, op. cit., pp. 179. quien señala “implied consent may include occasions in which there is an arbitration agreement referring to multi-party proceedings, but the third party to be included in the proceedings is not bound to the arbitration agreement. However, if notified to join the arbitration, this third party participates in the proceedings without challenging the tribunal’s jurisdiction, there is implied consent binding the party to the arbitration agreement”. Asimismo, en Born, Gary, International commercial arbitration, Kluwer Law International, 2009, vol. 1, se asienta que: “Under most developed legal systems, an entity may become party to a contract, including an arbitration agreement, impliedly - typically, either by conduct or non-explicit declarations, as well as by express agreement or formal execution of an agreement. In general, ordinary principles of contract law apply to issues of implied consent (as to other issues) with respect to arbitration agreements”



de la voluntad éste deberá considerar no sólo el consentimiento implícito de la parte que no haya firmado la cláusula arbitral determinada, sino que adicionalmente deberá constatar que existe conformidad en el resto de las partes para que dicho tercero sea incluido en los procedimientos y que él mismo tercero ha consentido su inclusión específicamente en un arbitraje multiparte. Sin duda esto plantea escenarios complejos en cuanto a la recta interpretación de la intención de las partes, sin embargo, el hecho de que todo el edificio de la institución arbitral esté cimentado en el principio de la consensualidad obliga—a diferencia de la práctica jurisdiccional—a tales pesquisas.

Asimismo, un sector de la doctrina también ha entendido la posibilidad de legítimamente instaurar procedimientos multiparte cuando en un negocio específico existen, como mencionábamos en el apartado anterior, una red de cláusulas arbitrales con contenidos iguales o compatibles que mutuamente se implican por referencia a lo largo de un serie de contratos diversos. Aquí, aún cuando no se contemplara explícitamente la posibilidad de instaurar un procedimiento multiparte o consolidar procedimientos diversos, podría considerarse la legitimidad de tener un solo tribunal arbitral, pues presumiblemente con ello las partes asegurarían la razonabilidad y congruencia del eventual laudo a la vez que reducirían los tiempos y costos asociados a la resolución de sus controversias. En otras palabras, la buena fe en la interpretación de los contratos aunado al análisis específico de las circunstancias del caso podrían llevarnos a esta conclusión<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> A este respecto, en Nicklisch, Fritz, op. cit., se apunta que “... multi-party proceedings shall be ordered only if intended

Finalmente, debe considerarse la circunstancia de aquellos terceros que formalmente constituyen entidades jurídicas diversas, pero relacionadas, con la parte que sí consintió con el arbitraje multiparte. Este extremo ha sido estudiado en distintos laudos bajo el auspicio de la ICC. En ellos se han distinguido diversos escenarios para proceder a imputar consentimiento implícito a aquellas partes que formalmente no habrían acordado el procedimiento arbitral multiparte, como cuando un tercero no firmante participa activamente en las negociaciones de la cláusula arbitral y en la ejecución del contrato como si fuera parte de él<sup>25</sup>. Esta clase de interpretaciones también han sido consideradas como apropiadas por cortes nacionales en casos similares<sup>26</sup>.

---

to bring tangible benefits to the parties themselves. (...) A necessary condition for this result is that the issues of fact and law in the various proceedings are the same. Only if the factual circumstances, contractual provisions and applicable law are identical does the aim of avoiding inconsistent findings make any sense”.

<sup>25</sup> Vollbrecht Sperandio, Felipe, op. cit., citando laudos de la CCI en los casos No. 6519 (1991) y No. 9771 (2004).

<sup>26</sup> Al respecto pueden verse los siguientes casos en las cortes de los EEUU, “Maxum Foundations, Inc. V. Salus Corp., 779 F.2d 974 (4th Cir. 1985)” . y “Connecticut General Life Ins. V. Sun Life Assur., 210 F.3d 771 (7th Cir. 2000)”.

## 4. Las Nuevas Reglas de la CCI en materia de Arbitraje Multiparte.

A medida en que la globalización económica continua su marcha la pertinencia de los arbitrajes multiparte seguirá incrementándose. De hecho, hace años que, en los procedimientos seguidos bajo las reglas de la CCI, se constató más de un tercio de los casos de arbitraje que se ventilaban correspondían a arbitraje multiparte. Consecuentemente, dada la complejidad del tema y la permanencia de las condiciones que auguran su demanda, la CCI modificó su reglamento para dotar de una mayor certeza a las reglas y procedimientos que deberán considerar las partes y los tribunales arbitrales en los procedimientos multiparte<sup>27</sup>. La realización de estas adecuaciones a su reglamento significan una importante adición al entorno del arbitraje en general, puesto que es ampliamente reconocido el liderazgo que ejerce la CCI en materia del arbitraje internacional<sup>28</sup>.

Entre las innovaciones propuestas en el reglamento administrado por la CCI encontramos la adición de una sección explícita denominada Multiplicidad de Partes, Multiplicidad de Contratos y Consolidación. Dentro de esta sección, en el artículo 7, se contempla explícitamente la posibilidad de incorporar partes adicionales

<sup>27</sup> Barney, Óscar Cruz, "El Nuevo Reglamento De Arbitraje De La Cámara Internacional De Comercio CCI", *Revista de Derecho Privado*, 2013, n. 28, pp. 75-101.

<sup>28</sup> En este sentido, Pair y Frankenstein afirman: "The ICC is the leading institution of its kind and one of the oldest. Its case statistics are staggering. In 2007, the ICC administered 599 cases; in 2008, 663 cases; and in 2009, 817." Pair, Lara M y Frankenstein, Paul, op. cit., p. 1061.

y no se distingue acerca de si dicha solicitud sólo puede provenir del demandante o del demandado<sup>29</sup>. Incluso, la interpretación de dicho artículo da pie para suponer que, dada ciertas condiciones, también dicha parte incorporada podría a su vez solicitar nuevas incorporaciones de partes adicionales. De hecho, al señalarse que en arbitrajes "con multiplicidad de partes, todas las partes podrán formular demandas contra cualquiera de las demás partes" (artículo 8) se deja en claro que los terceros incorporados al procedimiento también están en aptitud para realizar demandas al resto de las partes.

Particularmente relevante para la materia de estudio del presente trabajo resulta el artículo 9 del reglamento<sup>30</sup>. En éste se establece la posibilidad de resolver las disputas originadas a partir de múltiples contratos, incluso conteniendo tales contratos acuerdos de arbitraje no idénticos, en un solo arbitraje. Lo anterior siempre y cuando todos los acuerdos de arbitraje hayan quedado sujetos al reglamento de la CCI.

<sup>29</sup> Las reglas, sin embargo, no contemplan la posibilidad de la intervención directa de un tercero sin la solicitud previa de alguna de las partes. Ongur Ergun, Arzu, "New [2012] Arbitration Rules of International Chamber of Commerce [ICC], the", *Ankara B. Rev.*, 2011, vol. 4, p. 81.

<sup>30</sup> El Artículo 9 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (Vigente a partir del 1° de enero de 2012) señala: Multiplicidad de contratos. Con sujeción a lo dispuesto en los Artículos 6(3)-6(7) y 23(4), las demandas que surjan de, o en relación con, más de un contrato podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos de arbitraje bajo el Reglamento.

Finalmente, en el artículo 10 del reglamento se contempla expresamente la figura de la consolidación, por la Corte y a solicitud de parte, de “dos o más arbitrajes pendientes bajo el Reglamento en un solo arbitraje”<sup>31</sup> cuando se presente alguna de las siguientes condiciones: a) las partes hayan acordado la consolidación; b) todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje; o, c) si las demandas en los arbitrajes son formuladas bajo más de un acuerdo de arbitraje, los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes surjan en relación con la misma relación jurídica, y la Corte considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.

## 5. Conclusiones.

1. La globalización de los procesos comerciales implica la colaboración de múltiples agentes durante periodos prolongados de tiempo en la consecución de un proyecto común. La resolución eficaz de las eventuales diferencias que se pueden presentar invita a considerar la vía del arbitraje multiparte como el vehículo ideal para obviar la posibilidad de laudos potencialmente incompatibles y de costos excesivos en virtud de la pluralidad de procedimientos arbitrales. Sin embargo, la construcción del arbitraje multiparte sigue descansando sobre la piedra angular del libre consentimiento de las partes en él involucradas. Por ello, a diferentes instituciones—tales como a la Corte Internacional de Arbitraje, tribunales arbitrales y jurisdiccionales, etc.—involucradas en la resolución de conflictos multiparte, les resultará esencial reinterpretar la idea del consentimiento para mantener la relevancia del arbitraje ante el nuevo entorno de la globalización. Dicha reinterpretación, no obstante, deberá cuidarse de no desdibujar el principio básico de la autonomía de la voluntad que está en la base de todo Derecho que haga suyo los valores del sistema de libre mercado.

2. El respeto al principio de la autonomía de la voluntad no debiera ser un obstáculo insalvable para que se confiera legitimidad al compromiso arbitral basado en el consentimiento implícito de las partes. Diversas normas legislativas, tribunales jurisdiccionales y arbitrales, así como la doctrina en

<sup>31</sup> Si se autoriza, los procedimientos se consolidan en el arbitraje que se inició primero, salvo acuerdo de las partes.

general convienen en este extremo. Sin embargo, es de esperarse los alcances del consentimiento implícito para conferir legitimidad al arbitraje multiparte sean ampliados tanto en función la razonabilidad y congruencia de los laudos que eventualmente resulten como de la reducción en los tiempos y costos asociados a dichas resoluciones. Tales desarrollos aparecerían del todo consistentes con las condiciones generales del proceso globalizador de la economía.

3. El nuevo reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (vigente a partir del 2012), con base en la experiencia de Corte Internacional de Arbitraje, ha introducido fórmulas jurídicamente eficaces para organizar procedimientos que concentren a una multiplicidad de partes y/o contratos que se han vinculado a partir de un negocio determinado. Al realizar la interpretación de la voluntad de las partes respecto a la sumisión de sus diferencias al procedimiento arbitral, la Corte y los tribunales arbitrales deberán tener presente la intención de las partes no sólo respecto al arbitraje en sí mismo, sino particularmente respecto al arbitraje multiparte. Sin embargo, en el análisis sobre la compatibilidad de diversos acuerdos arbitrales—bajo el requisito esencial de su sujeción al Reglamento CCI—así como en la valoración de la conducta de terceros no firmantes que participan activamente en las negociaciones de la cláusula arbitral y en la ejecución del contrato como si fueran parte de él, la Corte y los tribunales arbitrales deberán interpretar la intención de las partes de forma consistente con el presumible

objetivo compartido de que es en el interés de todos evitar producir laudos incompatibles y costos excesivos en virtud de la pluralidad de procedimientos arbitrales—y jurisdiccionales.

## 6. Bibliografía.

United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Vienna, United Nations, 2008.

BARNEY, Óscar Cruz, “El Nuevo Reglamento De Arbitraje De La Cámara Internacional De Comercio CCI”, En *Revista de Derecho Privado*, 2013, n. 28.

BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan, y HUNTER, Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

BORN, Gary, *International commercial arbitration*, Kluwer Law International, 2009.

COLLINS, Michael, “Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings”, En *Tex. Int'l LJ*, HeinOnline, 1995, vol. 30.

*Connecticut General Life Ins. V. Sun Life Assur.*, 210 F.3d 771 (7th Cir. 2000)

CREMADES, Bernardo, y CAIRNS, David, “El Arbitraje En La Encrucijada Entre La Globalización Y Sus Detractores”, En *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2002, n. 11.

GERASIMTCHUK, Eleonora, “Multi-Party Arbitration”, En *International Commercial Arbitration and International Maritime Law from a German and Russian Perspective*, LIT Verlag Münster, 2004, vol. 3.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, Themis, 2000 México, DF, 2000.

HOELLERING, Michael F, “Consolidated Arbitration: Will It Result in Increased Efficiency or An Affront to Party Autonomy?”, En *Dispute Resolution Journal*, 1997, vol. 52.

KAZUTAKE, Okuma, “Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Consolidation of Multiparty and Classwide Arbitration”, En *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2010, vol. 9, n. 1.

*Maxum Foundations, Inc. V. Salus Corp.*, 779 F.2d 974 (4th Cir. 1985)

NICKLISCH, Fritz, “Multi-Party Arbitration and Dispute Resolution in Major Industrial Projects”, En *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 1994, vol. 11, n. 4.

ONGUR ERGAN, Arzu, “New [2012] Arbitration Rules of International Chamber of Commerce [ICC], the”, En *Ankara B. Rev*, HeinOnline, 2011, vol. 4.

PAIR, Lara M, y FRANKENSTEIN, Paul, “New ICC Rule on Consolidation: Progress or Change, the”, En *Emory Int’l L. Rev*, HeinOnline, 2011, vol. 25.

SIQUEIROS, José Luis, “ EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES””, En *Documento de trabajo Universidad Iberoamericana, Puebla*.

SONDOW, Michael, “La Privatización De La Justicia: El Arbitraje En Los Tratados Comerciales Internacionales” En *Realidad Económica*, 2006.

VOLLBRECHT SPERANDIO, Felipe, “The Reach of the Arbitration Agreement to Parties Involved in the Same Legal Relationship”, En *Revista E-mercatoria*, 2012, vol. 11, n. 1.

**Nota:** Trabajo final de acreditación del Diplomado de Arbitraje revisado por: Lic. Eduardo Siqueiros Twomey.

**Jorge Ogarrio Kalb**

Socio del despacho Ogarrio Daguerre S.C.



En virtud de la naturaleza privada y confidencial del arbitraje, existe poca información empírica que arroje datos sobre la dimensión del financiamiento de arbitrajes por terceros, sin embargo, es un tema al cual se le presta más y más atención en la práctica y que se espera que crezca significativamente en el futuro. De ahí la importancia de poner el tema a discusión sobre la mesa.

## I.- Introducción

El arbitraje internacional no es estático, al contrario, es una institución que evoluciona y se desarrolla al paso del tiempo. En este sentido, el financiamiento de arbitrajes por terceros<sup>1</sup> es algo relativamente nuevo pues sus comienzos tienen origen en Europa hace menos de 10 años, y es un mecanismo que ha ayudado a partes tener acceso a procedimientos arbitrales costosos. Mientras que esta figura ha sido ampliamente aceptada en países anglosajones, muchos otros países mantienen amplias reservas, temores y suspicacias en torno al tema, lo que lo convierte en algo altamente controversial. Las mentes financieras detrás del financiamiento de arbitrajes están en el negocio de obtener grandes retornos derivados del arbitraje, concepto que para los puristas del derecho y la justicia puede ser alarmante.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> También llamado “*alternative litigation finance*”, o bien, “*contingency fee by non-lawyers*”

<sup>2</sup> Ver, en general, Jeremy Winter y Anjuli Patel, *Third Party*

*Funding in International Arbitration*, Baker & McKenzie LLP, London, January 2013

## II.- Qué es el financiamiento de arbitrajes por terceros

El financiamiento de arbitrajes por terceros se da cuando una sociedad mercantil, establecida específicamente para ese propósito<sup>3</sup>, conviene en pagar parte o la totalidad de los gastos y honorarios del demandante (o en su caso del demandado reconvenccionista) en algún arbitraje, a cambio del pago de sus gastos directos y, en su caso, de un porcentaje de las cantidades recuperadas por el demandante al momento de recibir un laudo favorable en el curso de algún arbitraje, porcentaje que típicamente varía entre el 15 y el 50 por ciento dependiendo de los riesgos involucrados y el costo de fondeo de cada arbitraje. También se puede convenir como retribución al fondeador<sup>4</sup>, un múltiplo del total de los costos financiados, el cual comúnmente es entre 2 y 4<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Encontramos un alto número de empresas cuyo objeto social es el financiamiento de arbitrajes, de las cuales varias se encuentran listadas en bolsas de valores, o bien, son fondos de inversión privados dedicados exclusivamente a la inversión en reclamos legales de alto valor. Algunos nombres son, IMF (Australia) Ltd., Burford Capital Limited, Juridica Investments Limited, Woodsford Litigation Funding Limited, Harbour Litigation Funding Limited, Calunius Capital LLP, Vannin Capital, Fulbrook Management, La Francaise AM International Claims Collection, Omni Bridgeway, etc. Cabe mencionar que no se encontró ninguna empresa Mexicana dedicada a lo anterior.

<sup>4</sup> A lo largo de este documento decidí llamar “fondeador” a la parte que aporta los recursos en lugar de llamarlo prestamista, inversionista o financiero, en virtud de dicha parte no recibe un interés por el dinero que aporta, sino, típicamente, una participación porcentual del resultado del arbitraje.

<sup>5</sup> Ver, en general, Professor A F M Maniruzzaman, *Third-Party Funding in International Arbitration - A Menace or Panacea?*, *Wolters Kluwer Arbitration Blog*, December 2012.

Dicho financiamiento se puede dar en cualquier momento dentro del procedimiento arbitral, es decir, antes de que comience el arbitraje, durante el desarrollo del mismo o incluso después de la emisión del laudo.



### III.- La decisión de inversión

La decisión de fondar un determinado arbitraje es realmente una decisión de negocios y de inversión. Al considerar el llevar a cabo o no el financiamiento, muchos factores tendrán que ser tomados en cuenta en relación con el riesgo financiero que se está pidiendo asumir. El proceso de buscar financiamiento de algún tercero es muy diferente dependiendo cada caso y cada fondeador, pero en términos generales el demandante o su abogado contactan al inversionista para presentarle el asunto así como las posibilidades de éxito. Si el reclamo cumple con los parámetros y criterios establecidos internamente por el fondeador, los cuales tienen que ver con la naturaleza del reclamo, su tamaño, y la capacidad de pago del demandado, entre otros, el fondeador llevará a cabo una exhaustiva revisión de auditoría “due diligence” en relación con el reclamo. La decisión de fondar el arbitraje es hecha por un comité de crédito o de inversión del fondeador, y si ésta prospera, entonces un contrato de financiamiento es celebrado entre el fondeador y el demandante.<sup>6</sup> Típicamente las empresas dedicadas a este tipo de actividad no fundean arbitrajes que, según sus cálculos, tengan menos de 70% de probabilidades de éxito<sup>7</sup>. Al respecto, me llamó la atención el slogan publicitario de Burford Capital, empresa dedicada al financiamiento de arbitrajes, que dice “Invertimos en una amplia gama de litigios y arbitrajes en todo el mundo, pero únicamente invertimos en litigios meritorios atendidos por abogados del más alto nivel”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Ver, en general, Christopher Bogart, *Third Party Funding in International Arbitration, an Overview of Arbitration Finance*, Burford Capital.

<sup>7</sup> Ver, en general, Bernardo Cremades, *Third Party Funding in International Arbitration, 32nd Annual Meeting of the ICC Institute of World Business Law*.

<sup>8</sup> “We invest in a wide variety of litigation and arbitration all

### IV.- Revisión del caso

Un aspecto fundamental del financiamiento de cualquier arbitraje es la debida revisión que lleva a cabo el fondeador del asunto a ser sometido a arbitraje. El fondeador llevará a cabo una cuidadosa revisión del asunto así como un análisis de todos los aspectos del reclamo que tengan conexión con los riesgos financieros que se le pide que asuma o que comparta. Estos factores incluyen, entre muchos otros: (i) la expectativa de éxito de la reclamación, (ii) posibles contrademandas, (iii) los términos de la cláusula arbitral, (iv) la institución arbitral administradora del procedimiento y la composición del tribunal arbitral, (v) el lugar de arbitraje, (vi) la ley aplicable a la controversia, (vii) la cuantía del asunto en comparación con los costos estimados y los riesgos de perseguir la reclamación y (viii) lo más importante, los riesgos asociados con la ejecución del laudo y la obtención del pago final.

---

over the world – but we only invest in meritorious litigation with high quality counsel.”

### V.- Financiamiento activo y financiamiento pasivo

Mientras que algunos fondeadores no se involucran en la administración de casos y se ven únicamente como inversionistas pasivos en los casos de sus clientes, otros inversionistas realmente sí se involucran en los arbitrajes y prestan servicios adicionales, incluyendo ayuda en la administración del caso, proporcionando recursos, cabildeando el asunto y tomando decisiones estratégicas conjuntamente con el cliente y sus abogados. Lo anterior ha dividido a los fondeadores en dos tipos, los activos y los pasivos. En el caso de fondeadores activos igualmente se dividen en aquellos en los cuales únicamente proporcionan apoyo al caso sin que ejerciten control sobre el mismo, ya que las decisiones permanecen y son tomadas por el cliente y sus abogados, mientras que existe otra posibilidad relativa al ejercicio de cierta forma de control sobre el asunto. Alguien que invierte en el cliente realmente se convierte en un “controlador” o “dueño” del asunto y por lo tanto pretenderá tener gran injerencia sobre los reclamos del cliente.<sup>9</sup>

En todo tiempo el abogado de la parte permanece como el abogado de dicha parte y le debe responsabilidad al demandante. El abogado del demandante por lo general le tendrá que proporcionar reportes periódicos al fondeador a

<sup>9</sup> Ver, en general, Maxi Scherer, Aren Goldsmith y Camille Fléchet, *Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1- Funder's Perspectives*, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 164/2013.

efecto de que éste pueda monitorear el avance del reclamo así como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del demandante derivadas del contrato de financiamiento. En determinados casos y si así lo acuerdan las partes, el fondeador puede ayudar en decisiones estratégicas y tácticas durante el arbitraje. Todo lo anterior depende principalmente de los términos y condiciones del contrato negociado y celebrado entre el demandante y el fondeador.

### VI.- Beneficios del financiamiento de terceros

Existen principalmente tres razones por las cuales partes buscan el financiamiento de terceros en el arbitraje: (i) acceso a la justicia, (ii) manejo de riesgo y apoyo financiero y (iii) experiencia.

El financiamiento de tercero le da la posibilidad a un demandante de plantear y desarrollar un procedimiento arbitral que, sin el mismo, no tendría los recursos financieros para iniciar. En este sentido se considera que el financiamiento de terceros es un “facilitador de acceso a la justicia arbitral” y por lo tanto ha recibido mucho apoyo en el mundo anglosajón. Las partes que tienen reclamos meritorios, pero que tienen recursos financieros limitados pueden usar esta figura para perseguir dichos reclamos de una manera exitosa.

Otro beneficio importante del financiamiento de terceros en arbitraje es que proporciona un mecanismo a través del cual el demandante puede compartir con un socio comercial el riesgo financiero y la carga operacional de perseguir su reclamo y hacer valer su derecho. Los honorarios legales y otros costos asociados con un arbitraje pueden llegar a ser altísimos. La posibilidad de dividir estos riesgos con una tercera persona puede resultar atractiva aun para aquellas partes involucradas en arbitraje que tengan negocios de gran tamaño. Cualquier empresario prudente, en el clima económico actual, quiere minimizar lo que gasta en procesos legales.

En cuanto a la experiencia, muchas compañías que ofrecen financiamiento a arbitrajes son

administradas por abogados de muchísima experiencia en temas de resolución de controversias los cuales se enfocan en la resolución efectiva, exitosa y en tiempo de reclamos meritorios. Con un rango muy amplio de habilidades especializadas y experiencia, y consistente con sus propios objetivos comerciales y económicos, el fondeador puede sumar valor en el proceso de tramitar reclamos arbitrales exitosos. Un fondeador con experiencia podrá ayudar al abogado de la parte en la revisión, análisis y estrategia del asunto o en la investigación del mismo y durante el desarrollo del arbitraje, el fondeador puede ayudar, por ejemplo, en la selección del abogado, de los árbitros, etc.

## VII.- Riesgos del financiamiento de terceros

Como es de esperarse, existen muchos riesgos asociados al financiamiento de terceros en el arbitraje, por lo anterior la parte que utiliza dicho mecanismo y sus abogados deben de estar conscientes de los mismos para tomar decisiones informadas al respecto. Los principales riesgos que se pueden identificar asociados a tal figura son: (i) conflictos de interés potenciales entre las partes involucradas; (ii) la posible existencia de términos ventajosos a favor del fondeador derivados de su poder económico en la relación; (iii) temas relacionados con la confidencialidad del proceso; y (iv) el incentivo de iniciar litigios y reclamaciones frívolas y sin fundamento.

En relación con conflictos de interés potenciales entre el fondeador y el demandante, se pudiera pensar en el caso que el abogado del demandante sea influenciado indebidamente por el fondeador en contra de los intereses de su cliente, situación que fácilmente se pudiera dar ya que es el primero el que paga los honorarios del último. También toman relevancia los posibles conflictos de interés entre el demandante y el fondeador en el caso de querer transigir el asunto y lograr algún tipo de acuerdo con la parte demandada, pues fácilmente puede existir desacuerdo entre el fondeador y el demandante respecto a transigir el asunto o no así como en relación con los posibles términos del arreglo. La presencia de financiamiento de un tercero modifica la dinámica del arbitraje haciendo más difícil el lograr algún tipo de acuerdo amigable. Por último, y no menos

grave, fácilmente se pudiera dar algún conflicto de interés entre el fondeador y alguno de los árbitros designados para conocer del asunto.

En casos en los cuales el fondeo por parte de tercero es indispensable para que algún demandante comience el arbitraje, el fondeador puede aprovecharse de dicha situación e insistir en la inclusión de términos ventajosos o poco favorables para el demandante en el contrato de fondeo. Lo anterior es posible y frecuente en virtud de que no existe regulación que controle el financiamiento de terceros en el arbitraje, y por lo tanto es un riesgo que el demandante debe de tener presente al momento de considerar el uso de esta figura. El financiar arbitrajes es un negocio caro y riesgoso y por lo tanto el fondeador buscará y negociará las mayores protecciones y ventajas posibles.

La confidencialidad también puede verse vulnerada en el proceso de buscar y contratar a un tercero fondeador de un arbitraje, pues como ya se comentó, para tomar la decisión de inversión en el asunto, el fondeador tendrá que llevar a cabo una revisión amplísima del asunto en cuestión, situación que puede violar obligaciones y principios de debida confidencialidad entre el abogado y su cliente. Igualmente, en virtud de la necesidad que tiene el fondeador de conocer el desarrollo y avance del arbitraje en el cual tiene un interés económico, es probable que existan violaciones a la debida confidencialidad que debe de existir en cualquier proceso arbitral.

El financiamiento de terceros en el arbitraje también ha sido duramente criticado en virtud de que pudiera exponer a los demandados a reclamaciones frívolas y sin sustento las cuales nunca hubieran iniciado sin la existencia de financiamiento de terceros. También pueden existir casos en los cuales el fondeador le reclame al demandante, de manera posterior a la recepción de un laudo que no le favorezca, el reembolso del dinero por él invertido en el asunto argumentando que mediante declaraciones falsas o fraude se le indujo a proporcionar el financiamiento del arbitraje.

### **VIII.- Revelación del arreglo financiero**

La revelación de la existencia de un acuerdo de financiación es considerado un tema central en el estudio del asunto. Generalmente los fondeadores prefieren y solicitan que su involucramiento en el asunto no sea revelado a menos que el cliente esté obligado a hacerlo por disposición legal o que las circunstancias del caso justifiquen o hagan necesario o conveniente tal revelación, como pudiera ser el caso de un posible conflicto de intereses entre el fondeador y algún árbitro miembro del tribunal arbitral frente al cual se plantea el asunto. La tendencia es hacia la firma de convenios de confidencialidad para proteger al fondeador frente a la revelación del arreglo financiero en cuestión, sin embargo en la práctica ocurre frecuentemente la revelación voluntaria y espontánea del tema.

Los reglamentos de arbitraje de las principales instituciones administradoras no contienen disposiciones que obliguen a las partes a la revelación de este tipo de acuerdos, y por tal razón surge la pregunta de si la falta de revelación sobre la participación de un fondeador tercero durante algún arbitraje es una falta al principio de “buena fe procesal” que debiera de prevalecer en cualquier procedimiento arbitral. En virtud de que pudieran existir un sinnúmero de razones estratégicas y de procedimiento para que un demandante decida revelar o no el acuerdo de financiación de algún tercero, no existe respuesta fácil a tal pregunta y por lo tanto se tendría que analizar cuidadosamente caso por caso. Existe la

postura de que el tribunal arbitral siempre debiera de conocer este tipo de arreglos financieros al momento de resolver sobre gastos y costas del procedimiento, sin embargo también existe la corriente contraria en el sentido que la revelación únicamente mete ruido y distrae a las partes involucradas en el arbitraje de los temas sustantivos en disputa y que por lo tanto no es ni necesaria ni conveniente. Considero que este es un tema que en el futuro será de tal importancia en la práctica arbitral que los reglamentos de arbitraje debieran regular<sup>10</sup>, regulación que tendría que contener aspectos básicos como (i) la naturaleza de la revelación (obligatoria o voluntaria), (ii) el alcance de la revelación (solo la mención del arreglo o la presentación de copia del contrato firmado), (iii) a quién revelar (solo al tribunal arbitral o bien a todas las partes involucradas), y (iv) el momento de la revelación (antes o al comienzo del arbitraje o en algún momento posterior)<sup>11</sup>.

## IX.- Conclusión

Un beneficio incuestionable del financiamiento de terceros en el arbitraje es que otorga la posibilidad a las partes demandantes de someter alguna disputa a arbitraje misma que de otra manera hubiera sido imposible presentar debido a limitaciones financieras, y en ese sentido se convierte en un facilitador para acceder a la justicia arbitral. Es difícil tomar alguna postura a favor o en contra de esta figura tan relativamente nueva y que cada día es utilizada con mayor frecuencia en el mundo del arbitraje, sin embargo mediante el estudio y análisis de los beneficios y posibles perjuicios que la misma acarrea, se podrán tomar posiciones respecto a su manejo, consecuencias y posible reglamentación. Lo que considero que es innegable, es que una adecuada regulación del financiamiento de terceros tiene que existir en beneficio de todas las partes involucradas en arbitrajes así como por la estabilidad y subsistencia del arbitraje.

<sup>10</sup> Ver, en general, Susanna Khouri y Kate Hurford, *Third Party Funding in International Arbitration, Balancing Benefits and Risks, IMF (Australia) Ltd.*

<sup>11</sup> Existen varios reglamentos no vinculatorios denominados "Código de Conducta para Fondeadores de Litigios" (*Code of Conduct for Litigation Funders*) emitidos recientemente, entre otros, por la Asociación de Fondeadores de Litigios de Inglaterra (2011) y el Consejo de Justicia Civil de Inglaterra, los cual no se consideran lo suficientemente robustos y comprensivos como para resolver estos temas.

**Jorge Ogarrio Kalb**

Socio del despacho Ogarrio Daguerre S.C.

## I.- Introducción

*El principio general es claro: “Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”.*

Cada vez con más frecuencia, el tema del nombramiento repetitivo del mismo árbitro, ya sea por la misma parte o bien por el mismo abogado o despacho, ha cobrado relevancia en la práctica del arbitraje nacional e internacional, y el análisis académico del asunto es muy limitado. El tema es sensible ya que el hecho de que una misma persona sea designada árbitro por la misma parte en varias ocasiones puede poner en duda o comprometer su reputación, neutralidad e independencia, y por lo anterior considero que amerita su análisis, más aún cuando no existen reglas claras al respecto y en la determinación de si el actuar del árbitro es correcto o no se deben de considerar muchas variables y caso por caso, lo que hace que se convierta en un tema con un alto grado de subjetividad.

La idea de ser nombrado en repetidas ocasiones puede parecer muy atractiva para un árbitro; sin embargo, el respeto por su propia reputación siempre jugará un papel fundamental en el equilibrio de la decisión de aceptar o no un nombramiento repetitivo<sup>1</sup>. Contrario a lo que

<sup>1</sup> Ver, en general, Natalia Giraldo-Carrillo, *The Repeat Arbitrators Issue: A Subjective Concept*, 19 *International Law*,

ocurre con los jueces estatales que reciben una remuneración mensual por parte del estado, los árbitros únicamente son pagados cuando son designados por las partes para resolver una controversia, realidad que ha levantado la preocupación en relación con la “tendencia de árbitros repetitivos” (“repeat arbitrator bias”) que se reduce a que árbitros decidan asuntos en favor de la parte o del abogado que sea mas factible que esté en una posición de designarlos para otro arbitraje en el futuro.<sup>2</sup> En casos extremos, la confianza y la integridad del arbitraje se pueden poner en tela de juicio al hacer nombramientos repetitivos, razón por la cual en la práctica arbitral se considera importante el que se analicen varios aspectos para tratar el asunto.

*Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 75-106 (2011)

<sup>2</sup> Ver, en general, Christopher R. Drahorzal & Samantha Zyontz, *An empirical Study of AAA Consumer Arbitration*, 25 (4) *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 843 (2010)

## II.- Quién se podría llegar a considerar como “Arbitro de Cabecera” por sus nominaciones repetitivas

Se podría hablar de “arbitro de cabecera” en cualquiera de estas dos situaciones: Primero, cuando una misma persona es designada como árbitro, de manera repetida, por la misma parte o abogado y, segundo, cuando un mismo árbitro es designado para decidir cuestiones relacionadas o asuntos similares independientemente de las partes que contienden.

## III.- Directrices de la International Bar Association

Una referencia obligada para el estudio en cuestión son las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional emitidas en el año 2004. Las cuestiones relacionadas a los conflictos de intereses suponen un reto cada vez mayor para el arbitraje internacional y con frecuencia los árbitros tienen dudas sobre qué hechos o circunstancias deben ser puestos de manifiesto, de modo que cada árbitro puede decidir de una forma diferente ante los mismos hechos o circunstancias. Hay una tensión entre el derecho que tienen las partes a que se den a conocer hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a un proceso con las garantías debidas, por una parte, y el derecho de las partes a elegir el árbitro libremente, por otra.

Si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, éstas adolecen de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad de arbitraje internacional no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Nota introductoria de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional aprobadas por el Consejo de la International Bar Association el 22 de mayo de 2004.



La primera parte de las directrices habla sobre normas generales, sobre imparcialidad e independencia y sobre la obligación de revelar hechos y circunstancias, mientras que la segunda parte habla de la aplicación práctica de las normas generales para lo cual establece lo que ha llamado un “listado rojo”, un “listado naranja” y un “listado verde”. Las secciones 3.1.3 y 3.3.7. del listado naranja de las directrices de la IBA siempre son citadas por partes que alegan múltiples designaciones de un árbitro por la misma parte o por el mismo despacho de abogados. La lista determina cuándo la frecuencia de designaciones repetitivas puede dar lugar a dudas justificables sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro. Dichas secciones requieren a un árbitro que haya sido designado dentro de los tres años anteriores como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas, o que haya sido designado en más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados, a revelar sin demora las circunstancias relevantes a las partes. Sin embargo es importante notar que las directrices no requieren al árbitro que repite, a excusarse del caso. La única obligación del árbitro es la de revelar las circunstancias relevantes y esperar por un período de 30 días para ver si alguna parte objeta su designación. Si no se presenta ninguna objeción, el árbitro puede aceptar el asunto. Por lo anterior, de conformidad con las directrices de la IBA, no obstante que la frecuencia en la designación de un árbitro, per se, puede levantar dudas sobre su imparcialidad o independencia, elementos de prueba adicionales se requieren para demostrar verdaderamente que la ética de un árbitro sea cuestionable<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Ver, en general, Chris Harris, *Arbitrator Challenges in Investment Arbitration*, 4 TRANSNAT'L DISP. MGMT. 1 (2008).

## **IV.- El nombramiento repetitivo de árbitro es permisible y existen razones válidas para ello**

Una de las principales razones por las cuales partes involucradas en alguna controversia deciden someterla a arbitraje en vez de cualquier otro mecanismo de solución de controversias, es en virtud de que tienen la oportunidad de elegir libremente a la persona que estudiará y decidirá su caso. Las partes deben de disfrutar del derecho de autonomía y libertad para designar a su árbitro, siempre y cuando su independencia e imparcialidad no sean cuestionables. La designación de árbitro es un asunto difícil, delicado y a su vez riesgoso, por lo que es natural concluir que las partes y los abogados tienden a elegir árbitros que en el pasado hayan demostrado contar con la experiencia, conocimientos, habilidades e integridad necesarios, antes de hacer la designación. Considero que la experiencia indica que las partes no nombran a árbitros con la esperanza de que actúen de una manera parcial, pues lo anterior sería contraproducente a lo largo del procedimiento arbitral, sino que más bien hacen nombramientos de árbitros que cuenten con los atributos antes mencionados.

