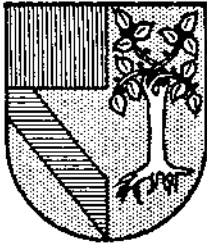


308909



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

72
201

"LA INDESTRUCTIBILIDAD DE
LA CLÁUSULA ARBITRAL"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ORFELINDA TREVIÑO TREVIÑO

DIRECTOR DE TESIS:
DR. GONZALO URIBARRI CARPINTERO

MÉXICO, D.F.

1 9 9 8



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*A mi papá, Rubén Treviño Castillo.
Por enseñarme a creer en la Justicia
como la realidad del Derecho.
Por ser el héroe de mi infancia
y el sabio del presente.
Por tu apoyo incondicional y tu confianza.*

*A mi mamá Orfelinda Treviño de Treviño.
Por tu energía, talentos y sensibilidades .
Por tener siempre una palabra de aliento.
Gracias por todo tus cuidados y cariño.
Por ser madre y amiga al mismo tiempo.*

A mis hermanos:

Rubén Treviño Treviño.

Sandra Luz Treviño Treviño y

Juan Pablo Treviño Treviño.

*Por todos los momentos felices que
hemos pasado juntos.*

To my husband, Brian Kelly

*For being my loving companion
in the great adventure of life.*

A mis abuelitos:

Daniel Treviño Ríos (†)

Horacio Treviño de la Garza(†)

Trinidad Castillo de Treviño

Orfelinda Garza de Treviño

Por su amor incondicional

To the Kelly Family

For making Ireland my second home.

A la Universidad Panamericana.

Al Colegio Westminster.

a mis Maestros, Compañeros y Amigos.

AGRADECIMIENTOS

*Al Dr. Gonzálo Uribarri Carpintero.
Por sus valiosos comentarios, opiniones
y consejos en la elaboración de esta tesis.*

*A la Dra. Hernany Veytia Palomino.
Porque desde mi ingreso a la
Universidad Panamericana
ha sido un gran apoyo, una fuente inagotable
de ideas y orientación,
pero sobre todo por su amistad.*

*Al Lic. Luis Gómez Sánchez
Por todas sus enseñanzas y
por las oportunidades brindadas.*

*To Sabita Singh.
For believing in me and being
much more than a mentor.*

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
1. EL ARBITRAJE	1
1.1 ¿QUE ES EL ARBITRAJE?.....	1
1.2 EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....	3
1.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL ARBITRAJE.....	5
1.4 LA CLÁUSULA O CONTRATO ARBITRAL Y SU CLASIFICACIÓN.....	11
1.4.1 Definiciones.....	11
1.4.2 Requisitos de existencia y validez del contrato o cláusula arbitral.....	13
1.4.3 Clasificación.....	14
1.5 LA CLÁUSULA PATOLÓGICA.....	15
2. ELEMENTOS PARA UNA ADECUADA CLÁUSULA ARBITRAL.....	33
2.1 INTRODUCCIÓN.....	33
2.2 FORMA DEL CONTRATO ARBITRAL.....	41
2.3 CONTROVERSIAS PRESENTES O FUTURAS.....	43
2.4 RELACIÓN LEGAL DEFINIDA.....	44
2.5 ARBITRABILIDAD.....	44
2.6 CAPACIDAD.....	48
2.7 REQUISITO DE NEGOCIAR O CONCILIAR ANTES DEL ARBITRAJE.....	51
2.8 ARBITRAJE <i>AD HOC</i> O INSTITUCIONAL.....	52
2.9 SELECCIÓN DE ÁRBITROS.....	62
2.10 DESCRIPCIÓN DE LAS DISPUTAS ARBITRABLES.....	66
2.11 NEGATIVA DE PARTICIPAR.....	69
2.12 DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE.....	69
2.13 LUGAR DEL ARBITRAJE.....	71
2.14 IDIOMA.....	75
2.15 REGLAS DEL PROCEDIMIENTO.....	76
2.16 LÍMITE DE TIEMPO APLICABLES.....	78
2.17 RENUNCIA DE RECURSOS.....	79
2.18 GASTOS, COSTAS E INTERESES.....	80
2.19 LAUDO RAZONADO.....	84

3. IMPORTANCIA DE LAS DOCTRINAS DE LA SEPARABILIDAD Y KOMPETENZ-KOMPETENZ. DERECHO COMPARADO.....	85
3.1 LA TEORIA DE LAS NULIDADES.....	85
3.1.1 <i>Concepto de eficacia.</i>	85
3.1.2 <i>La Historia de las nulidades.</i>	86
3.1.3 <i>La nulidad.</i>	90
3.1.4 <i>La inexistencia.</i>	91
3.2 INTRODUCCIÓN A LA TEORIA DE KOMPETENZ KOMPETENZ Y SEPARABILIDAD.....	92
3.3 LA DOCTRINA DE LA SEPARABILIDAD.....	95
3.4 KOMPETENZ - KOMPETENZ.....	97
3.5 LA RELACIÓN DE LAS DOS DOCTRINAS.....	98
3.6 LA DOCTRINA DE LA SEPARABILIDAD Y KOMPETENZ - KOMPETENZ EN LAS REGLAS DE UNCITRAL. LA LEY MODELO DE UNCITRAL.....	101
3.7 POSTURA DE LA CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO.....	108
3.8 DISPOSICIONES EN LA CONVENCIÓN DE GINEBRA DE 1961.....	112
3.9 LA DOCTRINA DE LA SEPARABILIDAD Y DE KOMPETENZ - KOMPETENZ EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.....	112
3.10 DOCTRINA DE LA SEPARABILIDAD Y DE KOMPETENZ KOMPETENZ EN EL DERECHO INGLÉS.....	119
3.11 LAS DOCTRINAS DE SEPARABILIDAD Y DE KOMPETENZ KOMPETENZ EN EL DERECHO FRANCÉS.....	130
3.12 ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA DE SEPARABILIDAD Y DE KOMPETENZ-KOMPETENZ EN RUSIA, CHINA Y ARABIA SAUDITA.....	134
3.12.1 <i>Rusia.</i>	135
3.12.2 <i>China.</i>	137
3.12.3 <i>Arabia Saudita.</i>	138
3.13 LA DOCTRINA DE SEPARABILIDAD Y DE KOMPETENZ-KOMPETENZ EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	139
CONCLUSIONES.....	142
BIBLIOGRAFÍA.....	151

INTRODUCCIÓN

El Derecho es cambiante. Las normas que alguna vez dogmáticamente regían una sociedad en un tiempo y circunstancias determinadas corren el riesgo de convertirse en obsoletas si no se transforman adecuándose a las nuevas estructuras y necesidades de esta sociedad.

De todas las ramas del Derecho, indudablemente el Derecho Comercial es el más dinámico. Con el fenómeno de la globalización, las fronteras geográficas tienden a sustituirse por fronteras comerciales. Sin embargo, los sistemas jurídicos siguen siendo distintos y la forma de impartir justicia varía sustancialmente de país a país.

La unificación del Derecho es una realidad en diversas materias como la compraventa internacional de mercaderías, pero en el ámbito de las soluciones alternativas de controversias a pesar de los grandes logros de las Convenciones Internacionales aún se requiere el estudio y esfuerzo de los juristas internacionales para otorgar un marco de seguridad y eficiencia.

Aun en el umbral del próximo milenio países como Arabia Saudita requieren para un arbitraje válido que el árbitro sea hombre y musulmán. China requiere que el idioma del arbitraje sea el local. Tailandia y Japón solo se permiten abogados del país sede. Bélgica, cobra un porcentaje del 2.5% del valor de la sentencia como requisito para su reconocimiento y ejecución, mientras que las grandes potencias como Estados Unidos y el Reino Unido aplauden por un lado

el arbitraje internacional pero son sumamente cautelosas en darle al árbitro la independencia de los tribunales locales.

Las necesidades comerciales cuestionan al gran Boncasse y la doctrina de la Separabilidad de la cláusula arbitral le otorga facultad a un árbitro para decidir sobre la inexistencia del contrato en el cual él mismo ha sido designado.

Esta tesis esta dividida en tres capítulos. El primero tiene como objetivo analizar el concepto del arbitraje internacional, la enumeración de las ventajas y desventajas del arbitraje que lo hacen el medio de solución de controversias idóneo para las disputas internacionales actuales. Así mismo, analizar el contrato arbitral y su clasificación dentro de los contratos y exponer el problema que se suscita cuando las partes han decidido someterse al arbitraje mediante un contrato arbitral, pero la redacción de dicho contrato se encuentra afectado de ciertas patologías que resultan en la imposibilidad de alcanzar los principios fundamentales del arbitraje.

La cláusula arbitral es un traje que se puede hacer a la medida del cliente, pero aún así nos preguntamos ¿Cuales son las opciones? ¿Cuales son los elementos esenciales que debemos incluir en nuestra cláusula arbitral?

El segundo capítulo de esta tesis tiene como objetivo analizar los elementos esenciales y accidentales del contrato de arbitraje, así como algunas recomendaciones para casos particulares, sin dejar de tomar en consideración que no existe la cláusula perfecta.

El tercer capítulo tiene como objetivo estudiar el concepto tradicional de la teoría de las nulidades y analizarla a la luz de las nuevas doctrinas en el Derecho Arbitral. La tendencia a fortalecer el arbitraje y hacer indestructible una cláusula arbitral con el objetivo de dar seguridad al proceso y respetar la voluntad de las partes ha llevado al jurista internacional a buscar ficciones jurídicas que resuelvan los problemas que se enfrentan en este ámbito. La Doctrina de la Separabilidad considera a la cláusula arbitral como independiente del contrato en el que se encuentra contenida y de conformidad con la doctrina de Kompetenz Kompetenz el árbitro puede determinar la existencia de la cláusula arbitral, la validez o el alcance de la misma y las partes no necesitarán invocar la jurisdicción de una Corte Nacional para decidir sobre estos problemas.

Estas Doctrinas a pesar de ser sumamente vanguardistas y aparentemente aceptadas por los distintos países son consideradas de manera diferente por los sistemas jurídicos y esto debe ser tomado en consideración en el momento de decidir la posibilidad del arbitraje. No importa si creemos firmemente en la institución, no importa si evitamos cualquier patología en la redacción de nuestra cláusula arbitral, no importa si incluimos todos los elementos que se adecúan a las necesidades de nuestro cliente, las metas del arbitraje, de rapidez, seguridad y flexibilidad se verán mermadas si el lugar en donde se va a llevar el arbitraje permite la constante intervención de los tribunales locales.

Es por eso que el último capítulo describe los grados de aceptación de estas Doctrinas en Convenciones Internacionales y en particular en los casos de Francia, el Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica, China, Rusia, Arabia Saudita y el tratamiento que se les da a las mismas en los Estados Unidos Mexicanos.

1. El arbitraje

1.1 ¿Que es el arbitraje?

El arbitraje es un proceso jurídico que se acuerda, tramita, desarrolla y resuelve por particulares.¹

En un principio se consideraba al arbitraje como un "método aparentemente rudimentario de solución de controversias, toda vez que consiste en someter estas a individuos ordinarios cuya única calificación es la de haber sido escogidos por las partes"². Sin embargo este mecanismo es mucho mas complejo y funciona eficazmente porque tiene lugar en un intrincado sistema de derechos nacionales e internacionales, leyes y convenciones.

De lo anterior podemos extraer que la naturaleza jurídica del arbitraje esta compuesta por dos elementos, el contractual y el jurisdiccional:

¹ Briseño Sierra Humberto. El arbitraje comercial. Doctrina y Legislación. Editoria! Limusa p. 12

² Redfern Alan and Martin Hunter. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Sweet and maxwell. London 1986 P.2

a) El Contractual.- Porque la relación tiene su origen en la voluntad de las partes, plasmada en una cláusula o contrato arbitral; y

b) El Jurisdiccional.- Porque la relación está sustentada en los distintos Sistemas de Derecho, convenciones y tratados internacionales, permitiendo a las partes someterse al juicio arbitral, obligándolas a su cumplimiento voluntario o forzoso, aun cuando en ocasiones se tiene que recurrir a la justicia ordinaria para la ejecución del mismo.³

Por lo tanto podríamos definir al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias en el que las partes someten sus disputas presentes o futuras a la decisión de un tercero cuya resolución se comprometen aceptar y cumplir.

Redfern y Hunter enumeran tres características que describen al arbitraje. El primero es que debe existir un acuerdo entre las partes para referir las disputas al arbitraje. El segundo es que el tribunal arbitral decide la controversia y el tercero es que el laudo del tribunal arbitral, aunque se emite como resultado de un contrato privado, tiene consecuencias importantes en Derecho Público y puede ser reconocido y ejecutado.⁴

³ Paganoni O'Donohue, Francisco Raul. "El arbitraje en México" OGS Editores S.A. de C.V. (1997) p. 9

⁴ Redfern and Hunter. Op. Cit. p. 3

1.2 El Arbitraje Comercial Internacional.

El concepto "internacional" es utilizado para diferenciar entre arbitrajes nacionales o domésticos de aquellos que de alguna manera trascienden los límites nacionales e involucran partes de distintos sistemas legales o intereses comerciales internacionales.

Existen dos criterios utilizados para definir al arbitraje como internacional:

a) Naturaleza de la disputa.- El arbitraje se considerará internacional si involucra intereses de comercio internacional; y

b) Criterio subjetivo.- Toma en consideración la nacionalidad de las partes, su lugar habitual de residencia o si se trata de una persona moral, el lugar donde se encuentre domiciliada su oficina central.

No obstante los dos supuestos no son considerados igualmente por los distintos sistemas jurídicos. La Cámara Internacional de Comercio por ejemplo, utiliza el criterio de la naturaleza de las disputas, al igual que el Derecho Francés que define al arbitraje internacional como "aquel que está relacionado con cuestiones de comercio internacional", en cambio el Reino Unido que se enfoca en el criterio subjetivo.

Nuestro país sigue ambos criterios al transcribir en el artículo 1416 del Código de Comercio la definición establecida en el artículo 3° de la Ley Modelo de UNCITRAL:

“Art. 1416⁵.- Para los efectos del presente título se entiende por:

I....

II...

III.- Arbitraje internacional, aquel en el que:

- a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje tengan sus establecimientos en países diferentes; o
- b) El lugar del arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una partida sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.

Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, éste será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.”

Ahora bien, hablamos de arbitraje comercial internacional porque trata de contratos o relaciones llevadas a cabo por comerciantes en el curso normal de

⁵ Código de Comercio, Título cuarto, Modificado y adicionado por el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles” publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Julio de 1993, Editorial Porrúa (Mexico 1998).

sus operaciones. De hecho existen países que sólo aceptan el arbitraje cuando se trata de contratos entre comerciantes. En el protocolo de Ginebra de 1923 se obligaba a cada parte signataria a “Reconocer el contrato de arbitraje que estuviera relacionado con disputas comerciales o de cualquier otra materia capaz de ser resuelta por arbitraje”; sin embargo, se establecía la posibilidad de que cada estado contratante podía limitar sus obligaciones a contratos que se consideraban comerciales de conformidad con su ley nacional. Esta reserva aparece también en el artículo 1.3 de la Convención de Nueva York.⁵

1.3 Ventajas y Desventajas del Arbitraje.

Esta tesis tiene como uno de sus objetivos el exponer las Doctrinas de Separabilidad y de Kompetenz-Kompetenz que han sido creadas para defender al arbitraje y de este modo respetar y propiciar el cumplimiento de la voluntad de las partes cuando decidieron someterse al mismo, debiendo preguntarnos ¿Porque las partes recurren al arbitraje?

Para efectos de esta tesis, litigio tradicional es el proceso mediante el cual las controversias entre distintas personas son resueltas por los tribunales y cortes del Estado. No es necesario un acuerdo entre las partes. De hecho los sistemas legales cuentan con mecanismos para manejar situaciones en donde una de las partes se niega a tomar parte en el procedimiento.

⁵ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras celebrada el 10 de junio de 1958 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas, en la Ciudad de Nueva York, promulgada en los Estados Unidos Mexicanos el 1 de junio de 1971, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971.

Un comerciante, un empresario, un inversionista buscará siempre la expansión e internacionalización de sus productos. El principio de la ventaja comparativa nos ha demostrado que el comercio internacional maximiza los recursos de cada nación y después de su intercambio con naciones con diferentes recursos, todos los participantes se encontrarán en una situación más favorable.

Cuando aparecen conflictos entre comerciantes de distintos países estos buscarán una solución rápida, imparcial, flexible, lo menos desgastante posible, que supere las barreras jurídicas y los usos y costumbres nacionales. Generalmente el litigio es un proceso lento, el juez en palabras de Bernardo María Cremades es "Un funcionario, una persona que no decide en cuanto a sí mismo, sino que lo hace a nombre del Estado, en nombre de la soberanía que respalda su actuación y por eso el juez tiene que tomar las medidas necesarias para que se garanticen unos plazos, unas formalidades, una audiencia de cualquier persona interesada, porque si no lo hace de esta forma no podrá garantizar con la fuerza de su "Imperio" algo que no ha dado a conocer a todos los ciudadanos."

La necesidad de los exhortos, cartas rogatorias, citación de testigos, etc. llevan mucho tiempo en su desahogo y en el ámbito internacional la dilación es inimaginable. En conceptos del Doctor Gonzalo Uribarri la impartición de justicia "se torna difícil, con obstáculos y con desconfianza para los gobernados que buscan resolver un conflicto."⁴

³ María Cremades, Bernardo. Panorama del Arbitraje Comercial Internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1985, p.83

⁴ Uribarri Carpintero, Gonzalo Jesús "El arbitraje y Otros Mecanismos Alternativos para la solución de controversias" México (1997) p.1

Algunas de las ventajas que considero favorecen el uso del arbitraje son:

a) Seguridad:

Al respecto mencionaremos lo expresado por el Profesor Pieter Sanders al establecer que el arbitraje es "Una posible renuncia de las partes para acudir a un tribunal extranjero en un lejano país". Es muy difícil imaginar que un hombre de negocios de Singapore desee someterse a los tribunales de Tonga, donde no conoce el sistema, el idioma, ni el Derecho. Así mismo, si se trata de un litigio en otro país probablemente tenga que contratar abogados de ese país con los que no está familiarizado.

b) Posibilidad de designar el panel arbitral.

Las partes pueden tomar en consideración la personalidad de los árbitros así como su preparación profesional, experiencia, disponibilidad y costo antes de someterse a este mecanismo.

En el litigio tradicional, por otra parte, pudiera suceder que el caso sea juzgado por una persona sin experiencia en ese tipo de asuntos. De igual manera existe el riesgo de que en ciertos países se presenten dificultades e imparcialidades suscitadas por la corrupción y falta de independencia del poder judicial.

El árbitro es una persona que no tiene la obligación de cumplir con más formalidades que aquellas que le fijen las partes, no tiene respaldos soberanos de ningún tipo, el árbitro es árbitro porque así lo han querido las partes.

De igual manera en el arbitraje la composición del tribunal arbitral esta determinado por las partes, por lo que estas pueden optar por un tribunal mixto, como tres expertos en distintas materias o dos litigantes y un experto. etc.

c) Privacidad del asunto.

En la mayor parte de los países se considera indispensable que la justicia sea administrada en público. Sin embargo en esta época donde los medios de comunicación pueden tener un efecto considerable en la posición de una sociedad en el mercado financiero mundial. existen muchos casos en donde las partes desean resolver sus controversias en privado.

Estos casos se agudizan en los asuntos de secretos industriales o transferencia de tecnología. Esta "privacidad" es una de las ventajas más importantes que el arbitraje puede ofrecer. No obstante, esta privacidad puede verse quebrantada si una de las partes se encuentra inconforme con el arbitraje y desea involucrar a los tribunales locales en el asunto. Pero esto último no será en razón de la naturaleza del arbitraje, sino que es derivada del incumplimiento del laudo por alguna de las partes.

Un árbitro que manifieste y publicite las controversias que se le presenten probablemente tendrá que responder ante los tribunales, indemnizando a las partes los daños y perjuicios que esa publicidad les ha ocasionado.⁴

d) Las interpretación y desahogo de pruebas técnicas son mas cortas con un árbitro técnico.

Si el árbitro es un experto en la materia en que se suscitó la controversia, como la calidad de las telas, la resistencia de una construcción, o la conductividad de ciertos metales, las pruebas que se presentan serán distintas a aquellas que se presentarían ante un juez. El hecho de que las partes se están dirigiendo a un experto acorta el periodo de pruebas y el tiempo que tardan los peritos en el caso del litigio para rendir su dictamen.

e) Rapidez en la toma de decisiones.

En arbitraje la rapidez en la solución del asunto depende en mucho de las partes, toda vez que estas pueden tomar en consideración la disponibilidad del árbitro en el momento de hacer su elección.

f) Representación.

Si en un litigio tradicional una persona acude a los tribunales y no desea representarse a si mismo, tendrá que hacerlo un Licenciado en Derecho. En arbitraje las partes pueden designar la representación por un experto en la materia concreta del caso para que se dirija a un árbitro experto.

g) Costo.

Bernstein Ronald et al. Handbook of arbitration practice. Third edition Sweet&Maxwell.

Las partes tienen que pagar al árbitro. El árbitro tiene el deber de comunicar a las partes sus honorarios o en el caso de la mayoría de las instituciones arbitrales, las partes saben desde el inicio el monto aproximado del costo.

De igual manera al ser el arbitraje un proceso mucho más rápido y eficiente los costos se reducen considerablemente.

h) Definitividad.

Es más probable que las partes consideren como definitiva la decisión de un árbitro que la de un juez de primera instancia, especialmente si las partes han designado por sí mismas al árbitro.

h) Continuidad

Toda vez que el panel arbitral designado debe resolver un caso en particular. Estos árbitros siguen el caso del principio hasta el final y no como un juez que puede ser removido del caso o bien que no estudia el caso en su totalidad al valerse de los funcionarios del juzgado para llevar a cabo distintas etapas del procedimiento.

i) Mayor posibilidad de reconocimiento.

Con motivo de las numerosas convenciones internacionales y las disposiciones sobre arbitraje en los distintos sistemas de Derecho, se ha confirmado que es

London 1998 p 10

mucho más fácil que se reconozca un laudo extranjero que una sentencia emitida por una Corte nacional extranjera.¹¹

Las desventajas del proceso arbitral radican de alguna manera en:

a) Los poderes limitados que tiene el tribunal arbitral. Poderes que dependen de cierto modo para su total eficacia de la ley procedimental aplicable. Los poderes de los árbitros si bien son adecuados para resolver una disputa, no pueden, por ejemplo, citar a testigos apercibiéndolos que de no presentarse se les aplicará una multa o pena corporal.¹²

b) El tribunal arbitral no puede obligar la consolidación de acciones, facultad inherente a las Cortes.

1.4 La Cláusula o Contrato Arbitral y su clasificación.

1.4.1 Definiciones

El Artículo 7 (1) de la Ley Modelo de UNCITRAL, establece que "Contrato de Arbitraje es aquel contrato 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 definida, contractual o no contractual. El

¹¹ Bond Stephen R. "How to Draft an Arbitration Clause" *Journal of International Arbitration*, Vol. 6, N°2 Werner Publishing Co. Ltd. (June 1989) p 66

¹² Redfern and Hunter. Op.cit. p. 19

contrato de arbitraje puede encontrarse en forma de cláusula en un contrato o como un contrato separado.”

El Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en materia Federal, establece en el artículo 1793 que “Los convenios que producen o transfieren derechos y obligaciones toman el nombre de contrato”. Colin y Capitant establecen que “El contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, ya sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirlas. El artículo 1101 parece distinguir contrato de convenio, hacer de este el género y de aquel la especie... Pero esta distinción entre los contratos y los convenios no tiene sino un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a los unos y otros”¹²

El Black's Law Dictionary define como cláusula “Un párrafo único o subdivisión de un escrito o documento legal, como un contrato, testimonio, testamento, constitución o estatuto. Es una oración, parte de una oración”¹³. Por su parte, Rafael De Pina considera que cláusula “En el lenguaje jurídico significa cada una de las disposiciones de las que consta un contrato, tratado o testamento”¹⁴

¹² Bojía Soriano Manuel “Teoría General de las Obligaciones” Ed. Porrúa, S.A., 12a Edición, México 1991.

¹³ Black's Law Dictionary, Sixth Edition: Centennial Edition 1891-1991 St. Paul Minn. 1990

¹⁴ De Pina Rafael. “Diccionario de Derecho” Editorial Porrúa, S.A., México 1992

La cláusula de arbitraje es en realidad un contrato pues en el mismo dos o más partes se comprometen a resolver cualquier diferencia en relación con otro contrato o relación legal definida mediante un mecanismo de solución de controversias alternativo como es el arbitraje, estableciendo los términos y condiciones sobre los cuales debe versar.

No se puede considerar como cláusula en sentido estricto porque no es una subdivisión del primer contrato, y puede regirse por un sistema legal distinto como analizaremos al estudiar la Doctrina de la Separabilidad. Las reglas sobre los elementos de existencia y validez del arbitraje tienen distintos parámetros que los de cualquier otro contrato. Sin embargo, el término "cláusula" ha sido empleado en la práctica probablemente por el hecho de estar contenido en el mismo documento y redactado como si fuera una subdivisión del contrato principal.

1.4.2 Requisitos de existencia y validez del contrato o cláusula arbitral.

El arbitraje cumple con cada uno de los requisitos que establece el Derecho para la existencia y validez de los contratos:

- (a) Consentimiento.- La voluntad de ambas partes de someter sus controversias presentes o futuras al arbitraje en los términos que se convengan.

- (b) Objeto.- La solución de controversias presentes o futuras entre las partes, por un árbitro.