Existen argumentos válidos a favor del nombramiento repetitivo de árbitros. Es poco frecuente que, incluso en arbitrajes nacionales, personas novatas y sin experiencia sean designadas como árbitros. En virtud de que el número de árbitros con habilidades y experiencia es limitado, (especialmente en un campo tan técnico en el que

no muchas personas están calificadas para fungir como árbitros), las designaciones repetitivas de árbitros son a veces necesarias.<sup>5</sup> La limitación en la cantidad de árbitros con experiencia obliga a las partes a escoger de un grupo pequeño de candidatos. Por ejemplo (y como veremos más adelante), en arbitrajes ICSID se puede ver que las partes casi siempre designan a las mismas personas para arbitrar en tribunales ICSID. Difícilmente se puede argumentar que muchos de estos árbitros renombrados internacionalmente hayan sido repetidamente designados en virtud de que cuentan con tendencias, inclinaciones o predisposiciones a favor de quienes los designan.

Asimismo, en campos especializados del derecho como pudieran ser derecho marítimo, derivados, commodities o arbitraje deportivo, es una práctica comúnmente aceptada el que las partes designen a los mismos árbitros a fin de aprovechar su especialidad y experiencia.

Finalmente entra en juego el tema de la confianza. Si alguna de las partes o despacho de abogados designa a una misma persona como árbitro una y otra vez por la sencilla razón de que se considera que esa persona es conocedora del tema, tiene experiencia conduciendo arbitrajes y además goza de toda la confianza de quién lo designa, sería muy difícil poner en tela de juicio el derecho fundamental consistente en la libre determinación de la persona que se quiere decida el caso. Cuando alguna de las partes o despacho de abogados

<sup>5</sup> Ver, en general, Houchih Kuo, *The issue of Repeat Arbitrators: Is It a Problem and how Should Arbitration Institutions Respond?* 4(2) *Contemp. Asia Arb.* J. 247

ha encontrado a su “árbitro ideal”, a la persona con quién se siente cómodo, considero que se debiera de respetar su derecho de designarlo árbitro en tanto no existan bases para cuestionar los principios fundamentales de imparcialidad e independencia.

Pueden existir numerosas causas para la designación repetitiva de algún árbitro, por lo que la determinación de que la misma viole principios éticos o bien sea apropiada o no, es una pregunta difícil de contestar y siempre habrá de analizarse caso por caso.

## V.- Causas por las que se cuestionan las designaciones repetitivas

Prácticamente todos los reglamentos de arbitraje contienen el principio fundamental de la imparcialidad e independencia de los árbitros, y en caso de que ésta no exista o desaparezca en determinado asunto, el árbitro tiene el deber ético de separarse del caso o bien la institución administradora la obligación de removerlo. Las nominaciones excesivas por la misma parte o abogado pudieran traer como consecuencia que el árbitro deje de ser independiente en virtud de haber recibido cantidades importantes de dinero derivadas de dichas nominaciones. En esos casos se antoja fácil pensar que el árbitro haya desarrollado algún tipo de dependencia financiera, lealtad o lazo emocional hacia la parte o abogado que lo designó y que por esa razón pudiera tratar a su nominador de alguna manera más favorable a la debida.

También se considera que designaciones repetitivas se dan en virtud de que las partes consideran que dicho árbitro es más factible o probable que decida a su favor o bien que en caso de perder el arbitraje éste ayude a minimizar las pérdidas. En otras palabras, el árbitro de parte no es designado por sus conocimientos, especialidad, imparcialidad o reputación, sino para que juegue el papel de abogado de parte dentro del tribunal arbitral.

Este tipo de árbitros pueden ayudar de manera directa y significativa a quienes los designan

mediante un laudo a su favor o de manera indirecta mediante la emisión de un voto particular criticando la decisión de la mayoría, o mediante su negativa a firmar el laudo o meramente mediante su influencia para que la balanza se incline a favor de la parte que lo designó.

## VI.- El caso *Universal v. Venezuela* confirma que la designación repetitiva de árbitros es permitida

Una decisión reciente en una impugnación que fue parte de un importante caso ICSID, *Universal Compression International Holdings, S.L.U. versus República Bolivariana de Venezuela*, es de interés particular. El demandante, Universal, impugnó la designación del árbitro Brigitte Stern sobre la base de que ella había sido designada por Venezuela en por lo menos tres otros casos ICSID pendientes de resolución. Los tres casos involucraban a inversionistas extranjeros en la industria en la que, como Universal, alegaban que Venezuela había expropiado su propiedad. En dos de dichos casos Stern había sido designada por el mismo abogado de Venezuela que en el caso en cuestión. Universal argumentó que Stern no había revelado dichas designaciones previas lo que causó ciertas dudas en relación con su independencia. Venezuela, a su vez, impugnó al árbitro designado por Universal, el profesor Guido Santiago Tawil, argumentando que tenía lazos profesionales cercanos con varios miembros del despacho de abogados de Universal.

Las impugnaciones a los árbitros Stern y Tawil no prosperaron, decisión que ha elevado significativamente el estándar para la descalificación de un árbitro en un asunto ICSID y asimismo ha aclarado varios temas al respecto. Bajo la convención ICSID, personas que hayan sido designadas para actuar como árbitro deben ejercitar “juicio independiente” y pueden ser

descalificadas con base en cualquier hecho o circunstancia que de manera obvia o evidente demuestre falta de lo anterior. Como resultado, la parte que pretende descalificar a un árbitro tiene una carga de la prueba relativamente alta. Una mera presunción o creencia de que algún árbitro carece de independencia o imparcialidad no es suficiente para descalificarlo; hechos concretos tienen que ser probados mediante evidencia objetiva<sup>6</sup>.

Independientemente de que designaciones múltiples dentro de un período de tres años es incluido en las directrices de la IBA dentro de la “lista naranja” de situaciones que pueden levantar dudas razonables sobre la imparcialidad de un árbitro, las múltiples designaciones de Stern por Venezuela, por sí mismas, no se consideraron como una prueba objetiva de que ella carecía de independencia y juicio imparcial. La resolución menciona que “Stern ha sido designada en más de 20 casos ICSID”, lo que puso en evidencia que dicho árbitro no es dependiente, de manera económica o de cualquier otra forma, del demandado por sus designaciones en estos casos. Por lo que respecta a Tawil, no fue evidente que el mero hecho de una relación profesional entre él y el abogado de Universal elevara dudas sobre su falta de imparcialidad evidente, especialmente considerando el hecho de que esta situación es incluida en las directrices de la IBA dentro de la “lista verde” de relaciones aceptables que no requieren ninguna revelación.

<sup>6</sup> Ver, en general, Vincent Dwyer, *Better the arbitrator you know- repeat appointments are permissible*, Norton Rose Fulbright Australia, October 2011

Esta decisión sostuvo que algo más en adición a una designación repetitiva se necesita para descalificar a un árbitro. Asimismo justifica el argumento de que limitar el número de veces que un árbitro puede ser designado por una parte restringe el derecho de elección de esa parte a seleccionar al mejor árbitro posible para un caso en particular. Si uno de los beneficios del arbitraje es la facultad de escoger a la persona que va a decidir tu caso, entonces la posibilidad de designaciones repetitivas de árbitro se debe de considerar como una posibilidad aceptable.

## VII.- Comentario final

El mantener la reputación profesional del árbitro es el principal incentivo para mantenerse imparcial en caso de designaciones repetitivas. La imparcialidad del árbitro tiene efecto no sólo en designaciones futuras sino en muchos otros ámbitos de su ejercicio profesional. Las causas que dan origen a las designaciones repetitivas de algún árbitro son difíciles de verificar y nunca nadie podrá saber si alguna designación atiende a causas de confianza, experiencia, conocimientos e imparcialidad o bien por que se quiere que el árbitro decida a favor de la parte que lo designó. Independientemente de lo anterior, las designaciones repetitivas pueden crear dudas razonables de falta de independencia e imparcialidad si determinado árbitro tiene una historia de resolver siempre a favor de la parte que lo designa o bien ha desarrollado dependencia económica con su nominador. Muchas variables tienen que ser tomadas en consideración para juzgar un nombramiento repetitivo, y por lo tanto el tema se convierte en altamente subjetivo.

**Julieta Ovalle Piedra**  
Socia de Bufete Ovalle Favela, S.C.



## I. Introducción

El ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en 1986 no sólo tuvo un impacto a nivel económico en nuestro país. Desde entonces nuestro sistema jurídico se ha adaptado para interactuar en un mundo globalizado. En 1988 el entonces Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal fue reformado para introducir normas de conflicto de leyes y permitir la aplicación del derecho extranjero en nuestro país. Asimismo, se modificó el Código Federal de Procedimientos Civiles para introducir el Libro Cuarto “De la Cooperación Procesal Internacional”. Posteriormente, en 1989 se adicionó el Título Cuarto “Procedimiento Arbitral” al Libro Quinto del Código de Comercio, que en 1993 fue modificado para adoptar la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas

para el Derecho Mercantil Internacional. A partir de entonces, el arbitraje se ha desarrollado de manera importante en México, no sólo en el ámbito mercantil sino en otros sectores. La lista de materias arbitrables se ha ido ampliando y en la actualidad incluye los derechos de autor<sup>1</sup>, la propiedad industrial<sup>2</sup> y telecomunicaciones<sup>3</sup>. Sin embargo, hay áreas estratégicas en las que el arbitraje ha tenido un camino accidentado, como es el caso de los contratos administrativos. Gran parte de los problemas derivan de la complejidad que ha revestido el conceptualizar estos contratos, que combinan una institución tradicionalmente de derecho civil con nociones de derecho público. En el presente trabajo se hace un análisis de esta problemática.

<sup>1</sup> Artículo 219 de la Ley Federal del Derecho de Autor.

<sup>2</sup> Artículo 227 de la Ley de Propiedad Industrial.

<sup>3</sup> Artículo 6 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

## II. Régimen de los contratos administrativos en el Derecho Mexicano

### A. Naturaleza jurídica del contrato administrativo

El contrato administrativo tiene un origen relativamente reciente. Basta recordar que el propio derecho administrativo, como una rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa, empieza a surgir a partir de uno de los postulados de la Ilustración y la Revolución Francesa, la separación de poderes. En el siglo XIX que el Consejo de Estado en Francia empezó a redefinir las reglas aplicables a los contratos y en la primera mitad del siglo XX empezaron a aparecer obras sobre los contratos administrativos, como la *Théorie générale des contrats de l'administration* de Gaston Jèze<sup>4</sup>.

La doctrina ha cuestionado si existe o no el contrato administrativo. Hay quienes han afirmado que la administración pública no puede contratar, argumentando que en las relaciones que se establecen entre la administración y el particular, aquélla actúa en una posición de supremacía que impide que se considere que pueda haber un vínculo contractual; que la autonomía de la voluntad no es posible ya que la administración pública debe sujetarse a las normas que la rigen y el particular sólo puede aceptar o rechazar los términos fijados por la administración resultantes del orden normativo vigente; y que los presuntos contratos administrativos versan sobre objetos

<sup>4</sup> Frier, Pierre-Laurent, *Précis de droit administratif*, Paris, Éditions Montchrestien, 2001, p. 323.

que están fuera del comercio. En lugar de hablar de contrato administrativo, las teorías negativas han propuesto figuras como los “actos administrativos bilaterales”, el “acto administrativo necesitado de coadyuvante”, los “actos condición”, etc.<sup>5</sup> Por otro lado, están quienes aceptan la existencia de los contratos administrativos, y refutan las teorías negativas señalando que la desigualdad de las partes no es tan importante como para negar la idea contractual, pues esta peculiaridad es la misma que justifica que el contrato sea administrativo y no privado; que la autonomía de la voluntad como elemento esencial del contrato ha sido cuestionada incluso en el derecho civil y mercantil con la existencia de los contratos de adhesión; y que si bien los objetos sobre los cuales versan los contratos administrativos están fuera de comercio para los particulares, este no es el caso para la administración pública quien puede disponer libremente de ellos<sup>6</sup>.

Actualmente, podemos decir que existe una tendencia generalizada a aceptar los contratos administrativos como una categoría y diferente a los contratos civiles. Independientemente del debate teórico, la realidad se ha impuesto y ha llevado a reconocer la existencia de los contratos administrativos.

Se han utilizado diversos elementos para caracterizar los contratos administrativos: la relación

<sup>5</sup> Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, vol. I, p. 42-43.

<sup>6</sup> Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1992, vol. II, p. 44-45.

de subordinación entre las partes, la licitación, la satisfacción de un interés público, la jurisdicción especial, la existencia de cláusulas exorbitantes... Sin embargo, los elementos que realmente definen un contrato administrativo son en primer lugar, que una de las partes es la Administración Pública, en segundo lugar, que son contratos sometidos a un régimen especial y por último, que los mismos persiguen un interés público<sup>7</sup>.

El contrato administrativo se ha definido como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”<sup>8</sup>.

Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que los contratos que celebra la administración pública cuyo objeto o finalidad “no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial”<sup>9</sup> serán regidos por el derecho civil y por tanto no se consideran contratos administrativos<sup>10</sup>. A estos contratos se les ha denominado contratos de la administración.

<sup>7</sup> Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 5, pp. 85-130.

<sup>8</sup> Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, t. III-A, p. 34.

<sup>9</sup> Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, 14<sup>a</sup>. ed., México, Porrúa, 1971, p. 418.

<sup>10</sup> “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL GOBIERNO, NATURALEZA DE LOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CVIII, p. 17.

Es muy importante tener en consideración que si bien los contratos administrativos se distinguen de los contratos civiles y mercantiles y están sujetos a un régimen especial, no por ello no pierden su naturaleza de contratos. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido la existencia de los contratos administrativos precisamente porque derivan de un acuerdo de voluntades. Existe una clara distinción entre el acto administrativo y el contrato administrativo, cuyas diferencias “son mayores que las similitudes y marcan dos instituciones bien diversas del derecho administrativo”<sup>11</sup>. No es casualidad que en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas se recurre como ordenamiento supletorio en primer lugar al Código Civil Federal y posteriormente a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo<sup>12</sup>.

## **B. El contrato administrativo en nuestro sistema legal.**

En México desde principios del siglo XIX podemos encontrar normas que regulaban los contratos celebrados con el Estado, como el Decreto del Congreso de 9 de octubre de 1826 y Ley de 29 de Marzo de 1834 relativos al contrato de obra pública<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 10<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, F.D.A., 2011, t. 3, pp. IV-23.

<sup>12</sup> Artículo 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

<sup>13</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo - Contratos*, 3<sup>a</sup> ed., México, Porrúa, 2009, p. 111.



Fue en la Constitución de 1917 cuando se estableció a nivel constitucional que todos los contratos que el Gobierno tuviera que celebrar para la ejecución de las obras públicas, serían adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presentaran proposiciones en sobre cerrado, que sería abierto en junta pública. Esta disposición fue evolucionando lentamente para sentar los principios que actualmente rigen la contratación pública. El 28 de diciembre de 1982 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 134 de la Constitución, para introducir el mandato de que los recursos económicos de que dispusieran el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, debían administrarse con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a que estuviesen destinados. El principio de adjudicación del contrato mediante subasta o licitación se amplió para incluir las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes y la prestación de servicios de cualquier naturaleza. Asimismo, se precisó que las licitaciones se harían mediante convocatoria pública, que las proposiciones que se presentasen deberían ser solventes, y que todo lo anterior sería a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Finalmente, se estableció que cuando las licitaciones no fueran idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerían las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y

honradez, que aseguraran las mejores condiciones para el Estado. El primer párrafo del artículo 134 fue reformado nuevamente mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de mayo de 2008 para incluir la transparencia dentro de los principios bajo los cuales se deben administrar los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales.

A la fecha no se ha expedido ninguna ley que tenga como objeto regular los contratos administrativos. La regulación de los mismos se encuentra dispersa en distintas leyes y reglamentos.

Entre los contratos administrativos que se encuentran regulados están los de adquisición, arrendamiento y servicios del sector público (Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público), los de obras públicas y servicios relacionados con las mismas (Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas), y el contrato de suministro de energía eléctrica (Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica)<sup>14</sup>:

Asimismo, en nuestro derecho se regula la concesión que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia es un acto jurídico administrativo mixto que contiene cláusulas de orden contractual y otras de naturaleza regulatoria. En las primeras se materializan las ventajas económicas a favor del concesionario y en virtud de ello, el Estado no puede variarlas sin <sup>14</sup> "Derecho Administrativo", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa, 2002, t. VII, pp. 797-801.

concurrir la voluntad de aquél porque podría afectar su esfera jurídica y patrimonio. Por su parte, las cláusulas regulatorias son aquellas estipulaciones que determinan las condiciones de la concesión y se encuentran vinculadas al marco legal que regula los términos generales de las concesiones a los que deberán sujetarse los concesionarios y los cuales podrá modificar el Estado, atendiendo a decisiones que importen intereses de la colectividad, de modo que cuando se reforma la legislación relativa, se modifican también los términos de las condiciones reglamentarias del título de concesión, sin que para ello sea necesario el consentimiento del concesionario<sup>15</sup>.

En el artículo 2º de la recientemente aprobada Ley de Asociaciones Público Privadas se dispone que los proyectos de asociación público-privada regulados por dicha ley son aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el País. Si bien esta ley habla de “esquema para establecer una relación contractual de largo plazo” sin precisar si la misma sería de derecho público o privado, el hecho de que una de las partes del contrato sean instancias

<sup>15</sup> “CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. LAS MODIFICACIONES A SUS CLÁUSULAS REGULATORIAS EN VIRTUD DE REFORMAS A LA LEGISLACIÓN RELATIVA, AL NO AFECTAR DERECHOS ADQUIRIDOS DEL CONCESIONARIO NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD DE LEYES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, agosto de 2005, p. 297.

del sector público podría implicar que estos contratos sean considerados administrativos.

Por otro lado, el Poder Judicial Federal en diversos criterios ha hecho un análisis de los contratos administrativos. En una tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito se precisan como caracteres distintivos del contrato administrativo el interés social y el servicio público, la desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado, la existencia de cláusulas exorbitantes y la jurisdicción especial<sup>16</sup>.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación vincula la naturaleza administrativa de un contrato a la finalidad de orden público que persigue, concluyendo que “cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público”<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> “CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL O MERCANTIL. DIFERENCIAS”, Tesis VI.3o.A.50 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 1103.

<sup>17</sup> “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS”, Tesis P. IX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, p. 324.

### III. Arbitrabilidad de los contratos administrativos

Es posible incluir acuerdos arbitrales dentro de los contratos administrativos. Las ventajas del arbitraje en éste y otros ámbitos han sido ampliamente reconocidas, pues como señala Héctor Jorge Escola, en las controversias derivadas de contratos de obra pública “la jurisdicción arbitral aparece como la más adecuada y conveniente para resolver conflictos de esta clase, por la simplicidad de sus procedimientos, el hecho de que pueda integrarse un tribunal más específicamente capacitado para cada caso y la mayor celeridad que puede imprimirse a sus tramitaciones”<sup>18</sup>. En Perú, en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se prevé que las controversias que surjan durante la ejecución del contrato deberán resolverse mediante conciliación o arbitraje, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que dentro de las cláusulas que deberán incluirse en los contratos regulados por dicha norma, se encuentra una cláusula de solución de controversias que señale que toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. La validez, nulidad e incluso la resolución administrativa del contrato pueden ser materia del arbitraje<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1979, vol. II, p. 300.

<sup>19</sup> Artículo 40<sup>o</sup> del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Artículo 228 del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En México, la introducción de cláusulas arbitrales en contratos administrativos es un fenómeno relativamente reciente que coincide con la apertura económica y jurídica que vivió nuestro país a partir de la segunda mitad de la década de los ochentas y en concreto con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1993 se contempló la posibilidad de que se pactaran cláusulas arbitrales en contratos respecto de aquellas controversias que determinara la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial<sup>20</sup>. Posteriormente tanto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000 retomaron esta posibilidad, con la diferencia de que ahora sería la Contraloría quien mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, debía determinar las controversias que podrían someterse a compromiso arbitral ya fuera en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente<sup>21</sup>. Las reglas de carácter general a las que se referían ambas leyes nunca se emitieron.

<sup>20</sup> Artículo 15 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

<sup>21</sup> Artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Por otro lado, el 22 de diciembre de 1993 se publicó un Decreto que reformó diversas leyes relacionadas con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. El artículo 14 de la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios se reformó para que tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, dicha entidad o sus organismos subsidiarios pudieran convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto. Las mismas facultades se otorgaron a la Comisión Federal de Electricidad al reformar el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía, con la diferencia que no se limitaron únicamente a actos jurídicos de carácter internacional.

La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo se reformó mediante Decreto publicado el 28 de noviembre de 2008 que adicionó un párrafo artículo 6º en el cual se establece que los contratos de obra y prestación de servicios en territorio nacional y en las zonas donde la Nación ejerce soberanía, jurisdicción o competencia podrán incluir acuerdos arbitrales conforme a las leyes mexicanas y los tratados internacionales de los que México sea parte.

Posteriormente, el 28 de mayo de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un Decreto que reformó la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, adicionando en ambos ordenamientos todo un capítulo dedicado al arbitraje, otros mecanismos de solución de

controversias y competencia judicial. Esta reforma conlleva un importante avance, ya que se estableció que en los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas y en los de prestación de servicios a largo plazo se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Sin embargo, con la reforma se introdujo una limitación a la arbitrabilidad de los contratos regidos por estas leyes: la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos así como aquellos casos que disponga el Reglamento de la Ley.

Esta limitación se ha hecho extensiva a contratos celebrados por Pemex-Exploración y Producción en un precedente del Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito<sup>22</sup>.

Siguiendo esta misma tendencia, el artículo 139 la Ley de Asociaciones Público Privadas incorpora la posibilidad de convenir procedimiento arbitral, sin que pueda ser materia del arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad. Agrega esta disposición que la solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales.

Entre los motivos que han llevado a la incorporación de estas limitaciones se encuentra la interpretación que el Poder Judicial Federal ha hecho de ciertos

<sup>22</sup> Amparo en Revisión 358/2010, 25 de agosto de 2011.

actos relacionados con los contratos administrativos, los cuales ha caracterizado como actos de autoridad o actos administrativos, como es el caso de la rescisión administrativa. Al excluir del arbitraje a la rescisión administrativa y a la terminación anticipada de los contratos, se frustra en gran medida el objetivo que se buscaba originalmente al incluir cláusulas arbitrales en los contratos administrativos. Si lo que se busca es dar certeza a los inversionistas y hacer que los recursos se utilicen de la manera más eficiente solucionando los conflictos que puedan surgir con el menor costo y en el menor tiempo posible, es indispensable que exista una sola vía para la solución de controversias. Y lo anterior no sólo es importante para los contratistas, sino también para el Estado, quien de acuerdo al artículo 134 de la Constitución deberá administrar los recursos económicos con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados. Si en un contrato administrativo, como lo es el de obra pública, no se resuelven eficientemente los conflictos que surjan, no sólo pierde el contratista, sino que también pierde el Estado. El tener que litigar las controversias ante un órgano jurisdiccional y un tribunal arbitral, y tratar de desentrañar las partes del conflicto que deberán plantearse ante uno y otro foros, frustra completamente el objetivo inicial de proporcionar un método de solución de controversias adecuado, por lo que es imperioso que se revise la política legislativa que está detrás de las reformas que limitaron el arbitraje en los contratos regulados por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Asociaciones Público Privadas.

## IV. Rescisión administrativa

### A. Naturaleza jurídica de la rescisión administrativa

La rescisión administrativa es un modo de extinción anormal del contrato administrativo, que tiene como causa el incumplimiento del contratista<sup>23</sup>. Al ser el contrato administrativo una fuente de obligaciones sinalagmáticas, es aplicable el principio general contenido en el artículo 1949 del Código Civil Federal: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que no de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”. Cuando es el particular quien incumple, la Administración Pública puede ejercer la facultad de rescindir el contrato sin que sea necesaria declaración judicial<sup>24</sup>. En caso de que sea el contratista quien busque la rescisión del contrato, tendrá que demandarla ante los tribunales competentes.

Tradicionalmente se ha considerado la rescisión administrativa como una de las llamadas cláusulas exorbitantes que son aquellas que “desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público”<sup>25</sup>. Sin embargo, un análisis detallado

<sup>23</sup> Garrido Falla, Fernando, op. cit., nota 6, pp. 103-105.

<sup>24</sup> Artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y artículo 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

<sup>25</sup> “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN

de la manera en que funciona la rescisión administrativa nos lleva a concluir que no es sustancialmente distinta a la rescisión de un contrato civil o mercantil. El origen de la rescisión tanto en materia administrativa como en civil o mercantil es el incumplimiento de obligaciones. La posibilidad de decretar la rescisión ante sí y por sí sin la intervención judicial existe no sólo en materia de contratos administrativos, sino también en los contratos civiles y mercantiles con el simple hecho de pactar expresamente esta facultad<sup>26</sup>. Tal y como se encuentra regulada en nuestro derecho, la rescisión administrativa no puede considerarse una cláusula exorbitante y por ende su ejercicio no debería ser considerado un acto de autoridad o administrativo.

## B. Interpretación del Poder Judicial de la Federación

La naturaleza jurídica de la rescisión administrativa ha variado a lo largo de los años pues no siempre se le consideró acto de autoridad. Existe una tesis aislada de la Quinta Época en la que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia sostenía que “el incumplimiento de lo estipulado para rescindir

SUJETOS”, Tesis P. IX/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, abril de 2001, página: 324.

<sup>26</sup> “PACTO COMISORIO EXPRESO. OPERA DE PLENO DERECHO, SIN QUE SEA NECESARIO QUE LA AUTORIDAD JUDICIAL DETERMINE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)”, Tesis 1a./J. 23/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, junio de 2001, p. 165.

un contrato celebrado con una autoridad puede dar apoyo al ejercicio de un acción del orden civil ante los tribunales competentes, pero no para acudir a la vía de amparo contra dicha rescisión”<sup>27</sup>. En otro criterio, la misma Segunda Sala consideraba que si la autoridad administrativa rescindía el contrato, el particular contratante debía previamente someter el punto a las autoridades ordinarias, para que lo decidan de conformidad con las leyes que rigen el contrato, y sólo cuando se dictara sentencia en su contra, podría ocurrir al amparo, alegando que se violaron en su perjuicio garantías individuales, por falta de fundamento legal<sup>28</sup>.

En junio de 1994 en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/94 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la rescisión administrativa era un acto de autoridad de naturaleza administrativa de la cual debían conocer los Jueces de Distrito en Materia Administrativa de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación<sup>29</sup>. Sin embargo, en una tesis aislada posterior el mismo Pleno estableció que la competencia para conocer de un juicio ordinario civil en el que se ejercen acciones

<sup>27</sup> “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXXVII, p. 901.

<sup>28</sup> “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, RESCISIÓN DE LOS, POR LA AUTORIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXVII, p. 3784

<sup>29</sup> “CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. LA COMPETENCIA PARA CONOCER DEL CONFLICTO SUSCITADO POR SU RESCISIÓN, PROVENIENTE DE UN ACTO ADMINISTRATIVO DE AUTORIDAD, CORRESPONDE A UN JUZGADO DE DISTRITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA”, Tesis P./J. 20/94, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. 78, junio de 1994, p. 18.

con motivo de la rescisión de un contrato de obra pública corresponde a un Juez de Distrito en Materia Civil<sup>30</sup>. Existe también un precedente del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Noveno Circuito en el cual se afirma que no es procedente conceder la suspensión de la rescisión administrativa de un contrato de obra pública celebrado por Pemex Exploración y Producción, ya que “es indudable que en este caso la citada descentralizada no actuó como autoridad sino como ente de derecho privado”, y la suspensión sólo se puede otorgar contra actos de autoridad y no de particulares<sup>31</sup>.

Posteriormente, la rescisión de contratos celebrados con dependencias pasó a ser competencia del Tribunal Fiscal de la Federación. En la Tesis III-PS-II-49 la Segunda Sección de la Sala Superior del Tribunal determinó que el mismo era competente dirimir las controversias sobre la rescisión administrativa de contratos de obra pública, atento a lo dispuesto por el artículo 23 fracción VII de su Ley Orgánica, el cual se refería a resoluciones sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obra pública celebrados por dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> “COMPETENCIA PARA CONOCER DE UN JUICIO ORDINARIO CIVIL EN EL QUE SE EJERCEN ACCIONES CON MOTIVO DE LA RESCISIÓN UNILATERAL DE UN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. CORRESPONDE A UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL”, Tesis P. XLV/94, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. 81, septiembre de 1994, p. 43.

<sup>31</sup> “SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE. CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA CELEBRADOS POR PEMEX”, Tesis 1327, Apéndice 2000, Novena Época, t. III, p. 1149.

<sup>32</sup> “CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. CONTROVERSIAS

En 2007 se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y se incluyó dentro de su competencia las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Anteriormente, el Tribunal tenía competencia únicamente respecto de resoluciones definitivas que se dictaran sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada. La tesis de jurisprudencia por contradicción 2a./J. 4/2010 de la Segunda Sala confirmó la competencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa respecto de la rescisión administrativa decretada por entidades o dependencias de la Administración Pública Federal<sup>33</sup>. La procedencia del juicio contencioso administrativo implicaba también la del recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la Ley

SOBRE RESCISIÓN DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA.-COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN PARA CONOCER DE LAS”, Tesis III-PS-II-49, R.T.F.F., Tercera Época, No. 112, abril de 1997, p. 7.

<sup>33</sup> “RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA”, Tesis 2a./J. 4/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 312.

Federal de Procedimiento Administrativo<sup>34</sup>. No obstante lo anterior, existe una tesis aislada en la que se afirma que si la rescisión administrativa se emite con base en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y no con base en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, entonces no procedía el juicio contencioso administrativo<sup>35</sup>.

Además de la competencia que en un momento tuvieron los Juzgados de Distrito y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la rescisión administrativa se podía impugnar en vía de amparo de acuerdo a lo dispuesto por la tesis P. XXVII/97 “AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO SON AQUELLOS FUNCIONARIOS DE ORGANISMOS PUBLICOS QUE CON FUNDAMENTO EN LA LEY EMITEN ACTOS UNILATERALES POR LOS QUE CREAN, MODIFICAN O EXTINGUEN SITUACIONES JURIDICAS QUE AFECTAN LA ESFERA LEGAL DEL GOBERNADO” que establece que “el juzgador de amparo, a fin de establecer si a quien se atribuye el

acto es autoridad para efectos del juicio de amparo, debe atender a la norma legal y examinar si lo faculta o no para tomar decisiones o resoluciones que afecten unilateralmente la esfera jurídica del interesado, y que deben exigirse mediante el uso de la fuerza pública o bien a través de otras autoridades”<sup>36</sup>.

Durante cierto tiempo no fue claro si la posibilidad de acudir al juicio contencioso administrativo excluía la posibilidad de acudir a las demás vías. Mientras en la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo los requisitos para conceder la suspensión fueron mayores que los previstos en la Ley de Amparo, fue posible acudir al juicio de amparo sin agotar el juicio contencioso administrativo<sup>37</sup>. El 10 de diciembre de 2010 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las reformas a los artículos 24 a 28 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo para eliminar los requisitos adicionales que se solicitaban, por lo que se excluyó la posibilidad de acudir directamente al juicio de amparo, tal y como ya se ha establecido en diversos precedentes<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> “OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS. LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA”, Tesis 2a. LV/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, mayo de 2008, p. 231.

<sup>35</sup> “RESCISIÓN DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA. LA EFECTUADA POR EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS NO ES IMPUGNABLE EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 11, FRACCIÓN XIII, DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, SI DICHO ACTO NO FUE EMITIDO EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”, Tesis I.7o.A.480 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, noviembre de 2006, p. 1086.

<sup>36</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, febrero de 1997, p. 118.

<sup>37</sup> “RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. NO ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO CORRESPONDIENTE, PREVIAMENTE AL AMPARO, AL PREVER EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN QUE LOS PREVISTOS EN LA LEY QUE RIGE EL JUICIO DE GARANTÍAS”, Tesis 2a./J. 56/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1103.

<sup>38</sup> “RESOLUCIONES IMPUGNABLES ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA.



Al resolverse la contradicción de tesis 422/2009 de la cual surgió la tesis jurisprudencial 2a./J. 4/2010 “RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, Y DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. ES IMPUGNABLE EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA”, la Segunda Sala determinó que la tesis que establecía la competencia de los jueces de distrito en materia administrativa para conocer de la

---

A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 28 DE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE DICIEMBRE DE 2010, EN VIGOR A LOS NOVENTA DÍAS DE SU PUBLICACIÓN (10 DE MARZO DE 2011), ES NECESARIO AGOTAR EL JUICIO RELATIVO ANTE EL MENCIONADO ÓRGANO JURISDICCIONAL, EN FORMA PREVIA A LA PROMOCIÓN DEL JUICIO DE GARANTÍAS, AL NO PREVERSE MAYORES REQUISITOS QUE LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE AMPARO PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS RECLAMADOS”, Tesis VI.1o.A.6 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, p. 4603; “JUICIO DE NULIDAD ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA. DEBE PROMOVERSE PREVIAMENTE AL AMPARO, PORQUE LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE LO REGULA, NO EXIGE MAYORES REQUISITOS PARA CONCEDER LA SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO QUE LOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE AMPARO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 10 DE MARZO DE 2011)”, Tesis I.15o.A.6 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VI, marzo de 2012, t. 2, p. 1229.

rescisión administrativa tenía como fundamento el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1995, cuando aún no existía una jurisdicción especializada para dirimir este tipo de contiendas. El 6 de diciembre de 2007 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en cuyo artículo 14, fracción VII, se establece que ese órgano jurisdiccional conocerá de los juicios promovidos contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos dictados en materia administrativa, sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, supuesto en el cual se ubica la rescisión administrativa de un contrato público. En virtud de lo anterior, la Segunda Sala determinó que una “revisión histórica-progresiva de la cuestión demuestra que sobre el tema en análisis, actualmente los artículos 14, fracción VII, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y 1º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, establecen reglas posteriores y específicas que atribuyen precisamente a este órgano jurisdiccional indicado en último término la atribución para conocer de ese tipo de controversias a través de la tramitación del juicio contencioso administrativo federal, lo cual torna inaplicable el artículo 52, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en casos como el que se analiza, al haber sobrevenido

la expedición de reglas especiales y posteriores que regulan el supuesto en análisis”.

Una conclusión que podemos derivar de los variados criterios que ha tenido el Poder Judicial Federal respecto de la rescisión administrativa, es que no ha sido fácil determinar su naturaleza jurídica. La idea de que la rescisión administrativa es un acto administrativo de autoridad deriva principalmente de la tesis P./J. 20/94 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la cual se hizo referencia en párrafos anteriores. En esta tesis, sin hacer un mayor análisis el Pleno se limita a afirmar que la resolución mediante la cual una autoridad rescinde unilateralmente y en forma imperativa un contrato de obra pública, por causas que se dicen imputables al contratista, con apoyo en los artículos 43 de la Ley de Obras Públicas y 58 de su Reglamento, así como una de las cláusulas del propio contrato, constituye un acto de autoridad de naturaleza administrativa, relacionado con un contrato también administrativo y con disposiciones de naturaleza administrativa. En esta conclusión parece dejarse de lado completamente que la rescisión administrativa es un acto jurídico que tiene como fundamento inmediato un contrato, a pesar de que esté regulada en una ley administrativa, y que además no tiene una gran diferencia con la rescisión de los contratos civiles y mercantiles.

En párrafos anteriores, se habló sobre el contrato administrativo y su naturaleza. A pesar de que en el pasado existió un debate sobre su existencia, actualmente se reconoce que efectivamente hay

una categoría distinta de contratos celebrados por la Administración Pública. Pero es importante no dejar de lado su naturaleza consensual. La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los contratos administrativos como acuerdos de voluntades. Al ser un acto consensual, los actos que se dan dentro de la ejecución de los mismos no deben considerarse como actos de autoridad o actos administrativos.

Existe una tesis por contradicción reciente en la cual la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió abandonar el criterio sostenido con anterioridad en el sentido de que el aviso recibo por concepto de suministro de energía eléctrica expedido por la Comisión Federal de Electricidad era un acto de autoridad en contra del cual procedía el recurso de revisión previsto en el artículo 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y eventualmente el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. La Segunda Sala determina que el aviso recibo no tiene naturaleza de acto de autoridad “pues la relación jurídica entre los particulares usuarios del servicio de energía eléctrica y la Comisión Federal de Electricidad no corresponde a la de una autoridad y un gobernado (de supra a subordinación), sino, como ya lo definió la propia Segunda Sala en las jurisprudencias 2a./J. 112/2010 y 2a./J. 113/2010, de rubros: “COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AVISO RECIBO POR CONCEPTO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA, INCLUSIVE CUANDO CONTENGA UNA ADVERTENCIA DE CORTE DEL SERVICIO, NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS

DEL JUICIO DE AMPARO” y “COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL CORTE O SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO ES ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO”, a una relación de coordinación entre dicho organismo descentralizado y aquél, originada mediante un acuerdo de voluntades donde ambas partes adquieren derechos y obligaciones recíprocos<sup>39</sup>. El contrato de suministro es al igual que el contrato de obra pública un contrato administrativo. Si en el contrato de suministro se acepta que existe una relación de coordinación entre la entidad y el particular, de igual modo debería considerarse que hay una relación de este tipo en los contratos de obra pública, lo que nos llevaría a concluir que la rescisión administrativa no es un acto de autoridad. Esperemos que este criterio oriente las futuras interpretaciones que se hagan respecto de la rescisión administrativa.

### **C. Sentencia de 25 de agosto de 2011 dictada dentro del amparo en revisión 358/2010 por el Décimo Primer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil**

El 25 de agosto de 2011 el Décimo Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil resolvió el

<sup>39</sup>“COMISIÓN FEDERAL DE ELECTRICIDAD. EL AVISO RECIBO QUE EXPIDE POR CONCEPTO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA NO CONSTITUYE ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN O DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA”, Tesis 2a./J. 167/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, enero de 2012, t. 4, p. 3217.

amparo en revisión 358/2010, en el cual se anuló un laudo dictado dentro de un arbitraje derivado de ciertas disputas surgidas de un contrato de obra celebrado con una entidad. En esencia, el laudo se declaró nulo con base en lo que dispone el artículo 1457, fracción II del Código de Comercio, por considerar que había violado el orden público al haber decidido cuestiones relativas a la rescisión administrativa que se declaró respecto del contrato de obra. Dejando de lado el tema de la cosa juzgada refleja que fue una cuestión que también se analiza en dicha sentencia, hay razonamientos del Tribunal Colegiado que vale la pena analizar a la luz de lo que ha dicho en párrafos anteriores.

En su argumentación, los magistrados del Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil afirman que el cumplimiento del contrato e inclusive la rescisión administrativa decretada por su incumplimiento, son de orden público e interés general. La jurisprudencia ha definido el orden público como “las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social”. Este orden público no es una noción que pueda configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley, sino que corresponde al juez el examinar su presencia en cada caso concreto<sup>40</sup>. En materia de arbitraje, al hacer el análisis de lo que debe considerarse o no orden público, deben tomarse en cuenta además otros elementos. El

<sup>40</sup> “SUSPENSIÓN, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE INTERÉS SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA”, Tesis I.3o.A. J/16, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, enero de 1997, p. 383.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en la tesis I.3o.C.953 hace referencia al principio pro arbitraje que debe aplicarse en México al ser signatario de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. En este sentido, en dicha tesis se afirma que “la noción de orden público tiene como marco de referencia, nacional e internacional, la institución de arbitraje a la que no puede frustrar, alterar u obstaculizar en su misión y exige una precisión en cuanto a su definición, alcance y contenido, porque sólo de esa manera puede establecerse en qué casos y bajo qué condiciones resulta pertinente su aplicación”<sup>41</sup>. Si en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas existe la posibilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos de obras públicas, no es factible considerar que “el cumplimiento del contrato e inclusive la rescisión administrativa decretada por su incumplimiento, son de orden público e interés general” a efecto de excluirlos del ámbito de la cláusula arbitral.

Uno de las premisas principales en las cuales el Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil basó su decisión es la de considerar que la rescisión administrativa es un

<sup>41</sup> “ORDEN PÚBLICO. PRINCIPIO PROARBITRAJE Y RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PARA PONDERAR LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO V, PUNTO 2, INCISO B), DE LA CONVENCION SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS”, Tesis I.3o.C.953 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1241.

acto administrativo y por tanto es un acto de autoridad que no puede ser materia de arbitraje. Esta conclusión debe revisarse atendiendo a la naturaleza jurídica de los contratos administrativos y de la rescisión administrativa. Si bien los contratos administrativos se sujetan a un régimen especial de derecho administrativo, no por ello dejan de ser contratos y los actos que se ejecutan para su cumplimiento no son actos administrativos. Por otro lado, la teoría de la doble personalidad del Estado para actos de naturaleza privada y de naturaleza pública desde hace muchas décadas ha sido superada. El Estado tiene una personalidad única y la posibilidad de que celebre contratos ya sea administrativos o civiles ya ni siquiera es un punto en discusión. Al rescindir administrativamente un contrato, el Estado ejerce una facultad que tienen también los particulares, quienes pueden incluir en sus contratos pactos comisorios expresos que les permiten rescindir un contrato ante sí y por sí sin necesidad de declaración judicial. Por último, la afirmación de que los actos de autoridad no pueden ser materia de arbitraje en México es incorrecta. En los Capítulos XI, XIX y XX del Tratado de Libre Comercio se prevé el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, las cuales derivan de un acto del Estado que viole diversas obligaciones previstas en el Tratado. En el caso *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, fue materia del arbitraje el determinar si el Decreto Ecológico emitido el 23 de septiembre de 1997 por el Gobernador del Estado de San Luis Potosí que declaraba reserva ecológica la zona donde se ubicaba el confinamiento de desechos peligrosos,

constituía una expropiación indirecta de la inversión de Metalclad<sup>42</sup>. Lo anterior demuestra que en nuestro derecho existe la posibilidad de someter a arbitraje actos de autoridad, lo cual implica que para el Estado Mexicano el escrutinio de los mismos por tribunales mexicanos no es una cuestión de orden público.

Por último, la sentencia del Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil es un ejemplo de las confusiones que han provocado las varias posturas respecto de la naturaleza jurídica de la rescisión administrativa, pues en ella se afirma que “la única vía y que era la idónea para someterla a análisis, era el juicio ordinario administrativo federal, cuya competencia radica en un Juez de Distrito en Materia Administrativa”, cuando de acuerdo a la reforma publicada el 6 de diciembre de 2007 y a lo determinado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 422/2009, quien tendría competencia para conocer sobre la rescisión administrativa sería el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

## V. Conclusiones

Los contratos administrativos en México son arbitrables. Así se ha establecido en las leyes que regulan diversos contratos administrativos, lo cual obedece a la tendencia pro arbitraje que ha adoptado el Estado Mexicano a partir de la apertura económica y jurídica que comenzó hace más de veinte años en nuestro país. Pero para alcanzar los propósitos que se buscaban desde un inicio con esta apertura y para cumplir con el mandato constitucional del artículo 134, es necesario que el arbitraje en los contratos administrativos tenga limitaciones que realmente sean cuestiones de orden público, tal y como se ha definido por la jurisprudencia nacional e internacional. La rescisión administrativa y la terminación anticipada de un contrato no pueden considerarse como asuntos de orden público, en primer lugar, porque ha sido precisamente el Estado Mexicano el que ha promovido que los contratos administrativos sean arbitrables; en segundo lugar, porque excluir estos temas le quita coherencia al sistema que se intenta implementar y aumenta exponencialmente los riesgos tanto de los contratistas y la Administración Pública, al tener que dividir las controversias y litigar en tribunales jurisdiccionales y arbitrales; y por último, porque un análisis más a fondo de estas figuras, sobre todo de la rescisión administrativa, nos lleva a la conclusión de que son actos ejecutados dentro de un contrato administrativo, y no necesariamente actos de autoridad.

Las vías de impugnación que tradicionalmente ha ofrecido nuestro sistema jurídico no son claras ni adecuadas para resolver controversias derivadas

<sup>42</sup> Caso CIADI No. ARB (AF)/97/01.

de contratos administrativos. Para ilustrar lo anterior, basta con recordar que el juicio ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa tiene como objetivo impugnar resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos de la Administración Pública. A pesar de que en los últimos años se ha pretendido ampliar la competencia de dicho tribunal, no se han hecho las adecuaciones suficientes a la legislación adjetiva a fin de que se puedan dilucidar todo tipo de controversias derivadas de contratos administrativos, sobre todo aquellas que pretendan únicamente hacer valer prestaciones económicas, y no impugnar la validez de resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos. En el caso de los juicios ordinarios ante los tribunales federales, su rigidez y exceso de formalismo impiden que se puedan abordar adecuadamente las controversias que plantean contratos complejos como los de obras públicas, que además requieren de un alto grado de especialización por parte del juzgador.

El derecho debe responder a una realidad y ser un instrumento para mejorar las condiciones preexistentes. La contratación administrativa es un motor importantísimo para la economía de un país, que exige un sistema de solución de controversias flexible, expedito, especializado, lo cual ofrece el arbitraje. Incluir la rescisión administrativa, la terminación anticipada e incluso los actos de autoridad dentro del ámbito del arbitraje no sólo no es incongruente con nuestro sistema jurídico, sino necesario para poder alcanzar los objetivos que nos plantea nuestra Carta Magna respecto los contratos administrativos.



Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México)

Centro de Arbitraje de México (CAM)

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AmCham Perú)

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Y

Centro Internacional para la Resolución de Disputas

FELICITAN A LA

# Licenciada en Derecho Angélica Huacuja García

Por haber sido la ganadora del Primer lugar del

## II CONCURSO IBEROAMERICANO DE TESIS EN ARBITRAJE

2012/2013

Con la tesis intitulada: "Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial y un Estudio Comparativo"

Noviembre 2013



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho  
Seminario de Comercio Exterior

# MEDIDAS CAUTELARES EN EL ARBITRAJE COMERCIAL Y UN ESTUDIO COMPARATIVO

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

Licenciada en Derecho

PRESENTA

**Angélica Huacuja García**

Asesora: Dra. Luz Gabriela Aldana Ugarte

Ciudad de México

2013





*A mis padres, con todo mi amor*

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	<b>2</b>
<b>    Antecedentes: El Arbitraje Comercial Internacional</b>	
1.1	Fuentes del Derecho Arbitral 5
1.1.1	El acuerdo arbitral 6
1.1.2	La Ley Arbitral Mexicana 15
1.1.3	Las convenciones y tratados internacionales 17
1.2	El Tribunal Arbitral 20
1.3	Conducción del procedimiento 23
1.3.1	Principios rectores del procedimiento arbitral 23
1.3.2	El procedimiento arbitral 24
1.3.3	Resoluciones dictadas durante el procedimiento arbitral 27
1.4	El laudo final 29
1.4.1	Requisitos de los laudos 30
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	<b>33</b>
<b>    Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral</b>	
2.1	Antecedentes 34
2.2	Concepto general de medida cautelar y requisitos para su otorgamiento 36
2.3	Importancia de las medidas cautelares en el arbitraje 41
2.4	Facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares 44
2.4.1	El origen de la facultad para dictar medidas cautelares 46

2.5	Consecuencias del incumplimiento con lo ordenado en las medidas cautelares	48
2.6	Tipos de medidas cautelares	50
2.6.1	Objetivos de las medidas cautelares	50
2.6.2	Tipos de medidas cautelares comúnmente dictadas en arbitraje	51

	<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	57
	<b>ESTUDIO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY MODELO DE UNCITRAL, EL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL REGLAMENTO CCI</b>	

3.1	Las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL	58
3.1.1	Antecedentes del artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL con las enmiendas de 2006	60
3.1.2	Medidas cautelares bajo el capítulo IV A	66
3.1.3	Órdenes preliminares	74
3.1.4	Disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares	85
3.1.5	Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares	90
3.1.6	Medidas cautelares dictadas por las cortes locales en asistencia al procedimiento arbitral	98
3.1.7	Comentarios finales sobre las enmiendas de 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL	103
3.2	Las medidas cautelares en el título cuarto del libro quinto del código de comercio	103
3.2.1	Distinción entre medidas cautelares y providencias precautorias en el marco del procedimiento arbitral	104
3.2.2	Facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares	105
3.2.3	Facultad del juez para dictar medidas cautelares en asistencia al procedimiento arbitral	106
3.2.4	Ejecución judicial de las medidas cautelares dictadas por el	109

	tribunal arbitral	
3.2.5	Responsabilidad del tribunal arbitral derivada del otorgamiento de medidas cautelares	113
3.3	Las medidas cautelares en el reglamento de la CCI	116
3.3.1	Aspectos generales de las medidas cautelares bajo el reglamento CCI	117
3.3.2	Conveniencia de otorgar una medida cautelar en una orden procesal	119
3.3.3	Medidas cautelares y el árbitro de emergencia en el reglamento CCI	121
	<b>CONCLUSIONES</b>	131
	<b>PROPUESTA</b>	144

## ABREVIATURAS

CAM	Centro de Arbitraje de México
CANACO	Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México
CCI	Cámara de Comercio Internacional
Convención de Nueva York	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (adoptada en Nueva York, 1958)
Grupo de Trabajo	Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) de la CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés) que inició actividades en el 2000.
ICDR	<i>International Center for Dispute Resolution</i> (en español: Centro Internacional de Resolución de Disputas)
Ley Arbitral Mexicana	Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio
LCIA	<i>London Court of International Arbitration</i> (en español: Corte de Arbitraje Internacional de Londres)
Ley Modelo de UNCITRAL	Ley Modelo de CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés) sobre Arbitraje Comercial Internacional
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Reglamento CAM	Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México
Reglamento CCI	Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
Reglamento ICDR	Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas

Reglamento LCIA

Reglamento de Arbitraje de la LCIA

Reglamento UNCITRAL

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI  
(UNCITRAL por sus siglas en inglés)

Secretaría

División de Derecho Mercantil Internacional de  
la Oficina de Asuntos Jurídicos de la  
Secretaría de la Organización de las Naciones  
Unidas, la cual presta servicios de secretaría a  
UNCITRAL

UNCITRAL

*United Nations Commission on International  
Trade Law* (en español: Comisión de las  
Naciones Unidas para el Derecho Mercantil  
Internacional)

# **Medidas Cautelares en el Arbitraje Comercial y un estudio comparativo**

## **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional tiene como objetivo hacer un estudio sobre la importancia de las medidas cautelares como parte del procedimiento arbitral a la luz del principal ordenamiento internacional en materia de arbitraje comercial (Ley Modelo de UNCITRAL), de la Ley Mexicana de Arbitraje (contenida en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio) y de uno de los principales reglamentos de arbitraje (el Reglamento CCI).

En este sentido, mediante el uso de los métodos analítico, descriptivo y comparativo, se hará un análisis general de los elementos y características más importantes del arbitraje comercial. Posteriormente, se estudiarán las medidas cautelares en general y su importancia dentro del procedimiento arbitral. Para finalizar, se analizarán los tres cuerpos normativos señalados en el párrafo anterior, que reflejan la regulación de las medidas cautelares a nivel internacional, nacional y en el acuerdo de las partes.

Lo anterior con el objetivo de determinar si las medidas cautelares son necesarias en el arbitraje comercial, si la regulación de las mismas es uniforme y, finalmente, cuáles son los cambios más importantes que han sufrido estas regulaciones en materia de medidas cautelares y sus consecuencias prácticas.



# **CAPÍTULO PRIMERO**

## **Antecedentes: El Arbitraje Comercial Internacional**

## **CAPÍTULO PRIMERO**

### **Antecedentes: El Arbitraje Comercial Internacional**

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias, utilizado desde hace siglos y en prácticamente todas las culturas antiguas, que permite a las partes involucradas en una relación contractual o extracontractual, resolver sus conflictos de forma eficaz.

Cuando se habla de medios alternativos de solución de controversias, el punto de partida es siempre la jurisdicción ordinaria, esto es, son mecanismos alternativos a la manera habitual, prevista en las leyes locales de un país determinado, para resolver disputas entre particulares.

El arbitraje puede tener un origen contractual o legal. Al referirnos al arbitraje comercial, siempre nos estaremos refiriendo a un mecanismo alternativo de solución de controversias de origen contractual; no puede existir si las partes no lo han acordado. En el presente trabajo nos ocuparemos de estudiar el arbitraje comercial.

Mediante este mecanismo, las partes deciden someter sus controversias a la decisión de un tercero imparcial, denominado árbitro, elegido por las partes y, muchas veces, experto en la materia de la controversia. La decisión emitida como resultado del procedimiento arbitral, denominada laudo, es final (no admite apelación) y vinculativa (obligatoria para las partes).

En este tenor, al hablar de arbitraje comercial se deben tomar en cuenta los siguientes elementos:

- (1) un acuerdo en el cual se decida someter cualquier controversia, ya sea presente o futura, a arbitraje;
- (2) la existencia de una relación jurídica determinada;
- (3) la existencia de una controversia, contractual o extracontractual;
- (4) cuya resolución estará en manos de un tercero particular elegido por las partes o conforme al acuerdo de éstas;
- (5) quien emitirá una decisión final; y
- (6) vinculatoria.

El arbitraje ofrece una infinidad de beneficios. Entre otros, es un procedimiento ágil, confidencial<sup>1</sup> y seguro, que permite a las partes la resolución de sus conflictos sin tener que recurrir a las cortes locales. Lo anterior ha resultado ser un punto fundamental para comerciantes que tienen domicilios en distintos países, ya que evitan el tener que someter los potenciales conflictos, que pudieren surgir entre ellos, a la jurisdicción de cortes locales con leyes y procedimientos desconocidos.

Así, el Derecho Arbitral se ha beneficiado de las lecciones aprendidas por tribunales internacionales, creando una serie de normas y prácticas adjetivas que dejan atrás la "procesalitis" y el formalismo, privilegiando resoluciones adecuadas,

---

<sup>1</sup> El arbitraje será confidencial siempre que las partes así lo hayan acordado, ya sea en el acuerdo arbitral o en el Reglamento de Arbitraje, o si la ley aplicable así lo establece. Ver artículo 22.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

costo-eficientes y confiables y evitando los complejos regímenes procesales que hacen que los medios tomen más importancia que el fin<sup>2</sup>.

Finalmente, debido a que la resolución dictada en un arbitraje la emite un particular, no se pueden someter a este mecanismo alternativo todo tipo de controversias. Para que el arbitraje pueda surtir efectos, las partes deben poder disponer de la materia que desean someter a arbitraje, es decir, la materia del arbitraje debe ser una materia arbitrable. Por arbitrable nos referimos a que es posible someter a la decisión de un tribunal arbitral el alcance de los derechos y obligaciones sustantivas al no tratarse de disposiciones de orden público.<sup>3</sup>

### **1.1 Las fuentes del derecho arbitral**

Las principales fuentes del arbitraje comercial en México son: primero, el acuerdo arbitral, éste puede incorporar por referencia algún reglamento de arbitraje de alguna de las instituciones arbitrales, al hacer referencia a dicho reglamento, el mismo se tomará como parte del acuerdo arbitral;<sup>4</sup> segundo, la Ley Arbitral Mexicana, ésta consiste en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio el cual fue tomado de la Ley Modelo de UNCITRAL<sup>5</sup>; y, tercero, los

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Arbitraje", 3ª ed., México, editorial Porrúa, 2011, p. 125.

<sup>3</sup> ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, "Manual de Arbitraje Comercial", Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 2011, p.21.

<sup>4</sup> Artículo 1417, Fr. II, del Código de Comercio.

<sup>5</sup> "La Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de

(Cont'd on following page)

tratados y convenciones internacionales de los que México es parte, principalmente, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras elaborada en el marco de la ONU<sup>6</sup>.

### **1.1.1 El acuerdo arbitral**

Como ya se mencionó, el arbitraje comercial es, siempre, un arbitraje de origen contractual. Por lo mismo, siempre debe haber un acuerdo de las partes en el cual otorguen su consentimiento para someter controversias presentes o futuras a arbitraje. Este sustento contractual recibe el nombre de acuerdo arbitral.

Así, podemos definir al acuerdo arbitral como un acuerdo de voluntades por virtud del cual dos o más partes deciden que cualquier controversia que pueda surgir, o ya hubiera surgido, en una relación jurídica determinada, será resuelta por uno o más árbitros, y la decisión emitida por éstos, será final y vinculante para las partes involucradas.

En este sentido, el acuerdo arbitral es la esencia del arbitraje. El arbitraje exige un sustento contractual que se cumple con el acuerdo arbitral. No se puede llevar a arbitraje a una parte que no ha otorgado su consentimiento, por lo tanto,

---

(Cont'd from preceding page)

40 años. La función de UNCITRAL consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional" (ver [http://www.uncitral.org/uncitral/es/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html)).

<sup>6</sup> GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE, Emilio, "Fuentes del Derecho Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004, p.1.

solamente podrán actuar en el procedimiento arbitral aquellos que así lo hayan pactado.<sup>7</sup>

Consecuentemente, el acuerdo arbitral constituye la base para determinar quiénes serán las partes en el arbitraje y cuáles serán las principales características de dicho procedimiento. Dentro de estas características se encuentran, esencialmente, la sede del arbitraje, el reglamento que regirá el procedimiento (en caso de que se trate de un arbitraje institucional), el idioma del arbitraje y el número de árbitros.

Para el Dr. Francisco González de Cossío:

El acuerdo arbitral es la piedra angular de todo arbitraje. Es la semilla de la que florecerá la planta del procedimiento arbitral y que eventualmente dará como fruto un laudo arbitral. De desearse que la planta crezca sin problemas, el fruto sea adecuado y no presente problema alguno, será necesario cerciorarse que la semilla que le da origen sea apropiadamente sembrada.<sup>8</sup>

La importancia de la metáfora radica en que la redacción de la cláusula es algo muy delicado, porque la menor falla puede llegar a frustrar el arbitraje, o en el mejor de los casos, resultar en un arbitraje tortuoso. Lo anterior debido a que una

---

<sup>7</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "La Cláusula Arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004, p.55.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 131.

deficiencia en el acto consensual que precede al arbitraje implica cuestionar la viabilidad del mismo.<sup>9</sup>

De acuerdo con el Dr. Francisco González de Cossío, prácticamente todos los casos mexicanos en los que ha habido problemas en la ejecución del laudo, han tenido como origen un acuerdo arbitral defectuoso.<sup>10</sup> Por lo que la redacción de la cláusula arbitral tiene gran trascendencia, no sólo durante el procedimiento arbitral, sino a la hora de ejecutar el laudo.

#### *A. La forma del acuerdo arbitral*

Como ya se dijo, en el acuerdo arbitral las partes pactan resolver sus controversias mediante un procedimiento arbitral y renuncian a que dichas controversias puedan ser resueltas por los jueces locales. Debido a la trascendencia de esta renuncia al mecanismo de justicia habitual establecido en la legislación, es fundamental que la voluntad de las partes sea indubitable y para ello debe existir un elemento de formalidad: el acuerdo arbitral debe constar por escrito. De este modo, se evita que la renuncia al derecho de acudir a tribunales estatales para resolver la controversia pueda ser inadvertidamente impuesta a una de las partes.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "La Cláusula Arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004, p.63.

<sup>10</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 131.

<sup>11</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo", FORO, Tomo XIX, Número 1, México, 2006, p.5.

El requisito de que el acuerdo arbitral conste por escrito fue tomado del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras elaborada en el marco de la ONU, también conocida como Convención de Nueva York.<sup>12</sup> Aunque se consideró la posibilidad de permitir acuerdos verbales, el estudio realizado por la ONU reveló que el requisito de la escritura era exigido por la mayoría de los sistemas jurídicos y que en los países en que no era así, los acuerdos verbales no tenían gran valor probatorio, por lo que se decidió que el acuerdo arbitral debía constar por escrito.<sup>13</sup>

Es importante tomar en cuenta que dicha Convención es de 1958, por lo que los avances tecnológicos que han habido desde entonces permiten volver a abrir la discusión respecto de la forma del acuerdo arbitral. En este tenor, recientemente hubo modificaciones para permitir que el acuerdo arbitral no conste por escrito.<sup>14</sup> Como consecuencia, el hecho de que el acuerdo no conste por escrito se reduce a una exigencia de prueba y no a una exigencia de validez. Un ejemplo de estas modificaciones es la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, en

---

<sup>12</sup> UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>, p. 25.

<sup>13</sup> BAÑUELOS RIZO, Vicente, "Arbitraje Comercial Internacional: comentarios a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional", editorial Limusa, México, 2010, p. 123.

<sup>14</sup> En México sigue siendo indispensable que el acuerdo arbitral conste por escrito. Ver artículo 1423 del Código de Comercio.



la cual, desde 2006, se incorporó la posibilidad de que el acuerdo arbitral no conste por escrito.<sup>15</sup>

### B. *La sede del arbitraje*

En el acuerdo arbitral las partes suelen indicar el país en donde se llevará a cabo el arbitraje. En arbitraje comercial internacional, este país suele ser distinto a aquel en donde residen las partes. La intención con esto es que ninguna parte se vea beneficiada por la sede del arbitraje. Aunque lo anterior no es una regla general, es la práctica común.<sup>16</sup>

En este sentido, a las leyes del país que las partes hayan escogido como sede del arbitraje, se les conoce como *lex arbitri*.<sup>17</sup>

La *lex arbitri* es la ley que regirá el procedimiento arbitral, es el cimiento jurídico que contiene los pilares que permiten y dan eficacia a un procedimiento arbitral.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> En las enmiendas de 2006 realizadas a la Ley Modelo, se reconoce la posibilidad de que los países que adopten dichas enmiendas escojan entre dos opciones. En la primera se establece expresamente que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito, mientras que la segunda no establece dicho requisito, dejando la puerta abierta para que puedan haber acuerdos verbales. Consultar artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL, Opciones I y II.

<sup>16</sup> "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", UNCITRAL Working Group II, 32ª sesión, Viena (Austria), 20 -31 de marzo de 2000, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108 (14 de enero de 2000), párrafo 74.

<sup>17</sup> REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, "Redfern and Hunter on International Arbitration", Reino Unido, Editorial Oxford University Press, 2009, p.173.

<sup>18</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 506.

Es importante aclarar que esta ley no es la aplicable para resolver el fondo de la controversia. Por lo que la ley para resolver el fondo de la controversia puede ser mexicana mientras que, si las partes escogieron París, Francia, como sede del arbitraje, las leyes aplicables al procedimiento arbitral serán las leyes francesas.

La *lex arbitri* es fundamental en el procedimiento arbitral porque puede ser un factor para el buen funcionamiento y progreso del mismo. Como se estudiará más adelante, en caso de que las partes requieran asistencia judicial durante el arbitraje, por ejemplo, para el ordenamiento de medidas cautelares, las mismas tendrán que recurrir a la ley aplicable al procedimiento arbitral, para determinar cuáles son las facultades del juez y del tribunal arbitral en dicha materia. Asimismo, la *lex arbitri* puede limitar o ampliar las facultades del tribunal arbitral o del juez durante el procedimiento arbitral, por lo que es importante que las partes tomen en cuenta las particularidades de la *lex arbitri* antes de escoger al azar la sede del arbitraje.<sup>19</sup>

Además, el papel de la *lex arbitri* toma mayor importancia cuando se hace referencia al laudo arbitral. La ley que regirá al laudo arbitral es la *lex arbitri*, por lo tanto, la nulidad del mismo deberá demandarse en el país en donde éste fue dictado. Asimismo, la ejecución del laudo arbitral puede ser negada si el acuerdo arbitral no era válido bajo las leyes del país sede del arbitraje.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, pp.186-187.

<sup>20</sup> *Ídem.*

### C. Ley Aplicable al Acuerdo Arbitral

En cuanto a la ley aplicable al acuerdo arbitral, ésta no necesariamente debe ser la misma que la *lex arbitri*. Las partes pueden pactar otra ley aplicable al acuerdo arbitral.<sup>21</sup>

Esta facultad para elegir es apoyada por la Convención de Nueva York al establecer en su artículo V(a) que se negará la ejecución del laudo arbitral en caso de que el acuerdo arbitral no sea válido bajo la ley a la cual las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, bajo la ley del país en que se haya dictado el laudo. De lo anterior se desprende que las partes están facultadas para decidir cuál será la ley aplicable al acuerdo arbitral.

Sin embargo, en caso de que las partes no lo decidieran, existen dos principales posturas respecto de cuál es la ley aplicable:

1. La ley aplicable al acuerdo arbitral es la del fondo de la controversia. En virtud de que la cláusula arbitral es una de las tantas cláusulas del contrato, la misma se rige por la ley que rige al contrato en su totalidad.<sup>22</sup>
2. La ley aplicable al acuerdo arbitral es la *lex arbitri*. Atendiendo al ampliamente aceptado principio de independencia del acuerdo arbitral, dicho acuerdo se considera una cláusula independiente al resto del contrato, por lo

---

<sup>21</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, pp.197 y 205.

<sup>22</sup> LEW, Julian, "The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause" en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention", ICCA Congress Series, París, 1998 , vol. 9, p. 143.

que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no significa que el acuerdo arbitral también lo sea.<sup>23</sup> Con base en este principio, la doctrina establece que la ley aplicable al acuerdo arbitral puede no ser la misma ley que aquella aplicable al contrato, en virtud de que la cláusula arbitral es una cláusula independiente al resto del clausulado. Por lo que, la ley con la que tiene mayor relación el acuerdo arbitral, no es la ley que gobierna al contrato, sino la *lex arbitri*.<sup>24</sup> Como se mencionó con anterioridad, esta postura es aceptada por la Convención de Nueva York.

La postura que suele prevalecer en arbitraje comercial internacional es que la ley aplicable al acuerdo arbitral es la *lex arbitri*, por lo que es una razón más para escoger con detenimiento la sede del arbitraje.

#### D. *Los reglamentos de arbitraje*

Como ya se mencionó, uno de los principales elementos del acuerdo arbitral es la indicación de cuál será el reglamento institucional aplicable al procedimiento. Si bien es cierto que no es obligatorio señalar un reglamento de arbitraje o a alguna institución arbitral en el acuerdo, la práctica en arbitraje comercial internacional es que el procedimiento sea institucional, esto es, que las partes elijan, desde el acuerdo arbitral, a una institución arbitral como administradora del arbitraje y no una vez que haya surgido la controversia.

---

<sup>23</sup> GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, "*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 1999, p.198.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp.212 y 225.

Surgida la disputa, la parte que desee demandar el inicio del arbitraje deberá remitirse al acuerdo arbitral para saber ante quién se debe presentar la demanda de arbitraje.

Si las partes, en el acuerdo arbitral, se limitaron a pactar que las controversias que pudieren surgir serían resueltas mediante arbitraje, sin mencionar ninguna institución arbitral, dicho procedimiento arbitral será un arbitraje *ad hoc*, esto es, no estará regido por ningún reglamento institucional. En cambio, cuando las partes mencionan en su acuerdo arbitral a una institución arbitral para la administración del eventual proceso o al reglamento de esa institución, todas las normas contenidas en el reglamento respectivo se tendrán por incorporadas al acuerdo arbitral, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes.<sup>25</sup>

Entre las principales instituciones arbitrales a nivel internacional destacan las siguientes:

- i. *International Chamber of Commerce* (ICC) con sede en París, Francia.
- ii. *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) con sede en Nueva York, Estados Unidos.
- iii. *London Court of International Arbitration* (LCIA) con sede en Londres, Reino Unido.
- iv. *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) con sede en Estocolmo, Suecia.

---

<sup>25</sup> ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *op.cit.*, nota 3, p.58.

Entre las instituciones arbitrales en México destacan:

- i. Centro de Arbitraje de México con sede en el Distrito Federal.
- ii. Centro de Mediación y Arbitraje de la CANACO con sede en el Distrito Federal.

Cada reglamento de arbitraje es distinto e incluye distintas figuras y reglas para la organización del procedimiento arbitral.

En el presente trabajo se hará un enfoque especial al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, cuando sea necesario, se harán las respectivas comparaciones con los demás reglamentos.

### **1.1.2 La Ley Arbitral Mexicana**

El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio constituye, materialmente, la Ley Arbitral Mexicana, la que se complementa con algunas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles y de los Códigos Procesales locales en lo aplicable a los arbitrajes de naturaleza civil.

La Ley Arbitral Mexicana es aplicable a los arbitrajes comerciales de carácter nacional y a aquellos de carácter internacional en los que la sede del arbitraje es México. Además, se podrá aplicar en aquellos casos en los que la sede del arbitraje no es México pero, se inició un procedimiento jurisdiccional ante los jueces mexicanos y se necesita remitir a las partes a arbitraje o, cuando es

necesario adoptar medidas cautelares o, para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.<sup>26</sup>

La Ley Arbitral Mexicana está compuesta, principalmente, por diez capítulos. Los cuales se refieren, respectivamente, a disposiciones generales, el acuerdo de arbitraje, la composición del tribunal arbitral, su competencia, la sustanciación del procedimiento, el pronunciamiento del laudo y la terminación de las actuaciones, las costas, la nulidad del laudo, el reconocimiento y ejecución y la intervención judicial en el arbitraje.

Como ya se mencionó, las disposiciones contenidas en la Ley Arbitral Mexicana fueron tomadas de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial. Dicha Ley fue adoptada por México el 22 de julio de 1993 con cambios menores.

De acuerdo con la opinión de los expertos en arbitraje, la Ley Modelo de UNCITRAL es la línea de base para aquellos países que quieran modernizar su regulación arbitral.<sup>27</sup> Por lo tanto, aunque pudiera ser cuestionable el que la Ley Modelo, un instrumento internacional, hubiese sido adoptada para regular tanto arbitrajes nacionales como internacionales, lo cierto es que no existía en nuestro

---

<sup>26</sup> GONZÁLEZ DE CASTILLA DEL VALLE, Emilio, "Fuentes del Derecho Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.6.

<sup>27</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, p.176.

país un marco regulatorio arbitral que permitiese la elaboración de un régimen distinto a la Ley Modelo y adecuado a las necesidades nacionales.<sup>28</sup>

Asimismo, las disposiciones de la Ley Modelo han sido adoptadas por 71 jurisdicciones<sup>29</sup>, lo cual contribuye a la uniformidad de la regulación en materia arbitral en todo el mundo.

Al respecto, los principios rectores de la Ley Modelo son:<sup>30</sup>

- i. La postura minimalista que sostiene que el procedimiento arbitral no debe ser interferido, interrumpido o afectado, por las cortes locales, salvo por casos excepcionales; y
- ii. El principio de autonomía de la voluntad que sostiene que las partes pueden decidir sobre la conducción del procedimiento arbitral, siempre que no se violen normas de orden público.

En este tenor, la mayoría de las regulaciones en materia arbitral, en el mundo, siguen estos dos principios fundamentales para el éxito del arbitraje.<sup>31</sup>

En cuanto a las diferencias entre la Ley Modelo de UNCITRAL y la Ley Arbitral Mexicana, en el presente trabajo únicamente nos ocupan las relativas a las medidas cautelares, por lo que serán estudiadas en el capítulo respectivo.

---

<sup>28</sup> BAÑUELOS RIZO, Vicente, *op.cit.*, nota 13, p. 44.

<sup>29</sup> Consultar: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

<sup>30</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2., p. 22.

<sup>31</sup> *Ídem.*



### 1.1.3 Las convenciones y tratados internacionales

Las convenciones y tratados internacionales aplicables en arbitraje de los que México es parte son:

- i. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1965 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 27 de abril de 1978.
- ii. La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial, realizada en la ciudad de Montevideo, República Oriental de Uruguay, el 8 de mayo de 1979 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el jueves 20 de agosto de 1987.
- iii. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en la sede la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos, del 20 de marzo al 10 de junio de 1958 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971, mejor conocida como "Convención de Nueva York".
- iii. El Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 1992.
- iv. El Tratado de Arbitraje entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia, publicada en el Diario Oficial de la Federación el miércoles 6 de octubre de 1937.

v. El Tratado Interamericano y el Protocolo de Arbitraje Progresivo, firmado en Washington, Estados Unidos, el 5 de enero de 1929 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el viernes 11 de abril de 1930.

Debido a que el objeto de estudio del presente trabajo, no son los tratados internacionales en materia de arbitraje, el contenido de éstos no será estudiado. En todo caso, se harán observaciones, en la medida necesaria, respecto de las disposiciones relevantes de la Convención de Nueva York debido a su amplia aceptación mundial y trascendencia en el derecho arbitral.