- (c) Capacidad.- Las partes que se sometan al arbitraje deben ser capaces para este contrato, y toda vez que el contrato arbitral se puede regir por un sistema legal distinto al del contrato principal las partes deben ser capaces para ambos contratos.
- (d) Debe celebrarse sin vicios del consentimiento
- (e) El Objeto, motivo o fin del arbitraje debe ser lícito.
- (f) El Consentimiento debe expresarse en la forma que establece la ley aplicable o las reglas de la institución arbitral en su caso.

1.4.3 Clasificación

La clasificación del contrato arbitral es la siguiente:

Es bilateral o multilateral porque las partes se obligan recíprocamente.

Es oneroso porque implica provechos y gravámenes recíprocos.

Es aleatorio porque los efectos en cuanto a las ganancias y pérdidas dependen de un acontecimiento incierto.

Es accesorio porque siempre estará relacionado con cuestiones contenidas o relacionadas con el primer contrato o relación contractual.

Es consensual pero para efectos prácticos y especialmente para su reconocimiento y ejecución internacional debe constar por escrito, aunque de conformidad con el artículo II.2 de la Convención de Nueva York esto incluye un acuerdo firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas o telegramas.

La cláusula arbitral puede versar sobre disputas que se susciten en el futuro o bien sobre disputas ya existentes definiendo claramente los puntos a arbitrar. A este último caso se le conoce con el nombre de *compromis*.

1.5 La Cláusula Patológica

El concepto "cláusula patológica" se atribuye a Frédéric Eisemann quien fuera Secretario General de la Corte de Arbitraje por veintiséis años (ahora Corte Internacional de Arbitraje). Eisenmann analizó una serie de cláusulas arbitrales que él llamaba "perlas" teñidas de distintas patologías, que él, en el transcurso de los años, había extraído del "museo obscuro"¹³ del arbitraje.

Eisemann consideró como patológica, aquella cláusula que no cumpliera con sus funciones esenciales, siendo estas:

Primera.- Que pueda producir consecuencias obligatorias para las partes. Esta función es común a todos los contratos.

¹³ Eisenmann Frédéric. La clause d'arbitrage pathologique. Arbitrage Commercial. Essais in memoria Eugenio Minoli. Utetione Tipográfico-Editrice Torres. P. 129

Segunda.- Que excluya la intervención de las Cortes estatales en la solución de las controversias.

Tercera.- Que otorgue facultades a los árbitros para que resuelvan las posibles disputas que puedan suscitarse entre las partes.

Cuarta.- Que establezca un procedimiento que conduzca dentro de las mejores condiciones de eficiencia y rapidez a un laudo susceptible de ejecución judicial.

Estas funciones están estrechamente relacionadas, de tal suerte que si una cláusula incumple con la primer función relativa a la obligatoriedad es evidente que tampoco cumplirá con el resto de las funciones.

Obviamente, no todas las patologías son de la misma gravedad, y al respecto Eisenmann las dividía en dos grandes apartados. El primero (A) donde las disposiciones de la cláusula no se oponen realmente a la ejecución de las funciones antes mencionadas, pero son fuente de dificultades que aunque subsanables, permiten a una parte preocupada la posibilidad de explotar cualquier recurso durante el procedimiento que pueda evitar la ejecución de la sentencia; y el segundo (B) donde las disposiciones en la cláusula arbitral se encuentran dispuestas de tal modo que no pueden cumplir con algunas o todas las funciones fundamentales de la cláusula arbitral.¹⁷

¹⁷ Eisenmann Frédéric. Op. Cit. P. 131

Las funciones descritas por Eisenmann siguen estando vigentes y son los puntos que cualquier persona que necesite redactar una cláusula arbitral debe tener presente.

A continuación analizaremos algunas de las cláusulas que contienen patologías que han ocasionado conflictos ante distintas instituciones.

a) La inclusión de la palabra "*puede*".

De conformidad con Eisenmann la siguiente cláusula contiene una pequeña patología:

"Cualquier disputa de cualquier naturaleza que se suscite o este de alguna forma relacionada con el contrato, su elaboración o contenido *puede* ser referida a arbitraje. Dicho arbitraje tendrá lugar en los estados Unidos de América y deberá llevarse a cabo de conformidad con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio."

Esta cláusula es por una parte muy clara con respecto al lugar del arbitraje y con respecto a la aplicabilidad de las reglas de la Cámara Internacional de Comercio, sin embargo la inclusión de la palabra "*puede*" como facultad potestativa aporta incertidumbre e inseguridad.

Una redacción potestativa pudiese suscitar una excepción sobre la jurisdicción. En este caso el Tribunal Arbitral deberá buscar la intención de las partes al incluir la palabra "*puede*" y decidir si el arbitraje aparece como obligatorio o es solo una opción. En el caso de que se presente como opción no se cumplirá el

primer supuesto de Eisenmann sobre la producción de consecuencias obligatorias para ambas partes.

Otra posibilidad es que una de las partes amparadas por esta falta de claridad recurra a la decisión de un tribunal local para que interprete la cláusula arbitral ya sea con la intención de evitar o de obligar el arbitraje. En este caso dependerá de la actitud de las Cortes de ese país hacia el arbitraje, las cuales, como analizaremos posteriormente, varían sustancialmente.

En 1990 se presentó ante una Corte Norteamericana de Distrito en Kentucky un caso en el que la cláusula contenía la palabra “*may*” “*puede*” en los términos señalados anteriormente y decidió que en estos casos cuando una de las partes invoca el arbitraje se convierte en obligatorio para ambas partes.¹⁷ Sin embargo otros tribunales pudieran decidir en sentido contrario.

b) Posibilidad de escoger entre dos foros.

Lawrence Craig¹⁸ nos da un ejemplo de una cláusula en donde las partes no establecieron claramente su deseo de someterse al arbitraje:

“En caso de disputa, las partes se comprometen a someterse al arbitraje, pero en caso de litigio el *Tribunal de la Seine* tendrá jurisdicción exclusiva.”

¹⁷ *Craval Coal Export Company, Inc. v. Taiwan Power Company*, USDC eastern District of Kentucky, Civil Action N° 90-11 (5 de marzo de 1990) Citado por Davis Benjamin, J. *Arbitration International* Vol. 7 Num. 4 1991.

¹⁸ Lawrence Craig et al, *International Chamber of Commerce*, Oceana Publications Inc (1990) P 159

En este caso la cláusula no cumple con ninguno de los supuestos de Eisenman, pues además las partes perderán la posibilidad de arbitrar al establecer este mecanismo sólo como una opción. Pudiera parecer que este tipo de cláusulas son redactadas por personas que quisieran prever la jurisdicción en caso de que el arbitraje sea rechazado, pero en lugar de esto, se encuentran ante una cláusula que propone un arbitraje inoperable.

c) El lugar del arbitraje.

Las instituciones de arbitraje enfrentan muchas dificultades cuando las partes establecen en su cláusula frases como "el arbitraje se llevará a cabo en la Cámara Internacional de Comercio en Zurich" y en Zurich no existe ninguna Cámara Internacional de Comercio toda vez que sólo existe una Cámara Internacional de Comercio y tiene sede en París, eso sí, con comités nacionales en todo el mundo. Sin embargo la parte detractora del arbitraje frecuentemente argumentará que su intención era someterse a la institución local en Zurich.¹⁵

Estas instituciones interpretan estas cláusulas como si la ciudad mencionada se refiere al lugar del arbitraje y no a la nacionalidad de la Institución.

De igual manera, cuando las partes establecen en su contrato "de conformidad con la Cámara Internacional de Comercio, París" la Cámara Internacional de Comercio considera que París será el lugar donde las partes quisieron que el arbitraje se llevara a cabo y no la nacionalidad de la Cámara.

¹⁵ Davis Benjamín J. Arbitration International Vol. 7 Núm. 4 1991.

Este tipo de imprecisiones hace que se incumpla con el cuarto supuesto de Fisenman toda vez que la cláusula no cuenta en las mejores condiciones de eficiencia y rapidez.

d) Existen cláusulas de arbitraje en donde aparecen imprecisiones con respecto al nombre de la institución arbitral o bien en el número de árbitros.

Analicemos un caso:

“Ambas partes, en reconocimiento de la buena fe y mutuo entendimiento en que este contrato ha sido celebrado, renuncian al derecho que tienen de que las controversias sean litigadas en su respectiva jurisdicción.

En el caso de que alguna de las disputas no pueda ser resuelta amistosamente, ambas partes acuerdan arbitrar sus diferencias conforme a la Cámara *Oficial* de Comercio de París Francia...”

En estos casos una parte recalcitrante al arbitraje pudiera objetar que cuando la cláusula fue redactada su intención no era someterse a la Cámara de Comercio Internacional sino a la Cámara Arbitral de París o alguna otra institución. Por tanto, la Cámara Internacional de Comercio de conformidad con el artículo 7 de su Reglamento, negará jurisdicción:

“Art. 7.- Cuando, *prima facie* no existe entre las partes ningún convenio de arbitraje o cuando existe un convenio que no se refiere a la Cámara de Comercio Internacional, si la parte demandada no contesta en el plazo de 30 días previsto en el artículo 4, párrafo 1, o si declina el arbitraje de la Cámara de Comercio

Internacional, se informará a la parte demandante que el arbitraje no puede tener lugar.

En relación con los supuestos de Eisenmann, este tipo de cláusulas incumplen con el primer supuesto ya que no especifica claramente las consecuencias obligatorias para las partes, incumple con el segundo supuesto ya que en la mayoría de los casos se necesitará la intervención de un tribunal local y también incumple con el cuarto supuesto, toda vez que las mejores condiciones para la eficiencia y rapidez del laudo no han sido establecidas debido a dicha imprecisión.

Eisenmann también hace mención de una cláusula en donde el número de árbitros no aparece claramente definido:

“Cualquier disputa que resulte de la celebración de este contrato que las partes no puedan resolver amigablemente deberán ser resueltas por la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio en París de conformidad con sus reglas de arbitraje.

La decisión del árbitro será definitiva y obligatoria para ambas partes.”

Cuando se presentó esta controversia, el demandado argumentó que “árbitro” podía significar un tribunal arbitral de tres miembros. El actor por su parte argumentaba que el caso debía ser resuelto por un árbitro de conformidad con la cláusula.

El artículo 2.2. de las Reglas de Arbitraje establece que:

“Las desavenencias pueden ser resueltas por un árbitro único o por tres árbitros. En los artículos siguientes, la expresión “el árbitro” se refiere indistintamente al árbitro o los árbitros.”

Por lo tanto la institución se encontró con el dilema de tener que decidir si por referencia a las reglas se aceptaba la opción del tribunal arbitral o si analizaba la cláusula en si misma, la palabra árbitro aparecía en singular y esa era la intención de las partes en el momento de celebrar el contrato.

Evidentemente este problema se evita estableciendo claramente las palabras “árbitro único” o “tribunal arbitral compuesto por tres árbitros”.

Este tipo de cláusulas incumplen con el cuarto supuesto de Eisenmann, toda vez que al presentar dudas sobre el número de árbitros puede ocasionar una interpretación contradictoria por ejemplo en el momento en que un tribunal local ejecute el laudo.

e) Idioma del contrato y traducción.

En muchas ocasiones en el comercio internacional nos encontramos en presencia de dos sociedades de distintos países con distintos idiomas, donde la negociación de los proyectos por lo general se hacen en un idioma y se traducen frecuentemente dentro de la empresa o del despacho de abogados al otro por personas sin manejo de los términos legales.

Benjamin Davis menciona un caso en el que se presentó un conflicto con las traducciones. Las partes negociaron un contrato en francés y firmaron al mismo

tiempo un contrato en francés y otro en español. La versión en francés establece que si la parte A es la actora, el arbitraje se llevará a cabo en Barcelona y si la parte B es la actora, el arbitraje se llevará a cabo en París. Sin embargo la versión en español establece que si la parte A es la demandada, el arbitraje se llevará a cabo en Barcelona y si la parte B es la demandada el arbitraje se llevará a cabo en París. (La confusión aparece en el momento de traducir “*demanderesse*” que significa actora en francés por *demandada* en español).

Cuando se presentó este caso en la Cámara Internacional de Comercio no se establecía en el contrato cual versión predominaba respecto de la otra, por lo que la Cámara Internacional de Comercio optó por señalar una sede neutral.

Esta cláusula incumplirá con el primer supuesto de Eisenmann toda vez que las consecuencias obligatorias con respecto al lugar del arbitraje no podrán ser ejecutadas conforme a la voluntad de las partes. De igual manera, se incumple con el cuarto supuesto ya que no satisface los principios de rapidez y eficiencia.

f) Dos arbitrajes distintos en la misma cláusula.

Otro ejemplo de cláusula patológica aparece cuando el tipo de las controversias que serán sometidas al arbitraje refiere distintas leyes para ser aplicadas y en algunos casos distintas sedes de arbitraje.

Eisenmann nos da un ejemplo de este tipo de patología:

El vendedor A y el comprador B celebran un contrato con la siguiente cláusula arbitral:

“Todas las diferencias que resulten de este contrato que estén relacionadas con disputas concernientes a FOB serán resueltas en arbitraje de conformidad con las disposiciones legales que gobiernen el contrato del vendedor y el proveedor del cargamento correspondiente. Las disputas que estén relacionadas con CIF serán resueltas en Japón de conformidad con las leyes japonesas.”