#### *A. Distinción entre los distintos cuerpos normativos*

Ahondando al estudio realizado anteriormente sobre las fuentes del derecho arbitral, es menester distinguir la función y ámbito de aplicación de los distintos cuerpos normativos utilizados en el procedimiento arbitral.

Para ilustrarlo mejor, consideraremos que se trata de un arbitraje en el cual las partes, ambas con domicilio en Panamá, han acordado resolver las controversias que pudieran surgir de un contrato firmado en Panamá, cuyas obligaciones se deberán cumplir en dicho país, mediante arbitraje en México bajo el Reglamento CCI.

De acuerdo con dicho ejemplo, el punto de conexidad que hace aplicable el derecho arbitral es la sede del arbitraje. Así, las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, escogieron a México como país sede del arbitraje, por lo que, en este caso, la Ley Arbitral Mexicana será la *lex arbitri*.

Además, las partes acordaron que su arbitraje se llevaría bajo el Reglamento CCI. Por lo tanto, las reglas procedimentales aplicables al procedimiento, serán las contenidas en el reglamento antes mencionado.

En cuanto a la aplicación simultánea de la *lex arbitri* y el reglamento institucional escogido por las partes, en un principio pudiera parecer que el reglamento de arbitraje y la *lex arbitri* regulan lo mismo o que en ciertas áreas se traslapan, sin embargo, la función y razón de ser de cada una es distinta.

Francisco González de Cossío las diferencia de la siguiente manera:

Haciendo un parangón con el derecho civil, el derecho arbitral es al reglamento arbitral lo que el Código Civil es al contrato de compraventa. El primero es el derecho que permite que el segundo tenga lugar. El primero constituye en su mayoría normas dispositivas (es decir, que admiten pacto en contrario) y algunas imperativas (que no lo admiten) mientras que el segundo es el pacto específico de las partes en el acto o negocio jurídico específico. Utilizando adjetivos kelsenianos, es la norma jurídica particularizada al caso.<sup>32</sup>

Asimismo, en lo que al derecho sustantivo se refiere, en el presente caso está claro que el derecho aplicable será el panameño.

---

<sup>32</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, *op.cit.*, nota 2, 2011, p. 7.

## 1.2 El Tribunal Arbitral

La solución de controversias en el arbitraje recae única y exclusivamente en el Tribunal Arbitral, el cual se integra por uno o más árbitros.<sup>33</sup> Así, una vez que se ha constituido el Tribunal Arbitral es que existe un órgano competente para decidir la controversia o dictar medidas cautelares.<sup>34</sup> A diferencia de un órgano judicial, el tribunal arbitral no es permanente, toda vez que se integra para cada caso en específico y su existencia depende directamente del procedimiento arbitral para el cual se constituyó.<sup>35</sup> Acorde con lo anterior, una vez que el tribunal arbitral dicta el laudo, aquél se considera *functus officio*.

Respecto del nombramiento de los árbitros, los reglamentos institucionales generalmente establecen el mecanismo para nombrarlos. Sin embargo, las partes, conjuntamente, pueden pactar otro sistema que se ajuste a sus intereses.

Las partes son libres para escoger a los árbitros que decidirán su controversia, no obstante, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje obliga a que se establezcan ciertos límites respecto de la selección de árbitros. Esto, derivado de que el tribunal arbitral tiene, en esencia, una función jurisdiccional y la resolución

---

<sup>33</sup> Generalmente el número de árbitros debe ser impar para evitar el empate. Por lo mismo, varios países establecen dicho requisito en su legislación arbitral. Un ejemplo de esto es Costa Rica, cuya ley arbitral de 2010 (tomada de la Ley Modelo de UNCITRAL) establece en el artículo 10 que: "Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros siempre que sea impar". Aunque la Ley Arbitral Mexicana no lo señala expresamente, esto se puede inferir del artículo 1427 en el cual se establece el mecanismo para designar a 1 y 3 árbitros en caso de que las partes no lo hayan pactado.

<sup>34</sup> LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÔLL, Stefan M., "Comparative International Arbitration", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2003, p.224.

<sup>35</sup> GÓMEZ RUANO, Sofía, "El Tribunal Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.73.

que éste emita será vinculante para las partes de la misma manera que lo sería la decisión dictada por un juez de una corte local.

En este sentido, debido a que el estado permite que los laudos arbitrales sean ejecutados con la misma fuerza vinculatoria con la que son las sentencias judiciales, es necesario que el procedimiento arbitral y la composición del tribunal arbitral cumplan con los estándares mínimos de justicia y equidad de cualquier juicio.<sup>36</sup>

Por lo anterior, los árbitros deben permanecer independientes e imparciales durante todo el procedimiento arbitral. La imparcialidad se refiere a que el árbitro no favorezca a ninguna de las partes, ni esté predispuesto respecto de la solución que se le puede dar al problema; y la independencia, a que el árbitro no tenga ningún tipo de relación de dependencia con ninguna de las partes que pudiera afectar, o al menos parecer afectar, su libertad para decidir.<sup>37</sup>

En cuanto a las facultades del tribunal arbitral, éste goza de las facultades que las partes le hayan otorgado, ya sea a través del acuerdo arbitral, o del reglamento de arbitraje incorporado por referencia a dicho acuerdo. Asimismo, las facultades otorgadas al tribunal arbitral únicamente serán válidas en la medida en que estén permitidas por la legislación aplicable, en la mayoría de los casos, la *lex arbitri*.

---

<sup>36</sup> LEW, Julian D.M., *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.255.

<sup>37</sup> GÓMEZ RUANO, Sofía, "El Tribunal Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.85.

Finalmente, debido a que el árbitro es un particular facultado por las partes para resolver una controversia, no cuenta con *imperium* para imponer sanciones y exigir el cumplimiento de sus resoluciones. Sin embargo, los reglamentos institucionales y la ley lo facultan para utilizar otro tipo de herramientas para instar a las partes a cumplir con sus resoluciones. Ejemplos de estas herramientas son hacer inferencias negativas sobre la conducta de la parte que se niega a cumplir con la resolución<sup>38</sup>, condenar a una parte al pago de los gastos y costas del arbitraje, o recurrir a la asistencia judicial<sup>39</sup> en caso de que las circunstancias lo ameriten.<sup>40</sup>

### 1.3 Conducción del procedimiento

#### 1.3.1 Principios rectores del procedimiento arbitral

Como se dijo anteriormente, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias. Así, al decir que es un mecanismo alternativo de solución de controversias se hace evidente que es distinto al mecanismo ordinario: el litigio. Por lo mismo, el arbitraje sigue sus propias reglas. Sin embargo, no se puede hacer a un lado el hecho de que el laudo arbitral, dictado en el marco de un

---

<sup>38</sup> GREENBERG, Simon y LAUTENSCHLAGER, "Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice" en KRÖLL, Stefan Michael, et al. (editores), "International Arbitration in International Commercial Law; Synergy, Convergence and Evolution", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2011, pp.179-181.

<sup>39</sup> Esta herramienta es raramente utilizada por el tribunal arbitral en virtud de que hacer inferencias negativas es un recurso muy poderoso y menos oneroso.

<sup>40</sup> GÓMEZ RUANO, Sofía, "El Tribunal Arbitral" en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.88.

procedimiento arbitral, es obligatorio y vinculante para las partes, por lo que el procedimiento arbitral debe cumplir con los principios rectores de cualquier procedimiento para la resolución de conflictos, sea estatal o particular.<sup>41</sup>

El hecho de que el arbitraje cumpla con estos principios rectores del procedimiento es lo que hace que exista confianza en dicho mecanismo. Si el arbitraje no respetara estos principios, sería muy difícil que las partes decidieran someter sus disputas a un procedimiento en el cual no saben si se les respetarán sus derechos para defenderse de forma adecuada.

Los principios rectores del procedimiento arbitral son:

- a) El tribunal arbitral debe ser independiente e imparcial.
- b) Se le debe dar a las partes un trato igualitario.
- c) Las partes deben tener oportunidad para hacer valer sus derechos en cada etapa del procedimiento.
- d) El tribunal arbitral debe conducir el arbitraje de manera que se escuchen las pretensiones de las partes, se reciban sus pruebas y se conserve la agilidad del mismo para llegar a una solución rápida.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> LUTTRELL, Sam, "*Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test*", Holanda, Kluwer Law International, 2009, p.2

<sup>42</sup> LOPERENA RUIZ, Carlos y GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El procedimiento arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.93.

e) El laudo debe ser dictado con apego a las leyes a menos de que las partes hayan acordado que el tribunal arbitral podría actuar como amigable componedor.

### 1.3.2 El procedimiento arbitral

A diferencia de los juicios estatales, en arbitraje no existe un procedimiento fijo al cual se tengan que ceñir las partes, ya que uno de los principales beneficios del arbitraje es la maleabilidad del procedimiento.<sup>43</sup> Así, las partes tienen absoluta libertad para diseñar el procedimiento que más se acomode a sus intereses y a las características particulares de cada caso.<sup>44</sup>

En este sentido, las partes pueden pactar que durante el procedimiento arbitral haya intercambio de documentos en la posesión de la otra parte, también conocido como "*discovery*"<sup>45</sup>, o que las cuestiones técnicas las decida un experto o que las partes sometan su disputa a mediación de forma paralela al procedimiento arbitral.

---

<sup>43</sup> Si bien el Código de Comercio también reconoce el "procedimiento convencional" en el artículo 1051, el cual puede ser libremente convenido por las partes, lo cierto es que éste es poco utilizado debido a los requisitos para su procedencia establecidos en dicho código.

<sup>44</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 525

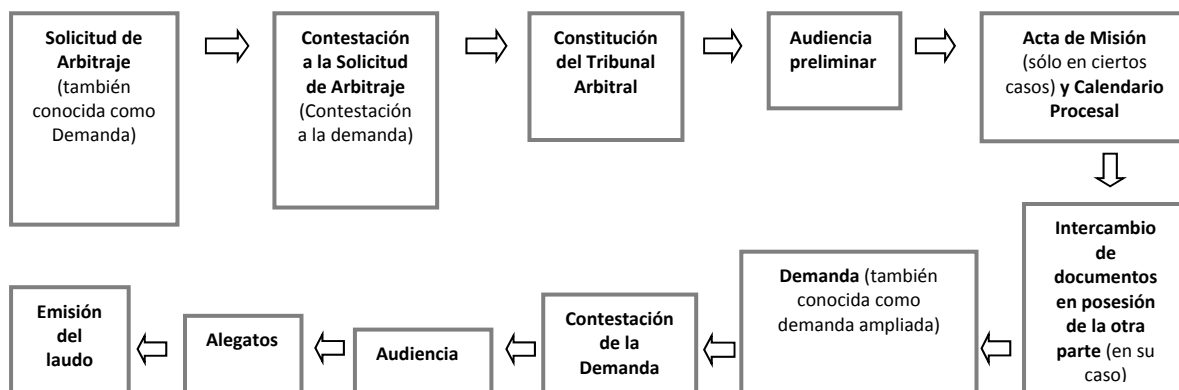
<sup>45</sup> Si bien este término es utilizado generalmente para referirse al intercambio de documentos, no es aconsejable utilizarlo porque es un término tomado del derecho procesal anglosajón, por lo que cuando se trata con una parte anglosajona, si se utiliza el término "*discovery*", dicha parte querrá imponer las reglas procesales seguidas en su país, lo cual colocaría en una gran desventaja a la otra parte. Además, el término "*discovery*" hace referencia a más que el intercambio de documentos. Por este motivo es más acertado llamar a esta etapa como intercambio de documentos.



Estos son sólo algunos de los ejemplos de situaciones que las partes pueden acordar durante el procedimiento arbitral y que serán aconsejables, o no, dependiendo de las características del caso en particular.

En este sentido, el tribunal debe seguir el procedimiento arbitral de conformidad con el deseo de las partes, en la medida en la que esto sea razonable, que no implique hacer a un lado las normas imperativas de la *lex arbitri* y que se respeten los principios rectores del procedimiento arbitral.

A pesar de que el procedimiento arbitral puede ser diseñado por las partes como un traje a la medida, en general, la ruta crítica que sigue dicho procedimiento es la siguiente:<sup>46</sup>



---

<sup>46</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, p.370.

### 1.3.3 Resoluciones dictadas durante el procedimiento arbitral

A lo largo del arbitraje, el tribunal arbitral puede ir normando el mismo mediante la emisión de órdenes procesales y laudos parciales.<sup>47</sup>

#### A. *Ordenes procesales*

Las Órdenes Procesales son aquellas resoluciones, dictadas por el tribunal arbitral, en las que únicamente se deciden temas de procedimiento. Debido a que en dichas resoluciones no se deciden temas de fondo, éstas no pueden ser anuladas.<sup>48</sup> Asimismo, pueden ser firmadas por todos los miembros del tribunal o solamente por el presidente.<sup>49</sup>

En cuanto al cumplimiento de las órdenes procesales, éstas suelen ser cumplidas voluntariamente por las partes y en caso de que una de las partes se niegue a cumplir, el tribunal arbitral lo puede tomar en cuenta a la hora de asignar los costos del arbitraje.<sup>50</sup>

#### B. *Laudos parciales*

En ciertos casos es conveniente que el tribunal arbitral decida ciertos temas relacionados con la controversia principal antes de continuar con el arbitraje. Por ejemplo, sobre su competencia para decidir la controversia o sobre la prescripción

---

<sup>47</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "El Arbitraje Comercial", México, editorial Themis, 2000, p. 216.

<sup>48</sup> GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, *op.cit.*, nota 23, p.664.

<sup>49</sup> Artículo 1446, Código de Comercio.

<sup>50</sup> Consultar, por ejemplo, el artículo 37(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

de alguno de los derechos de las partes. Dichas decisiones trascendentes para el fondo de la controversia o el procedimiento arbitral, deben tomar la forma de un laudo parcial.<sup>51</sup>

En este tenor, los laudos parciales son aquellas resoluciones en las que el tribunal arbitral decide temas relacionados con la disputa de fondo antes de emitir una decisión final. Al tratarse de una decisión sobre el fondo de la disputa, pueden ser anulados de acuerdo con las causales de nulidad previstas en la *lex arbitri*. Asimismo, cuando se trate de un tribunal arbitral compuesto por 3 personas, el laudo parcial debe de ir firmado por al menos dos de los integrantes del tribunal.<sup>52</sup> En cuanto a su ejecución, en teoría los laudos parciales deben ser cumplidos voluntariamente por las partes, sin embargo, se puede solicitar su ejecución de acuerdo con la ley aplicable y La Convención de Nueva York<sup>53</sup>.

Es importante tomar en cuenta que varios Reglamentos de Arbitraje establecen como requisito para dictar un laudo, que éste debe ser revisado por la

---

<sup>51</sup> LEW, Julian D.M., *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.633.

<sup>52</sup> El artículo 1446 permite pacto en contrario de las partes. En este sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece, en su artículo 31, que "a falta de mayoría el Presidente del Tribunal podrá dictar el laudo solo".

<sup>53</sup> En caso de que el país en donde se pretende ejecutar el laudo parcial sea parte de dicha convención. Además, es importante tomar en cuenta que existen opiniones encontradas. Por un lado, hay quienes argumentan que debido a que la Convención de Nueva York no establece si su ámbito de aplicación abarca los laudos parciales y no solamente los finales, aquéllos se encuentran fuera de su ámbito de aplicación. Sin embargo, hay quienes argumentan que la Convención de Nueva York es aplicable para ejecutar cualquier laudo arbitral, sea cual sea su contenido. Para más información ver BORN, Gary, "*International Arbitration: Cases and Materials*", Holanda, Kluwer Law International, 2011, p. 848; sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, "Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial", Themis, México, 2010, p. 198; "*Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (Arbitration) 32<sup>a</sup> sesión, Viena (Austria), 17 de mayo - 4 de junio de 1999, UN Doc. A./CN.9/460 (6 de abril de 1999), p. 30.

institución administradora del arbitraje antes de ser notificado a las partes. Dicha revisión muchas veces puede demorar la emisión del mismo.

Así, aunque pareciera ser muy clara la distinción entre órdenes procesales y laudos parciales, en la práctica es común que los árbitros se encuentren ante la disyuntiva de dictar una orden procesal o un laudo parcial debido a lo tenue que puede llegar a ser la línea divisoria. Asimismo, debido a que los requisitos para dictar un laudo pueden llegar a ser mayores, hay ocasiones en las que, aprovechando lo tenue que puede ser la distinción, pudiera ser conveniente dictar una orden procesal en lugar de un laudo parcial dada la urgencia con la que debe ser tomada esa determinación.<sup>54</sup>

#### **1.4 El laudo final**

El laudo es la resolución final sobre todos los puntos sometidos por las partes a la consideración del tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal arbitral que ponga fin a cualquier interrogante sobre el fondo de la controversia o sobre su propia competencia y que por ende pone fin al procedimiento arbitral; o cualquier resolución dictada por el tribunal arbitral dejando constancia sobre la

---

<sup>54</sup> LOPERENA RUIZ, Carlos, "Resoluciones del tribunal arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6, p.157.

transacción celebrada por las partes respecto de las cuestiones sometidas a la consideración del tribunal arbitral, que tiene fuerza vinculante para las partes.<sup>55</sup>

#### 1.4.1 Requisitos de los laudos

Si bien el laudo tiene ciertas semejanzas con una sentencia, principalmente porque resuelve la cuestión sometida al tribunal y tiene fuerza vinculante, éste no necesita cumplir con todos los requisitos con los que debe cumplir una sentencia dictada por jueces mexicanos.<sup>56</sup>

Algunos de los principales requisitos del laudo son que debe indicar el lugar en donde fue firmado y la fecha. Dicho lugar debe de ser el país sede del arbitraje. No importa que *de facto* no haya sido firmado ahí, ya que, en el caso de la Ley Arbitral Mexicana y la Ley Modelo de UNCITRAL, basta que se señale el lugar del arbitraje como el lugar en donde fue firmado el laudo para que se considere que así fue.<sup>57</sup>

Asimismo, como ya se mencionó con anterioridad, el laudo debe ir firmado al menos por la mayoría del tribunal arbitral. Algunos reglamentos de arbitraje establecen que a falta de mayoría basta con que sea firmado por el presidente del

---

<sup>55</sup> BROCHES, Aron, "Recourse against the Award; Recognition and Enforcement of the Award", en SANDERS, Peter (ed.), "Uncitral Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series", Lausanne, Kluwer Law International, 1984, Vol. 2, p. 208.

<sup>56</sup> LOPERENA RUIZ, Carlos, "Resoluciones del tribunal arbitral", en AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), *op.cit.*, nota 6 p.158.

<sup>57</sup> Consultar: Artículo 1448, Código de Comercio y artículo 31(3) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

tribunal arbitral. Al respecto, la Ley Arbitral Mexicana señala que el laudo deberá ir firmado, al menos, por la mayoría del tribunal arbitral.<sup>58</sup>

Otro requisito es que el laudo esté motivado. Aunque este requisito puede ser obviado por las partes, ya sea en el acuerdo arbitral o en el reglamento de arbitraje, la regla general es que si lo esté.<sup>59</sup>

En los casos en los que el reglamento de arbitraje invocado por las partes establece que el laudo arbitral debe someterse al escrutinio de la institución administradora, el tribunal arbitral está obligado a cumplir con dicho requisito antes de notificar el laudo a las partes.<sup>60</sup>

Finalmente, el tribunal arbitral está obligado a realizar sus mejores esfuerzos para garantizar que el laudo arbitral que ponga fin a la controversia sea ejecutable por la parte vencedora en el arbitraje. En este tenor, si bien el tribunal arbitral no puede garantizar que el laudo será ejecutable, ya que esto está sujeto a las distintas legislaciones en donde éste podría ser ejecutado, también lo es que el tribunal arbitral debe hacer todo lo que esté a su alcance para que el laudo no se encuentre viciado por alguna de las causales contenidas en la Ley Modelo de

---

<sup>58</sup> Consultar: Artículo 1448, Código de Comercio.

<sup>59</sup> Consultar: Artículo 1448, Código de Comercio. Un ejemplo cuando las partes pueden renunciar a la motivación del laudo es en el Reglamento de Arbitraje ABC de CANACO, el cual establece, en su artículo 13.2 que el laudo dictado en el procedimiento de arbitraje ABC no tendrá razones.

<sup>60</sup> Tal es el caso del Reglamento de Arbitraje de la CCI y las Reglas de Arbitraje del CAM.

UNCITRAL y Convención de Nueva York para anular laudos o resistir su ejecución, respectivamente.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> REDFERN, Alan, *et al.*, *op.cit.*, nota 17, p.517.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Las Medidas Cautelares en el Procedimiento Arbitral**



## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **Las medidas cautelares en el procedimiento arbitral**

Como se estudió en el capítulo anterior, el procedimiento arbitral, como un procedimiento para la resolución de controversias, recoge muchos de los principios y figuras del procedimiento jurisdiccional. Este es el caso de las medidas cautelares.

A continuación, se hará un estudio en lo general sobre la naturaleza de las medidas cautelares y su relación con el procedimiento arbitral.

#### **2.1 Antecedentes**

Durante los últimos 25 años han habido diversos cambios en el mundo del arbitraje. Primero, el procedimiento arbitral se ha vuelto más agresivo, tal vez, debido a las grandes sumas de dinero que generalmente se disputan en arbitraje.<sup>62</sup> Segundo, los abogados de las partes representan a sus clientes de una forma más partidaria que antes. En un principio, se trataba que las partes trataran de llegar a un acuerdo y la postura de los abogados era menos contenciosa. Ahora, los abogados conducen los arbitrajes de la misma manera que conducen un litigio. Lo anterior ha tenido como consecuencia que las necesidades de las

---

<sup>62</sup> Si bien para someterse a arbitraje no es un requisito que la disputa sea cuantiosa, la realidad es que generalmente las disputas más cuantiosas se resuelven en arbitraje debido al interés de las partes por escoger a las personas que la van a resolver. Además de que el arbitraje ofrece, generalmente, otros beneficios como la flexibilidad, confidencialidad y la aplicación, en muchos casos, de normas internacionales.

partes en un procedimiento arbitral vayan cambiando. Así, se ha incrementado la necesidad de solicitar el otorgamiento de medidas cautelares.<sup>63</sup>

Lo anterior obedece, en cierta medida, a los avances tecnológicos y a la globalización, que permiten que los bienes puedan ser movilizados de un país a otro en cuestión de horas. Por lo mismo, debido a la facilidad con que las partes pueden disponer de sus bienes, es cada vez más importante que en el procedimiento arbitral se puedan otorgar medidas cautelares, ya que, de esperar a que se resuelva definitivamente la controversia, podría ya no haber bienes suficientes para ejecutar el laudo o se podría haber causado un daño irreparable. Además, debido a que en los últimos veinte años ha incrementado considerablemente el uso del arbitraje, ha aumentado la confianza en el mismo, y como resultado, la exigencia de las partes para que el procedimiento arbitral cumpla con sus estándares.<sup>64</sup>

En este tenor, la postura de que las medidas cautelares son contrarias al espíritu del arbitraje y por ende, no deben formar parte del procedimiento arbitral, fue abandonada hace mucho tiempo. De hecho, por las razones que ya se comentaron, hoy en día se considera que la disponibilidad de las medidas

---

<sup>63</sup> HÓBER, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan, "International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series", Vol. 13, Montreal, Kluwer Law International, 2007, p. 721.

<sup>64</sup> YESILIRMAK, Ali, "Provisional Measures in International Commercial Arbitration", Holanda, Kluwer Law International, 2005, p. 14.

cautelares en el procedimiento arbitral es fundamental para el progreso y resultado favorable del mismo.<sup>65</sup>

## **2.2 Concepto general de medida cautelar y requisitos para su otorgamiento**

Las medidas cautelares<sup>66</sup> son los medios tendientes a asegurar la eficacia del derecho de quien fundadamente teme que su deudor enajene, oculte o dilapide los bienes de su propiedad provocando su insolvencia o, realice cualquier otro acto u omisión que pudiese resultar en hacer ineficaz o inútil la sentencia o laudo que eventualmente condene al deudor al cumplimiento de una obligación.<sup>67</sup> Así, dichas medidas deben estar dirigidas a buscar el equilibrio entre dos prioridades, por un lado, la tutela del patrimonio de la parte objeto de la medida y por el otro, la garantía de subsistencia de la materia sobre la cual se demanda el derecho del acreedor.<sup>68</sup>

En palabras del Dr. González de Cossío, las medidas cautelares son herramientas utilizadas por tribunales, ya sean estatales o arbitrales, durante la

---

<sup>65</sup> ABASCAL ZAMORA, José María, "The Art of Interim Measures" en VAN DEN BERG, Albert Jan, *"International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series"*, *op.cit.*, nota 63, p.752.

<sup>66</sup> Por razones de simplicidad y uniformidad en el término "medidas cautelares" se pretende abarcar las diferentes especies de las mismas, así como las diferentes denominaciones con las que se aluden: medidas provisionales, medidas protectoras, medidas conservadoras, providencias o medidas precautorias y medidas interinas.

<sup>67</sup> CASTRILLÓN Y LUNA, Víctor M., "Derecho Procesal Mercantil", México, editorial Porrúa, 2010, p. 221.

<sup>68</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Falta de Liquidez en las empresas y sus consecuencias jurídicas. Aspectos de la ejecución jurisdiccional" en "Falta de Liquidez de las empresas y sus consecuencias jurídicas", Colección Foro de la Barra Mexicana, Barra Mexicana de Abogados, México, Themis, 1996, pp. 15-16.

consecución de un litigio o arbitraje, que buscan proteger la *litis* de la controversia, durante el procedimiento, para facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.<sup>69</sup>

En este contexto, las medidas cautelares encuentran su razón de ser en la urgencia; para poder dictar una medida cautelar, debe existir la urgencia de evitar un posible daño irreparable. Así, es importante distinguir los dos umbrales que deben ser superados para dictar una medida cautelar:

#### *A. Urgencia*

Definir el concepto de urgencia es complicado debido a que se deben analizar las circunstancias especiales de cada caso. Sin embargo, someramente se podría decir que existe urgencia cuando, de no dictarse la medida cautelar y esperar a que se dicte el laudo final, sería demasiado tarde para proteger los derechos o bienes amenazados y, por ende, la ejecutabilidad o necesidad práctica del laudo.<sup>70</sup>

#### *B. Daño irreparable*

El requisito de que la medida cautelar únicamente se puede dictar en casos de daño irreparable va muy de la mano con la urgencia. El daño irreparable atiende a que, en caso de que no se haya dictado la medida cautelar, el daño

---

<sup>69</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 625.

<sup>70</sup> *Íbidem*, p. 626.

causado no podrá ser resarcido de ninguna manera, por lo que el otorgamiento de la medida cautelar se vuelve esencial.<sup>71</sup>

Al respecto, la doctrina ha distinguido al daño irreparable como aquel daño que no puede ser fácilmente resarcido monetariamente. Así, si el posible daño pudiere ser resarcido con una eventual condena al pago de daños y perjuicios en el laudo final, éste no debe ser considerado irreparable.<sup>72</sup>

Los anteriores umbrales se ven reflejados en los requisitos comúnmente exigidos, a la parte solicitando el otorgamiento de la medida cautelar, por las cortes locales y tribunales arbitrales para el otorgamiento de la misma. Así, de acuerdo con la práctica de tribunales arbitrales y cortes locales, los requisitos con los que debe cumplir la parte que solicita el otorgamiento de una medida cautelar son los siguientes:<sup>73</sup>

- i. La medida cautelar solicitada debe ser urgente y en caso de no dictarse la misma, el daño sufrido deberá ser irreparable.
- ii. El eventual daño que se le pudiese causar a la parte que eventualmente resultará compelida por la medida cautelar debe ser menor que el daño que se causaría a la otra parte en caso de que no se dictara la misma.

---

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> GRIERSON, Jacob y HOOFT VAN, Annet, "Part IV: Procedure Before the Arbitral Tribunal, Chapter 17: Interim Measures Applications" en "Arbitrating under the 2012 ICC Rules", Holanda, Kluwer Law International, 2012, p.161.

<sup>73</sup> *Ibídem*, p.162.

iii. La parte que solicita el otorgamiento de la medida cautelar debe tener bases sólidas para prevalecer en la decisión de fondo que eventualmente será dictada por el tribunal que decida la controversia.

Es importante aclarar que, aunque un requisito para el otorgamiento de una medida cautelar es que la parte solicitándola tenga bases sólidas para prevalecer en la decisión de fondo en el arbitraje, el otorgamiento de la misma no constituye una decisión previa sobre el fondo del asunto y en ningún caso garantiza que las pretensiones de la parte a la cual se le concedió el otorgamiento de la medida deban prevalecer.

Adicionalmente, al momento de dictar una medida cautelar, el tribunal arbitral deberá tomar en cuenta la conducta procesal de las partes, la eventual proximidad del pronunciamiento del laudo<sup>74</sup>, la compatibilidad de la medida con la ley aplicable a la ejecución de la misma, la posible afectación a derechos de terceros y que el cumplimiento de la medida dependa únicamente de las partes, ya que si el cumplimiento depende de terceros, dicha medida deberá ser dictada por una corte local, entre otros.<sup>75</sup>

No obstante, es importante aclarar que los anteriores requisitos son los comúnmente exigidos para el otorgamiento de medidas cautelares, sin embargo, debido a la naturaleza flexible y adaptable del arbitraje, los distintos cuerpos

---

<sup>74</sup> De modo tal que si la emisión del mismo es cercana, no tiene sentido dictar una medida cautelar y es más conveniente apresurar la emisión del laudo arbitral.

<sup>75</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *op.cit.*, nota 47, p. 265.

normativos en esta materia suelen darle amplia discreción al tribunal arbitral para decidir qué requisitos exigir dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso.<sup>76</sup>

Si bien lo anterior tiene un aspecto muy positivo, que es, no encasillar el procedimiento arbitral en requisitos que podrían resultar irrelevantes en determinados casos; este enfoque también tiene un lado negativo, al no darle consistencia y previsibilidad al tema de otorgamiento de medidas cautelares.<sup>77</sup>

Finalmente, "en las medidas [cautelares] es necesario distinguir su justificación actual, esto es, frente a las apariencias del momento y su justificación última".<sup>78</sup> En otras palabras, las medidas cautelares no tienen como objetivo el perdurar indefinidamente en el tiempo, sino que son provisionales en su naturaleza y no aspiran jamás a convertirse en definitivas.<sup>79</sup> Por ende, el tiempo de vida de éstas transcurre desde que son dictadas, hasta que la controversia es resuelta de forma definitiva, en el caso del arbitraje, mediante del laudo final.

---

<sup>76</sup> YESILIRMAK, Ali, *op.cit.*, nota 64, pp. 160-161.

<sup>77</sup> HÓBER, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan, *op.cit.*, nota 63, p.731.

<sup>78</sup> CHIOVENDA, José, "Principios de derecho procesal civil", trad. de la 3ª ed. Italiana de José Casais y Santaló, t. I y II, Madrid, 1977, p. 262.

<sup>79</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el proceso civil", Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004, p. 235.

En resumen, encontramos que los elementos de las medidas cautelares son:<sup>80</sup>

- i. *Urgencia*: que existan razones para creer que de no tomar acciones inmediatas, la materia del arbitraje podría fenecer.
- ii. *Daño irreparable*: que el daño que se genere no pueda ser resarcido mediante una condena en daños y perjuicios.
- iii. *Derecho*: que exista apariencia de buen derecho.
- iv. *Necesidad*: que exista una correlación lógica entre la medida solicitada y el daño que se desea evitar.
- v. *Temporalidad*: que su duración esté limitada al periodo que transcurra entre su emanación y la de la resolución que dirima el fondo de la controversia.

### **2.3 Importancia de las medidas cautelares en el arbitraje**

La razón de ser de las medidas cautelares, en general, "se erige en torno a paliar el tiempo que emplean los tribunales de justicia en resolver el conflicto ante ellos planteado."<sup>81</sup> Sin embargo, este tiempo, necesario en cualquier procedimiento para que las partes prueben sus pretensiones y logren la convicción del juez o

---

<sup>80</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales" en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), "Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional", México, Porrúa, 2010, p.186

<sup>81</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 79, p. 241.



árbitro al momento de resolver el litigio, puede convertirse en el principal enemigo del sujeto activo de la relación procesal y el principal aliado del sujeto pasivo, el cual únicamente tiene que esperar el desarrollo completo del procedimiento, sabiendo que durante ese tiempo, las circunstancias podrán modificarse para su beneficio.

Por lo anterior, los ordenamientos jurídicos han reconocido las medidas cautelares, cuyo objetivo es asegurar la efectividad de la resolución que eventualmente se dicte.<sup>82</sup>

Así, a pesar de que el procedimiento arbitral suele ser más expedito que los procedimientos jurisdiccionales<sup>83</sup>, es necesario que existan mecanismos para proteger los derechos de las partes durante el tiempo que éste dure y que no permitan que se torne nugatorio el objetivo del arbitraje.

Por ende, aunque el procedimiento arbitral sea por regla general más rápido que los procedimientos jurisdiccionales, es necesario que transcurran ciertos pasos para que se pueda dictar el laudo. Así, antes de poder decidir el fondo de la controversia de forma definitiva, es inevitable que el árbitro escuche a las partes y tenga oportunidad de analizar las pretensiones de éstas. Esto, como es sabido, toma tiempo; por lo que la disputa no se resuelve de forma inmediata y,

---

<sup>82</sup> *Ídem.*

<sup>83</sup> Las razones son muchas: en el arbitraje no hay apelaciones ni recursos, las partes marcan el paso del procedimiento (pueden acelerarlo tanto como ellas quieran), la carga de trabajo de los árbitros es menor a la de los jueces, entre otras.

por ende, por más rápido que sea el procedimiento, existen circunstancias en las que la necesidad de que se dicten medidas cautelares es latente.

En este tenor, las medidas cautelares en el procedimiento arbitral reflejan la preocupación por que durante el transcurso del procedimiento, la materia del litigio pudiera dañarse en detrimento de una de las partes. En ese sentir, el ánimo de las partes que formulan esta petición al tribunal arbitral puede tener dos propósitos: (i) mantener el *status quo* en tanto se resuelve el litigio y (ii) garantizar la ejecución del laudo arbitral.<sup>84</sup>

En consecuencia, la emisión de una medida cautelar en el procedimiento arbitral se justifica en aquellos casos en los cuales, de no adoptarse, el resultado sería que una de las partes se vería privada de razones para continuar con el arbitraje al hacer inexistente su utilidad práctica.<sup>85</sup>

Finalmente, es importante considerar que, debido al papel tan relevante que juegan las medidas cautelares en cualquier procedimiento, el tribunal deberá cuidar, al momento de dictar dichas medidas, el no prejuzgar y no dar ventajas indebidas a ninguna de las partes. De lo contrario, las medidas solicitadas, más allá de proteger el objeto de la controversia, se transformarían en un arma de

---

<sup>84</sup> STALEV, Zhivko, "*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "*International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series*", Bahrain, Vol. 6, Kluwer Law International, 1994, p. 104 y "*Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (*Arbitration and Conciliation*), 36a sesión, Nueva York (E.U.A.), 4-8 de marzo de 2002, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.119 (30 de enero de 2002), párrafo 12.

<sup>85</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El arbitraje y judicatura", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), "*Arbitraje Comercial Internacional*", México, editorial Porrúa, 2007, p. 111.

presión de la parte solicitante para crear incomodidad o, inclusive, perjuicios a la otra parte.<sup>86</sup>

## **2.4 Facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares**

Hace 40 años, el tema de las medidas cautelares en el arbitraje no era un tema controvertido. En esencia, cuando una parte necesitaba que la otra no realizara cierta conducta o en sentido opuesto, que la realizara, se lo solicitaba al tribunal arbitral. Si éste consideraba que la petición era razonable, lo ordenaba. Así, se consideraba que si las partes habían decidido someter sus controversias a arbitraje y por ende, a la competencia del tribunal arbitral, aquéllas debían cumplir de buena fe con las órdenes del tribunal arbitral. Por lo tanto, las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares no eran un tema cuestionable, simplemente se consideraba que eran parte de sus facultades para resolver la controversia.<sup>87</sup>

Sin embargo, en los últimos años, conforme ha ido evolucionando el arbitraje y, por ende, las técnicas de defensa de las partes, ha cobrado mayor importancia el tema de las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares.

---

<sup>86</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *op.cit.*, nota 47, p. 262.

<sup>87</sup> HÓBER, Kaj, “*Interim Measures by Arbitrators*”, en VAN DEN BERG, Albert Jan, *op.cit.*, nota 63, p. 721.

En general, la interrogante sobre si el tribunal arbitral tiene facultades para dictar medidas cautelares ha sido resuelta de forma positiva.<sup>88</sup> Los ordenamientos internacionales y las leyes nacionales que están basadas en la Ley Modelo de UNCITRAL reconocen que el tribunal arbitral tiene facultades para dictar medidas cautelares.<sup>89</sup> Sin embargo, todavía hay países en los que las facultades para dictar medidas cautelares se encuentran reservadas para las cortes locales y, por ende, los tribunales arbitrales no pueden dictar ningún tipo de medidas cautelares en el marco del procedimiento arbitral.<sup>90</sup> Asimismo, hay algunos países que se inclinan hacia el lado opuesto: el tribunal arbitral no sólo tiene facultades para dictar medidas cautelares, sino que inclusive puede ejecutarlas por sí mismo, sin necesidad de que la parte que las solicitó se vea en la necesidad de recurrir a los jueces para su ejecución.<sup>91</sup> Inclusive, hay legislaciones que van todavía más allá y permiten que el tribunal arbitral ordene su ejecución mediante el uso de la fuerza pública.<sup>92</sup>

México ha adoptado la postura del punto medio. Los tribunales arbitrales pueden dictar medidas cautelares en el marco del procedimiento arbitral, pero no pueden ejecutar por sí mismos dichas medidas. En caso de que la parte no quiera

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 731.

<sup>89</sup> CONEJERO ROOS, Cristian, et al., "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencia", ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 81.

<sup>90</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de Argentina, Italia y Suiza, véase BORN, Gary, "*International Arbitration: Cases and Materials*", Holanda, Kluwer Law International, 2011, p.814.

<sup>91</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de Cuba, Nicaragua, Perú y República Dominicana. Consultar, CONEJERO ROOS, Cristian, *et al.*, *op.cit.*, nota 89, p. 81.

<sup>92</sup> Tal es el caso de Colombia y Ecuador. Consultar, *Idem*.

cumplir *motu proprio* con lo ordenado por el tribunal arbitral, la parte que solicitó dichas medidas tendrá que recurrir a las cortes locales para su ejecución.<sup>93</sup>

#### **2.4.1 El origen de la facultad para dictar medidas cautelares**

El origen de la facultad de un tribunal arbitral para dictar medidas cautelares es controvertida. Hay quienes opinan que ésta nace de la facultad del tribunal para regular el procedimiento arbitral y hay quienes opinan que nace de la facultad que tiene para decidir el mismo.<sup>94</sup> Por otro lado, el Profesor Zhivko Stalev opina que la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares no nace de ninguna de las anteriores, sino que se trata de una facultad distinta, la cual debe estar expresamente otorgada al tribunal arbitral por las partes o la ley aplicable.<sup>95</sup>

Sea cual sea el caso, para determinar la procedencia de una medida, el tribunal arbitral debe analizar las facultades concedidas bajo (i) la ley aplicable al procedimiento arbitral, (ii) los tratados internacionales aplicables y (iii) el acuerdo arbitral, el cual, como ya se mencionó, incorpora las reglas de arbitraje de la institución administradora que haya sido escogida por las partes.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> El tema de medidas cautelares bajo la Ley Arbitral Mexicana será estudiado con mayor detenimiento en el capítulo respectivo de este trabajo.

<sup>94</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2., p. 628.

<sup>95</sup> STALEV, Zhivko, "*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 84, p. 105.

<sup>96</sup> BORN, Gary B., "*International Commercial Arbitration*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009, p.1946.

De acuerdo con el experto en arbitraje, Gary B. Born, en la práctica, es común que las leyes nacionales no establezcan expresamente cuáles serán las facultades del tribunal arbitral respecto del otorgamiento de medidas cautelares, asimismo, es común que tampoco las limiten. Además, es usual que las reglas de arbitraje de la institución administradora simplemente establezcan que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar medidas cautelares. Finalmente, es muy poco frecuente que las partes señalen algo al respecto en su acuerdo arbitral.<sup>97</sup> Por ende, lo más común es que las facultades del tribunal arbitral tengan origen en el reglamento arbitral aplicable, sin que éste señale claramente cuáles serán las atribuciones del tribunal arbitral.

A pesar de lo anterior, es importante hacer énfasis en los límites que pudiera tener la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, dependiendo de dónde tengan su origen dichas medidas. Si la facultad nace del acuerdo de las partes, es posible que se encuentre más limitada que si derivara de la ley. Lo anterior debido a que ésta nacería de un acuerdo privado, por lo que se deberán respetar los límites establecidos por la ley, mientras que si naciera de la ley, su ámbito de aplicación podría ser mayor.<sup>98</sup>

En las siguientes páginas de este trabajo se hará un estudio detallado sobre las facultades concedidas al tribunal arbitral para el otorgamiento de

---

<sup>97</sup> BORN, Gary B., *op.cit.*, nota 53, p. 820.

<sup>98</sup> STALEV, Zhivko, "Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 84, p. 109.

medidas cautelares bajo tres cuerpos normativos, la Ley Modelo de UNCITRAL, el Código de Comercio y el Reglamento CCI.

## **2.5 Consecuencias del incumplimiento con lo ordenado en las medidas cautelares**

En casi todos los casos las partes cumplen voluntariamente con las medidas cautelares ordenadas por el tribunal arbitral.<sup>99</sup> En gran medida, este cumplimiento se debe a que las partes tratan de evitar crearse una mala imagen ante el tribunal arbitral debido a que éste es el que decidirá el fondo de la controversia. Además, el tribunal arbitral, aunque no tiene facultades para hacer de forma coactiva que se cumpla con la medida cautelar, tiene gran autoridad real sobre las partes.

El tribunal arbitral puede tomar en cuenta la conducta de las partes durante el procedimiento y, por ende, considerar el incumplimiento de una de ellas con la medida cautelar dictada durante el procedimiento, al momento de resolver sobre los costos del arbitraje, en específico, al resolver sobre el porcentaje que deberá cubrir cada parte.<sup>100</sup> De modo tal que si una parte tiene interés real en el fondo del

---

<sup>99</sup> HOBÉR, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 63, p. 746 y "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 75.

<sup>100</sup> ROSELL, José, "Arbitration Costs as Relief and/or Damages", *Journal of International Arbitration*, Vol. 28 No. 2, Kluwer Law International, 2011, p.126.

asunto, es decir, que no tenga como propósito dilatar el procedimiento, tendrá cuidado respecto de cómo se conduce frente al tribunal arbitral.<sup>101</sup>

En este tenor, el incumplimiento de una de las partes con lo ordenado por un tribunal arbitral no debe tener como consecuencia inmediata una decisión en el fondo contraria a sus intereses, sin embargo, dicha conducta sí debe, y puede, ser tomada en cuenta por el tribunal arbitral a la hora de asignar los costos del arbitraje.<sup>102</sup>

Finalmente, el reducir el incumplimiento con una medida cautelar, a una condena en costos, no basta para contrarrestar las consecuencias derivadas de dicho incumplimiento<sup>103</sup>, por lo que la parte que solicitó la medida cautelar o el tribunal arbitral<sup>104</sup>, pueden solicitar asistencia judicial para que, por medio de la fuerza coactiva del estado, se obligue a la parte inconforme a cumplir con lo ordenado por el tribunal arbitral.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *op.cit.*, nota 47, p. 267.

<sup>102</sup> STALEV, Zhivko, "*Interim Measures of Protection in the Context of Arbitration*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 84, p. 110; ver artículo 37.5 del Reglamento CCI.

<sup>103</sup> Los principales elementos de una medida cautelar son la urgencia y la amenaza de un daño irreparable, por lo que si no se cumple con la medida, el daño irreparable ya se habría causado al momento de hacer la condena en costos en el laudo final. Por ello, la condena en costos únicamente sirve como un incentivo negativo a las partes para colaborar con las órdenes del tribunal arbitral y no como una solución por el incumplimiento de una de ellas.

<sup>104</sup> Si bien el tribunal arbitral tiene facultades para acudir a la asistencia judicial, ésta es raramente utilizada en la práctica porque la valoración de falta de cooperación de una parte, como inferencia, es un recurso muy poderoso.

<sup>105</sup> El análisis detallado de la intervención judicial en la ejecución de medidas cautelares en México se realizará en el capítulo respectivo.



## 2.6 Tipos de medidas cautelares

### 2.6.1 Objetivos de las medidas cautelares

Esencialmente, las medidas dictadas por un tribunal arbitral pueden tener como objetivo los siguientes:<sup>106</sup>

#### *A. Medidas destinadas a facilitar la conducción del procedimiento arbitral*

En este supuesto se incluyen aquellas medidas destinadas a que una de las partes proporcione o conserve ciertos elementos de prueba o las destinadas a que las partes conserven el carácter confidencial de ciertos aspectos del arbitraje, como puede ser guardar bajo llave determinada información o mantener en secreto el lugar y fecha de la audiencia.

#### *B. Medidas destinadas a mantener el status quo*

En este supuesto se incluyen las siguientes medidas: que se le ordene a una de las partes que continúe con la ejecución de un contrato en lo que se resuelve el fondo de la controversia; que se le ordene la conservación de ciertos bienes; o que realice ciertas conductas para tratar de mitigar los daños.

#### *C. Medidas tendientes a facilitar la ejecución del laudo*

Dentro de este supuesto se encuentran aquellas medidas en las que se ordena el embargo de determinados bienes o el congelamiento de cuentas para asegurar que en el momento en el que se dicte el laudo final, aquella parte, en

---

<sup>106</sup> "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 63.

caso de resultar vencida, tendrá bienes suficientes para cumplir con lo que se ordene en dicho laudo.

## **2.6.2 Tipos de medidas cautelares comúnmente dictadas en arbitraje**

Son pocas las limitaciones que existen respecto de los tipos de medidas cautelares que pueden ser dictadas por un tribunal arbitral. Siempre que se respeten los principios esenciales que rigen al procedimiento arbitral, el tribunal puede dictar todo tipo de medidas cautelares.<sup>107</sup>

En este sentido, salvo por las posibles limitaciones impuestas por la ley o el acuerdo de las partes, en la mayoría de los casos la única limitación del tribunal arbitral es su propia creatividad e imaginación.<sup>108</sup>

Al respecto, la Ley Modelo de UNCITRAL únicamente señala cuáles son los motivos por los que se puede dictar una medida cautelar, pero no limita las facultades del tribunal arbitral a un listado de posibles medidas.

A pesar de que las medidas cautelares que puede dictar un tribunal arbitral no se encuentran ceñidas a un listado específico, en la práctica internacional se

---

<sup>107</sup> HOBÉR, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 63, pp. 730-731.

<sup>108</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 635.

encuentran ciertas medidas que son dictadas con relativa frecuencia. A continuación se enlistan algunas de las más comunes.<sup>109</sup>

#### *A. Otorgamiento de garantías financieras*

Estas medidas cautelares tienen como propósito facilitar la eventual ejecución del laudo arbitral. Tal es el caso del secuestro y demás medidas que buscan 'congelar' los bienes con los cuales se daría cumplimiento con lo ordenado en el laudo arbitral. En virtud de que la ejecución de estas garantías es de jurisdicción exclusiva de los tribunales estatales, será necesario solicitar la ejecución de las mismas ante los tribunales estatales. Sin embargo, el tribunal arbitral está facultado para ordenar dichas medidas y, las partes, deberán cumplir con las órdenes del tribunal arbitral como parte de su compromiso de cooperar con la conducción eficaz del procedimiento.

#### *B. Venta de bienes*

Hay casos en los que se han emitido órdenes que restringen la venta de bienes. Para que ello suceda, los tribunales han requerido que se pruebe que la contraparte tiene intención de vender dichos bienes, que éstos son irremplazables y que el daño que resultaría de la venta de los mismos sería irreparable.<sup>110</sup>

#### *C. Preservar u obtener pruebas*

---

<sup>109</sup> *Ibídem*, pp. 637-651.

<sup>110</sup> *Ibídem*, p. 646.

Es necesario distinguir entre la necesidad de obtener pruebas y la de preservarlas. Cuando se requiere preservar una prueba, estamos hablando de una situación en la cual, de no hacer algo, se perderán los medios para soportar el dicho de una de las partes y, como consecuencia, la defensa de dicha parte se verá sustancialmente afectada.

Cuando se habla de obtención de pruebas, es necesaria la intervención de los jueces para suplir la mayor carencia del arbitraje: la falta de imperio. Es importante considerar que aunque el árbitro carece de imperio para coaccionar la exhibición de determinada prueba, el árbitro puede incentivar el cumplimiento de la parte en cuyo poder obra la misma mediante el uso de las inferencias negativas. Sin embargo, cuando se trata de un tercero al procedimiento arbitral, sí será necesario recurrir a los jueces para solicitar la exhibición de las pruebas requeridas por la parte solicitante.

#### *D. Proteger la jurisdicción de un Tribunal Arbitral*

Una medida que en ocasiones ha sido empleada por tribunales internacionales consiste en la suspensión de procedimientos en otros foros mientras se decide la controversia ante el tribunal arbitral. La razón de ser de este tipo de decisiones es:

- i. el interés del tribunal arbitral por proteger su jurisdicción;
- ii. la preocupación del tribunal arbitral por asegurar la efectividad del laudo arbitral;
- iii. honrar el acuerdo de las partes de ventilar la disputa mediante arbitraje; y

iv. evitar que existan decisiones contradictorias respecto de una misma controversia o una relacionada.

Las facultades del tribunal arbitral para dictar esta medida, conocida en el derecho anglosajón como *anti-suit injunctions*, han sido ampliamente controvertidas. Lo anterior en virtud de que el tribunal arbitral carece de imperio para ordenar a una corte local que deje de conocer de determinada controversia.

A pesar de lo anterior, cuando se han dictado medidas cautelares de este tipo, los tribunales arbitrales han exigido que los procedimientos paralelos versen sobre una reclamación idéntica o substancialmente similar a la reclamación que se ventila en arbitraje; o que los procedimientos paralelos involucren los mismos hechos y derecho; o que exista el riesgo de sentencias contradictorias.

*E. Órdenes de pago de anticipo para gastos o para cubrir los costos del arbitraje*

Una de las características más importantes del arbitraje es su costo. Debido a que la resolución la dicta un particular, los honorarios de dicho particular deben ser asumidos por las partes. Además, todos los gastos administrativos que se pudieran generar con motivo del procedimiento arbitral deben ser cubiertos por éstas (incluyendo los honorarios de la institución administradora). Asimismo, debido al elemento internacional del arbitraje, se deben considerar gastos como viáticos de abogados y expertos en el lugar de la audiencia, renta de equipo durante la audiencia, renta de instalaciones, honorarios de expertos y abogados, traducción simultánea y transcripción estenográfica durante la audiencia, entre otros.

#### a. Anticipo para cubrir gastos

Cuando las partes presentan su solicitud para el inicio de un arbitraje ante la institución administradora, ésta les requiere el pago del anticipo para gastos. De acuerdo con las pretensiones de cada parte, la institución administradora fija el monto que debe cubrir cada una como anticipo de los gastos que se puedan generar durante el procedimiento. Hay casos en los que una de las partes, generalmente el demandado, se rehúsa a pagar su parte correspondiente del anticipo. En aquellos casos, es posible solicitar al tribunal que dicte una medida cautelar ordenando el pago del anticipo para cubrir los gastos del arbitraje.

Esta medida cautelar es relativamente nueva y su uso se ha incrementado de manera significativa. De hecho, en la primera edición (1998) del libro de Derains y Schwartz sobre el Reglamento CCI, se indicó que no conocían de ningún caso en el que se hubiera dictado una medida cautelar ordenando el pago del anticipo para gastos del arbitraje.<sup>111</sup> Sin embargo, la segunda edición (2005) del libro indica que se tiene conocimiento de varios casos en los que el tribunal arbitral ha dictado este tipo de medidas cautelares.<sup>112</sup>

#### b. Garantía para pago de costos del arbitraje

---

<sup>111</sup> DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *"Guide to the ICC Rules of Arbitration"*, The Hague, editorial Kluwer Law International, 1998, p. 320.

<sup>112</sup> DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *"Guide to the ICC Rules of Arbitration"*, The Hague, 2º edición, editorial Kluwer Law International, 2005, p. 347.

En cuanto al pago de los costos, la regla general en arbitraje comercial internacional es que la parte que pierde el arbitraje paga los costos del mismo.<sup>113</sup> En ese sentido, es común que una de las partes, ante el temor fundado de que su contraparte no pague los costos del arbitraje en caso de ser condenada, solicite al tribunal arbitral que dicte una medida cautelar consistente en ordenar a la otra parte la constitución de una garantía para responder por los costos del arbitraje.

Al momento de ordenar dicha medida, el tribunal arbitral deberá hacer una estimación de los posibles costos que se pudieran generar durante el procedimiento arbitral, tomando en cuenta todas las etapas del mismo y las circunstancias especiales del caso.

De acuerdo con el ex presidente del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, Neil Kaplan, esta medida cautelar es la más común en arbitraje, que si bien tuvo su origen en el *common law*, ahora es ampliamente utilizada por abogados de todas las corrientes jurídicas.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Como ejemplo, consultar el artículo 28.4 del Reglamento LCIA y el artículo 1455 del Código de Comercio. Sin embargo, esta regla está en proceso de cambio. Recientemente, se ha ido adoptando la postura de que el tribunal arbitral deberá tomar en cuenta la conducta procesal de las partes a la hora de decidir el porcentaje que deberá cubrir cada parte de los costos del arbitraje (ver artículo 37.5 del Reglamento de Arbitraje de la CCI).

<sup>114</sup> KAPLAN, Neil, "*Interim Measures-A Practical Experiences*", en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), *op.cit.*, nota 63, p. 771.

## **CAPÍTULO TERCERO**

### **Estudio de las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL, el Código de Comercio y el Reglamento CCI**



## **CAPÍTULO TERCERO**

### **Estudio de las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL, el Código de Comercio y el Reglamento CCI**

En el presente capítulo se hará un estudio, de lo general a lo particular, sobre el tratamiento regulatorio que se le da a las medidas cautelares a nivel internacional, nacional y en los reglamentos institucionales, especialmente, el Reglamento CCI. Asimismo, se hará especial énfasis en las modificaciones que han sufrido estos ordenamientos en la última década.

#### **3.1 Las medidas cautelares en la Ley Modelo de UNCITRAL**

Para poder iniciar el estudio de la regulación de las medidas cautelares, es necesario empezar por el tratamiento que se le da a nivel internacional a las mismas. En este tenor, se analizarán las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL y, en aquellos casos en los que el análisis lo amerite, se mencionarán de manera auxiliar otros instrumentos internacionales.

UNCITRAL es el órgano de la Organización de las Naciones Unidas encargado de reducir los obstáculos económicos causados por las disparidades entre las legislaciones nacionales aplicables al comercio internacional. UNCITRAL ha redactado y promovido numerosas convenciones multilaterales y modelos de leyes en diversas áreas del comercio internacional como: arbitraje, conciliación, compraventa de mercaderías, transporte de mercaderías, contratación pública,

contratos de construcción, pagos internacionales, comercio electrónico, insolvencia transfronteriza, entre otros.<sup>115</sup>

Como parte de este esfuerzo por unificar las legislaciones nacionales en materia de comercio, UNCITRAL creó la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional. Dicha ley está formulada para ayudar a los estados a modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que éstas incorporen las necesidades del arbitraje comercial internacional. En este sentir, la Ley Modelo refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.<sup>116</sup>

La Ley Modelo regula todas las etapas del procedimiento arbitral, empezando por el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento, ejecución y nulidad del laudo arbitral.

En cuanto a las medidas cautelares, el considerable incremento de casos que se resuelven mediante arbitraje ha tenido como consecuencia un incremento en el uso de las medidas cautelares. Por ende, el uso de las mismas se ha ido volviendo cada vez más sofisticado. Dicha sofisticación atiende a dos premisas. La primera, se confirma la idea de que, como ya se mencionó en el capítulo anterior,

---

<sup>115</sup> BAÑUELOS RIZO, Vicente, *op.cit.*, nota 13, p. 27.

<sup>116</sup> Consultar [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

el árbitro tiene amplias facultades para dictar medidas cautelares. La segunda, se reconoce la necesidad de crear un sistema que no sólo confirme las facultades del tribunal arbitral, sino que además provea a los usuarios del arbitraje de una gama de medidas cautelares disponibles que les permitan a las partes lograr un balance entre las necesidades de la parte que solicita la medida cautelar y las necesidades de la parte que se verá afectada por su otorgamiento.<sup>117</sup>

Es por esto que, en 2006, para satisfacer las necesidades de los usuarios del arbitraje, se efectuaron importantes cambios a la Ley Modelo.<sup>118</sup> Entre los cambios realizados se encuentra el artículo 17, el cual es la base para el otorgamiento de medidas cautelares en el procedimiento arbitral.

### **3.1.1 Antecedentes del artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL con las enmiendas de 2006**

El texto original de la Ley Modelo incluía un régimen muy general de medidas cautelares aceptable para las legislaciones estatales y acorde con las necesidades, de aquella época,<sup>119</sup> de los usuarios del arbitraje. A grandes rasgos,

---

<sup>117</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG (ed.), Jan, Antología "50 Years of the New York Convention", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009, p.540.

<sup>118</sup> A la fecha, noviembre de 2012, las únicas leyes arbitrales basadas en el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL con las enmiendas aprobadas en 2006 son de los siguientes países o estados: Australia, Brunei Darussalam, Hong Kong, Costa Rica, Eslovenia, Florida (EUA), Georgia, Irlanda, Mauricio, Nueva Zelanda, Perú y Ruanda (consultar: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)).

<sup>119</sup> El texto original de la Ley Modelo es de 1985 (consultar <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>).

ésta señalaba en su artículo 17 que el tribunal arbitral estaba facultado para otorgar medidas cautelares a menos de que las partes acordaran lo contrario y siempre que fuera respecto del 'objeto del litigio'. Asimismo, el tribunal arbitral podía solicitar el otorgamiento de garantías en conexión con las medidas solicitadas.<sup>120</sup>

#### *A. Deficiencias del artículo 17*

El significado del requisito de que las medidas cautelares estuvieran relacionadas con el 'objeto del litigio' generó confusión en la práctica porque en muchos casos éste se interpretaba en el sentido de que las medidas cautelares debían estar, literalmente, relacionadas con el objeto del litigio. Dicho requisito fue tomado del artículo 26(1) del Reglamento UNCITRAL de 1976, el cual establecía lo siguiente:

A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.<sup>121</sup>

En este sentido, haciendo una interpretación conjunta del artículo 17 de la Ley Modelo y el artículo 26 del Reglamento UNCITRAL, se concluía que las

---

<sup>120</sup> Artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas."

<sup>121</sup> Artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 (<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>).

medidas cautelares debían estar limitadas a la conservación de bienes objeto del litigio, por lo que el otorgamiento de cualquier otra medida que no estuviera relacionada con dichos bienes se consideraba que excedía las facultades del tribunal arbitral.<sup>122</sup> Sin embargo, esta interpretación del artículo 17 es errónea; de acuerdo con los redactores de la ley modelo, su intención era que las medidas otorgadas estuvieran relacionadas con la disputa entre las partes y no, limitar el otorgamiento de las medidas cautelares únicamente a la conservación del objeto del litigio.<sup>123</sup>

Además, otra carencia de la Ley Modelo es que no orientaba a las partes, ni al tribunal arbitral, respecto de los requisitos que se debían cumplir para otorgar una medida cautelar ni sobre el análisis que debía realizar el tribunal arbitral para decidir sobre su otorgamiento.<sup>124</sup> Lo anterior suponía que, debido a la infinidad de casos que se podían presentar y a la flexibilidad del arbitraje, no era necesario regular los requisitos con los que se debía cumplir para solicitar una medida cautelar, ni limitar el análisis que debía hacer el tribunal arbitral. Sin embargo, a lo largo del tiempo se fue analizando la conveniencia de incluir un sistema que fuera acorde con la regla de oro en arbitraje; más allá de limitar a las partes y al tribunal

---

<sup>122</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, pp. 541-542.

<sup>123</sup> "*Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat*", *op.cit.*, nota 84, p. 12.

<sup>124</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 543.

arbitral imponiendo una serie de requisitos, hay que orientarlas para que puedan actuar dependiendo de las circunstancias de cada caso.<sup>125</sup>

Por otro lado, el texto original de dicha ley tampoco regulaba el supuesto de que las condiciones cambiaran durante el procedimiento arbitral y fuera necesario modificar la medida cautelar otorgada. Lo anterior en virtud de que se creyó, en aquel momento, que no era necesario regularlo ya que si el tribunal arbitral tenía facultades para dictar medidas cautelares, implícitamente también las tenía para modificarlas.<sup>126</sup> Asimismo, una característica principal de las medidas cautelares en general (en los procedimientos jurisdiccionales o arbitrales) es la de la 'variabilidad'. De acuerdo con ésta, nada impide que las medidas cautelares puedan ser modificadas antes de que se dicte la resolución que dirima la controversia, si en el transcurso del procedimiento cambian las circunstancias que tuvo presente el tribunal al momento de conceder dichas medidas.<sup>127</sup> Por lo anterior, incluir en la Ley Modelo una disposición que específicamente regulara ese supuesto parecía innecesario. Sin embargo, en la práctica se demostró la necesidad de que la Ley Modelo lo estableciera expresamente.

Adicionalmente, la Ley Modelo no regulaba el tratamiento que le tenía que dar una corte local a la solicitud de una de las partes para que dictara una medida

---

<sup>125</sup> ABASCAL ZAMORA, José María, "Barcelona Afterthoughts", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, vol.20, no. 1, p.113.

<sup>126</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 542.

<sup>127</sup> MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, *op.cit.*, nota 79, pp. 235-236.

cautelar ni el tratamiento que se le debía dar a la ejecución judicial de las mismas. Esto generaba gran incertidumbre debido a que no se conocían los alcances que podía tener una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral ni el tratamiento que le debían dar las cortes locales.<sup>128</sup>

Como consecuencia de las lagunas regulatorias antes mencionadas, las legislaciones nacionales se dieron a la tarea de regularlo. Esto fue, a todas luces, contrario al propósito de la Ley Modelo de armonizar las regulaciones nacionales en arbitraje. Lo anterior tuvo como consecuencia que, ante el desconocimiento de los tribunales arbitrales de las limitaciones y requisitos de cada ley nacional, éstos tendieron a errar por el lado de la precaución y negar las medidas solicitadas; teniendo un impacto negativo en el arbitraje.<sup>129</sup>

Es por lo anterior que, en 1999, se empezó a discutir la idea de modificar la Ley Modelo para hacer frente a las exigencias del mundo comercial y de la época.<sup>130</sup> Así, con la entrada del nuevo milenio, tuvo lugar la primera sesión del grupo de trabajo encargado de discutir el tema de medidas cautelares. Después

---

<sup>128</sup> BORN, Gary, *op.cit.*, nota 53, p. 840

<sup>129</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, "Reforming the Model Law Provisions on Interim Measures of Protection", *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, 2006, No. 1, p.2.

<sup>130</sup> "Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 53, p. 2.

de seis años de discusiones, el texto final fue aprobado por UNCITRAL en julio de 2006.<sup>131</sup>

La consigna del grupo de trabajo encargado de discutir las modificaciones al artículo 17 de la Ley Modelo era:

1. Regular la amplia gama de medidas cautelares disponibles en arbitraje;
2. Establecer lineamientos para orientar al tribunal arbitral en el análisis de una solicitud de otorgamiento de medidas cautelares y la modificación y terminación de las mismas;
3. Regular el tema de medidas cautelares dictadas por una corte local en asistencia a un procedimiento arbitral; y
4. Crear un sistema adecuado que permitiera la ejecución de las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

Teniendo claros los objetivos, el Grupo de Trabajo se dio a la tarea de revisar otros ordenamientos internacionales que lo pudieran ayudar a conocer mejor la regulación de las medidas cautelares y los vacíos en la misma. Así, el grupo de trabajo estudió los *ILA Principles of Provisional and Protective Measures in International Litigation*, el borrador de los *Fundamental Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* del American Law Institute y el borrador de la *Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in civil and Commercial Matters*

---

<sup>131</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 544.



de la Haya para poder normar un criterio respecto de la regulación general en medidas cautelares.<sup>132</sup>

Las conclusiones del Grupo de Trabajo obtenidas del estudio realizado, dieron como resultado un nuevo capítulo dentro de la Ley Modelo denominado "Capítulo IV A", el cual regula de manera exhaustiva las medidas cautelares que, con motivo del arbitraje, puede dictar un juez o tribunal arbitral.

### **3.1.2 Medidas Cautelares bajo el Capítulo IV A**

El Capítulo IV A de la Ley Modelo se encuentra conformado por once artículos que regulan el otorgamiento de medidas cautelares y su ejecución.

#### *A. Facultad del tribunal arbitral*

Lo primero que hay que estudiar respecto de la facultad del tribunal arbitral para dictar una medida cautelar es la jurisdicción que tiene éste para resolver el fondo de la controversia. Así, un requisito para que el tribunal arbitral pueda dictar una medida cautelar es que, después de un análisis *prima facie* del acuerdo arbitral de donde nace su competencia, éste considere que se encuentra facultado para resolver la disputa. En este tenor, si una de las partes objetó la jurisdicción

---

<sup>132</sup> "Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 84, pp. 14-22.

del tribunal arbitral y éste no se ha pronunciado al respecto, se considera que no tiene facultades, aún, para dictar una medida cautelar.<sup>133</sup>

Una vez que el tribunal arbitral ha decidido, *prima facie*, que es competente, es importante pasar al análisis del primer párrafo del artículo 17 de la Ley Modelo, el cual establece que, "salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares".

De lo anterior se desprende que es posible que las partes pacten que el tribunal arbitral no podrá dictar medidas cautelares. Los motivos por los que el grupo de trabajo escogió un sistema *opt-out* son varios. Por un lado, se consideró que esta opción era más viable que optar por un sistema *opt-in*, en el cual las partes tendrían que acordar, de antemano, que el tribunal puede dictar medidas cautelares. Esta opción era poco viable debido a que, una vez surgida la controversia, no era probable que las partes llegaran a un acuerdo, por lo que era más conveniente facultar de inicio al tribunal arbitral y, en caso de que las partes no estuvieran de acuerdo, permitirles negar, conjuntamente, esas facultades.<sup>134</sup>

Además, el grupo de trabajo consideró que en la gran mayoría de los casos las cláusulas arbitrales no son redactadas por expertos en arbitraje, por lo que esperar que en dichas cláusulas se estableciera un régimen de medidas

---

<sup>133</sup> BREKOULAKIS, Stravos L. and SHORE, Laurence, "UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A, Article 17 [Power of arbitral tribunal to order interim measures]" en MISTELIS, Loukas A. (ed.), "Concise International Arbitration", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2010, p. 616 .

<sup>134</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.5.

cautelares era afortunado en la teoría pero poco realista en la práctica.<sup>135</sup> Finalmente, en virtud de que el sistema de medidas cautelares es una herramienta muy útil para el arbitraje comercial, era más conveniente que este sistema fuera aplicable por regla general y, sólo si las partes estuvieran de acuerdo en no utilizarlo, que pudiera ser excluido.<sup>136</sup>

Asimismo, del artículo 17 también se desprende que es necesario que una parte lo solicite. En otras palabras, el tribunal arbitral no puede ordenar medidas cautelares de oficio, siempre debe ser a petición de parte.

#### B. *Concepto de medida cautelar*

De acuerdo con el artículo 17.2 de la Ley Modelo, por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo parcial, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo final, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- (i) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia; o
- (ii) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo

---

<sup>135</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 548.

<sup>136</sup> *Ídem.*

ciertos actos que probablemente ocasionarían un daño o menoscabo al procedimiento arbitral; o

(iii) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar un laudo subsiguiente; o

(iv) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

a. Destinatarios de la medida

Conforme a la anterior definición, los únicos destinatarios de la medida cautelar son las partes. Si bien este principio es aplicable a todo el procedimiento arbitral, en el tema de medidas cautelares la Ley Modelo lo señala expresamente. Esto encuentra su razón de ser en el hecho de que, muchas veces, las partes necesitan que se ordenen medidas cautelares que involucran a terceros y, como ya se estudió, el tribunal arbitral carece de imperio; no puede dictar medidas cautelares que afecten a personas que no sean parte del acuerdo arbitral. Así, con el fin de dejar claro el alcance de las medidas cautelares, los redactores de la Ley Modelo decidieron incluir dicha frase en la definición de medidas cautelares.<sup>137</sup>

b. ¿Laudo u Orden Procesal?

---

<sup>137</sup> ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, *op.cit.*, nota 3, p.236.

Las medidas cautelares no necesariamente deben ser otorgadas en forma de laudo y la nueva redacción de la Ley Modelo viene a confirmarlo.<sup>138</sup> Las razones del Grupo de Trabajo para confirmar lo que se había venido haciendo en la práctica fueron, justamente, que el tribunal arbitral debía tener la libertad de decidir la forma de la medida cautelar que iba a otorgar. Lo anterior en virtud de que para que tenga sentido el otorgamiento de una medida cautelar, es necesario que se haga de forma expedita y, en muchos casos, esto se puede ver afectado si la medida cautelar se dicta en forma de laudo. Por lo que fue preferible dejar la puerta abierta para que los tribunales arbitrales decidieran dependiendo del caso en concreto.<sup>139</sup>

En este contexto, aunque pareciera ser que dicha inclusión en la Ley Modelo no dice nada nuevo, la importancia de ésta radica en que se aclaró el tema de la forma de las medidas cautelares. Así, en los países en los que se adopte el nuevo texto de la Ley Modelo, no se podrá negar la asistencia judicial en la ejecución de una medida cautelar por el hecho de que ésta no consta en un laudo.

### c. Supuestos para otorgar una medida cautelar

---

<sup>138</sup> "Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 53, párrafo 116.

<sup>139</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 549.

Como parte de la definición de "medida cautelar", el artículo 17.2 incluye una lista de supuestos para el otorgamiento de medidas cautelares que, aunque es exhaustiva, es lo suficientemente general para encuadrar en cuatro categorías todos los posibles escenarios en los cuales se justifica el otorgamiento de una medida cautelar.<sup>140</sup>

Para poder reducir todas las posibles medidas cautelares a esas cuatro categorías, la Secretaría<sup>141</sup> envió un cuestionario a árbitros y abogados de parte preguntándoles sobre las medidas cautelares que habían otorgado y visto en la práctica.<sup>142</sup> Con base en las respuestas recibidas y en las discusiones realizadas por el Grupo de Trabajo, se hizo una depuración de la información recibida para lograr supuestos generales que capturaran la esencia de las medidas cautelares.<sup>143</sup> Con ello, se logró hacer una definición que fuera lo suficientemente amplia para poder encuadrar casi cualquier medida cautelar, pero que sirviera de guía para el tribunal arbitral respecto de los supuestos en los que se pueden solicitar dichas medidas.

Así, los supuestos bajo los cuales se puede otorgar una medida cautelar son los siguientes:

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 551.

<sup>141</sup> Por Secretaría se hace referencia a la División de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría, la cual presta servicios de secretaría a UNCITRAL. Ver "Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional" en [http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/uncitral/spanish/texts/general/06-58167_Ebook.pdf).

<sup>142</sup> "Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 84, párrafo 7.

<sup>143</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p. 6.

- a) para que se mantenga o restablezca el *status quo*;
- b) para que se adopte una medida con el fin de evitar un daño actual o inminente o el menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) para que se proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente;
- d) para que se preserven elementos de prueba.

Respecto de las medidas cautelares dictadas para "impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral", es importante mencionar que esto se agregó con el propósito de facultar expresamente al tribunal arbitral para dictar órdenes que tuvieran como propósito detener procedimientos paralelos y evitar que las partes utilizaran tácticas dilatorias que afectaran el desarrollo expedito del procedimiento.<sup>144</sup>

Sin embargo, como se mencionó en el capítulo anterior, la facultad del tribunal arbitral para detener procedimientos paralelos es cuestionable, ya que éste no es competente para dictar órdenes que obliguen a terceros extraños al procedimiento arbitral.

En todo caso, esta facultad para impedir algún daño actual o inminente o menoscabo al procedimiento arbitral puede ser interpretada en el sentido de que el tribunal arbitral puede ordenarles a las partes que no inicien o continúen con procedimientos paralelos, pero no puede ordenarle a terceros el detener dichos procedimientos.