El vendedor A y el proveedor C tenían la siguiente cláusula arbitral:

“Todas las diferencias que resulten de este contrato deberán ser resueltas en su totalidad en Ginebra de conformidad con las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, por tres árbitros de conformidad con dichas reglas, la legislación aplicable, será la legislación vigente en Argelia”

Podemos pensar que el vendedor y el comprador de alguna manera deseaban moldear una cláusula perfecta para su contrato, toda vez que establecieron el lugar, las instituciones, la legislación aplicable y de cierta manera relacionar las dos cláusulas, sin embargo esta cláusula contiene varias patologías.

El actor interpone su demanda ante la Cámara Internacional de Comercio y el demandado tiene las siguientes opciones: (1) Establecer que las disputas no están relacionadas con FOB y objetar la jurisdicción de la Cámara Internacional de Comercio. (2) Puede aceptar que las disputas son FOB y por tanto aceptar la jurisdicción de la Cámara Internacional de Comercio siempre y cuando la sede del arbitraje sea Japón o (3) Si el demandado es el comprador puede aceptar que las disputas están relacionadas con FOB y que en consecuencia las disputas deben ser resueltas entre el vendedor y el proveedor.

La Corte Internacional de Arbitraje aceptará el arbitraje entre el comprador y el vendedor debido a la incorporación por referencia en el contrato del comprador con el vendedor de la cláusula entre el comprador y el proveedor en donde se especifica la jurisdicción de la Cámara Internacional de Comercio, quedando pendiente decidir el lugar del arbitraje.

De conformidad con el artículo 2.5 del Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio, la Corte de Arbitraje decide sobre el número de árbitros sólo cuando las partes no lo han acordado. En este caso es claro, por la referencia en la cláusula, que el arbitraje deberá llevarse a cabo por tres árbitros, pero en el caso de las disputas CIF no establece nada al respecto.

Sobre el lugar del arbitraje el artículo 12 de la Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio establece que la Corte de Arbitraje podrá designar la sede del arbitraje únicamente cuando las partes no la han designado, la elección de la Corte de Arbitraje para designar el lugar de alguna forma implica la decisión si las disputas son CIF o FOB. En estos casos la Corte normalmente nombrará provisionalmente un tercer lugar neutral, de manera que sean los árbitros quienes clasifiquen las disputas.

Ahora bien, dentro de todos estos procedimientos las partes se van a encontrar con la dificultad de decidir cual ley van a aplicar toda vez que aún no se ha decidido si las disputas son CIF o FOB.

Este tipo de expresiones en las cláusulas como vemos, ocasionan muchos problemas e incumplen con los supuestos de Eisenmann 1, 3 y 4. Toda vez que la obligatoriedad se pone en duda debido a la incertidumbre sobre la

clasificación de las disputas. Las facultades de los árbitros están limitadas a solo un tipo de controversia y evidentemente estas no son las mejores condiciones para emitir el laudo con la eficiencia y rapidez de las condiciones para emitir el laudo. De igual manera existe la posibilidad de que debido a la falta de claridad en el laudo alguna de las partes recurra a una Corte local que puede estar en París, Ginebra o Japón.

g) Falta de claridad con respecto a la referencia al arbitraje

Existen otro tipo de cláusulas donde la referencia a arbitraje es imprecisa, incumpliendo con el primer supuesto de Eisenmann sobre las consecuencias obligatorias entre las partes. Analicemos la siguiente cláusula:

“El presente contrato esta gobernado por las leyes de Luxemburgo. Las posibles disputas serán sometidas al Comité de Conciliación de la Cámara Internacional de Comercio en París”⁷

En este caso cuando se presentó una demanda ante la Corte de Luxemburgo, esta se declaró incompetente alegando que la cláusula era una cláusula de arbitraje. Sin embargo la necesidad de la intervención de una Corte local hace que la cláusula también incumpla con el segundo supuesto de Eisenmann.

h) Referencia a dos instituciones arbitrales en la misma cláusula.

Según Benjamin J. Davis esta patología se presenta frecuentemente y nos da un ejemplo²³

“Cualquier controversia o demanda suscitada o relacionada con este contrato o su incumplimiento deberá resolverse mediante arbitraje en Seúl, Corea ante el Tribunal Comercial de Arbitraje Coreano por un árbitro único de conformidad con las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio. La sentencia será final y obligatoria para las partes.”

Esta cláusula tiene múltiples interpretaciones. Se pudiera pensar que la referencia al “Tribunal Comercial de Arbitraje Coreano por un árbitro único” es la autoridad que debe designar al árbitro único para un arbitraje que se llevara a cabo bajo el auspicio de la Cámara Internacional de Comercio. Sin embargo, esta misma cláusula se pudiera interpretar que las partes desean que el arbitraje se lleve a cabo bajo el auspicio del Tribunal Comercial de Arbitraje Coreano con las reglas de la Cámara Internacional de Comercio utilizadas como Derecho Procesal. Así mismo, se pudiera interpretar como lo hizo la Cámara Internacional de Comercio que en la cláusula se otorgaba jurisdicción plena a la Cámara Internacional de Comercio y que la mención del Tribunal Comercial de Arbitraje Coreano no era más que el lugar en que se debía o debería llevar el arbitraje.

De cualquier manera el árbitro tendrá que emitir un laudo sobre su jurisdicción. Este modelo de cláusula incumple con los cuatro supuestos de Eisenman: No se establece claramente en donde son obligatorias las consecuencias de la cláusula.

²³ Davis Benjamin. Op. Cit. p. 377

es posible que se tenga que recurrir a un tribunal local para que designe al árbitro. Los poderes del árbitro único designado de cualquier manera, pudiesen ponerse en duda y por supuesto las condiciones de eficiencia y rapidez se ven mermadas.

i) Falta de autoridad.

Analicemos la siguiente cláusula:

“En el caso de que una disputa se someta a arbitraje de conformidad con las reglas de la Cámara Internacional de Comercio, el arbitraje se someterá a tres árbitros designados de conformidad con dichas reglas y tendrá lugar en Suiza: los árbitros serán nominados por la Corte de Ginebra y Lucerna”.

La primer pregunta sobre esta cláusula es: ¿Quién contacta las Cortes de Suiza, el Secretariado de la Cámara Internacional de Comercio o las partes? Una de las partes puede pensar que el Secretariado de la Cámara Internacional de Comercio no estará facultado de conformidad con la cláusula para contactar a las Cortes Suizas, sin embargo también puede pensarse que si una de las partes contacta por si sola a las Cortes Suizas no está cumpliendo con las Reglas establecidas en la cláusula.

De igual manera si analizamos el artículo 8.4 de las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio:

“Cuando se han previsto tres árbitros, cada una de las partes -en la demanda de arbitraje y en la contestación a la demanda- designa un árbitro independiente

para su confirmación por la Corte. Si una de las partes se abstiene, el nombramiento lo hace la Corte.”

Si una de las partes interpreta que es el Secretariado de la Corte quien debe contactar a las Cortes Suizas, probablemente no proponga un árbitro en su demanda o contestación de la demanda, y de alguna manera la otra parte podrá alegar que esta demanda no ha sido válidamente interpuesta.

Evidentemente este caso es muy complejo, difícil de validar en caso de una parte recalcitrante al arbitraje.

j) El arbitraje flotante

Analicemos la siguiente cláusula:

“Cualquier controversia que se suscite de la interpretación de este contrato deberá ser resuelta por un tribunal arbitral con sede en un país distinto al de cada una de las partes”

Esta cláusula a pesar de mostrar la intención de las partes a someterse al arbitraje, presenta múltiples defectos. Para empezar no nos dice si “Tribunal arbitral quiere decir uno o tres árbitros. Adicionalmente no establece cual es la sede del arbitraje “distinta a la del país de cada una de las partes por lo que si las partes no se ponen de acuerdo, será necesaria la intervención de una Corte local, cosa de por sí poco deseable, se agudiza por el hecho de que no sabemos la Corte local que debe “auxiliar” a las partes. De igual manera tampoco se establece como será nombrado el tribunal arbitral.

Por otra parte la redacción de la cláusula de cierto modo vincula al arbitraje únicamente con la interpretación de la cláusula arbitral, limitando los poderes de los árbitros.

Dentro de los supuestos de Eisenmann no se cumple con el primer supuesto al no establecer las consecuencias obligatorias para las partes. Requiere el auxilio de Cortes locales incumpliendo con el segundo supuesto. De igual manera incumple con los supuestos tercero y cuarto al limitar los poderes del árbitro o árbitros y por supuesto, estamos en presencia de una largo e ineficiente arbitraje.

k) Falta de forma.

Un ejemplo de los problemas que se pueden suscitar cuando la forma no esta bien definida es el siguiente:

Cook Industries Inc. vendió a Carapelli Co. una sociedad italiana 200.000 toneladas de trigo. El contrato se celebró firmando la forma pre impresa por la Asociación Norteamericana de Exportación de Grano con la indicación de la cantidad, calidad y precio. En la parte frontal de la forma, bajo la firma de las partes aparecían las siguientes palabras:

“Ver Condiciones y Reglas en la parte posterior”.

En la parte posterior se encontraban impresas las condiciones de venta, incluyendo la cláusula arbitral.

Cuando Carapelli, incumplió el Contrato y Cook se había visto obligado a vender a un precio menor, comenzó el arbitraje en Nueva York demandando daños.

El árbitro resolvió en favor de Cook y condenó a Carapelli al pago de \$29.000 dólares.

Cook solicitó el reconocimiento y la ejecución del laudo a la Corte de Apelaciones de Florencia, sin embargo, Carapelli alegó que la cláusula arbitral era nula toda vez que las condiciones generales incluyendo la cláusula arbitral se encontraba en la parte posterior de la forma y que esta no había sido específicamente aprobada y que en consecuencia no formaba parte del contrato.

La Corte de Apelaciones sostuvo que la convención de Nueva York de 1958 no establece la necesidad de una aprobación escrita de la cláusula arbitral, toda vez que la cláusula arbitral puede encontrarse inserta en las condiciones generales del contrato. En este caso el contrato se firmó por las partes en el frente de la forma con referencia a las condiciones generales en la parte posterior y por lo tanto la cláusula arbitral era válida.²¹

Este tipo de cláusulas incumplen con los supuestos de Eisenman, toda vez que el compromiso de las partes para obligarse no está claramente definido, no excluye la intervención de las Cortes estatales en la solución de las controversias, y no es claro el otorgamiento de facultades a los árbitros para que resuelvan las posibles disputas que puedan suscitarse entre las partes y por tanto

²¹ Lloyd's Maritime and Commercial Law, Quarterly (Fall 1983) p.135

no establece un procedimiento que conduzca dentro de las mejores condiciones de eficiencia y rapidez a un laudo susceptible de ejecución judicial.

l) No inclusión de la autoridad, derecho, etc.

En el caso *Inter-Carbon Bermuda Ltd v. Clatex Trading and Transport Corp.*²² las partes redactaron la siguiente cláusula:

“Cualquier disputa que se suscite sobre esto, será resuelta en arbitraje en Nueva York, Nueva York”

Este caso tardó 10 años en decidirse, 7 años para que el arbitraje pudiera comenzar y 3 años para que el laudo fuera reconocido. Evidentemente no cumple con ninguno de los supuestos de Eisenmann, y nos demuestra lo alarmante de una cláusula no redactada correctamente.

En esta sección de la tesis hemos tratado de exponer los peligros que enfrenta una cláusula arbitral que no ha sido redactada tomando en consideración las adversidades que pueden presentarse una vez que se suscita el arbitraje. En el segundo capítulo expondremos los elementos que puede contener una cláusula arbitral y algunos lineamientos y recomendaciones para su redacción.

²² N°91 Civ. 4631 (SDNY, Jan 11, 1993) citado por Coulson, Robert “The Danger of a Naked Clause”, *New York Law Journal*, New York, (Thursday November 4, 1993)

2. Elementos para una adecuada cláusula arbitral.

2.1 Introducción

Carlos V fue un gran estratega. Combatió a los franceses, resistió a los turcos y reinó sobre los áridos alemanes, los orgullosos italianos, los rebeldes holandeses y los unió a los españoles en un imperio en donde "nunca se ocultaba el sol". Cuando alguien le preguntaba a Carlos V como se las arreglaba para controlar esta diversidad, Carlos V contestaba que el secreto era hablarle a cada persona en el lenguaje que mejor pudiera entender. Siguiendo estos lineamientos le hablaba en francés a los hombres, en italiano a las mujeres, en alemán a su caballo y en español a Dios.²⁵

Según Murphy Erwell al redactar la cláusula arbitral se debe ser un gran estratega como Carlos V. Debe dirigirse a cuatro personas diferentes. Debe dirigirse a las partes que están negociando el contrato principal. Debe dirigirse a los árbitros que resolverán las controversias según la cláusula. Mientras el arbitraje se lleva a cabo debe dirigirse a los jueces de las Cortes que puedan interferir con esos árbitros y una vez rendido el laudo la cláusula arbitral debe dirigirse a los jueces de las Cortes que reconocerán el laudo. Para comunicarse

²⁵ Murphy Erwell, Jr. "The Four Languages of Charles V," *Int'l Q.* 4 (4) October 1992

con esas cuatro personas diferentes, la cláusula arbitral debe hablar en cuatro lenguajes legales diferentes, lenguajes similares a los cuatro de Carlos V.

a) A las partes en Francés.

Francés es un idioma sugerente, implícito. Que siempre parece decir más de lo que en realidad dice. Puede imponer gran responsabilidad con pocas palabras. En opinión de Murphy Ewell²⁴ el idioma francés es un lenguaje de burócratas y diplomáticos. Cuando la cláusula arbitral se dirige a las partes debe tener un lenguaje legal similar al francés, debe imponer gran responsabilidad con pocas palabras. Debemos considerar que las partes cuando llegan a un trato lo que menos están pensando es la solución de controversias, todo parece armonioso y suponen que una vez negociado "el precio y la cosa" no hay nada más que negociar. El abogado que se presente proponiendo una extensa y detallada cláusula arbitral se verá como innecesario, como una molestia. Muchos autores dicen que el arbitraje es un proceso con "pocos abogados al principio, cuando la cláusula es diseñada, y muchos al final en el proceso de arbitraje"²⁵ Para comunicarse con las partes la cláusula arbitral debe parecer como un procedimiento de rutina, una cláusula más al final del contrato. Debe parecer burocrática y diplomática, como el francés de Carlos V.

b) A los árbitros en Italiano.

²⁴ Murphy Ewell Op. Cit. p 2

²⁵ Bond Stephen R. "How to Draft an Arbitration Clause" *Journal of International Arbitration* Vol. 6, N°2 Werner Publishing Co. Ltd. (June 1989) p. 66

El italiano es el idioma del entusiasmo y de la hipérbola. Donde *piano* se vuelve *pianissimo*, donde *forte* es *fortissimo* y por supuesto esto va acompañado de grandes manotazos y ojos expresivos. Es el idioma de los enamorados. Parecería decir "Eres el mejor, todo el poder para ti, tu reinas sobre mi" Es por eso que Carlos V usaba este idioma para dirigirse a las mujeres.

La cláusula arbitral debe hablar de esta manera a los árbitros. Debe otorgarles completa autoridad para resolver cualquier controversia, sin peros ni excepciones. Debe decir "todo el poder para ti".

c) A los jueces durante el arbitraje en alemán.

Cuando escuchamos hablar en alemán escuchamos consonantes y frases imperativas, de guerra: *Achtung!* Es por eso que Carlos V le hablaba en Alemán a su caballo. Quería dejar bien claro, sin lugar a dudas quien estaba en la silla y llevaba las riendas.

Este es el mensaje que la cláusula de arbitraje debe transmitir a los jueces durante los procedimientos arbitrales *Achtung!* Detente! Es la voluntad de las partes el someter todas sus controversias exclusivamente al arbitraje y no a tribunales locales. Es el árbitro el que esta en la silla y lleva las riendas, ya tendrás tu oportunidad en el reconocimiento y ejecución.

d) A los jueces después del laudo. Español.

En este momento la cláusula arbitral debe hablar a los jueces en un idioma distinto. Los árbitros ya han emitido su laudo y el idioma debe cambiar de

alemán al español. El Español según Ewell E. Murphy es un idioma con los pies firmes en la tierra pero con los ojos hacia el cielo. Cuando Carlos V le hablaba a Dios no lo hacía como emperador del Sacro Imperio Romano, sino que lo hacía como un hombre común con los pies en la tierra invocando intervención divina.

Este es el lenguaje que debe dirigir la cláusula arbitral a los jueces después del laudo: "HH Jueces, esta controversia no ha sido resuelta por su majestad el Estado, o por una Corte. Las partes quisieron que esta controversia fuera resuelta por seres comunes, por árbitros. De hecho, les pedimos a ustedes Jueces, que se abstuvieran de intervenir hasta que los árbitros hayan emitido su laudo. Ahora HH Jueces, ustedes saben que no existe la posibilidad de ejecutar un laudo por seres humanos ordinarios. Para ejecutarlo se necesita invocar a su majestad el estado. Por favor ayúdenos, simplemente ejecuten el laudo..."²⁶

Sin el reconocimiento y ejecución del laudo nos quedamos ante un laudo al que las partes están moralmente obligadas a cumplir pero que no tiene efecto legal alguno. Este hecho se recoció en el protocolo de Ginebra de 1923.²⁷

En el capítulo anterior al hablar de la cláusula patológica expusimos los problemas que enfrentan las partes cuando la cláusula arbitral no esta adecuadamente redactada. En este capítulo enunciaremos los principales elementos que deben o pueden incluirse en una cláusula arbitral para lograr cumplir con los objetivos del arbitraje.

²⁶ Murphy Ewell Op. Cit p 3

²⁷ Redfern, Alan and Martin Hunter. Law and Practice of International Commercial Arbitration. Sweet and maxwell. London 1986

El principio de la voluntad de las partes es el fundamento del arbitraje. Dentro de amplios límites las partes en una transacción internacional pueden diseñar cualquier procedimiento en la solución de controversias. La cláusula arbitral es la piedra angular del arbitraje comercial internacional.²⁸

Al elaborar la cláusula arbitral se establece que es la voluntad de las partes el someter sus controversias a arbitraje y se deben exponer las cuestiones críticas del contrato principal y las distintas opciones que tienen las partes, toda vez que estarán obligadas a cualquier procedimiento de solución de controversias que hayan escogido, las consecuencias de una cláusula diseñada con descuido pueden ser como ya estudiamos en el capítulo anterior, graves y costosas.²⁹

La causa principal de estos problemas es que la cláusula arbitral es considerada por las partes como de relleno. Lo que los norteamericanos llaman "*the midnight clause*" Es la última cláusula que se discute, generalmente ya noche después de varios días de negociaciones. Las partes temen enfrentarse nuevamente o deshacer el trato si se ponen a discutir la cláusula arbitral. Los negociantes están satisfechos con los resultados alcanzados y el estar discutiendo las consecuencias de si las cosas salen mal, resultan inadecuadas.

Las partes o el abogado al redactar la cláusula arbitral deben recordar que son los amos del contrato y que el arbitraje es un procedimiento flexible por naturaleza que puede adaptarse a las necesidades comerciales particulares de las partes. Por lo tanto no existe una cláusula ideal universal, sino que existen una serie de

²⁸ Redfern and Hunter Op. Cit. P. 98

²⁹ Davis Frédérick T et al. México-Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales. Noviembre 1995 México.

elementos que deben tomarse en consideración al redactar una cláusula arbitral ideal para las partes.

El abogado o las partes al redactar la cláusula arbitral deben preguntarse cuales son los objetivos que desean alcanzar y cuales son las consecuencias de incluir una cláusula estándar o sujetar su arbitraje a un derecho sustantivo que no conocen.³⁰

Frederik T Davis³¹ de la firma internacional *Shearman & Sterling* propone una serie de consideraciones que el abogado tiene que revisar antes de redactar la cláusula arbitral:

“1.- En caso de controversia, ¿Qué papel es más probable que el cliente represente, actor o demandado?”.

2.- ¿Cuál es la capacidad legal de las partes que van a arbitrar las disputas? ¿Son instituciones gubernamentales?. En este caso, ¿Será necesario obtener u otorgar una renuncia de inmunidad soberana?.

3.- ¿Cuál debe ser el ámbito de la cláusula arbitral?.

a. Cláusula amplia.- Todas las disputas que se susciten deben resolverse mediante arbitraje.

b.- Cláusula estrecha.- Solo disputas específicas sobre ciertas condiciones en el contrato deben someterse a arbitraje.

³⁰ Gray Whitmore Commercial Arbitration for the 1990's, Section of Litigation American Bar Association, Richard J. Medalie Editor 1991 P.140

³¹ Davis Frédérick op. cit

4.- ¿Que reglas institucionales, en su caso, deben aplicarse en los procedimientos arbitrales?

5.- ¿Dónde debe llevarse a cabo el procedimiento arbitral? Considerar:

- a. Disposiciones especiales del derecho local que puedan aplicarse a arbitrajes.
- b. Disponibilidad de abogados calificados en el lugar.
- c. Infraestructura.- Disponibilidad de estenógrafos, intérpretes, etc.
- d. Medios de transporte accesibles.

6.- ¿Que derecho deben aplicar los árbitros para resolver las controversias legales en el arbitraje. Se deben incluir reglas de conflicto de leyes?

7.- ¿Cuál debe ser el número de árbitros y como deben ser seleccionados? ¿Deben reservarse las partes el derecho de participar en el proceso de selección?

8.- ¿Cuales deben ser las especialidades de los árbitros. Legal, técnica, negocios?

9.- ¿Que idiomas deben manejar los árbitros? ¿En que idioma debe llevarse el arbitraje?

10.- ¿Deben los árbitros actuar como *amiables compositeurs* o *ex aequo et bono*?

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

11.- ¿Existen recursos adecuados en el caso de que una de las partes se resista a participar en el arbitraje?

12.- ¿Existe la posibilidad de otorgar laudos parciales?

13.- ¿Deben las partes proporcionar otras reglas sobre la presentación y desahogo de pruebas?

14.- ¿Deben las partes establecer la consolidación en un solo procedimiento en el caso de que se susciten múltiples arbitrajes sobre transacciones relacionadas?

15.- Las reglas institucionales que van a elegir. ¿Garantizan la confidencialidad de los procedimientos arbitrales y del laudo?

16.- ¿Cómo deben de pagar las partes para los procedimientos arbitrales?

17.- ¿Pueden los árbitros determinar y evaluar los daños y perjuicios?

18.- ¿Que forma debe tener el laudo o la recomendación? ¿Debe ser un laudo razonado?

a. Ventajas del laudo razonado. Guía para comportamiento futuro y la satisfacción de saber porque los árbitros llegaron a determinada conclusión.

b. Desventajas del laudo razonado.- Puede otorgar bases para que el tribunal local revise el laudo y posiblemente se rehuse a homologarlo.

19.- ¿Deben las partes renunciar a sus derechos de apelación en una Corte nacional?

20.- ¿Deben las partes considerar un contrato de solución de controversias en fases. Es decir establecer otros medios de solución de controversias como la conciliación o la mediación y si estos fallan recurrir al arbitraje?

A continuación analizaremos los principales elementos que se mencionan en la lista anterior y que deben o pueden incluirse en la redacción del contrato arbitral, iniciando con los requisitos que de conformidad con la Convención de Nueva York requiere para su reconocimiento y ejecución.

2.2 Forma del contrato arbitral

En muchos sistemas legales no se requiere una forma particular para el contrato de arbitraje. Sin embargo, en sistemas legales más formalistas, se exige que el contrato para su validez consista en escrito.

La Convención de Nueva York establece como un requisito para su reconocimiento que el contrato ya sea como cláusula arbitral o como contrato independiente se encuentre debidamente firmado por las partes o bien que este contenido en un intercambio de cartas o telegramas.

La Convención de Ginebra de 1961 añade a los medios anteriores la comunicación mediante fax.

Por su parte la Ley Modelo de UNCITRAL establece en el Art. 7 inciso (2) que: "El contrato de arbitraje debe constar por escrito. Un contrato se encuentra por escrito si está contenido en un documento firmado por las partes o en un intercambio de telegramas u otros medios de telecomunicación que establezcan una constancia del contrato, o bien en un intercambio de demanda y contestación de la demanda en donde la existencia de un contrato es afirmada por una parte y no es negada por la otra. La referencia en un contrato sobre un documento que contiene una cláusula arbitral constituye un contrato de arbitraje, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia sea tal que incorpore la cláusula arbitral como parte de ese contrato."

Alemania considera una oferta contractual no rechazada como suficiente para establecer una cláusula arbitral.³² En Italia en cambio cuando la cláusula arbitral se encuentra en una forma pre impresa como "Condiciones generales de venta" que forma parte de diversas negociaciones o que se encuentra en documentos por separado requerirá una aceptación especial.³³

La Cámara Internacional de Comercio en su artículo 7 establece que "Cuando, *prima facie* no existe entre las partes ningún convenio de arbitraje o cuando existe un convenio que no se refiere a la Cámara de Comercio Internacional, si la parte demandada no contesta en el plazo de 30 días previsto en el artículo 4,

³² Rubino Sammartano Op. Cit. P. 122

³³ *idem*, P 123

párrafo 1, o si declina el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, se informará a la parte demandante que el arbitraje no puede tener lugar.” Por lo que evidentemente para que el arbitraje se lleve a cabo debe existir alguna prueba por escrito del contrato arbitral.