---

<sup>144</sup> *Idem.*

### C. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

En el nuevo texto de la Ley Modelo se incluyó el artículo 17 A relativo a las condiciones que se deben cumplir para el otorgamiento de medidas cautelares. Dicho artículo va de la mano con los requisitos que en la práctica habían venido exigiendo los tribunales arbitrales. En esencia, los requisitos son:

- (i) que de no otorgarse la medida solicitada, se causaría un daño irreparable y no resarcible adecuadamente mediante una indemnización; y
- (ii) que exista una posibilidad razonable de que la demanda de la parte que solicita el otorgamiento de la medida cautelar prospere.

El propósito al incluir estos dos requisitos fue encontrar un balance: que el daño que se pretende evitar sea real e irreparable y que la parte que lo solicite no haya presentado una demanda infundada.

Respecto del segundo requisito, la principal preocupación del Grupo de Trabajo era que, al otorgar una medida cautelar en contra de una parte, dicha parte considerara que existía una predisposición por las pretensiones de su contraparte. El propósito del Grupo de Trabajo fue encontrar un balance entre que, no cualquiera pudiese solicitar una medida cautelar para evitar el abuso y, no hubiera una predisposición temprana por las pretensiones de la otra parte.<sup>145</sup> Lo anterior se solucionó incluyendo que "la determinación del tribunal arbitral respecto

---

<sup>145</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "*Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)*", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 552.



de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal."<sup>146</sup>

Un aspecto criticado por los practicantes fue que las condiciones exigidas son las mismas sin importar el tipo de medida cautelar que se esté solicitando y ello puede ser poco efectivo en la práctica (excepto en las solicitudes tendientes a preservar evidencia, en cuyo caso sólo se exigirán estos requisitos si el tribunal arbitral lo considera pertinente).<sup>147</sup> Sin embargo, el argumento contrario es que las condiciones establecidas no constituyen una lista limitativa, el tribunal arbitral puede tomar en consideración todas aquellas circunstancias que considere adecuadas para valorar el otorgamiento de la medida, por lo que exigir las mismas condiciones se vuelve irrelevante cuando el tribunal arbitral puede ampliarlas en la medida en la que lo considere pertinente.

### 3.1.3 Órdenes Preliminares

De forma general, se podría decir que las órdenes preliminares o *ex-parte* son una especie del género 'medidas cautelares' y son aquellas que pueden ser emitidas sin notificar a la otra parte.<sup>148</sup> Sin embargo, existen importantes

---

<sup>146</sup> Artículo 17 A (2) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

<sup>147</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p. 9.

<sup>148</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales" en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.188

diferencias que distinguen a las órdenes preliminares de las medidas cautelares, dichas diferencias serán estudiadas con detenimiento a continuación.

#### A. *Antecedentes de las órdenes preliminares*

Las medidas cautelares ordinarias requieren de un procedimiento que respete un debido proceso. Esto necesariamente implica que antes de que se otorgue la medida solicitada, debe haber un intercambio de comunicaciones entre las partes y el tribunal arbitral y probablemente una audiencia. El tiempo inherente a dichos requisitos incitan que la parte, en contra de la cual se solicitó la medida, tome medidas *de facto* para mermar la eficacia de la medida cautelar solicitada.<sup>149</sup>

En un esfuerzo por solucionar este problema, se idearon las 'órdenes preliminares', cuyo objetivo es que se puedan dictar sin el conocimiento de la parte a quien va dirigida para que se abstenga de frustrar la misma.<sup>150</sup>

Sin embargo, la inclusión de dicho régimen a la Ley Modelo de UNCITRAL no fue algo sencillo, de hecho, fue materia de muchas discusiones del Grupo de Trabajo. En esencia, la duda radicaba en:<sup>151</sup>

- i. si dicho régimen era compatible con el arbitraje;

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, p.189

<sup>150</sup> "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 67.

<sup>151</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 545.

ii. si era conveniente incluirlo en una ley cuyo objetivo es que sea adoptada por todas las legislaciones nacionales; y

iii. si era susceptible de ser ejecutado por las cortes locales de los distintos países.

Al final, el Grupo de Trabajo fue de la idea de que era necesaria la existencia de un régimen de órdenes *ex-parte* en virtud de que la práctica arbitral así lo demandaba. Asimismo, ante la disyuntiva de incluirlo en el texto de la Ley Modelo o únicamente dejar su inclusión al arbitrio de los Reglamentos de Arbitraje, se concluyó que era más conveniente la primera opción ya que así se le estaría dando mayor fuerza a dicho sistema, al ser parte de la legislación nacional y no depender únicamente del acuerdo de las partes.<sup>152</sup>

#### *B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento*

El artículo 17.B de la Ley Modelo establece lo siguiente:

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, pp. 545-546.

Lo primero que hay que distinguir del artículo 17B es que, al igual que el régimen general aplicable a las medidas cautelares, la aplicación de las órdenes preliminares también puede ser excluida por acuerdo de las partes.

Asimismo, la solicitud que se hace de medidas cautelares es una solicitud distinta a la solicitud de órdenes preliminares. El objetivo de las órdenes preliminares es congelar las cosas en el estado en que se encuentran en lo que el tribunal arbitral decide sobre la procedencia de las medidas cautelares. En este sentido, ambas solicitudes corren suertes distintas y el otorgamiento de una no presupone el otorgamiento de la otra.

Así, cuando una parte desea que se dicte una medida cautelar pero teme que si la parte objeto de la medida tiene conocimiento de dicha solicitud, ésta intente frustrar la misma, lo que hace es solicitar, al mismo tiempo, una orden preliminar y una medida cautelar. Cuando se presentan dichas solicitudes<sup>153</sup>, el procedimiento a seguir es el siguiente:

El tribunal arbitral toma en cuenta las condiciones del caso y decide, previo a resolver la solicitud relativa a la medida cautelar, si es necesario dictar una orden preliminar. En caso de que decida sí hacerlo, la orden preliminar no constituirá una medida cautelar en sí, sino una orden a la parte en contra de la

---

<sup>153</sup> Al decir que son dos solicitudes distintas se hace referencia a que el hecho de que se niegue una no significa que necesariamente se deba negar la otra. Asimismo, no por tratarse de dos solicitudes distintas significa que deben ser presentadas en escritos separados.

cual se desea que se dicte la medida cautelar para que, durante el periodo entre el dictado de la orden preliminar y el dictado (o no) de la medida cautelar, ésta mantenga el *status quo* y así, en caso de que el tribunal arbitral posteriormente decida dictar la medida cautelar, ésta prospere.

Una vez que el tribunal arbitral dicta la orden preliminar, se le envían a la parte objeto de la medida todos los documentos presentados por su contraparte al solicitar la medida cautelar y orden preliminar, y la resolución del tribunal arbitral dictada concediendo o negando la orden preliminar. Con esto, se da oportunidad a la parte objeto de la medida de presentar sus observaciones respecto del otorgamiento de la medida cautelar antes de que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la misma. Así, una vez que la parte objeto de la medida se ha pronunciado respecto del otorgamiento de la misma, el tribunal arbitral debe decidir habiendo escuchado la posición de ambas partes.<sup>154</sup>

Es importante hacer notar que, en caso de que el tribunal arbitral haya ordenado el otorgamiento de la orden preliminar, el procedimiento antes descrito respecto del otorgamiento de las medidas cautelares se llevaría a cabo bajo la orden de que, la parte objeto de la medida cautelar, no puede realizar ningún acto tendiente a frustrar la misma, en lo que el tribunal arbitral se pronuncia respecto de la procedencia de las medidas cautelares.

---

<sup>154</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p. 13 y GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "Interim Measures: Ongoing Regulation and Practices (A View From the UNCITRAL Arbitration Regime)", en VAN DEN BERG, Jan (ed.), *op.cit.*, nota 117, p. 547.

Lo que se logra con el otorgamiento de la orden preliminar es que se mantenga el *status quo* (es decir, que la parte objeto de la medida se vea obligada a no frustrarla misma) en lo que el tribunal arbitral se pronuncia respecto de la procedencia de la medida y que, al mismo tiempo, no se viole la garantía de audiencia de la parte objeto de la medida. Para fines de claridad vale apuntar que el único efecto de una orden preliminar es que la parte objeto de una medida cautelar previamente solicitada, se obligue a mantener las cosas en el estado en que se encuentran para que, en caso de concederse la medida cautelar, el cumplimiento de ésta no esté imposibilitado. Por el contrario, cuando no se emite orden preliminar previo al dictado de una medida cautelar, la parte objeto de ésta no se encuentra obligada a mantener el *status quo* durante el procedimiento necesario para el dictado de una medida cautelar; no es sino hasta la emisión de dicha medida cautelar que surgirá una obligación para la parte objeto de la misma.

En cuanto a los criterios de valoración que debe seguir el tribunal arbitral en el otorgamiento de una orden *ex-parte*, el principal criterio es que el otorgamiento de la orden debe ser *necesario* para evitar que la parte, en contra de la cual va dirigida, frustre la efectividad de la medida cautelar que eventualmente dictaría el tribunal arbitral. Asimismo, el tribunal arbitral debe hacer una valoración del daño que se le podría causar a la parte afectada por el otorgamiento de dicha orden. En esta etapa, el tribunal arbitral no debe analizar el daño que se podría causar por el otorgamiento de la medida en sí, sino que únicamente el posible daño ocasionado por el otorgamiento de la orden preliminar.

### C. Régimen específico de las órdenes preliminares

Como ya se mencionó, en cuanto el tribunal arbitral emita una decisión respecto del otorgamiento de la orden preliminar, éste debe remitir a la parte objeto de la orden la solicitud de medida cautelar presentada, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello. Esto con la finalidad de darle un trato igualitario a las partes y no colocar a la parte, objeto de la medida, en una posición desventajosa respecto de su contraparte.

Además, es importante tomar en cuenta que toda orden preliminar expira en veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. Por lo que, si en veinte días el tribunal arbitral no ha dictado la medida cautelar, la parte objeto de dicha orden no seguirá obligada a mantener el *status quo* ordenado por el tribunal arbitral en la orden preliminar. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá extender este plazo mediante el otorgamiento de una medida cautelar por medio de la cual ratifique o modifique la orden preliminar, siempre que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar ya haya sido notificada y haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos.<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> Ver artículo 17C (4) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Finalmente, las órdenes preliminares son vinculantes para las partes, pero no podrán ser objeto de ejecución judicial.<sup>156</sup> Por lo que si una parte se niega a cumplir con lo ordenando en la orden preliminar, la otra parte no puede recurrir a las cortes locales para solicitar su ejecución. Por ende, en caso de incumplimiento, el tribunal arbitral podrá hacer inferencias negativas, condenar al pago de daños y perjuicios, o tomarlo en consideración a la hora de asignar los costos del arbitraje, pero no podrá obligar a la parte objeto de la orden a cumplir con la misma. Además, de acuerdo con el texto del artículo 17 C, dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

#### *D. Argumentos en contra de las órdenes preliminares*

De acuerdo con algunos expertos en la materia, si bien era necesario actualizar la Ley Modelo para que ésta fuera acorde con las necesidades del momento, no era necesario incluir temas controvertidos que pudieran poner en riesgo el éxito de la misma.<sup>157</sup>

En este tenor, una de las razones por las cuales la Ley Modelo ha tenido tanto éxito es porque incorpora principios ampliamente aceptados por todas las legislaciones nacionales. De hecho, debido a que no incorpora temas innovadores o cuestionables, es que los legisladores de todo el mundo han podido incorporarla a su derecho nacional. Por ende, no es conveniente que la Ley Modelo incluya

---

<sup>156</sup> Ver artículo 17C (5) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

<sup>157</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.1



temas tan cuestionables como el otorgamiento de órdenes preliminares. Asimismo, generalmente, los países que buscan incorporar la Ley Modelo son países que no tienen un avance jurídico significativo, por lo que incluir temas tan vanguardistas como el otorgamiento de órdenes preliminares pudiese ser demasiado novedoso para su sistema jurídico y por ende resultar contraproducente.<sup>158</sup>

Adicionalmente, hay autores que consideran que las órdenes *ex-parte* son contrarias al espíritu del arbitraje ya que se trata de órdenes dictadas sin el conocimiento de la otra parte y sin darle oportunidad de defenderse, por lo que se considera que son contrarias a la intención de las partes a la hora de pactar que su controversia fuese resuelta mediante arbitraje. En este sentido, aquellos autores consideran que en el supuesto de que las partes quieran que haya órdenes preliminares, éstas son libres para pactarlo expresamente en el acuerdo arbitral. Conforme a esta visión, el uso de dichas medidas debiera estar, siempre, subordinado al acuerdo previo de las partes.<sup>159</sup>

En el mismo sentido, uno de los principios rectores del arbitraje es el trato igualitario a las partes, reconocido en el artículo 18 de la Ley Modelo. Por lo que hay quienes alegan que las órdenes *ex parte* son contrarias a dicho principio porque no se le da a las partes la misma oportunidad de defensa, por lo menos

---

<sup>158</sup> VAN HOUTTE, Hans, "*Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*", *Arbitration International*, Reino Unido, vol. 20, no. 1, 2004, p.88.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p.89.

durante el tiempo que le tome al tribunal arbitral emitir una decisión respecto del otorgamiento de las órdenes preliminares.<sup>160</sup> Por ende, se alega que las órdenes preliminares son violatorias de la garantía de audiencia y derecho de defensa en virtud de que se trata de comunicaciones entre una de las partes y el tribunal arbitral y la otra parte se encuentra imposibilitada para defenderse.

Otro argumento en contra del otorgamiento de órdenes preliminares es que éstas no pueden ser objeto de ejecución judicial. Por lo tanto, si el tribunal arbitral dicta una orden preliminar y la parte a quien va dirigida decide no cumplir con ella, el tribunal arbitral únicamente podrá tomar en consideración dicha conducta a la hora de hacer la condena en costos y condenar al pago de daños y perjuicios, sin embargo, no podrá obligar a la parte a cumplir. Esto, tomando en cuenta que se trata de una medida para evitar un daño irreparable, podría tener consecuencias graves. Por este motivo, hay quien considera que las órdenes preliminares no son un medio eficaz para lograr que la parte a quien van dirigidas no realice conductas tendientes a frustrar los efectos de la medida cautelar que eventualmente pudiese dictar el tribunal arbitral.

Finalmente, algunos consideran que el hecho de que una parte tenga derecho a comunicarse *ex-parte* con el tribunal arbitral puede tener un impacto negativo en su imparcialidad al resolver el caso. Debido a que en la solicitud de otorgamiento de una orden preliminar la parte puede incluir argumentos de fondo,

---

<sup>160</sup> FLORES RUEDA, Cecilia, "El trato igual y la plena oportunidad de hacer valer los derechos: Regla fundamental en el arbitraje" en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.179

dicha parte podría influenciar al tribunal arbitral en una etapa muy temprana del procedimiento. Asimismo, cuando un árbitro dicta una orden preliminar, es probable que, ante el temor de parecer un tribunal arbitral inseguro, confirme dicha orden al conceder la medida cautelar solicitada. En este supuesto, una vez que se dicta la orden preliminar, aunque se le de oportunidad de defenderse a la parte afectada por dicha medida, la balanza ya se encuentra inclinada hacia otorgar la medida cautelar. Por lo que la oportunidad de defensa de la parte objeto de la medida no es la misma que la de la parte que solicitó su otorgamiento.<sup>161</sup>

A pesar de todos los argumentos en contra que existen en torno a las órdenes preliminares, es importante tomar en cuenta que es un sistema relativamente novedoso que, como consecuencia de su desconocimiento pudiese llegar a generar rechazo. En este sentido, no hay que perder de vista que dicho sistema fue incluido a la Ley Modelo como parte de los esfuerzos por mantener la Ley Modelo como un instrumento actualizado que permita a los legisladores de los distintos países incorporar una legislación completa en materia de arbitraje. Así, el Grupo de Trabajo, compuesto por los más prestigiados expertos en materia de arbitraje, consideró, con base en su experiencia práctica, que era necesario crear un sistema que conservara la utilidad del procedimiento arbitral, pero que al mismo

---

<sup>161</sup> VAN HOUTTE, Hans, *op.cit.*, nota 158, p.93.

tiempo respetara el derecho de las partes de ser escuchadas durante el procedimiento.<sup>162</sup>

Existen opiniones que aseguran que el régimen de órdenes preliminares es acorde con los principios rectores del procedimiento arbitral, especialmente, el de trato igualitario a las partes y garantía de audiencia. Contrario al argumento de que con el otorgamiento de una orden preliminar no se le está dando la misma oportunidad de defensa a la parte objeto de la orden, el hecho es que dicha parte va a tener acceso a todas aquellas comunicaciones que se hubiesen generado con motivo de la solicitud para dictar una orden preliminar. Además, una vez que dicha parte reciba todas las comunicaciones generadas, podrá presentar sus comentarios respecto del otorgamiento de la medida cautelar y tendrá la misma oportunidad material de defenderse que su contraparte.<sup>163</sup>

### **3.1.4 Disposiciones generales aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares**

Debido al carácter provisional de las medidas cautelares, su duración está limitada a la duración del arbitraje, por lo que el tribunal arbitral puede modificarlas, suspenderlas o revocarlas durante la sustanciación del procedimiento

---

<sup>162</sup> BREKOULAKIS, Stravos L. y SHORE, Laurence, "UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A, Section 5, Article 17J" en MISTELIS, Loukas A (ed.), *op.cit.*, nota 133, p.623.

<sup>163</sup> LEW, Julian M, *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.615.

arbitral. Esto lo puede hacer a solicitud de alguna de las partes o, en casos excepcionales, por iniciativa propia.<sup>164</sup>

Asimismo, el tribunal arbitral puede solicitar a la parte solicitante o peticionaria, el otorgamiento de una garantía adecuada para hacer frente a los daños y perjuicios que se le pudieren causar a la parte afectada por dicha orden o medida. A pesar de que el texto original de la Ley Modelo ya establecía que "el tribunal arbitral [podía] exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas",<sup>165</sup> el Grupo de Trabajo decidió hacer ciertas modificaciones a dicha disposición.

En primer lugar, se establece que en el caso de medidas cautelares el tribunal arbitral podrá exigir el otorgamiento de una medida cautelar adecuada respecto de la medida. En segundo lugar, cuando se trate de órdenes preliminares, el tribunal arbitral exigirá al peticionario que preste una garantía respecto de la orden, salvo que el tribunal arbitral lo considere inapropiado.<sup>166</sup> La distinción entre los dos supuestos es clara, en el primero, el tribunal arbitral podrá exigir una garantía, mientras que en el segundo, deberá hacerlo, salvo que lo considere inapropiado, en cuyo caso deberá estar posibilitado para razonar su decisión.

---

<sup>164</sup> Consultar artículo 17D y "*Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General*", *op.cit.*, nota 16, párrafo 66.

<sup>165</sup> Consultar artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

<sup>166</sup> Consultar artículo 17E de la Ley Modelo de UNCITRAL.

La existencia de esta “norma autoequilibrante”<sup>167</sup> es fundamental en la Ley Modelo, ya que habla de la intención de garantizar un equilibrio entre la parte que solicita la medida y la parte objeto de la misma. Asimismo, se trata de encontrar un punto medio entre dos tensiones: la tendencia del solicitante a sobre pedir y la tendencia del solicitado de evitar el cumplimiento.<sup>168</sup> El resultado de lo anterior es que las partes se limitarán a solicitar medidas cautelares únicamente cuando es justificado, y no como respuesta a un deseo de hostigar, pues generaría una contingencia a su cliente y, la contraparte, al menos tendrá la tranquilidad de que será resarcido de los daños y perjuicios que se le pudiesen causar.<sup>169</sup>

Respecto de la información que se le tiene que proporcionar al tribunal arbitral en la solicitud de órdenes preliminares o medidas cautelares, la Ley Modelo establece dos supuestos distintos, dependiendo de si se trata de una orden preliminar o de una medida cautelar.

Cuando se trata de medidas cautelares, la Ley Modelo es muy clara al establecer que el tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que le informe, sin demora, sobre todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.<sup>170</sup> Lo que se

---

<sup>167</sup> De acuerdo con el Dr. González de Cossío, "una norma autoequilibrante es aquella que en su diseño contempla mecanismos (fácticos o jurídicos) que evitan el abuso del derecho que contemplan, aun sin la necesidad de llegar a la ejecución judicial coactiva del mismo", véase, GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El estado de derecho: un enfoque económico", México, editorial Porrúa, 2007.

<sup>168</sup> PODETTI, Ramiro, "Tratado de las Ejecuciones", Argentina, Ediar editores, 1952, p.314.

<sup>169</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 665.

<sup>170</sup> Consultar artículo 17F (1) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

busca con este artículo es que una parte no se vea innecesariamente afectada por el otorgamiento de una medida cautelar. Así, cuando se trata de medidas cautelares, las partes no están obligadas a informar al tribunal arbitral sobre el cambio de circunstancias a menos de que el tribunal lo solicite. No se establece dicha obligación debido a que es evidente que si las circunstancias han cambiado y la medida cautelar ya no es necesaria, la parte afectada por la misma se lo informará al tribunal.

Sin embargo, el supuesto es otro cuando se trata del otorgamiento de órdenes preliminares. Con el ánimo de proteger a la parte afectada por la misma, la Ley Modelo le impone a la parte solicitante la obligación de informar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o negar la orden. Dicha parte está obligada a hacerlo en tanto que la parte objeto de la medida no haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos.<sup>171</sup> El sentido de esta norma es claro. En virtud de que la parte que se puede ver afectada por el otorgamiento de la orden preliminar no se encuentra en condiciones de defenderse, la parte que solicita dicha medida está obligada a informar todo al tribunal arbitral. Con esto se trata de aminorar el posible abuso de la parte que solicita el otorgamiento de la orden preliminar, sobre la parte objeto de la misma.

---

<sup>171</sup> Consultar artículo 17F (2) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

En el mismo sentido de lograr un equilibrio entre la necesidad de que se otorgue una medida y el posible abuso en que puede incurrir el que la solicita, la Ley Modelo establece que el solicitante de una medida cautelar, o el peticionario de una orden preliminar, será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden.<sup>172</sup> En este contexto, a pesar de que únicamente se establece que se podrá condenar al pago de los daños y perjuicios en los casos en los que el tribunal arbitral determine posteriormente que no era necesario el otorgamiento de la medida cautelar, pareciera lógico que se encuentra comprendido en dicho supuesto el caso de que los términos en los que se otorgó la medida cautelar hayan sido más gravosos o agresivos de lo necesario.

Finalmente, las disposiciones anteriores pueden servir de incentivo a las partes, a la hora de solicitar una medida cautelar o pedir el otorgamiento de una orden preliminar, para poner en una balanza la necesidad de la medida u orden y las consecuencias que dicha solicitud o petición pudieran tener para ambas, la parte que solicita la medida u orden y la parte objeto de la misma y, con esto, evitar el abuso.

---

<sup>172</sup> Consultar artículo 17G de la Ley Modelo de UNCITRAL.



### 3.1.5 Reconocimiento y Ejecución de medidas cautelares

#### A. Antecedentes del artículo 17H de la Ley Modelo

A lo largo del presente trabajo se ha hecho énfasis en que el tribunal arbitral carece de imperio para hacer cumplir sus propias resoluciones. No obstante, esta falta de poderes coercitivos se ve parcialmente compensada con la facultad del tribunal arbitral de hacer inferencias negativas o dictar una condena en costas. Por lo anterior, generalmente las resoluciones dictadas por un tribunal arbitral son cumplidas por las partes de forma voluntaria.<sup>173</sup>

Sin embargo, en el pasado, el problema de ejecución de las medidas cautelares era uno de los argumentos de mayor peso en contra del otorgamiento de las mismas.<sup>174</sup> Dicho problema radica en que en aquellos casos en los que la parte objeto de la medida se resistía a cumplir de forma voluntaria con las órdenes del tribunal arbitral, era difícil lograr la ejecución judicial de estas órdenes. Esto, debido a que aquellas leyes que contaban con un mecanismo de ejecución de laudos arbitrales, no eran aplicadas para la ejecución de medidas cautelares, en virtud de que se interpretaba que este mecanismo únicamente era aplicable para la ejecución de los laudos finales.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> LEW, Julian M, et.al., *op.cit.*, nota 34, p.610 y "*Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General*", *op.cit.*, nota 16, párrafo 75.

<sup>174</sup> "*Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General*", *op.cit.*, nota 16, párrafo 73.

<sup>175</sup> LEW, Julian M, *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.610.

Además de la incertidumbre ocasionada por la falta de sistemas en las leyes nacionales creados específicamente para la ejecución de medidas cautelares, se aunaba la incertidumbre ocasionada por la falta de un régimen universal de ejecución transfronteriza de medidas cautelares.<sup>176</sup>

Así, aunque algunos países contaran con un sistema de ejecución, esto era poco útil en casos en los que las medidas cautelares se debían ejecutar en un país distinto a aquel en el que se dictaba la medida. Lo anterior es de vital importancia debido a que en el arbitraje internacional generalmente el país sede del arbitraje no es el mismo país en donde las partes tienen bienes.<sup>177</sup> Por ende, aunque las partes escogieran como sede del arbitraje a un país en donde su regulación arbitral fuera de avanzada, esto resultaba infructuoso al momento de tratar de ejecutar esas medidas en el lugar en el que las partes tenían bienes.

Aunado a lo anterior, los reconocidos profesores de la universidad de *Queen Mary* (Londres, Reino Unido), Loukas Mistelis y Julian Lew, reconocen que el problema con la ejecución de las medidas cautelares dictadas en un país distinto a aquel en que deben ser ejecutadas, es que las leyes nacionales no

---

<sup>176</sup> VEEDER, V.V., "The Need for Cross-border Enforcement of Interim Measures Ordered by a State Court in Support of the International Arbitral Process" en VAN DEN BERG, Jan (ed.), "New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond", ICCA Congress Series, Beijing, vol. 12, 2004, p.270.

<sup>177</sup> Como se mencionó en el primer capítulo de este trabajo, generalmente el país escogido por las partes como sede del arbitraje es un país "neutro", por lo que el domicilio de ninguna de ellas se encuentra dentro de la jurisdicción de dicho país y por ende, tampoco sus bienes. Para más información consultar "Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", *op.cit.*, nota 16, párrafo 74.

establecen cuál será el tratamiento que se le dará a las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral fuera de su jurisdicción.

Por todo lo anterior, el Grupo de Trabajo puso sobre la mesa la discusión respecto de si era necesario crear un instrumento internacional que ayudara a armonizar las legislaciones nacionales en materia de medidas cautelares.<sup>178</sup>

En un principio, el Grupo de Trabajo consideró que tal vez no era conveniente crear dicho sistema porque se corría el riesgo de "judicializar" el proceso. Esto es, debido a que se estaría reconociendo judicialmente una resolución de un tribunal arbitral, sería necesario incorporar al proceso de ejecución ciertas disposiciones que evitaran la violación de garantías, como se hizo con el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.<sup>179</sup> Por ende, debido a que las partes de todos modos estarían sujetas a un proceso judicial para el reconocimiento de las medidas, tal vez era más conveniente no incluir un sistema de ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral, y que las partes acudieran directamente a los jueces nacionales para solicitar medidas cautelares, en lugar de acudir al tribunal arbitral para el otorgamiento de las mismas y después solicitar la ejecución ante las cortes locales. Sin embargo, la postura final del Grupo de Trabajo fue que a pesar de que el proceso de ejecución de medidas cautelares implicara acudir a un procedimiento judicial, seguía siendo

---

<sup>178</sup> LEW, Julian M, *et al.*, *op.cit.*, nota 34, p.612.

<sup>179</sup> "Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat", *op.cit.*, nota 53, párrafo 118.

más eficiente el que las partes solicitaran las medidas cautelares al tribunal arbitral, en lugar de a las cortes locales, debido a que el tribunal arbitral estaría familiarizado con el caso y, generalmente, tendría mayores conocimientos técnicos sobre el fondo de la disputa.<sup>180</sup> Además, las disposiciones que se incorporaran para la ejecución de las medidas cautelares no necesariamente debían ser tan rigurosas como las de la ejecución de los laudos arbitrales en virtud del carácter temporal de las medidas cautelares.<sup>181</sup>

En consecuencia, en 2006 se incorporó a la Ley Modelo un sistema aplicable en aquellos casos en los que una de las partes se resiste a cumplir con lo ordenado en una medida cautelar. La intención con este cambio es justamente incorporar un sistema de ejecución de medidas cautelares que pueda ser adoptado por las leyes nacionales y sea aplicable a medidas cautelares dictadas, tanto dentro de la jurisdicción de las cortes locales, como fuera.

#### *B. El reconocimiento y ejecución de medidas cautelares*

Acorde con lo anterior, el recién incorporado artículo 17H reconoce la posibilidad de ejecutar medidas cautelares, dictadas en cualquier país, mediante una solicitud a la corte local competente. Dicho artículo establece que toda medida cautelar, ordenada por un tribunal arbitral, se reconocerá como vinculante y podrá

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, párrafo 120.

<sup>181</sup> *Ibidem*, párrafo 118.

ser ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, sin importar el estado en donde haya sido ordenada.

Debido a que el juez nacional, competente para ejecutar una medida cautelar, no tiene acceso a las resoluciones dictadas por el tribunal arbitral y únicamente cuenta con la información proporcionada por las partes, dicho artículo establece la obligación, a la parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar, de informar sin demora al juez competente de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

Finalmente, el juez ante el cual se solicite el reconocimiento de la medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando en el otorgamiento de la medida cautelar el tribunal arbitral no se haya pronunciado sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Una vez más, el tema de la garantía cobra especial importancia en las modificaciones a la Ley Modelo. Esto nos habla de la intención de los redactores de crear un sistema equilibrado que permita hacer del arbitraje un mecanismo más efectivo.

### *C. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución*

Los motivos reconocidos en la Ley Modelo para negar el reconocimiento o la ejecución de las medidas cautelares hacen eco del mecanismo de ejecución mundial de laudos arbitrales. Además, se adicionan nuevas causales que son

aplicables únicamente a las medidas cautelares debido a la naturaleza de las mismas. Así, el juez nacional analiza el reconocimiento y la ejecución de la medida de la cual se solicita su ejecución, bajo dos estándares distintos:<sup>182</sup>

- i. cuestiones relacionadas con la medida misma; y
- ii. cuestiones relacionadas con el procedimiento arbitral.

En cuanto a los temas relacionados con el procedimiento arbitral, podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar cuando exista alguno de los supuestos para negar la ejecución de un laudo arbitral. Dichos supuestos son:<sup>183</sup>

- i. que una de las partes en el acuerdo arbitral hubiera estado afectada por alguna incapacidad o si el acuerdo no es válido de acuerdo con las leyes aplicables; o
- ii. que la parte contra la cual se invoca la medida no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o que no haya podido hacer valer sus derechos; o
- iii. que la medida cautelar se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje; o

---

<sup>182</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales", en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.193.

<sup>183</sup> Ver incisos i), ii), iii) y iv) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL.

- iv. que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o a la *lex arbitri*; o
- v. que según la ley del estado en donde se busca la ejecución, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje; o
- vi. que sea contraria al orden público de ese estado.

Asimismo, dentro de las causales aplicables exclusivamente a las medidas cautelares se encuentran, (i) que no se haya cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada o (ii) que la medida cautelar haya sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral.

En el supuesto de que el juez competente considere que la medida cautelar es incompatible con las facultades que le confiere la ley nacional, éste podrá reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar. Lo anterior siempre que no se modifique el contenido de la misma.<sup>184</sup>

Un aspecto muy importante del artículo 17I es que el juez local, ante el cual se solicite el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar, no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la misma. El objetivo de esta disposición es evitar que las cortes locales puedan

---

<sup>184</sup> Consultar artículo 17I(1)(b)(i) de la Ley Modelo de UNCITRAL.

hacer revisiones de fondo respecto de la solicitud de medidas cautelares y de la decisión del tribunal arbitral. Esto propicia que el procedimiento de reconocimiento y ejecución sea expedito y refuerza la autoridad del tribunal arbitral.<sup>185</sup>

En conclusión, debido a que la ejecución de las medidas cautelares invoca los mismos estándares que la ejecución de un laudo arbitral, rigen los mismos principios:<sup>186</sup>

- i. Presunción de validez de la medida cautelar;
- ii. Alto nivel de deferencia a la decisión del tribunal arbitral;
- iii. Bajo nivel de revisión por parte de los tribunales estatales;
- iv. Carga de la prueba a cargo de quien resiste el reconocimiento y ejecución de la medida precautoria;
- v. Discreción del juez local de reconocer y ejecutar la medida cautelar aún en presencia de una causal para no hacerlo.

---

<sup>185</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.20.

<sup>186</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales", en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.194.



### 3.1.6 Medidas cautelares dictadas por las cortes locales en asistencia al procedimiento arbitral

De acuerdo con el artículo 9<sup>187</sup> de la Ley Modelo<sup>188</sup>, existe jurisdicción concurrente entre el tribunal arbitral y el juez local para emitir medidas cautelares en relación con un procedimiento arbitral.

Lo anterior significa que:

- i. el tribunal arbitral tiene jurisdicción para emitir medidas cautelares;
- ii. las partes pueden solicitar de los jueces nacionales la emisión de medidas cautelares no obstante la existencia de un acuerdo arbitral; y
- iii. la solicitud de medidas cautelares presentada ante un juez no constituye una renuncia al derecho a arbitrar.<sup>189</sup>

De lo anterior es importante distinguir dos momentos procesales importantes en los cuales se pueden solicitar medidas cautelares ante el juez local:

Primero, antes de que se constituya el tribunal arbitral. Debido a que el tribunal arbitral aún no ha sido constituido, es necesario que las partes estén

---

<sup>187</sup> Artículo 9 de la Ley Modelo de UNCITRAL. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal: "No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas".

<sup>188</sup> Este artículo es parte de la versión original de la Ley Modelo (1985) y no fue modificado durante las enmiendas de 2006.

<sup>189</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El arbitraje y judicatura", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), *op.cit.*, nota 85, p. 107-108.

posibilitadas para recurrir al juez local.<sup>190</sup> De lo contrario, se estaría privando a las partes de la posibilidad de evitar que se les cause un daño irreparable.

Segundo, durante el procedimiento arbitral. Este momento tiene lugar desde que se constituye el tribunal arbitral hasta antes de que se dicte el laudo que dirima la controversia. Dicha facultad, que a primera impresión pudiese resultar contradictoria, tiene su origen en un estudio que los redactores de la Convención de Nueva York realizaron sobre las decisiones judiciales, dictadas al amparo de dicha convención, en relación con la posibilidad de que tribunales estatales emitieran medidas cautelares no obstante la existencia de un acuerdo arbitral.<sup>191</sup> El estudio demostró que existía falta de uniformidad al respecto, ya que mientras algunas cortes locales se rehusaban a dictar dichas medidas, debido a que creían que entorpecían el procedimiento arbitral, otros tribunales las emitían con base en la noción de que lejos de obstruir el procedimiento arbitral, ayudaban a garantizar que el eventual laudo fuera ejecutable.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> *"Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat"*, *op.cit.*, nota 84, párrafo 8.

<sup>191</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "El arbitraje y judicatura", en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), *op.cit.*, nota 85, p. 109.

<sup>192</sup> *"Report of the Secretary-General: study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Nueva York, 1958)"*, UN Doc. A/CN.9/168, 20 de abril de 1979, párrafo 29.

Con base en lo anterior, los redactores de la Ley Modelo decidieron dejar claro que la emisión de medidas cautelares, por cortes locales, era compatible con el arbitraje.<sup>193</sup>

Así, antes de las enmiendas de 2006, la Ley Modelo permitía expresamente que las cortes locales dictaran medidas cautelares antes o durante el procedimiento arbitral como asistencia judicial. Sin embargo, no era claro qué sucedía en caso de que el juez ante el cual se solicitara el otorgamiento de la medida cautelar, no fuera del lugar (jurisdicción) del arbitraje. Es por esto que se decidió esclarecer el tema de competencia de cortes locales para dictar medidas cautelares en asistencia a un procedimiento arbitral extranjero.<sup>194</sup>

Debido a que el tema de otorgamiento de medidas cautelares por cortes locales involucra, en gran medida, a las leyes procesales de cada país, era necesario asegurar la efectividad de las enmiendas que se realizaran a la Ley Modelo.<sup>195</sup> Por lo anterior, se decidió que las enmiendas se debían realizar sobre una base empírica que se obtendría contactando a los gobiernos de los distintos países y a las instituciones arbitrales. Así, la Secretaría envió un cuestionario a los gobiernos de los países miembros de UNCITRAL para saber cuáles eran las facultades de las cortes locales en los distintos países y qué tratamiento se le

---

<sup>193</sup> HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E., *"A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary"*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p.332.