Es posible que partes recalcitrantes al arbitraje argumenten que no deben estar obligadas a lo que consideran un contrato de adhesión, o bien que no estaban al tanto de esa cláusula en la forma, y aunque existen usos en comercio internacional que pueden crear inferencias razonables que contradigan negaciones formalistas³⁴ las partes, para evitarse dificultades, y posibles demoras deben firmar claramente el contrato donde se encuentra la cláusula arbitral o el contrato arbitral por separado, en donde se haga clara referencia e incorporación al contrato sobre el cual versará el arbitraje.

2.3 Controversias presentes o futuras

Existen dos clases de contratos arbitrales. El primero y más común es el contrato que somete a arbitraje controversias futuras. Este tipo de arbitraje por lo general se incluye como cláusula arbitral en el contrato principal. El segundo tipo es someter a arbitraje las disputas ya existentes entre las partes y se les conoce como contratos de sumisión a arbitraje o compromiso. Normalmente las cláusulas arbitrales son mucho más cortas que los contratos de sumisión a arbitraje pues en el segundo tipo se detallan las controversias y el alcance del arbitraje con mayor precisión.

³⁴ Craig Laurence et al. Op Cit. P. 76

2.4 Relación legal definida

De conformidad con Redfern and Hunter³² la mayor parte de los arbitrajes comerciales internacionales se suscitan de relaciones contractuales entre las partes. Sin embargo, tanto la Convención de Nueva York como la Ley Modelo de UNCITRAL establecen que es suficiente si existe una relación legal definida ya sea contractual o no. Por otra parte podemos asumir que al menos debe existir algún tipo de relación contractual entre las partes ya que debe existir un contrato arbitral para que inicie el procedimiento.

2.5 Arbitrabilidad

Como vimos al principio de esta tesis, para que exista arbitraje se requiere la voluntad de las partes para someterse al arbitraje y se requiere también, que el complejo sistema de leyes subyacentes permita que se lleve a cabo ese arbitraje.

Para decidir sobre la arbitrabilidad de alguna materia, el árbitro debe analizar el Derecho que determina la validez de la cláusula arbitral. Las partes como veremos posteriormente pueden considerar específicamente el derecho aplicable al contrato. Sin embargo, a falta de estipulación, específica, el árbitro generalmente aplicará la ley que considere apropiada.

³² Redfern and Hunter. Op. cit. p 104

El Protocolo de Ginebra de 1923 limitaba el arbitraje a contratos "relacionados con materia comercial y otros capaces de resolverse mediante arbitraje". Existen disputas que no pueden ser resueltas por árbitros y esto está claramente establecido en lo que se conoce como la reserva comercial en dicho protocolo "Cada estado contratante se reserva el derecho de limitar las obligaciones mencionadas anteriormente sobre contratos que se consideren como comerciales conforme a su ley nacional"

Esta reserva se establece nuevamente en la Convención de Nueva York y en cierto modo apoya la postura de que solo disputas comerciales pueden ser resueltas por arbitraje y que las demás disputas deben ser resueltas por las Cortes nacionales.

La mayoría de los países no restringen el ámbito del arbitraje a asuntos comerciales, pero todos los países consideran ciertos tipos de disputas apropiadas para ser resueltas por las Cortes locales.

La arbitrabilidad por tanto es la capacidad que tiene una disputa de ser resuelta por arbitraje de conformidad con la ley aplicable⁵⁶ En consecuencia arbitrabilidad se puede considerar como una limitación de política pública sobre el ámbito de arbitraje como medio de solución de controversias.

Si el contrato de arbitraje versa sobre una materia que no es susceptible de arbitraje bajo la legislación aplicable, el contrato será nulo. De hecho el

⁵⁶ Redfern and Hunter, Op. Cit p. 105

reconocimiento y ejecución del laudo puede ser rechazado si la materia no es arbitrable bajo la ley del país en donde se busca el reconocimiento del laudo.

La postura normal de los distintos países es permitir a las partes arbitrar cualquier disputa sobre la que las partes tienen control. Si las partes tienen total libertad para contratar sobre determinada materia bajo la ley nacional también tendrán total libertad para arbitrar sobre la misma. De la misma manera en muchos países se considera como no arbitrable las disputas relacionadas con estado civil, relaciones laborales, derechos de propiedad industrial, competencia y asuntos de Derecho Público.

Existen dos formas como los diferentes países enfrentan el problema de arbitrabilidad. Algunos países definen las disputas que pueden ser arbitrables y otros países definen disputas que no pueden ser sujetas a arbitraje. En nuestro país el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal señala los casos en que no procede el arbitraje:

- (i) Sobre el estado civil de la persona;
- (ii) Sobre la validez del matrimonio. Es susceptible de utilizarse en caso de los derechos pecuniarios;
- (iii) Sobre alimentos futuros, pero procede sobre cantidades ya adeudadas;
- (iv) Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y demás diferencias puramente pecuniarias.

El artículo 290 declara la nulidad del arbitraje en los siguientes casos:

- (i) Sobre delito, dolo y culpa futuros;

- (ii) Sobre la pretensión civil que nazca de un delito o culpa futuros;
- (iii) Sobre sucesión futura;
- (iv) Sobre una herencia, antes de haber visto el testamento si lo hay; y,
- (v) Sobre el derecho de recibir alimentos.

El problema se complica cuando por ejemplo cuando sistemas legales distintos están involucrados en la decisión sobre la arbitrabilidad de una materia.

De conformidad con Rubino Sammartano³⁷ cuando en un mismo contrato se establecen disputas arbitrables y disputas no arbitrables, debe atenderse a la intención de las partes y si esta era que todas o ninguna de las controversias deben llevarse a arbitraje, entonces todo el contrato de arbitraje será nulo. Sin embargo, si la intención de las partes es respetar el acuerdo de arbitraje, solo se llevará sobre las disputas arbitrables, de igual manera cuando la controversia esta fuertemente relacionadas las controversias arbitrables y las no arbitrables entonces estas disputas serán referidas a las Cortes locales.

Es de vital importancia tomar en consideración la arbitrabilidad de una disputa. Para evitar dificultades las partes al redactar la cláusula deberán considerar la arbitrabilidad no sólo en el derecho aplicable, sino también en el derecho de la sede del arbitraje y en el derecho del país en donde se vaya a solicitar el reconocimiento y ejecución del mismo.

³⁷ Rubino Sammartano, *Mario International Arbitration Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers (1989) p. 108

2.6 Capacidad

Las partes en el contrato arbitral deben estar en pleno goce y capacidad legal para poder pactar. La Convención de Nueva York y la Ley Modelo de UNCITRAL establecen que la homologación y ejecución del laudo puede rechazarse si las partes en el contrato arbitral estaban afectadas de alguna incapacidad.

Rozensberg afirma que "Por un lado las partes deberán tener facultad para disponer del objeto litigioso y deberán ser capaces de transigir, de actuar conforme al derecho aplicable"³⁸

El problema radica en que las reglas de capacidad no son uniformes. La ley Modelo de UNCITRAL establece que la capacidad de las partes debe analizarse conforme a la nacionalidad de la parte en cuestión. Por lo que para las personas físicas esta capacidad estará determinada por su nacionalidad y en el caso de las personas morales por el lugar de su constitución.

En nuestro país un socio en una empresa no podrá por sí solo disponer de las controversias en que se ve inmersa la persona moral pues no tiene capacidad sobre el objeto³⁹

³⁸ Rozensberg Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo II p. 595

³⁹ Silva Jorge Alberto. Arbitraje Comercial Internacional en México. Pérez Nieto editores (México 1994) p.76

Los tutores no pueden comprometer los negocios de los incapacitados ni nombrar árbitros sino con aprobación judicial, salvo el caso en que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebró el compromiso o la cláusula compromisoria.

Los albaceas necesitarán el consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso de que se tratara de cumplimentar la cláusula compromisoria pactados por el Autor. En este caso, si hubiere árbitro nombrado se hará necesariamente con intervención judicial.

De igual manera los síndicos de los concursos sólo pueden comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores.

La legislación chilena sostiene a diferencia de la mexicana que en lo que respecta a la capacidad, no es necesaria la capacidad de disposición de las partes que celebran el contrato de arbitraje.⁴⁹

Hasta antes de la reforma de 1993, se establecía en nuestro Código de Comercio que para que existiese el arbitraje comercial las partes debían ser comerciantes, excluyendo innecesariamente negocios de quienes sin ser comerciantes según lo establecido en el artículo 3º del citado Código, deseaban someter a esta institución sus diferencias, después de la reforma de 1993 el artículo 1415 establece que "Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio

nacional, salvo lo dispuesto en tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes se establezca un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje.

Esto además de dar posibilidad a quienes no hacen del comercio su actividad principal, responde mas a los convenios internacionales en el que el acuerdo arbitral no esta restringido a los comerciantes, sino a cualquier persona, aun cuando realice el comercio de manera ocasional.

Es interesante el caso de las personas morales de Derecho Público y su capacidad para convenir el acuerdo arbitral. Existen países cuyas instituciones no tienen limitaciones para arbitrar y países como Venezuela en donde se dispone que su gobierno o sus entidades públicas no pueden ser parte en un acuerdo arbitral.⁴¹ En Estados Unidos de Norteamérica el Gobierno Federal no puede celebrar un contrato de arbitraje, pero sus entidades si pueden. En Francia las personas de Derecho Público no pueden celebrar un contrato de arbitraje sin la previa autorización de un decreto, y en el Reino Unido, a pesar de su conservadurismo con respecto al arbitraje la Corona puede celebrar contratos de arbitraje.⁴²

En el Derecho Chileno se sostiene que las empresas del estado o aquellas de economía mixta entre el Estado y los particulares, no tienen en general

⁴¹ Eyzaguirre Echeverría, Rafael. El arbitraje Comercial Internacional en la legislación chilena y su regulación internacional. Editorial Jurídica de Chile (Chile 1991)

⁴² Silva, Jorg Alberto Op. Cit p. 77

⁴³ Mustill, Sir Michael J. et al The Law and Practice of Commercial Arbitration in England. London Butterworths. (1982) p.119

restricciones para someter sus negocios y contratos a pactos de arbitraje o compromiso, siendo indiferente que la contraparte sea nacional o extranjera, persona natural o jurídica, empresa o sociedad.⁴³

En resumen, las partes antes de redactar la cláusula arbitral deben verificar su capacidad de conformidad con el derecho aplicable y en el caso de que se contrate con una entidad pública es aconsejable que se estipule una renuncia a la inmunidad de jurisdicción y ejecución que muchos derechos nacionales otorgan a sus entidades.

2.7 Requisito de negociar o conciliar antes del arbitraje

Existe la posibilidad de incluir en la cláusula arbitral la necesidad de tratar de resolver amistosamente las controversias antes de recurrir al arbitraje. Este tipo de situaciones pudieran ocasionar dificultades si no se establece durante cuanto tiempo deben intentarse las negociaciones o conciliación.⁴⁴

Las partes pueden conciliar o negociar en cualquier momento por lo que establecerlo como requisito previo probablemente le da oportunidad a una parte recalcitrante al arbitraje para demorar el proceso.

⁴³ Eyzaguirre Cheverría Op. Cit. p. 42

⁴⁴ Murphy, Ewell E. Jr. Op. Cit. p. 12

En China, la necesidad de buscar una solución amistosa previamente es obligatoria.⁴⁴

2.8 Arbitraje *ad hoc* o institucional

Cuando las partes deciden recurrir al arbitraje como un medio de solución de controversias, lo primero que tienen que decidir es si desean un arbitraje institucional, esto es recurrir a un organismo especializado para que proporcione apoyo administrativo al arbitraje, o arbitraje *ad hoc*, esto es, que las partes y los árbitros desarrollen todas las cuestiones administrativas por sí mismos.⁴⁵

(i) El Arbitraje *ad hoc*

El arbitraje *ad hoc* no es administrado por una agencia arbitral establecida ni conforme a reglas determinadas. Laurence Craig ⁴⁶ define al arbitraje *ad hoc* como "Aquel proceso donde las partes desean someterse al arbitraje pero también evitar la supervisión institucional, tratando de ser autoejecutantes en el sentido de que las partes se obligan a iniciar y proceder al arbitraje sin la asistencia de una institución permanente."

El arbitraje *ad hoc* puede tener ciertas ventajas sobre el arbitraje institucional. La más importante puede ser considerada la flexibilidad. Un arbitraje *ad hoc* puede

⁴⁴ Asken, Gerald, Op. Cit. P. 19

⁴⁵ Davis Frédéric Op. Cit. p.6

⁴⁶ Craig W. Laurence International Chamber of Commerce Arbitration The Oceana group, Paris 1990 P. 49

ser moldeado fácilmente para llenar las expectativas de las partes en una disputa particular⁴⁸. Para cumplir este objetivo se requiere de la completa cooperación de las partes y de sus representantes. si dicha cooperación existe la diferencia entre el arbitraje *ad hoc* y el institucional es en palabras de Gerald Asken “ la diferencia entre un traje hecho a la medida y uno comprado conforme al catálogo.”⁴⁹

Otras ventajas evidentes son el costo y la rapidez. Toda vez que la mayoría de las instituciones arbitrales cobran honorarios por sus servicios, las partes se pueden ahorrar considerablemente estos honorarios cuando optan por el arbitraje *ad hoc*.