<sup>194</sup> *"Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat"*, op.cit., nota 84, párrafo 8.

<sup>195</sup> *Ibidem*, párrafo 11.

daba a las solicitudes de medidas cautelares presentadas ante sus cortes locales.<sup>196</sup>

De acuerdo con los resultados obtenidos, se decidió incluir el texto del artículo 17J<sup>197</sup> a la Ley Modelo. Dentro de los aspectos más importantes de dicho artículo encontramos que la solicitud de medidas cautelares puede ser presentada ante el juez del lugar del arbitraje o ante cualquier otro juez que tenga jurisdicción en el lugar en el que se pretenden ejecutar dichas medidas.<sup>198</sup> Asimismo, se establece que el juez local aplicará sus propios procedimientos pero deberá tener en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

Aunque, a primera vista pareciera que el artículo 9 y el actual artículo 17J son repetitivos, la clara diferencia entre uno y otro es que el primero aclara que el solicitar una medida cautelar ante un juez local no es inconsistente con el arbitraje, mientras que el segundo, faculta expresamente a los jueces nacionales para dictar medidas cautelares en asistencia a dicho mecanismo de solución de controversias.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> *Ibidem*, párrafo 12.

<sup>197</sup> Artículo 17J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal.- *"El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional."*

<sup>198</sup> BREKOULAKIS, Stravos L. y SHORE, Laurence, *"UNCITRAL Model Law, Chapter IV.A, Section 5, Article 17J"* en MISTELIS, Loukas A (ed.), *"Concise International Arbitration"*, *op.cit.*, nota 133, p.623.

<sup>199</sup> MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, *op.cit.*, nota 129, p.22.

En cuanto al deber de los jueces nacionales de tomar en cuenta los rasgos distintivos del arbitraje internacional, la Ley Modelo no establece cuáles son estos rasgos distintivos, por lo que quedará sujeto a la interpretación de los jueces. Es probable que la intención de esta disposición sea evitar la interferencia de los jueces en el procedimiento arbitral y únicamente limitarse a asistir en el mismo. Sin embargo, esta es sólo una posible interpretación, ya que de la redacción de dicho precepto no se desprende claramente la intención del Grupo de Trabajo.<sup>200</sup>

Finalmente, distintos jueces en el mundo han resuelto que aunque existe competencia concurrente entre los jueces nacionales y tribunales arbitrales para ordenar medidas cautelares, esta competencia no debe ser utilizada de forma paralela.<sup>201</sup> Lo anterior en virtud de que los procedimientos paralelos deben ser evitados a toda costa para evitar entorpecer el procedimiento arbitral. Además, dichos jueces han interpretado que la competencia de las cortes locales para dictar medidas cautelares es únicamente para facilitar el procedimiento y no para sustituir a los tribunales arbitrales, por lo que las solicitudes de medidas cautelares deben ser presentadas ante los jueces nacionales sólo en casos excepcionales.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> *Idem.*

<sup>201</sup> *Leviathan Shipping Co. v. Sky Sailing Overseas Co.*, Court of First Instance, Hong Kong, 18 August 1998, 4 HKC 347; *Sri Kirshan v. Anad*, Delhi High Court, India, 18 August 2009, OMP No. 597/2008; y *Sensation Yachts Ltd. v. Darby Maritime Ltd.*, Auckland High Court, New Zealand, 16 May 2005, referidos en UNCITRAL 2012 *Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>

<sup>202</sup> *Idem.*

### **3.1.7 Comentarios finales sobre las enmiendas de 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL**

El objetivo de las enmiendas fue modernizar la Ley Modelo para que estuviera a la altura de las necesidades del momento. Así, a pesar del poco tiempo que tienen las enmiendas, éstas han sido adoptadas por un número importante de países que necesitaban que su ley arbitral fuera acorde con las necesidades del mundo comercial de la época. De acuerdo con los datos de UNCITRAL, la Ley Modelo, con las enmiendas de 2006, ha sido adoptada en 12 estados.<sup>203</sup> Lo cual refleja la gran aprobación internacional que han tenido las mismas.

### **3.2 Las medidas cautelares en la Ley Arbitral Mexicana**

Una vez que se ha hecho el estudio sobre la regulación de las medidas cautelares en el ámbito internacional, es importante enfocar el análisis en lo dispuesto por la Ley Arbitral Mexicana. Como se mencionó con anterioridad, el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es la Ley Arbitral Mexicana. Dicha Ley es una copia, prácticamente idéntica, de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985.<sup>204</sup> En la presente sección se analizarán las diferencias con la Ley Modelo en el tema que nos ocupa y se hará un enfoque en los aspectos

---

<sup>203</sup> Consultar [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)

<sup>204</sup> Salvo por dos artículos incorporados en 2011, México no ha incorporado las enmiendas de 2006.

particulares del sistema judicial mexicano en relación con el otorgamiento y ejecución de medidas cautelares como asistencia al procedimiento arbitral.

### **3.2.1 Distinción entre medidas cautelares y providencias precautorias dictadas en el marco del procedimiento arbitral**

La Ley Arbitral Mexicana, al hacer referencia a las medidas cautelares, les da un nombre distinto dependiendo de cuál sea el órgano que las dicte. Así, de acuerdo con dicho ordenamiento, las 'medidas cautelares' son las que se solicitan al juez competente antes o durante el procedimiento arbitral<sup>205</sup>, mientras que las 'providencias precautorias'<sup>206</sup> se solicitan directamente al tribunal arbitral.

Asimismo de acuerdo con Emilio González de Castilla, la distinción entre éstas radica en que las primeras parecen no tener limitación alguna en cuanto a su contenido, mientras que las segundas parecen estar limitadas al objeto del litigio, lo cual dejaría fuera a las providencias necesarias para preservar elementos de prueba o asegurar la eventual ejecución del laudo.

Sin embargo, el Dr. González de Castilla reconoce que, aunque el Código de Comercio pareciera distinguirlas en cuanto a sus límites, dicha interpretación de las facultades del tribunal arbitral para dictar providencias precautorias es errónea, ya que la intención de los redactores de la Ley Modelo nunca fue reducir

---

<sup>205</sup> Consultar el artículo 1425 del Código de Comercio.

<sup>206</sup> Consultar el artículo 1433 del Código de Comercio.

la facultades del tribunal para dictar las medidas necesarias respecto del -objeto- en litigio, por lo que la interpretación reduccionista del ámbito de aplicación de las providencias precautorias no debe prevalecer.<sup>207</sup>

En este sentido, debido a que su aplicación práctica es la misma, ninguna tiene limitación alguna en cuanto a su contenido, en la presente sección se le dará el tratamiento de 'medidas cautelares' a ambas, las dictadas por las cortes locales y las dictadas por el tribunal arbitral.

### **3.2.2 Facultad del Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares**

Como se mencionó anteriormente, la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares puede surgir de la voluntad de las partes o de la ley aplicable. En este sentido, cuando la ley aplicable sea la Ley Arbitral Mexicana, el tribunal arbitral estará facultado para dictar medidas cautelares a pesar de que las partes no lo hayan expresado así en el acuerdo arbitral.<sup>208</sup> Dicha facultad se encuentra en el artículo 1433, el cual fue copiado del artículo 17 de la Ley Modelo de 1985 y establece lo siguiente:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio. El tribunal arbitral

---

<sup>207</sup> Sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, *op.cit.*, nota 53, p. 196.

<sup>208</sup> Es importante tomar en cuenta que el Reglamento de Arbitraje escogido por las partes se considera parte del acuerdo arbitral. En este sentido, la mayoría de los Reglamentos de Arbitraje reconocen la facultad del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares.



podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía suficiente en relación con esas medidas.

Debido a que México no ha incorporado todos los cambios de 2006 al artículo 17 de la Ley Modelo, las carencias de la Ley Arbitral Mexicana son las mismas que se discutieron en la sección de este trabajo relativa a las deficiencias del artículo 17 de la Ley Modelo de 1985.

### **3.2.3 Facultad del juez para dictar medidas cautelares en asistencia al procedimiento arbitral**

En el mismo sentido que la Ley Modelo, el artículo 1425, tomado del artículo 9 de la Ley Modelo de UNCITRAL, establece que aun cuando exista un acuerdo de arbitraje, las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.

Conforme a lo anterior, la existencia de un acuerdo arbitral, y la atribución de jurisdicción para resolver la controversia que ello conlleva, no impide que las partes acudan, de forma excepcional, a solicitar la medida cautelar de los jueces mexicanos. Es decir, la posibilidad de solicitar una medida cautelar de un juez local o federal puede entenderse como una excepción a la regla general en arbitraje: todas las controversias y, por ende los aspectos relacionados con las mismas, que surjan de una relación jurídica, sujeta a un acuerdo arbitral, serán resueltas mediante arbitraje, quedando las cortes locales y federales (que, de no haber un acuerdo arbitral serían competentes) sin competencia para ventilar una

controversia derivada de la relación jurídica citada o cualquier aspecto relacionado a la misma y comprendido en el acuerdo arbitral.<sup>209</sup>

Las razones de lo anterior son obvias: las partes no deben verse privadas de la posibilidad de solicitar medidas cautelares urgentes por el simple hecho de haber escogido el arbitraje como medio para la resolución de sus conflictos y, en aquellos casos en los que se trata de medidas urgentes previas a la constitución del tribunal arbitral, debido a que éste es inexistente, no hay manera de solicitarlas ante éste.

El artículo 1425 también establece, expresamente, que un juez mexicano puede emitir medidas cautelares durante el procedimiento arbitral. En este sentido, la excepción antes mencionada no es aplicable únicamente en aquellos casos en los que las partes se ven en la necesidad de solicitar medidas cautelares ante un juez mexicano debido a la inexistencia de un tribunal arbitral, sino que también en aquellos casos en los que ya exista un tribunal arbitral y se esté tramitando el procedimiento arbitral.

Sin embargo, del artículo 1425 no se desprenden los requisitos que deberá exigir el juez mexicano para decidir si son procedentes las medidas cautelares. Asimismo, dicho artículo no establece qué medidas cautelares pueden emitirse.

---

<sup>209</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 2, p. 682.

No obstante, lo que sí es claro es que dicha facultad de los jueces mexicanos no está limitada a medida alguna.<sup>210</sup> Esto es apoyado por el artículo 1478, el cual confirma que el juez tendrá "plena discreción" para adoptar las medidas cautelares en apoyo al arbitraje.

La relevancia del artículo 1478 radica en que, antes de que éste se incluyera a la Ley Arbitral Mexicana,<sup>211</sup> existía el debate respecto del alcance de las medidas cautelares que podía otorgar un juez mexicano en apoyo a un procedimiento arbitral, ya que en procesos mercantiles sólo se cuenta con dos: arraigo y embargo precautorio.<sup>212</sup> Gracias a la inclusión del artículo 1478 se reconoce que los procesos sofisticados (como el arbitraje) pueden requerir medidas cautelares sofisticadas. Por lo que se ha esclarecido la interpretación que algunos sugerían<sup>213</sup> del artículo 1425: que se entendiera que la limitante indicada se ceñía a juicios mercantiles bajo los primeros tres títulos del Libro Quinto del Código de Comercio, pero no era aplicable al Título Cuarto, debido a que se trata de un procedimiento distinto. Así, cuando se trate de arbitraje, el juez nacional

---

<sup>210</sup> Sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, *op.cit.*, nota 53, p. 196.

<sup>211</sup> Reforma al Código de Comercio publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011.

<sup>212</sup> Consultar el artículo 1171 del Código de Comercio.

<sup>213</sup> Sobre el concepto de medidas cautelares, GONZÁLEZ DE CASTILLA, Emilio, "Medidas Cautelares", en FLORES RUEDA, Cecilia, *op.cit.*, nota 53, p. 196.

podrá emitir cualesquiera medidas cautelares que sean adecuadas dadas las circunstancias de cada caso.<sup>214</sup>

### **3.2.4 Ejecución judicial de las medidas cautelares**

El 27 de enero de 2011 se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas reformas al Código de Comercio. Dentro de estas reformas, se hicieron enmiendas enfocadas a la ejecución de medidas cautelares. Antes, la Ley Arbitral Mexicana seguía la misma línea que la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, no establecía ningún régimen de ejecución de medidas cautelares. Lo anterior se prestaba a mucha confusión respecto de la vía en que podía solicitarse o ejecutarse la medida cautelar en cuestión.

Debido a las lagunas que existían al respecto y gracias a las enmiendas de 2006 a la Ley Modelo, en México se consideró el incorporar un sistema de ejecución de medidas cautelares que fuera de vanguardia y acorde con los estándares internacionales.

En este tenor, la reforma toma el vanguardista paso de permitir la ejecución judicial de las medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales. Esta idea es tomada de los artículos 17H y 17I de la Ley Modelo de UNCITRAL.<sup>215</sup> La inclusión,

---

<sup>214</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La modificación a derecho arbitral mexicano-un comentario", Revista Derecho Privado, Cuarta Época, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, No.1, Enero-Junio, pp. 295-296

<sup>215</sup> Ver la sección 1.5 del presente capítulo.

en la Ley Arbitral Mexicana, de un sistema de ejecución de medidas cautelares, no sólo sitúa al derecho arbitral mexicano como una jurisdicción de vanguardia, sino que además corrige la única desventaja de obtener medidas cautelares de tribunales arbitrales: su incoercibilidad judicial.<sup>216</sup>

La reforma no aborda la cuestión de forma respecto de cómo debe ser emitida la medida cautelar. Sin embargo, dado que se ejecutará como una resolución judicial, hay quienes han adoptado la postura de que las medidas cautelares deben ser emitidas mediante un laudo. Para el Dr. González de Cossío, emitir una medida cautelar mediante un laudo es más correcto en lo técnico, sin embargo, menos útil en la práctica. No obstante, debido a que la reforma no establece requisitos de forma, es justo creer que se pueden emitir medidas cautelares mediante órdenes procesales, sin restar su ejecutabilidad.

#### *A. Juicio Especial sobre transacciones comerciales y arbitraje*

Como parte de este nuevo régimen para permitir la ejecución judicial de las medidas cautelares, se crea un juicio especial sumario. Dicho juicio es aplicable para los siguientes casos:

1. Recurrir la resolución de recusación de un árbitro;<sup>217</sup>
2. Recurrir la resolución sobre competencia del tribunal arbitral;<sup>218</sup>

---

<sup>216</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, op.cit., nota 214, p. 296

<sup>217</sup> Artículo 1470, fracción I, del Código de Comercio.

<sup>218</sup> Artículo 1470, fracción II, del Código de Comercio.

3. Adoptar medidas cautelares judiciales en apoyo al arbitraje;<sup>219</sup>
4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares emitidas por un tribunal arbitral;<sup>220</sup>
5. Nulidad de transacciones comerciales;<sup>221</sup>
6. Nulidad de laudos arbitrales;<sup>222</sup>
7. Ejecución de laudos arbitrales.<sup>223</sup>

Este juicio sumario recibe el nombre de "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje" y se trata de un régimen claro que permite que la asistencia judicial sea expedita.

En este contexto, cuando en México se pretenda solicitar el otorgamiento de medidas cautelares en apoyo al arbitraje o el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares emitidas por un tribunal arbitral, el procedimiento que se deberá seguir es el siguiente.

Se deberá presentar la demanda ante el juez competente.<sup>224</sup> Una vez admitida la demanda, el juez ordenará emplazar a la parte demandada para que,

---

<sup>219</sup> Artículo 1470, fracción III, del Código de Comercio.

<sup>220</sup> Artículo 1470, fracción IV, del Código de Comercio.

<sup>221</sup> Artículo 1470, fracción V, del Código de Comercio.

<sup>222</sup> Artículo 1470, fracción V, del Código de Comercio.

<sup>223</sup> Artículo 1471 del Código de Comercio.

<sup>224</sup> De acuerdo con el artículo 104, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las controversias del orden mercantil en las que sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común o los tribunales de la

(Cont'd on following page)

en un término de quince días, manifieste lo que a su derecho convenga.<sup>225</sup> Transcurrido el término para contestar la demanda, y en caso de que éstas no hayan ofrecido pruebas o el juez no las considere necesarias, se citará a las partes para que dentro de los tres días siguientes se lleve a cabo la audiencia de alegatos, concurran o no las partes.<sup>226</sup> Si éstas promovieron pruebas y el juez las considera necesarias, se abrirá un periodo probatorio de diez días previos a la audiencia.<sup>227</sup> Una vez celebrada la audiencia, el juez citará a las partes para oír sentencia.

Es importante mencionar que las resoluciones dictadas durante este juicio especial y la sentencia que lo resuelva no serán recurribles.<sup>228</sup> La intención de esto es clara. Uno de los principales beneficios del arbitraje es que las resoluciones dictadas durante el mismo y sobre todo, el laudo final, no admiten apelación. Por ende, sería contrario al arbitraje el que las resoluciones dictadas en apoyo al mismo fueran recurribles. Así, en este ánimo de hacer eficiente el apoyo judicial es que se creó un juicio sumario que permitiera dar apoyo al arbitraje conservando las características de eficiencia y expedites que lo distinguen.

---

(Cont'd from preceding page)

federación. Por ende, el juez competente para conocer del juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje puede ser federal o del fuero común.

<sup>225</sup> Artículo 1473 del Código de Comercio.

<sup>226</sup> Artículo 1474 del Código de Comercio.

<sup>227</sup> Artículo 1475 del Código de Comercio.

<sup>228</sup> Artículo 1476 del Código de Comercio.

### **3.2.5 Responsabilidad del Tribunal Arbitral derivada del otorgamiento de medidas cautelares**

A pesar de que las reformas de 2011 a la Ley Arbitral Mexicana son en su mayoría benéficas para el arbitraje, en la recta final de la aprobación legislativa de la reforma en comento, se incluyó la siguiente frase al final de artículo 1480: "De toda medida cautelar queda responsable el que la pide, así como el tribunal arbitral que la dicta, por consiguiente son de su cargo los daños y perjuicios que se causen".

Esta disposición es consecuencia de la creatividad de los legisladores mexicanos, ya que no se encuentra contenida en la Ley Modelo y a todas luces cuestionable.

Al respecto, el Dr. González de Cossío es de la opinión que añadir una regla de responsabilidad como se hizo, es el equivalente jurídico de remachar precipitadamente una maquinaria suiza cuidadosamente calibrada.<sup>229</sup>

Para poder llegar a una conclusión respecto de su utilidad práctica, es necesario hacer un estudio jurídico de dicha regla. Así, se puede empezar por establecer que se trata de un tema de responsabilidad civil subjetiva. Al respecto, el Código Civil Federal señala que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres, cause daño a otro, está obligado a repararlo.<sup>230</sup> Asimismo, dicho

---

<sup>229</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *op.cit.*, nota 214, p. 297.

<sup>230</sup> Artículo 1910 del Código Civil Federal.



código establece que la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en los que la ley disponga expresamente otra cosa.<sup>231</sup> En el mismo sentido, la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y la renuncia de hacerla efectiva es nula.<sup>232</sup> Por ende, en aquellos casos en los que existe responsabilidad civil, las partes están en todo su derecho de limitarla o renunciar a ella, salvo que dicha responsabilidad sea procedente del dolo.

En este tenor, varios reglamentos de arbitraje establecen que las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros por responsabilidad derivada de sus actuaciones y decisiones durante el procedimiento arbitral. A continuación se señalan algunos ejemplos:

A). Reglamento UNCITRAL, Artículo 16:

Salvo en caso de falta intencional, en la máxima medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier otra persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionadas con el arbitraje.

B). Reglamento CCI, Artículo 40:

Los árbitros, cualquier persona nombrada por el tribunal arbitral, el árbitro de emergencia, la Corte y sus miembros, la CCI y sus empleados, y los Comités Nacionales y Grupos CCI y sus empleados y representantes no serán responsables, frente a persona alguna, de hechos actos u omisiones relacionados con el arbitraje, excepto en la medida en que dicha limitación de responsabilidad sea prohibida por la ley aplicable.

---

<sup>231</sup> Artículo 2117 del Código Civil Federal.

<sup>232</sup> Artículo 2107 del Código Civil Federal.

C). Reglamento ICDR, Artículo 35:

Los miembros del tribunal y el administrador no serán responsables ante ninguna parte por cualesquiera actos u omisiones relacionados con el arbitraje conducido conforme a este Reglamento, salvo que puedan ser responsables por las consecuencias de su actuación incorrecta, consciente y deliberada.

D). Reglamento CAM, Artículo 43:

Los árbitros, el CAM, su Consejo General, Secretario General y los miembros de la Secretaría no serán responsables frente a persona alguna por acto u omisión alguno relacionado con un procedimiento arbitral conducido bajo sus auspicios.

E). Reglamento LCIA, Artículo 31:

Ningún miembro de la LCIA, de la Corte de la LCIA (incluidos su Presidente, Vicepresidente y miembros individuales), su Secretario o Secretario en funciones, árbitro o perito del Tribunal Arbitral serán responsables ante ninguna parte de acto u omisión alguna surgida de un arbitraje instruido al amparo de este Reglamento, salvo que la parte afectada demuestre que dicho acto u omisión constituyen un acto ilegal, consciente y deliberadamente cometido por el Organismo o persona que dicha parte estime responsable.[...]

En este contexto, de acuerdo con el Código Civil Federal, sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.<sup>233</sup> Así mismo, dicha

---

<sup>233</sup> Artículo 6 del Código Civil Federal.

renuncia debe hacerse en términos claros y precisos de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.<sup>234</sup>

Derivado de lo anterior, es válido concluir que las partes, al acordar la aplicación de un reglamento de arbitraje, están asumiendo los derechos y renunciaciones derivados del mismo. Por ende, si dicho reglamento establece de forma clara que las partes renuncian a cualquier reclamación en contra del tribunal arbitral, esta renuncia es válida siempre que sea clara y precisa y no afecte derechos de terceros.

En conclusión, la disposición incluida al final del artículo 1480 no cambia el régimen de responsabilidad de los árbitros en aquellos casos en los que las partes escojan un reglamento institucional que incluya una renuncia de las partes respecto de la responsabilidad de los árbitros. Así, la correcta interpretación del párrafo en comento, no puede sino concluir que sólo si el tribunal arbitral incurre en actos ilícitos derivados del dolo al dictar una medida provisional, éste podría ser responsable por dichos daños.

### **3.3 Las medidas cautelares en el Reglamento de la CCI**

Debido a que ya se ha hecho el estudio de la regulación de las medidas cautelares a nivel internacional y a nivel nacional, es necesario hacer el estudio del acuerdo de las partes, o sea, los reglamentos institucionales.

---

<sup>234</sup> Artículo 7 del Código Civil Federal.

En la presente sección se enfocará el estudio a las medidas cautelares bajo el Reglamento CCI el cual entró en vigor el 1 de enero de 2012.

El carácter universal de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, expresado tanto desde el punto de vista geográfico por los países que abarca, como de las materias litigiosas que se le someten y el prestigio adquirido<sup>235</sup>, explica el por qué del éxito de su Reglamento, el cual se ha convertido en obligado referente como mecanismo de resolución de controversias en comercio internacional.<sup>236</sup>

Además, una encuesta realizada, a instituciones arbitrales y árbitros, en materia de medidas cautelares solicitadas a los tribunales arbitrales, reflejó que la institución arbitral que recibe el mayor número de solicitudes de medidas cautelares es la CCI.<sup>237</sup>

### **3.3.1 Aspectos generales de las medidas cautelares bajo el Reglamento CCI**

El artículo 28 del Reglamento CCI establece que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas y desde el momento en el que se le entregue el expediente, ordenar cualesquiera medidas

---

<sup>235</sup> CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando, "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", Madrid, Editorial Civitas, 2º ed., 1991, p.560.

<sup>236</sup> LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro y GONZÁLEZ ARANGO, "El nuevo reglamento de arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso", en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y ARIAS, David (ed.), Revista del Club Español del Arbitraje, España, Wolters Kluwer España, 2012, vol.2012, no. 13, p.21.

<sup>237</sup> HÓBER, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan, *op.cit.*, nota 63, p.742.

cautelares que considere pertinentes. Asimismo, dicho artículo establece que el tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por parte de quien las solicite. Finalmente, las medidas deberán ser otorgadas mediante una orden motivada o un laudo, a juicio del tribunal arbitral.

Adicionalmente, en el artículo 29 de dicho reglamento, se reconoce el derecho de las partes a recurrir a los jueces nacionales para solicitar el otorgamiento de medidas cautelares, sin que esto constituya una renuncia de su derecho a someter la disputa a arbitraje.

Este derecho, ampliamente reconocido en los distintos cuerpos normativos, se incorporó en el Reglamento CCI para aquellos casos en los que, por ejemplo, la ley de arbitraje aplicable no permite que el tribunal arbitral dicte medidas cautelares; o cuando la medida cautelar solicitada implica el cumplimiento de un tercero; o cuando las leyes locales no reconocen que las medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral puedan ser ejecutadas por las cortes locales; o cuando es necesario que la orden se dicte sin el conocimiento de la otra parte.<sup>238</sup>

Así, en atención a que el Reglamento es utilizado en arbitrajes gobernados por distintas leyes nacionales, era necesario que éste considerara las distintas condiciones impuestas por la gran diversidad de leyes nacionales y no limitara los derechos de las partes para acudir a los jueces nacionales.

---

<sup>238</sup> GRIERSON, Jacob y HOOFT VAN, Annet, *"Part IV: Procedure Before the Arbitral Tribunal, Chapter 17: Interim Measures Applications"* en *"Arbitrating under the 2012 ICC Rules"*, Holanda, Kluwer Law International, 2012, pp.158-159.

### **3.3.2 Conveniencia de otorgar una medida cautelar en una Orden Procesal**

Como ya se ha mencionado a lo largo de este trabajo, de acuerdo con la Ley Arbitral Mexicana, la Ley Modelo de UNCITRAL y la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales, las medidas cautelares pueden ser otorgadas en forma de laudo arbitral u orden procesal.

Aunque a primera vista pareciera ser irrelevante la forma como es otorgada una medida cautelar, siempre que sea por escrito, lo cierto es que existen ciertas distinciones prácticas en cuanto a su otorgamiento como orden procesal o laudo parcial.

De acuerdo con el artículo 33 de dicho reglamento, antes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte, la cual podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia.

El requisito antes mencionado es fundamental cuando se trata de medidas que deben ser dictadas con urgencia. Debido a que el laudo, ya sea parcial o final, debe ser revisado por la Corte de la CCI, aquel que ordena medidas cautelares no puede ser dictado con la inmediatez que las circunstancias ameritan. Asimismo, en el caso de las órdenes procesales, el Reglamento CCI no establece ningún requisito de revisión. Por lo que, al dictar una medida cautelar, es importante tomar en cuenta el nivel de emergencia para dictar la misma.

Por otro lado, es importante estudiar la conveniencia de que dichas medidas sean otorgadas en un laudo parcial, en el caso de que se busque su reconocimiento y ejecución ante los jueces nacionales. Debido a que las órdenes procesales únicamente son resoluciones procedimentales y por ende no ejecutables, es posible que un juez local se niegue a reconocer y ejecutar medidas cautelares otorgadas en una orden procesal y no en un laudo parcial. Además, el otorgar una medida cautelar en un laudo parcial ofrece el beneficio de que existe la posibilidad de que sea ejecutado conforme a las disposiciones de la Convención de Nueva York.<sup>239</sup> La cual, como ya se estudió, elimina el requisito de homologación de los laudos arbitrales. Esto, a todas luces, reduce el tiempo que puede tomar la ejecución de un laudo arbitral.

En consecuencia, la conveniencia de ordenar una medida cautelar en forma de laudo parcial u orden procesal radica en la necesidad de las partes. Si la parte que necesita el otorgamiento de medidas cautelares, requiere que se dicte la medida con urgencia, es aconsejable que dicha medida sea otorgada en una orden procesal. Sin embargo, si la urgencia es suficiente como para no poder esperar a que se dicte el laudo final, pero no la suficiente para que sea necesario que dicte la orden procesal inmediatamente, y, si además, es posible que la parte solicitante se vea en la necesidad de solicitar asistencia judicial para el

---

<sup>239</sup> Ver nota al pie no. 53 de este trabajo en relación con las distintas posturas respecto de la ejecución de laudos parciales bajo la Convención de Nueva York.

reconocimiento de la medida cautelar, es aconsejable que ésta sea dictada en forma de laudo parcial, para evitar posibles futuros obstáculos en su ejecución.

En lo que hace a la práctica, de acuerdo con una encuesta realizada en 2006 por el experto en arbitraje Kaj Hóber, en la mayoría de los casos las medidas cautelares son dictadas en órdenes procesales.<sup>240</sup>

### **3.3.3 Medidas cautelares y el Árbitro de Emergencia en el Reglamento CCI**

Como es sabido, la constitución del tribunal arbitral muchas veces puede tomar más tiempo del deseado. En muchos casos, las partes tardan en nombrar al árbitro que les corresponde y, por su parte, los árbitros nombrados o la institución arbitral, según sea el caso, también se demoran en nombrar al presidente del tribunal arbitral. En aquellos casos en los que, las partes decidieron acudir a arbitraje en caso de una disputa, ya existe dicha disputa, existe una necesidad real de que se dicten medidas cautelares y todavía no hay un tribunal capaz de dictar dichas medidas, la parte solicitante se encuentra ante una disyuntiva: acudir a las cortes locales o utilizar alguno de los mecanismos de medidas de emergencia.

Los mecanismos para el otorgamiento de medidas de emergencia tienen su fundamento en los distintos reglamentos institucionales, por ende, en el acuerdo

---

<sup>240</sup> Los resultados de dicha encuesta arrojaron que en el 66% de los casos las medidas cautelares son dictadas en forma de órdenes procesales, mientras que solo en el 24% de los casos fueron dictadas en forma de laudo parcial. Consultar, HÓBER, Kaj, "Interim Measures by Arbitrators", en VAN DEN BERG, Albert Jan, "International Arbitration 2006: Back to Basics?", ICCA Congress Series", Vol. 13, Montreal, Kluwer Law International, 2007, p745.



de las partes. Por este motivo, si las partes no escogieron un reglamento que prevea un mecanismo para el otorgamiento de medidas cautelares de emergencia y tampoco crearon uno en su acuerdo arbitral, tendrán que acudir a las cortes locales para solicitar el otorgamiento de medidas de emergencia.

Ahora, para poder entrar al estudio de estos mecanismos, en especial el del Árbitro de Emergencia del Reglamento CCI, es necesario definir qué es una medida de emergencia.

Así, encontramos que una medida de emergencia o medida urgente, es aquella que "busca dar respuesta inmediata a una circunstancia que, de tener que esperar el transcurso normal de una medida precautoria, haría del procedimiento un ejercicio fútil".<sup>241</sup>

#### *A. Antecedentes*

Si bien cada reglamento institucional establece sus propias reglas para el otorgamiento de medidas de emergencia, una figura muy usada es la del árbitro de emergencia. Ésta fue creada para hacer frente a la necesidad de otorgar medidas urgentes mediante el nombramiento expedito de un árbitro cuyo único propósito es resolver la solicitud de medidas de emergencia.

La primera institución arbitral que incorporó a su reglamento de arbitraje la figura del árbitro de emergencia fue ICDR. Lo anterior se hizo agregando al

---

<sup>241</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Medidas urgentes y ordenes preliminares en arbitraje: dos nuevas y efectivas herramientas procesales", en URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), *op.cit.*, nota 80, p.189.

Reglamento de Arbitraje el artículo 37. Dicha figura fue incorporada en 2006 para aquellos arbitrajes que iniciaran después del 1 de mayo de 2006 y siempre que las partes no hubieran excluido su aplicación.

Antes de la inclusión del artículo 37 al Reglamento ICDR, la *American Arbitration Association* emitió unas reglas opcionales para medidas cautelares de emergencia. Sin embargo, dichas reglas requerían que las partes hubieran pactado su aplicación en el acuerdo arbitral. Por esta razón, su uso en la práctica fue muy limitado.

Además de la figura del árbitro de emergencia contenida en el Reglamento ICDR, hay otras figuras que se crearon con el mismo propósito.

Primero, la figura de *referee* prevista en el Reglamento de la CCI de 1998. De acuerdo con el Reglamento de Procedimiento Precautorio Pre arbitral de la CCI, el propósito de éste es permitir a las partes, que así lo hayan convenido, recurrir rápidamente a una persona (llamada Tercero) facultada para ordenar medidas tendientes a resolver un problema urgente, incluyendo mantener o conservar pruebas. Dichas reglas pueden ser aplicadas durante la ejecución de un contrato o, como su nombre lo dice, de forma previa al comienzo del procedimiento arbitral. En este tenor, las medidas precautorias ordenadas por el Tercero podrán proveer una solución provisional de la disputa y podrían sentar las bases para su solución definitiva.

Si bien la figura del árbitro de emergencia reconocida inicialmente en el Reglamento ICDR y la figura del Tercero reconocida por el Reglamento de

Procedimiento Precautorio Pre-arbitral de la CCI aparentan ser, en esencia, la misma figura, es importante aclarar la principal diferencia entre ambas.

El Tercero puede ser nombrado de forma previa al arbitraje o durante la ejecución de un contrato. Esto es, no debe de haberse iniciado el procedimiento arbitral para que pueda existir dicha figura. En cambio, el árbitro de emergencia de ICDR puede existir únicamente en aquellos casos en los que ya se ha iniciado el procedimiento arbitral, pero aún no se ha designado al tribunal arbitral. Por lo que el árbitro de emergencia se designa únicamente para dictar las medidas cautelares en tanto queda conformado el tribunal arbitral.

Otro ejemplo de mecanismos creados para dictar medidas cautelares cuando aún no se constituye el tribunal arbitral es el contenido en el Reglamento LCIA. Así, de acuerdo con el artículo 9 de dicho reglamento, en aquellos casos de urgencia en los que las circunstancias lo ameriten, se podrá constituir el tribunal arbitral de forma sumaria. Dicha constitución sumaria implica que la LCIA podrá reducir los plazos establecidos en el Reglamento de Arbitraje para la constitución del tribunal arbitral.

Es importante hacer énfasis en que, a diferencia de muchos otros mecanismos para dictar medidas cautelares de emergencia, en el caso previsto en el artículo 9 del Reglamento de LCIA, el tribunal que decida sobre el otorgamiento de las medidas cautelares de emergencia será el mismo que decida el fondo de la controversia. En este supuesto, no se trata de nombrar a una persona para que decida sobre las medidas y posteriormente nombrar a un tribunal arbitral que decidirá el fondo de la controversia, sino que el tribunal arbitral se constituye de

forma sumaria para poder responder ante la emergencia de dictar las medidas cautelares, pero permanecerá en su cargo para, eventualmente, dictar un laudo que resuelva el fondo.

### B. *El árbitro de emergencia CCI*

Antes del Reglamento CCI de 2012, prácticamente todas las medidas de emergencia, necesarias en casos en los que la cláusula arbitral establecía que el arbitraje debía estar regido por el Reglamento CCI, debían ser solicitadas a los jueces nacionales. Esto, en virtud de que el Reglamento CCI no incluía ninguna disposición respecto del árbitro de emergencia y el mecanismo del Tercero reconocido por este reglamento, demandaba que las partes lo hubieran acordado expresamente en la cláusula arbitral, lo cuál era poco común en la práctica.<sup>242</sup>

Por lo anterior, y con la intención de aumentar la eficacia de los procedimientos regidos bajo dicho reglamento y mejorar la experiencia de los usuarios del arbitraje CCI, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI creó en octubre de 2008 una *Task Force*, integrada por más de 175 miembros de 41 países. Las principales encomiendas de este *Task Force* fueron: (i) determinar si era necesaria una reforma al Reglamento CCI de 1998 y (ii) hacer todas las recomendaciones necesarias para la reforma del reglamento.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> GRIERSON, Jacob y VAN HOOFT, Annet, "op.cit., nota, 238, p.64 y BORN, Gary, *op.cit.*, nota 53, p. 847

<sup>243</sup> LÓPEZ DE ARGUMEDO P., Álvaro y GONZÁLEZ ARANGO, "El nuevo reglamento de arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso", en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y ARIAS, David (ed.), *op.cit.*, nota 236, p.23.