De igual manera evitando los procedimientos internos de ciertas instituciones se evitan dilaciones tales como el tiempo para designar árbitros, llenado de formas, términos de referencia, revisión de laudos etc.

Otra de las ventajas del arbitraje *ad hoc* es la presunción de que las partes, sus abogados y árbitros trabajan en equipo para hacer que el proceso funcione sin tener que recurrir al punto de vista administrativo y judicial.

El mayor impulso que ha tenido el arbitraje *ad hoc* se lo dio la Comisión de las Naciones Unidas en Derecho Comercial Internacional⁵⁰ UNCITRAL cuando en

⁴⁸ Gerald Asken “*Ad hoc* versus institutional Arbitration” The ICC International Court of Arbitration. Bulletin 8 vol 2 No. 1 (1991) P.22

⁴⁹ Gerald Asken. “*Ad hoc* versus institutional Arbitration” The ICC International Court of Arbitration. Bulletin 8 vol 2 No. 1 (1991) P. P 23

⁵⁰ United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL

1976 promulgó sus reglas de arbitraje, especialmente designadas para proporcionar una serie de reglas internacionales para el arbitraje comercial que fueran aceptadas en países con distintos sistemas legales y económicos. Están diseñadas para un doble propósito, primero como una serie de reglas de procedimiento de aplicación directa, disponible a las partes que querían arbitrar sus controversias y en segundo propósito era crear un modelo de reglas de arbitraje que serían incorporadas en centros de arbitraje nacional e internacional. También se sugería que si alguna vez se creara un sistema mundial uniforme, las reglas de arbitraje de UNCITRAL serían su piedra angular. Para enfatizar su carácter opcional, las reglas establecen su posibilidad de ser modificadas según las partes consideren conveniente.⁵¹

La resolución 31:98 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas del 15 de diciembre de 1976 ⁵²estableció “Las recomendaciones para asistir a instituciones arbitrales y otros cuerpos interesados en relación con arbitrajes relacionados con las reglas de UNCITRAL” En la sección B se establecen las recomendaciones a instituciones arbitrales u otros cuerpos que actúen como autoridad designada o que presenten servicios en un arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.

Para efectos de este capítulo comentaré los aspectos más importantes de este documento:

⁵¹ Guide to International arbitration and arbitrators, Second Edition, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, Transnational Juris Publications, Inc. New York 1992

⁵² Official records of the General Assembly, Thirty first Session, Nº 39 (A 31 39) (1976)

Los arbitrajes *ad hoc* conducidos bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL, se podrán llevar a cabo más fácilmente con un cuerpo designado como autoridad o que proporcione servicios de secretariado o técnicos. Esta clase de asistencia puede ser prestada no solo por instituciones arbitrales sino por otros cuerpos como cámaras de comercio o asociaciones comerciales.

Es recomendable que dichas instituciones si desean prestar los servicios aquí mencionados, hagan pública esta decisión describiendo en detalle los servicios que ofrecerán y sus procedimientos administrativos relevantes.

Al manejar estos procedimientos administrativos o reglas, estas instituciones deben tomar en consideración los intereses de las partes. Toda vez que las partes en estos casos han acordado que el arbitraje se conduzca conforme a las reglas de arbitraje de UNCITRAL, sus expectativas no deben verse frustradas cuando una regla administrativa se encuentre en conflicto con las anteriores.

Las cláusulas de arbitraje *ad hoc* sin embargo con el tiempo se han hecho cada vez más largas, puesto que se debe ser especialmente cuidadoso al diseñar una cláusula *ad hoc*. En la práctica según Craig³³ una vez que empieza el litigio, los acuerdos para arbitraje *ad hoc* han creado adversidades “desastrosas” para el actor. Es imposible prever y planear todos los problemas procedimentales que podrían suscitarse. Más aún cada vez que el demandado no cumple con los términos, no atiende audiencias o no presenta evidencias el actor tiene una opción poco estimulante: a) pedir a un juez que intervenga, terminando por tanto litigando ante los tribunales, que es exactamente lo que se pretendía evitar al

³³ Craig, Op. Cit P. 51

redactar la cláusula arbitral, o b) Pedir a los árbitros que procedan sin la participación de la otra parte, lo que aumenta el riesgo de no poder reconocer y ejecutar el laudo.

La cláusula modelo propuesta por UNCITRAL establece:

“Cualquier disputa, controversia o queja que se suscite o se relacione con éste contrato, o su incumplimiento, terminación o nulidad, deberá resolverse por arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL vigentes.

(ii) El arbitraje institucional

El arbitraje institucional implica la existencia de una institución permanente que administra el proceso de arbitraje. Dichas instituciones establecen un tribunal arbitral, algunas veces de su exclusiva lista de árbitros o generalmente dándoles libertad a las partes de seleccionar los árbitros. En caso de que no se pongan de acuerdo la institución invariablemente designará un árbitro.

Algunas instituciones establecen tribunales de dos miembros, con un *umpire* que será llamado sólo después de que dos árbitros han sido instruidos en el caso y no se ponen de acuerdo en su decisión. Otras instituciones tienen un sistema de dos instancias en donde establecen un “tribunal de apelaciones” para revisar el laudo.

La principal ventaja del arbitraje institucional es la incorporación por referencia de las reglas de la institución en un contrato internacional. “En vez de reinventar

la rueda, las partes pueden confiar en reglas y procedimientos ya experimentados que han sido diseñados por profesionales en el área comercial internacional”⁵¹

Las designaciones de árbitros es el servicio más importante que prestan estas instituciones, generalmente escogen árbitros con una amplia experiencia arbitral y conocimiento sobre ese tipo de relaciones, y aunque es posible haber designado a las mismas personas mediante un arbitraje *ad hoc* es muy difícil que las partes se pongan de acuerdo después de que el conflicto ya se ha suscitado, particularmente si la disputa ha aumentado tensiones y ha interrumpido las relaciones creando desconfianza en la imparcialidad de los árbitros designados. Entonces la designación de un árbitro extranjero neutral podría ser difícil por la falta de familiaridad de las partes con candidatos “óptimos”. Por lo tanto una institución neutral con autoridad para designar árbitros independientes facilita el procedimiento de formación del tribunal.

Otro factor importante es el papel de la institución en la estipulación de los honorarios por los servicios provistos por los árbitros. Relevando a las partes la carga de negociarlos personalmente, toda vez que generalmente las partes tienen poca experiencia en como negociarlos con las personas que decidirán sobre su controversia.

El arbitraje institucional usualmente establece un *referee* administrativo para asegurarse de que todos los árbitros, incluyendo aquellos que han sido designados por las partes sean realmente independientes. Los procedimientos de inhibición y recusación están establecidos por la institución para remover y

⁵¹ Gerald Asken, “*Ad hoc* versus institutional Arbitration” The ICC International Court of

sustituir cualquier árbitro cuya independencia sea cuestionada por la otra parte. En los arbitrajes *ad hoc* cuando un árbitro se niega a dejar el arbitraje, generalmente se requiere intervención de los tribunales para obtener su remoción.

Otra ventaja de los arbitrajes institucionales es que cuentan con personal disponible para guiarlos dentro del proceso, como un secretario general, un abogado general, equipos de abogados con conocimientos en los diversos sistemas legales y asistentes para administrar el caso desde la solicitud a arbitrar hasta que se rinde el laudo arbitral.

La administración institucional proporciona una variedad de servicios de rutina. Los más comunes son conocer y contestar solicitudes de arbitraje, contestar promociones, fijar honorarios, recordar a las partes sus plazos y términos, seleccionar árbitros, conocer de sus recusaciones, ubicar el lugar del arbitraje etc.⁵⁵

Las instituciones arbitrales han recibido cada vez mas reconocimientos en los tribunales nacionales, muchas de estas instituciones han tenido éxito como resultado de su reputación y experiencia. El respeto judicial hacia los laudos arbitrales es muy importante cuando las partes necesitan su homologación en los tribunales nacionales. En general los tribunales nacionales tienden a homologar más fácilmente los laudos de un órgano neutral que tiene una serie de reglas específicas para llevar a cabo los procedimientos arbitrales.

Arbitration, Bulletin 8 vol 2 No. 1 (1991) P. 23

⁵⁵ Gerald Asken, "Ad hoc versus institutional Arbitration" The ICC International Court of Arbitration, Bulletin 8 vol 2 No. 1 (1991) P24

Existen muchas instituciones arbitrales las más conocidas son: la Cámara Internacional de Comercio (ICC), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) el Centro Internacional para la Solución de Disputas relacionadas con Inversión (ICSID), La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (IACAC) La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).

Al momento de recurrir a una Institución Arbitral debe analizarse su cláusula estándar y revisar si satisface los intereses de las partes, si no es así, es conveniente agregar los elementos necesarios, para que refleje las necesidades de las partes.

En este capítulo enunciaremos las características de la Cámara Internacional de Comercio y de la Asociación Americana de Arbitraje

La Cámara de Comercio Internacional

La Cámara de Comercio Internacional fue fundada en 1919. Es una asociación de más de 7000 compañías y organizaciones de negocios en todo el mundo y tiene comités nacionales en 58 países. Tiene como objeto la promoción del comercio internacional y la disseminación de la información y provisión de servicios a la comunidad de negocios internacionales.⁵⁶

⁵⁶ Guide to International arbitration and arbitrators. Second Edition. Parker School of Foreign and Comparative Law. Columbia University. Transnational Juris Publications. Inc. New York 1992 P. 43

La Cámara Internacional de Comercio ha tomado un papel importante en el campo del arbitraje comercial internacional. La primer Corte de arbitraje fue un comité vagamente organizado que se estableció en París en 1923. Durante la Segunda Guerra Mundial, la Cámara Internacional de Comercio y la Corte de Arbitraje se mudaron a Estocolmo. La organización regresó a París después de la guerra en 1946.

La Cámara Internacional de Comercio tiene el primer lugar como consultor dentro de la Organización de las Naciones Unidas y participó en el desarrollo de la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Otros acontecimientos importantes que fueron influenciados por la Cámara Internacional de Comercio incluyen la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961, la Convención de Washington en solución de disputas de Inversión entre Nacionales y otros Estados de 1965, las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL y las Reglas de Conciliación de UNCITRAL de 1980. La Cámara Internacional de Comercio trabajó conjuntamente con UNCITRAL formulando la Ley Modelo del Arbitraje Comercial Internacional de 1985.

La Corte de Arbitraje no es en si mismo un cuerpo judicial o arbitral, sino que conduce audiencias y decide casos, supervisa y asiste procedimientos de arbitraje internacional conducidos por tribunales arbitrales en una base casuística de acuerdo con las Reglas de la Cámara Internacional de Comercio.⁶⁷

⁶⁷ idem p. 54

La cláusula modelo de la Cámara Internacional de Comercio establece:

“Todas las disputas que se susciten en conexión con el presente contrato serán finalmente decididas conforme a las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros designados de conformidad con dichas Reglas.”

Se puede considerar una ventaja o una desventaja el hecho de que todos sus laudos, ya sean finales o parciales deben ser sometidos a la Corte de Arbitraje, la cual puede ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad del árbitro, llamar su atención sobre puntos que interesen el fondo del litigio.

Lawrence Craig, establece que el 90% de los laudos de la Cámara Internacional de Comercio han sido acatados voluntariamente por las partes.⁶³

Asociación Americana De Arbitraje

“La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) fue establecida en 1926. Es una organización independiente, no gubernamental, no lucrativa, dedicada al estudio, promoción, establecimiento y administración de procedimientos para la solución de disputas de todo tipo mediante el uso de arbitraje y otras técnicas privadas de solución de controversias.”⁶⁴

⁶³ Craig Lawrence et al. Op. Cit. P. 15

⁶⁴ Guide to International Arbitration and Arbitrators. Second Edition Vol. I Parker school of foreign and comparative law. Columbia University (1992) p. 133

Personas físicas, despachos de abogados y organizaciones pueden unirse a la Asociación Americana de Arbitraje. La Asociación está gobernada por un Consejo de Administración y tiene personal administrativo de más de 400 miembros.

La Asociación Americana de Arbitraje administra distintos tipos de arbitraje: Adicionalmente a las Reglas de Arbitraje Comercial y a las Reglas de Arbitraje Internacional, la Asociación Americana de Arbitraje ha desarrollado reglas especializadas como las Reglas de Arbitraje de la Industria de la Construcción, Las Reglas de Arbitraje de Grano, y las Reglas de Arbitraje del Consejo General de Arbitraje de la Industria Textil.

2.9 Selección de árbitros

*"Arbiter est qui honoris causa deligitur ab his qui controversiam habent ut ex bona fide, ex aequo et bono, controversia dirimat."*⁶⁹

Aun la peor cláusula arbitral debe contener dos disposiciones: la descripción de que las disputas deban resolverse mediante arbitraje y la indicación de quien será el árbitro⁷¹

Los árbitros pueden ser nombrados en el contrato o pueden decidir su elección una vez que se suscita la controversia. De igual manera puede estipularse que las

⁶⁹ Paganoni, O'Donohue, Francisco Raul. Op. Cit. P. 25

⁷¹ Schmitthof, C.M. "Defective Arbitration Clauses" International Commercial Arbitration. "A conference arranged by the British Institute of International and Comparative Law. (1974) p.3

partes nombrarán al tribunal arbitral, o bien, si estos serán designados por alguna institución.