Este esfuerzo dio como resultado el Reglamento CCI de 2012, el cual, entre otras nuevas disposiciones, incluyó el artículo 29, relativo a la figura del árbitro de emergencia, la cual constituye un mecanismo para que cualquiera de las partes pueda solicitar a un árbitro, designado solo para ese propósito, la adopción de medidas cautelares antes de que se le remita el expediente al tribunal arbitral.

En este tenor, dicho artículo establece que la parte que requiera medidas cautelares urgentes, que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral ("Medidas de Emergencia"), podrá solicitar tales medidas según las Reglas de Árbitro de Emergencia previstas en el Apéndice V del reglamento en cuestión. Asimismo, para que la solicitud de Medidas de Emergencia sea aceptada por la Corte, deberá ser recibida antes de que se turne el expediente al tribunal arbitral.

En cuanto a la forma de la decisión del árbitro de emergencia, el reglamento establece que deberá adoptar la forma de una Orden. Sin embargo, para garantizar el cumplimiento con dicha Orden, se establece que las partes se comprometen a cumplir con cualquier Orden dictada por el árbitro de emergencia. Asimismo, el árbitro de emergencia deberá dictar la Orden a los 15 días de haber recibido el expediente.

Es importante hacer notar que la Orden del árbitro de emergencia no es vinculante para el tribunal arbitral y éste puede modificarla, dejarla sin efecto o anularla en cualquier momento. Además, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre las solicitudes o demandas de cualquier parte relativas al procedimiento del árbitro de emergencia, incluyendo la distribución de los costos de dicho procedimiento y cualesquiera demandas que surjan o tengan relación con

el cumplimiento o incumplimiento con la orden dictada por el árbitro de emergencia.

Adicionalmente, debido a que la figura del árbitro de emergencia tiene cabida antes de que se constituya el tribunal arbitral, su ámbito de aplicación se encuentra reducido exclusivamente a las partes signatarias del acuerdo arbitral. Lo anterior tiene vital importancia considerando que recientemente se han creado distintas teorías para vincular a terceros a un procedimiento arbitral. Si bien algunas de estas teorías han sido aplicadas exitosamente en algunos arbitrajes, no es posible dictar una orden que afecte a terceros si no existe una resolución del tribunal arbitral que establezca el vínculo del tercero con el procedimiento arbitral. Por lo anterior, el árbitro de emergencia únicamente puede dirigir sus decisiones a las partes signatarias del acuerdo arbitral o sus sucesores.

En cuanto al ámbito de aplicación, se trata de un sistema *opt-out*. Las partes pueden acordar excluir su aplicación, sin embargo, si no lo hacen y el acuerdo de arbitraje se concluyó después del 1 de enero de 2012, la figura del árbitro de emergencia podrá ser utilizada.

Además, las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no impiden que cualquier parte solicite medidas cautelares urgentes a una autoridad judicial competente en cualquier momento antes de la solicitud de arbitraje.

### *C. Petición de Medidas de Emergencia*

Dentro de los requisitos con los que debe cumplir la petición de Medidas de Emergencia están:

- a) Se debe presentar el acuerdo de arbitraje
- b) Incluir nombre completo, descripción y dirección de las partes;
- c) Señalar nombre completo e información de contacto de toda persona que represente al peticionario;
- d) Incluir una descripción de las circunstancias que han dado origen a la petición de Medidas de Emergencia y a la controversia subyacente que ha de decidirse en arbitraje;
- e) Indicar cuáles son las Medidas de Emergencia solicitadas;
- f) Expresar las razones por las cuales el peticionario considera que el otorgamiento de las medidas provisionales solicitadas no puede esperar hasta la constitución del tribunal arbitral.

Si la Secretaría de la Corte de la CCI no recibe la solicitud de arbitraje del peticionario dentro de los diez días siguientes a la recepción por la Secretaría de la petición de Medidas de Emergencia, el Presidente de la Corte de la CCI deberá dar por terminado el procedimiento de árbitro de emergencia, salvo que el árbitro de emergencia determine que un periodo más extenso es necesario dadas las circunstancias especiales del caso.

#### *D. El árbitro de emergencia*

En cuanto al nombramiento del árbitro de emergencia, el Presidente de la Corte deberá nombrarlo dentro de los dos días siguientes a la recepción de la Petición. Una vez nombrado, el árbitro de emergencia deberá suscribir una

declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia. Recibida dicha declaración, la Corte deberá informar a las partes sobre el nombramiento.

Debido a que el árbitro de emergencia hace pronunciamientos sobre una disputa determinada, para evitar cualquier posible causal de recusación, éste no podrá actuar como árbitro en ningún arbitraje relacionado con la disputa que haya dado origen al procedimiento de árbitro de emergencia.

#### *E. El procedimiento*

Debido a que el principal objetivo del procedimiento de emergencia es que sea expedito, el Apéndice V del Reglamento únicamente señala que el árbitro de emergencia deberá establecer un calendario procesal para el procedimiento generalmente dentro de los dos días siguientes a haber recibido el expediente. Posteriormente, el árbitro de emergencia podrá conducir el procedimiento de la manera que considere más adecuada tomando en cuenta la naturaleza y urgencia de la petición.

#### *F. Comentarios finales sobre el árbitro de emergencia*

La existencia de disposiciones referentes a los supuestos de emergencia en los que aun no existe un tribunal arbitral que pueda otorgar medidas cautelares, pero que las circunstancias ameritan que esto se haga a la brevedad posible, implica un gran avance en la regulación arbitral. En este sentido, aquellos reglamentos que no prevén un mecanismo pre-arbitral para el otorgamiento de medidas cautelares, obligan a las partes a tener que recurrir a los jueces nacionales, lo cual, en muchos casos, es contraproducente y poco recomendable, ya que implica la intervención *de facto* de los jueces nacionales en el



procedimiento arbitral, lo cual resulta contrario al objetivo principal del arbitraje: mantener la disputa fuera de la jurisdicción de las cortes locales.<sup>244</sup>

Finalmente, es importante aclarar que a pesar de que se trata de medidas cautelares dictadas de forma previa al comienzo del procedimiento arbitral, se le tiene que dar, a ambas partes, la misma oportunidad de defensa y un trato igualitario, para evitar cualquier posible reclamación posterior que pudiera poner en riesgo la validez y ejecutabilidad del laudo final.

---

<sup>244</sup> REISMAN, Michael W. et al., *International Commercial Arbitration. Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, Nueva York, The Foundation Press, 1997, p. 265.

## CONCLUSIONES

El presente trabajo sobre medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional se realizó mediante el estudio de:

- A) La Ley Modelo de UNCITRAL;
- B) La Ley Mexicana de Arbitraje (contenida en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio);
- C) El Reglamento CCI.

En este sentido, mediante el uso de los métodos analítico, descriptivo y comparativo, se analizaron los tres cuerpos normativos antes señalados con el objetivo de determinar si las medidas cautelares son necesarias en el arbitraje comercial, si la regulación de las mismas es uniforme y, finalmente, los cambios más importantes que han sufrido estos 3 cuerpos normativos en la última década y sus consecuencias prácticas.

Para finalizar este trabajo de investigación, es necesario establecer las siguientes conclusiones, tomando en cuenta que las mismas derivan del estudio de los ordenamientos antes señalados y sus recientes reformas. En este contexto, es posible que existan diferencias considerables con otros cuerpos normativos, tales como leyes nacionales o reglamentos institucionales que no confirmen las conclusiones que se señalan a continuación. Sin embargo, debido a que la Ley Modelo de UNCITRAL es el cuerpo normativo más utilizado como base para crear las distintas leyes nacionales y debido a que el mayor número de medidas cautelares se solicitan bajo el Reglamento CCI, se considera que las conclusiones

que se hacen a continuación constituyen una muestra representativa de la regulación arbitral en materia de medidas cautelares.

**PRIMERA. Las medidas cautelares no son contrarias al espíritu del arbitraje.**

Si bien el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias, no por ello es un mecanismo pacífico. Esto es, el arbitraje, como medio heterocompositivo de solución de controversias, es un mecanismo por virtud del cual, dos partes en conflicto, recurren a un tercero para que dicte una resolución vinculatoria para las partes.

En este sentido, el arbitraje, como cualquier medio contencioso para la solución de disputas, necesita valerse de mecanismos que:

- (i) ayuden a garantizar la efectividad del mismo y
- (ii) eviten que se haga nugatoria su utilidad práctica.

Por lo anterior, las medidas cautelares, como medio para garantizar la ejecución del laudo final, van acorde con el fin último del arbitraje: la resolución de controversias de forma definitiva.

En resumen, del estudio realizado en los tres cuerpos normativos antes señalados, se concluye que las medidas cautelares son necesarias para lograr la utilidad práctica del arbitraje y por ende, su uso no es contrario al espíritu del arbitraje.

**SEGUNDA. Las medidas cautelares son cada vez más utilizadas en arbitraje.**

De acuerdo con la investigación realizada, las recientes modificaciones a la Ley Modelo (2006), Código de Comercio (2011) y Reglamento CCI (2012), son un

ejemplo de la preocupación internacional y nacional por mejorar el régimen de medidas cautelares en arbitraje. En este tenor, con dicho interés se demuestra que el uso de las medidas cautelares ha ido aumentando, por lo que es necesario mejorar su regulación para hacer frente a las necesidades comerciales del momento.

Adicionalmente, las reformas en materia de medidas cautelares reflejan la preocupación por crear un sistema que le pueda proporcionar a las partes la seguridad de poder solicitar el otorgamiento de medidas cautelares y, a la parte objeto de la medida, la seguridad jurídica de que su oportunidad de defensa no se va a ver afectada por el otorgamiento de las mismas. Lo anterior es un claro indicador que en la medida en que han ido aumentando las necesidades de las partes de proteger sus derechos, ha ido mejorando la regulación de las medidas cautelares para garantizar a las partes el acceso a las mismas.

**TERCERA. Las medidas cautelares en arbitraje pueden tener como objetivo mantener el *status quo*, impedir algún daño irreparable, garantizar la ejecución del laudo, o preservar elementos de prueba.**

De acuerdo con el estudio realizado, el objetivo de las enmiendas de 2006 fue incluir todos los escenarios en los que se suelen dictar medidas cautelares en el marco de un procedimiento arbitral. En este sentido, los redactores de dichas enmiendas, después de realizar un estudio general sobre las medidas cautelares dictadas alrededor del mundo, concluyeron que las medidas cautelares dictadas alrededor del mundo pueden tener como propósito cualquiera de los siguientes:

- a) mantener el *status quo*;

- b) evitar un daño irreparable;
- c) garantizar la ejecución de todo laudo subsiguiente;
- d) preservar elementos de prueba.

**CUARTA. La regulación de las medidas cautelares, lejos de obstruir el procedimiento arbitral, contribuye a dar efectividad al procedimiento arbitral.**

Como se demostró a lo largo de la investigación realizada, en los últimos años ha aumentado el interés de los abogados, instituciones arbitrales y legisladores, por crear un sistema que permita ejecutar medidas cautelares o solicitar el otorgamiento de las mismas a las cortes locales, sin que ello signifique 'judicializar' el procedimiento arbitral. Es por esto que con las enmiendas realizadas a la Ley Modelo de UNICTRAL en 2006 y las reformas de 2011 al Código de Comercio, se logró un objetivo muy importante, el que la regulación en materia de medidas cautelares, lejos de obstruir el procedimiento arbitral, contribuyera a asegurar que el procedimiento arbitral fuera efectivo.

En este sentido, la regulación vigente en materia de medidas cautelares, contribuye a preservar la utilidad práctica del arbitraje, pero al mismo tiempo, no contamina la flexibilidad del mismo mediante la inclusión de prácticas y normas judiciales.

**QUINTA. La regulación en materia de medidas cautelares es, desde un enfoque general, uniforme.**

Del estudio realizado de la Ley Modelo, el Código de Comercio y el Reglamento CCI, se concluye que si bien existen diferencias entre dichos cuerpos normativos, las mismas atienden al ámbito de aplicación de cada uno. Así, se

concluye que la regulación de medidas cautelares es uniforme en el sentido de que los tres cuerpos normativos parten de las mismas bases. Esencialmente, dichas bases son:

- A). Se reconocen las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares;
- B). Dichas facultades no están limitadas a un tipo específico de medida;
- C). Hay competencia concurrente entre los tribunales arbitrales y las cortes locales para dictar medidas cautelares;
- D). Las medidas cautelares pueden ser dictadas en forma de Orden Procesal o Laudo Parcial.

**SEXTA. Las diferencias entre los tres cuerpos normativos son producto de su distinto ámbito de aplicación.**

Del estudio realizado se concluye que si bien los tres cuerpos normativos son consistentes entre si (adoptan la misma postura en materia de medidas cautelares) las diferencias entre éstos son producto de su ámbito de aplicación.

Respecto del sistema de ejecución de medidas cautelares, el único ordenamiento que puede contener dichas disposiciones es el Código de Comercio. Esto en atención a que es el ordenamiento aplicable para ejecutar las medidas cautelares frente a los jueces nacionales. Debido a que la Ley Modelo y el Reglamento CCI no son ordenamientos aplicables por los jueces nacionales, no tendría sentido incluir en los mismos un sistema de ejecución de medidas cautelares. Asimismo, aunque la Ley Modelo constituya una línea de base para modernizar las regulaciones en medidas cautelares, la misma no puede incluir

disposiciones relativas al procedimiento de ejecución debido a que es un tema que depende de las legislaciones procedimentales de cada país.

En cuanto a las disposiciones aplicables a los mecanismos de medidas de emergencia, éstos deben estar contenidos en los reglamentos institucionales, como es el caso del Reglamento CCI.

**SÉPTIMA. Las medidas cautelares que se pueden dictar dentro del marco de un procedimiento arbitral no están limitadas a un tipo en específico.**

De acuerdo con los cuerpos normativos estudiados, las facultades del tribunal arbitral, y cortes locales, para dictar medidas cautelares, no se encuentran constreñidas al otorgamiento de determinadas medidas. En este contexto, en los últimos diez años se han hecho grandes esfuerzos para eliminar la idea de que el tribunal arbitral está limitado al otorgamiento de medidas cautelares respecto del objeto del litigio. Asimismo, se han hecho modificaciones para eliminar la creencia de que los jueces nacionales están limitados al otorgamiento de las medidas cautelares reconocidas en el Código de Comercio: arraigo y embargo precautorio.

En este tenor, es evidente que el procedimiento arbitral es un procedimiento sofisticado y, por ende, requiere que se puedan dictar medidas cautelares sofisticadas que no se encuentren limitadas a un listado de supuestos y casos específicos.

**OCTAVA. En cuanto a los requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares, los distintos ordenamientos solamente establecen los requisitos generales.**

De acuerdo con lo estudiado en este trabajo, uno de los principales beneficios del arbitraje es la flexibilidad. Por ende, es importante que en las

modificaciones que se hagan a los distintos ordenamientos se conserve dicha característica. Así, en el estudio realizado, se observó que como parte de estos esfuerzos por conservar la flexibilidad y adaptabilidad del arbitraje, en aquellos casos en los que se regulan los requisitos para la solicitud u otorgamiento de medidas cautelares, solamente se establecen los requisitos generales que son necesarios atendiendo a la naturaleza de las medidas cautelares. Esto es, que se trate de evitar un daño irreparable y que el daño causado por el otorgamiento de la medida sea menor al daño que se podría causar si no se otorgara.

Sin embargo, respecto de los temas particulares, los tres ordenamientos dejan a discreción del tribunal arbitral el decidir sobre los requisitos específicos que se deberán exigir a cada parte dependiendo de las circunstancias de cada caso.

**NOVENA. Las cortes locales y los tribunales arbitrales tienen competencia concurrente para dictar medidas cautelares.**

Aunque pareciera que debido a la renuncia a someterse a la competencia de los jueces del estado para la resolución de sus conflictos, las partes se encuentran precluidas para solicitar asistencia a los mismos, lo cierto es que los tres ordenamientos estudiados reconocen que las cortes locales y tribunales arbitrales tienen competencia concurrente para otorgar medidas cautelares.

Lo anterior refleja que, a pesar de que la intervención judicial en el procedimiento arbitral puede resultar perjudicial para las partes y el procedimiento, lo cierto es que en muchos casos es necesaria. En este sentido, cobra especial importancia el tema de que el tribunal arbitral es competente a



partir de que éste queda constituido, sin embargo, las partes que necesiten el otorgamiento de una medida cautelar necesita tener la opción de recurrir a otro lado para solicitar el otorgamiento de medidas cautelares. De otro modo, se le estaría privando su garantía de defensa.

Asimismo, la competencia concurrente para dictar medidas cautelares es necesaria durante el procedimiento arbitral porque existen casos en los que es necesaria la asistencia judicial para lograr proteger los derechos de las partes. Esto, debido a que la competencia del tribunal arbitral se encuentra limitada por el acuerdo de las partes y por ende, sus resoluciones solo son obligatorias para éstas.

Adicionalmente, el hecho de que exista competencia concurrente entre el tribunal arbitral y las cortes locales, aclara que la solicitud de una de las partes a un juez local para el otorgamiento de medidas cautelares, especialmente antes de que se constituya el tribunal arbitral, no debe ser interpretado como una renuncia a arbitrar y, en sentido opuesto, el hecho de que exista un acuerdo de arbitraje no debe ser interpretado por los jueces nacionales como una renuncia a cualquier tipo de asistencia judicial.

**DÉCIMA. Las razones por las cuales, en algunos casos, es necesario recurrir a las cortes locales para el otorgamiento de medidas cautelares cada vez son menos.**

La asistencia judicial en el procedimiento arbitral es vital para garantizar la mayor efectividad del mismo. Sin embargo, dicha asistencia judicial conlleva muchos aspectos negativos que las partes tratan de eludir al escoger el arbitraje como mecanismo para la resolución de una eventual controversia. Así, la

tendencia en arbitraje es disminuir la necesidad de tener que solicitar asistencia judicial en apoyo al arbitraje.

Esta tendencia se refleja en la implementación en los cuerpos normativos de mecanismos para el otorgamiento de medidas de emergencia, en la implementación de las órdenes preliminares para conservar el elemento sorpresa y en la aclaración de que las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitral son susceptibles de ejecución judicial.

**DÉCIMA PRIMERA. La ejecución de las medidas cautelares sigue reservada a los jueces.**

De acuerdo con el estudio realizado, ambas, la Ley Modelo de UNCITRAL y la Ley Arbitral Mexicana, reconocen que los tribunales arbitrales están facultados para ordenar medidas cautelares, sin embargo, restringen la ejecución de las mismas a la competencia de las cortes locales. La razón de lo anterior es clara. El tribunal arbitral carece de imperio para hacer cumplir sus propias resoluciones y, por ende, es incapaz de ejecutarlas.

Sin embargo, aunque el estudio realizado no se centró en las distintas regulaciones nacionales, es importante tomar en consideración que existen varios países en los que los tribunales arbitrales tienen facultades para ejecutar las medidas cautelares dictadas.

Así, de la misma manera en que la tendencia en arbitraje es reducir la intervención judicial, pareciera que la tendencia también es darle facultades al tribunal arbitral para ejecutar sus propias medidas cautelares.

A pesar de lo anterior, la Ley Modelo de UNCITRAL, la cual es la base de partida en la regulación arbitral, aun no reconoce dicha postura, por lo que todos los países que la han adoptado tampoco lo hacen. En este sentido, se concluye que, por ahora, la facultad de ejecutar las medidas cautelares continúa restringida a los jueces nacionales.

**DÉCIMA SEGUNDA. Las órdenes preliminares son necesarias para que el otorgamiento de medidas cautelares en el procedimiento arbitral tenga mayor utilidad práctica.**

Del estudio realizado respecto de las opiniones a favor y en contra de las órdenes preliminares, se concluye que las mismas son un paso hacia adelante en la regulación arbitral.

Asimismo, de los argumentos en contra analizados, se concluye que ninguno de ellos produce una afectación mayor de la que sufriría la parte que solicita la medida cautelar en caso de que sufra el daño irreparable que pretende evitar. Aunado a lo anterior, las garantías de defensa y audiencia de la parte objeto de la medida no se ven soslayadas en virtud de que una vez que se emite la orden preliminar, dicha parte puede hacer valer sus derechos. Finalmente, la duración de las órdenes preliminares es limitada, por lo que la parte afectada no tendrá que mantener el *status quo* por más tiempo del necesario.

Adicionalmente, es menester tomar en consideración que un gran número de legislaciones procedimentales reconocen que, en ciertos casos, es necesario el elemento sorpresa para evitar que se frustren las medidas cautelares. Así, si existen dichos mecanismos en apoyo a los procedimientos jurisdiccionales, es vital que también los haya en apoyo al arbitraje.

En este sentido, se concluye que las órdenes preliminares son un sistema novedoso, que, como tal, presenta ciertas interrogantes que deberán de irse esclareciendo con la práctica. Sin embargo, es un sistema que justifica su existencia en las necesidades del mundo comercial actual.

**DÉCIMA TERCERA. Los tribunales arbitrales carecen de jurisdicción para dictar medidas cautelares que obliguen a terceros.**

Debido a que la competencia de los tribunales arbitrales nace del acuerdo arbitral, sus resoluciones únicamente son vinculantes para las partes signatarias de dicho acuerdo.

Así, los tres cuerpos normativos estudiados limitan, expresamente, las facultades del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares que obliguen únicamente a las partes signatarias del acuerdo arbitral. En este sentido, los tres ordenamientos, al tratar el tema de medidas cautelares, hacen constante referencia a 'las partes', limitando su ámbito de aplicación a las mismas.

**DÉCIMA CUARTA. Las medidas cautelares pueden ser dictadas en forma de laudo u orden procesal.**

La Ley Modelo de UNCITRAL y el Reglamento CCI confirman que la forma de las medidas cautelares es irrelevante siempre que ésta conste por escrito.

Además, debido a que la Ley Mexicana de Arbitraje fue tomada de la Ley Modelo de UNCITRAL, su espíritu es el mismo. Sin embargo, en atención a que las enmiendas de 2006 de la Ley Modelo todavía no son incorporadas a la Ley Mexicana de Arbitraje, ésta todavía no señala, expresamente, que queda a discreción del tribunal arbitral el decidir si las medidas cautelares son dictadas en

forma de orden procesal o de laudo parcial, según las circunstancias especiales de cada caso. No obstante, en el mismo sentido que el texto de 1985 de la Ley Modelo de UNCITRAL, la Ley Arbitral Mexicana tampoco lo limita, por lo que se ha interpretado en el sentido de que se permiten ambas formas.

**DÉCIMA QUINTA. El régimen de responsabilidad para árbitros en el otorgamiento de medidas cautelares, incorporado a la Ley Arbitral Mexicana, es contrario al arbitraje.**

Como se estudió en el presente trabajo modificar la Ley Modelo implica atentar contra la uniformidad de la regulación internacional en materia de arbitraje. La Ley Modelo fue elaborada por los más grandes expertos en materia de arbitraje de todas las naciones, por lo que es una regulación que no debiera ser modificada por simple capricho legislativo.

Así, al imponer al tribunal arbitral una responsabilidad que no le corresponde, se está afectando a los usuarios del arbitraje en virtud de que los tribunales arbitrales no querrán incurrir en potenciales causales de responsabilidad al dictar medidas cautelares. Por lo que la tendencia será que los tribunales arbitrales se abstengan de dictar las mismas, evitando una posible demanda temeraria de la parte objeto de la medida.

Además, debido a que dicha reforma sitúa al tribunal arbitral como parte respecto del tema de daños causados como resultado del otorgamiento de una medida cautelar, necesariamente tiene como consecuencia que el tribunal arbitral no podrá decidir sobre su propia responsabilidad y lo tendrá que hacer el juez competente, resultando en una intervención judicial en el procedimiento arbitral.

Esto es contrario a la tendencia de las leyes y tratados internacionales de reducir la intervención judicial en el procedimiento arbitral a su mínima expresión.

## PROPUESTA

De lo analizado en el presente trabajo, es claro que en el comercio internacional es muy conveniente una legislación moderna sobre arbitraje comercial, conocida universalmente, y de amplia aceptación a nivel internacional. Con base en lo anterior, se propone incorporar al Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio el Capítulo IVA de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Como se estudió a lo largo de este trabajo, en 1993 México se unió a los países pro arbitraje al incorporar, al Código de Comercio, el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL. Así, México se convirtió en un país con una regulación de vanguardia en materia arbitral. Sin embargo, estas disposiciones ya no van acorde con las necesidades del mundo comercial de la época; por lo mismo, en los últimos años ha habido importantes reformas a la Ley Modelo para hacer frente a dichas necesidades. En este sentir, es necesario que México incorpore nuevas disposiciones al Código de Comercio en relación con las medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Esencialmente, dichas disposiciones deben ser tomadas del Capítulo IVA de la Ley Modelo de UNCITRAL.

El Capítulo IVA es parte de las enmiendas realizadas en 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL. Dichas enmiendas son el resultado de una negociación universal realizada en el marco de las Naciones Unidas. Así, con motivo de dichas enmiendas, la Asamblea General de la ONU recomendó a todos los países que ya hubieran adoptado la Ley Modelo, adoptar las enmiendas realizadas en 2006.

En este tenor, es de vital importancia considerar que nuestro país participó activamente en la elaboración de las enmiendas de 2006, de modo que las necesidades y peculiaridades de nuestras leyes y tradiciones fueron tomadas en cuenta en el momento de su elaboración.

Además, las reformas al Código de Comercio realizadas en 2011, tuvieron como objeto el introducir parcialmente las enmiendas de 2006 en lo relativo al reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares. Por lo tanto, la presente propuesta representa un paso hacia adelante en la misma dirección, al incorporar las demás disposiciones de dicho cuerpo normativo.

Aunado a lo anterior, se propone incorporar las disposiciones de las enmiendas de 2006 sin ninguna modificación. Lo anterior en virtud de que dichas enmiendas fueron discutidas y revisadas de forma minuciosa por los más prestigiados expertos en materia de arbitraje a nivel internacional y nacional, por ende, modificar dichas disposiciones atentaría contra la intención de la Ley Modelo de constituir un régimen universal en materia de arbitraje. Adicionalmente, ninguna de las disposiciones contenidas en el Capítulo IVA de la Ley Modelo de UNCITRAL es contraria a las leyes mexicanas. Inclusive, dichas disposiciones, son totalmente compatibles con el sistema jurídico mexicano y la regulación arbitral. Por lo que no existe ninguna justificación válida para modificar dichas disposiciones.

Finalmente, se propone eliminar el último párrafo del artículo 1480 del Código de Comercio en virtud de que, como se estudió en el presente trabajo, dicho régimen de responsabilidad es contrario a la Ley Modelo de UNCITRAL.



Además, el texto incluido en el último párrafo del artículo 1480 fue incluido por el legislador sin tomar en cuenta que el principal objetivo de la Ley Modelo es homologar los ordenamientos jurídicos arbitrales de los distintos países; objetivo que se ve frustrado al incluir un régimen de responsabilidad para el tribunal arbitral que es, por una parte innecesario, y por otra contrario a la intención de las enmiendas de 2006 de la Ley Modelo de UNCITRAL en materia de medidas cautelares.

## **FUENTES DE CONSULTA**

### **I. Legislación**

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889.

Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

### **II. Tratados Internacionales, Reglamentos y Leyes Modelo**

Cámara de Comercio Internacional, "Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional", vigente a partir de 1 de enero de 2012.

Cámara de Comercio Internacional, "Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional para un Procedimiento Precautorio Pre Arbitral", vigente a partir de 1 de enero de 1990.

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, "Reglamento de Arbitraje para Arbitrajes de Baja Cuantía de CANACO", vigente desde el 9 de julio de 2008.

Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, "Reglamento de Arbitraje de CANACO", vigente desde el 6 de agosto de 2007.

Centro de Arbitraje de México, "Reglas de Arbitraje del CAM", vigente desde el 1 de julio de 2009.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional", 1985.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional", 1985, con las enmiendas de 2006.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI", 1976.

Comisión de la Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, "Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras", Nueva York, 1958.

*International Center for Dispute Resolution*, "Reglamento de Arbitraje Internacional", vigente desde el 1 de enero de 2009.

*London Court of International Arbitration*, "Reglamento de la LCIA", vigente desde el 1 de enero de 1998.

### **III. Bibliografía**

ARAQUE BENZO, Luis Alfredo, "Manual de Arbitraje Comercial", Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 2011.

AZAR MANZUR, Cecilia (comp.), "Manual de Arbitraje Comercial", México, Editorial Porrúa, 2004.

BAÑUELOS RIZO, Vicente, "Arbitraje Comercial Internacional: comentarios a la Ley Modelo de de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional", editorial Limusa, México, 2010.

CASTRILLÓN Y LUNA, Victor M., "Derecho Procesal Mercantil", México, editorial Porrúa, 2010.

CONEJERO ROOS, Cristian, et al., "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco Legal y Jurisprudencia", ed. La Ley, Madrid, 2009.

CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando, "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", Madrid, Editorial Civitas, 2º ed., 1991.

CHIOVENDA, José, "Principios de derecho procesal civil", Madrid, trad. de la 3ª ed. Italiana de José Casais y Santaló, t. I y II, 1977.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia (coord.), "Arbitraje Comercial Internacional", México, editorial Porrúa, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Arbitraje", 3ª ed., México, editorial Porrúa, 2011.

-----"El estado de derecho: un enfoque económico", México, editorial Porrúa, 2007.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, "El Arbitraje Comercial", México, editorial Themis, 2000.

----- "Falta de Liquidez en las empresas y sus consecuencias jurídicas. Aspectos de la ejecución jurisdiccional" en "Falta de Liquidez de las empresas y sus

consecuencias jurídicas", Colección Foro de la Barra Mexicana, Barra Mexicana de Abogados, México, Themis, 1996.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos, "Las medidas cautelares en el proceso civil", Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, 2004.

REDFERN, Alan et al., "*Redfern and Hunter on International Arbitration*", Reino Unido, Editorial Oxford University Press, 2009.

REISMAN, Michael W. et al., "*International Commercial Arbitration. Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*", Nueva York (EUA), The Foundation Press, 1997.

PODETTI, Ramiro, "Tratado de las Ejecuciones", Argentina, Ediar editores, 1952.

URIBARRI CARPINTEIRO, Gonzalo (coord.), "Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional", México, Porrúa, 2010.

VAN DEN BERG, Jan, Antología "50 Years of the New York Convention", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009, p.540.

#### **IV. Bibliografía Digital**

*Consultada en [www.kluwerarbitration.com](http://www.kluwerarbitration.com)*

BORN, Gary, "*International Arbitration: Cases and Materials*", Holanda, Kluwer Law International, 2011

----- "*International Commercial Arbitration*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009.

DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., "*Guide to the ICC Rules of Arbitration*", La Haya, editorial Kluwer Law International, 1998.

----- "*Guide to the ICC Rules of Arbitration*", La Haya, 2º edición, editorial Kluwer Law International, 2005.

GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John, "*Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 1999.

GREENBERG, Simon y LAUTENSCHLAGER, "*Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 9: Adverse Inferences in International Arbitral Practice*" en KRÖLL, Stefan Michael, et al. (editores), "*International Arbitration in International*

- Commercial Law; Synergy, Convergence and Evolution*", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2011.
- GRIERSON, Jacob y HOOFT VAN, Annet , "*Part IV: Procedure Before the Arbitral Tribunal, Chapter 17: Interim Measures Applications*" en "*Arbitrating under the 2012 ICC Rules*", Holanda, Kluwer Law International, 2012.
- HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E., "*A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary*", Boston (EUA), Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- LEW, Julian, "*The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*" en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "*Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*", ICCA Congress Series, París (Francia), 1998 , vol. 9, p. 143.
- LEW, Julian D.M. et al., "*Comparative International Arbitration*", Holanda, Editorial Kluwer Law International, 2003.
- LUTTRELL, Sam, "*Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test*", Holanda, Kluwer Law International, 2009.
- MISTELIS, Loukas A. (ed.), "*Concise International Arbitration*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2010.
- ROSELL, José, "*Arbitration Costs as Relief and/or Damages*", Journal of International Arbitration, Vol. 28 No. 2, Kluwer Law International, 2011.
- SANDERS, Pieter (ed.), "*UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series*", Lausanne (Suiza), Kluwer Law International, 1984.
- VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.), "*International Arbitration in a Changing World, ICCA Congress Series*", Bahrain, Vol. 6, Kluwer Law International, 1994.
- Antología "*50 Years of the New York Convention*", Holanda, editorial Kluwer Law International, 2009.
- "*International Arbitration 2006: Back to Basics?, ICCA Congress Series*", Vol. 13, Montreal (Canadá), Kluwer Law International, 2007.

----- "*New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*", ICCA Congress Series, Beijing, vol. 12, 2004

YESILIRMAK, Ali, "*Provisional Measures in International Commercial Arbitration*", Holanda, Kluwer Law International, 2005.

## **V. Hemerografía**

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel y ARIAS, David (ed.), *Revista del Club Español del Arbitraje*, España, Wolters Kluwer España, 2012, vol.2012, no. 13.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La modificación al derecho arbitral mexicano-un comentario", *Revista Derecho Privado*, Cuarta Época, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, No.1, Enero-Junio.

----- "La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo", FORO, Tomo XIX, Número 1, México, 2006.

## **VI. Hemerografía Digital**

ABASCAL ZAMORA, José Maria, "*Barcelona Afterthoughts*", *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, vol.20, no. 1.

MENON, Sundaresh y CHAO, Elaine, "*Reforming the Model Law Provisions on Interim Measures of Protection*", *Asian International Arbitration Journal*, Kluwer Law International, No. ,2006.

VAN HOUTTE, Hans, "*Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration*", *Arbitration International*, Reino Unido, vol. 20, no. 1, 2004.

## **VII. Documentos de Internet**

"*Possible future work in the area of international commercial arbitration, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (Arbitration) 32a sesión, Viena (Austria), 17 de mayo - 4 de junio de 1999, UN Doc. A./CN.9/460 (6 de abril de 1999).

"*Preparation of uniform provisions on interim measures of protection, Note by the Secretariat*", UNCITRAL Working Group II (Arbitration and Conciliation), 36a

sesión, Nueva York (E.U.A.), 4-8 de marzo de 2002, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.119 (30 de enero de 2002).

*"Possible uniform rules on certain issues concerning settlement of commercial disputes: conciliation, interim measures of protection, written form for arbitration agreement, Report of the Secretary General", UNCITRAL Working Group II, 32a sesión, Viena (Austria), 20 -31 de marzo de 2000, UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.108 (14 de enero de 2000).*

*"Report of the Secretary-General: study on the application and interpretation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Nueva York, 1958)", UN Doc. A/CN.9/168, 20 de abril de 1979.*

*UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration*

### **VIII. Bases de datos y diccionarios**

FLORES RUEDA, Cecilia, "Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial", Themis, México, 2010.

### **IX. Otras fuentes: Internet**

[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

[www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)

## AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por su apoyo incondicional en todas las etapas académicas que tuve que pasar para llegar a este momento; porque siempre han sabido exigirme más; por su ejemplo de fortaleza; porque a ustedes les debo lo que soy.

A Héctor, por escribir todos los apuntes que me ayudaron a llegar aquí; por siempre escucharme y prestarme tu hombro cuando las palabras no alcanzan; por tu amor incondicional; por creer en mí; por ser mi motor.

A la Dra. Gabriela Aldana, mi asesora de tesis, por tu disposición para dirigir este trabajo; por tu tiempo y tus consejos.

A mi hermano Ricardo, por enseñarme con el ejemplo que las metas sólo se alcanzan mediante el esfuerzo diario.

A mis hermanos Rodrigo y Vivian, por su apoyo y cariño.

A Luis Enrique, mi mentor y amigo, por revisar esta tesis; por las incontables horas que has pasado enseñándome y formándome como profesionista; por la paciencia que me tienes; pero sobre todo, por ser mi ejemplo a seguir.

A Mandy, Daniela, Isabel, Carolina, Thalía y Chawi por siempre estar ahí; por su apoyo incondicional; por escucharme y no dejarme perder el camino.

A Reynaldo, por enseñarme a dar mis primeros pasos en el mundo del arbitraje y en la vida universitaria.

A todos ustedes que confiaron en mí y en que este día llegaría.