El tribunal arbitral usualmente es de uno o tres árbitros. Si el número de árbitros designados por las partes es par, se presume que se requiere la designación de otro árbitro que fungirá como presidente del panel.

(i) árbitro único.

Cuando las partes en la cláusula deciden que quieren someter su controversia a un solo árbitro y no lo designan es muy difícil que acuerden sobre esto una vez que la disputa se ha suscitado, y alguna buena sugerencia de un árbitro hecha por alguna de las partes, parece inaceptable a la otra parte por ese solo hecho⁶². Otra dificultad que aparece es que en muchos casos ni las partes ni sus abogados conocen el alcance y experiencia de los árbitros que forman parte de alguna institución.

Sin embargo, es muy raro que se suscite oposición a un árbitro en la redacción del contrato antes de que la controversia se haya suscitado, pero en estos casos no se sabe la naturaleza y el grado de la posible disputa, ni se sabe si ese árbitro estará disponible. De cualquier manera la nominación del árbitro o posibles candidatos desde el principio es aconsejable.

Generalmente cuando una controversia requiera una solución expedita. El árbitro único decidirá más rápidamente especialmente si por el hecho de haber sido

designado con anterioridad a la controversia ya conocía los documentos del asunto.

Sin embargo los casos en que se designa a una persona en particular son raros, es mas normal designar a una entidad para que a su vez designe el árbitro.

También puede designarse como "un ingeniero civil" o un "abogado de la barra de Nueva York"

Otra ventaja de la designación de un árbitro único es que resulta más económico que la designación de tres árbitros

(ii) Pros y contras de un panel compuesto por tres árbitros.

El tener tres árbitros da la posibilidad de llegar a un laudo mas imparcial, y da la posibilidad de mayor discusión sobre el caso. Si los árbitros provienen de distintas culturas o sistemas judiciales puede ser positivo para facilitar el entendimiento del caso en particular. Así mismo, en la práctica es mas factible que las partes reconozcan la competencia de un panel tripartita⁵⁵

Las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL establecen que si las partes no han acordado sobre el número de árbitros. Deberán de designarse tres.

⁵⁵ Bernstein Ronald et al. Handbook of arbitration practice. third edition. Sweet&Maxwell. London 1998 p.45

⁵⁶ op. cit p. 48

Los inconvenientes son: problemas en relación con la disponibilidad de los árbitros para juntas, problemas cuando un árbitro no respeta la confidencialidad de las deliberaciones con los otros árbitros, o resulta claramente parcial.

Cuando las partes optan el panel tripartita es muy importante señalar que los dos árbitros señalaran el tercero y establecer un plazo para que lo hagan, así mismo será recomendable apuntar que en caso de no ponerse de acuerdo alguna institución o juez lo nombrará.

Al respecto UNCITRAL y la Cámara Internacional de Comercio establecen que las partes designarán a dos árbitros y estos designarán al tercero. La Asociación Americana de Arbitraje por su parte envía una lista de árbitros neutrales para que las partes los seleccionen

De igual manera se considera aconsejable establecer que sucederá si un árbitro muere, renuncia, o de alguna manera incurre en alguna incapacidad. En estos casos es común incluir en la cláusula que si ocurre alguna vacante, el suplente será electo de la misma manera que el árbitro al que suple.

En estos casos también se puede establecer en el contrato si se desea que se presenten nuevamente las pruebas ante el nuevo árbitro o si se debe continuar en el estado en que se encontraba el arbitraje y que el árbitro suplente se ponga al tanto de conformidad con el expediente.

Es posible establecer que el arbitraje se lleve a cabo con un árbitro y si las partes no se ponen de acuerdo, entonces se resolverá por tres árbitros.⁶⁴

Igualmente para arbitrajes *ad hoc*, cuando las partes desean incluir el nombre del árbitro desde el inicio será recomendable incluir una lista de suplentes, los cuales pueden ser contactados con anticipación para cuestiones relativas a disponibilidad o idoneidad.⁶⁵

2.10 Descripción de las disputas arbitrables

Las partes en un contrato que verdaderamente deseen mantenerse fuera de los tribunales locales con respecto a cualquier conflicto que pueda suscitarse conforme a los términos del contrato debe definir la naturaleza y ámbito de aplicación del arbitraje de la forma más amplia posible⁶⁶.

En palabras de Schmitthoff⁶⁷ "La primera consideración al redactar la cláusula arbitral debe ser que esta cumpla con la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje"

⁶⁴ Bord, Stephen R. Op. Cit.

⁶⁵ Gray, Whitmore, "Drafting the Dispute Resolution Clause", "Commercial Arbitration for the 1990's" Section of Litigation, American Bar Association, Richard J. Medlic Editor (1991) p. 147.

⁶⁶ Asken Gerald Drafting Arbitration Clauses in International Agreements, Clark Boardman Company, Ltd, New York, New York (1984)

⁶⁷ Schmitthoff' Op. Cit. P. 11

Una cláusula standard que indique claramente que cualquier y todas las controversias que se susciten con respecto a las partes pudiera ser la siguiente:

“Cualquier disputa o controversia que se suscite o este relacionada con este contrato, su incumplimiento, terminación o nulidad, será totalmente resuelta en arbitraje...”

Sin embargo, si las partes desean arbitrar sólo parte de sus controversias, estas deben ser muy específicas. Lo mas recomendable sería enunciar los problemas que no se van a someter al arbitraje y que el resto sea sometido al tribunal arbitral, de lo contrario es imposible para las partes saber todas las disputas que puedan presentarse. Un ejemplo de esta cláusula sería:

“Salvo por aquellas disputas específicamente excluidas del arbitraje mencionadas en el siguiente párrafo, cualquier controversia que se suscite o este relacionada con este contrato o su cumplimiento deberá ser resuelta mediante el arbitraje.”

En las dos cláusulas anteriores mencionamos las frases “cualquier controversia” algunos autores recomiendan “todas las disputas y diferencias” o “cualquier controversia en su caso” Sin embargo la redacción aludida es la mas recomendada por instituciones como la AAA y es la que ha recibido mayor aceptación ante la interpretación judicial⁶⁸ Esta frase es generalmente interpretada por los tribunales como una indicación para arbitrar todas las disputas entre las partes contratantes incluyendo interpretación, incumplimiento,

daños y perjuicios y puede evitar el litigio por una parte recalcitrante que argumente que la interpretación estaba fuera del alcance de la cláusula.

En Inglaterra se considera que las palabras “demanda” “diferencias” y “disputas” abarcan con mayor amplitud los asuntos que pueden resolverse de conformidad con una cláusula arbitral.

Un ejemplo de esta problemática es el que se presentó en el caso *J.P. Greathouse Steel Erectors, Inc. vs. Blount Brothers Construction Co.*⁵⁵ En donde la cláusula de arbitraje establecía “Si cualquier problema de hecho se suscita bajo este contrato... cualquiera de las partes puede acudir al arbitraje” Sin embargo en este caso la Corte de Apelaciones del Circuito de Colombia, Estados Unidos de América determinó que la cláusula no contemplaba el incumplimiento del contrato porque dicha demanda involucra no solo problemas de hecho sino de derecho. Adicionalmente algunas Cortes han sostenido que la frase “bajo este contrato” cubre únicamente controversias sobre la interpretación y desarrollo del contrato en si pero no de cuestiones relacionadas. Es por eso que se considera necesario incluir la frase “que se susciten o estén relacionadas con el contrato.””

⁵⁵ Asken Gerald Drafting Arbitration Clauses in International Agreements. Clark Boardman Company, Ltd. New York, New York (1984)p.9

⁵⁶ 374 F.2d 324, 325 (D.C. Cir. 1967) Citado por Fr derick T Davis Op. Cit

⁵⁷ Davis T Fr derick. Op. Cit. p. 5

En el contrato puede incluirse la posibilidad de que el árbitro complete lagunas en la cláusula arbitral o bien que adapte el contrato a nuevas circunstancias.⁷¹ Sin embargo en mi opinión esto puede ser objeto de impugnaciones posteriores.

2.11 Negativa de Participar

¿Que pasa si una de las partes se rehusa a participar en los procedimientos arbitrales? A menos que las reglas seleccionadas por las partes contengan una disposición al respecto, es aconsejable acordar en la cláusula que el arbitraje puede continuar cuando una parte debidamente notificada se niega a participar en el arbitraje.

Esto será necesario porque cuando se solicite a la Corte local la ejecución del laudo en donde una de las partes no ha participado. Muchas Cortes requieren que se presente un contrato en donde se aceptaba que el procedimiento continuará de esa forma o que las reglas aplicables así lo decidían, siempre y cuando fuera una decisión justa para las partes.⁷²

2.12 Derecho sustantivo aplicable

Un factor muy importante a negociar siempre será el Derecho que aplicará a los contratos. Cada una de las partes preferirá tener su propio Derecho porque se sentirán mas seguros y lo conocen bien. Sin embargo esto le dará una desventaja

⁷¹ Bernardini Piero. Op. Cit. P. 56

⁷² Gray Whitmore Op. Cit. p.148

considerable a la otra parte. En este caso se puede proponer el Derecho de un tercer país, neutral o bien aceptar uno de los Derechos de las partes siempre y cuando no contravengan los Principios Generalmente Aceptados de Derecho Internacional o bien conforme a una convención como la CISG. De esta manera el árbitro podrá interpretar el contrato de una forma mucho mas imparcial.

El Derecho aplicable debe determinarse después de analizar cuidadosamente el contrato principal. Cualquier derecho que se escoja, las partes deberán conocer los aspectos relevantes que una vez aplicados a su caso pudiere suscitar dificultades o hasta nulidades.

En caso de que se establezca como el derecho aplicable el derecho de un Estado o nación debe verificarse que este sistema legal sea:

- a) Adecuado.- Para conocer y manejar casos modernos de arbitraje comercial internacional.
- b) Afin al comercio internacional.- Toda vez que el derecho de un país refleja los factores económicos políticos y sociales de este.
- c) Libre de intereses nacionales.- Debe buscarse un país que no tenga restricciones en transacciones internacionales relacionadas como el caso de embargos, cuotas etc.
- d) Tratamiento justo.- Esto aplica por ejemplo cuando se efectúa un contrato con el gobierno de un Estado y esta entidad tiene la posibilidad de cambiar la legislación alterando la reciprocidad de las obligaciones en el contrato.

Existe la posibilidad de permitirles a los árbitros resolver sobre determinada cláusula como amigables componedores, esto es sin obligación de observar ningún derecho en particular, sino sujeto a los principios de justicia natural, es decir de conformidad con los estándares que el árbitro considere como justos y equitativos conforme a las circunstancias o experiencia.⁷² Esto puede ser aconsejable en el caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre la ley que debe aplicar en su contrato, sin embargo puede dejar a las partes un tanto desprotegidas ya que sus derechos y obligaciones no están claramente definidas.

Una vez seleccionado el derecho sustantivo aplicable a la cláusula arbitral es posible excluir cualquier parte de dicho derecho que pueda crear un conflicto. Así, se puede establecer que no aplicará para efectos del contrato aquellas disposiciones que no sean consistentes con los "Principios Generales de Derecho Comercial Internacional" o con la *lex mercatoria*.⁷³ De igual manera, si una de las partes teme cambios adversos en el Derecho aplicable, puede establecerse en la cláusula el deseo de someterse al derecho vigente en el momento de la firma del contrato.

2.13 Lugar del arbitraje

⁷² Asken Gerald Drafting Arbitration Clauses in International Agreements. Clark Boardman Company, Ltd. New York, New York (1984)p. 10

⁷³ Murphy, Ewell E. Jr. "The four languages of Charles V" International Quarterly 4 (4) (1992) p.9

El lugar del arbitraje es una de las disposiciones más importantes que deben incluirse en la cláusula arbitral. Instituciones como la Cámara Internacional de Comercio y la Asociación Americana de Arbitraje demuestran que las disputas pre arbitrales mas comunes aparecen sobre la sede del arbitraje. Las disputas internacionales por su propia naturaleza tienen este problema a menos de que el contrato o las reglas aplicables determinen el lugar del arbitraje. Sin embargo, aún cuando las reglas de arbitraje determinen que la institución tiene la facultad para determinar el lugar del arbitraje, a falta de disposición expresa en el contrato es común que las partes acudan a las Cortes impugnando la "arbitraria y caprichosa" naturaleza de la selección.⁷¹

A continuación expondré algunas situaciones que se deben tomar en consideración en el momento de la selección del arbitraje:

- a) La sede debe ser escogida para evitar gastos de viaje excesivos, tomando en consideración la posibilidad de tener que presentar testigos o peritos. Debe observarse igualmente la conveniencia respecto a transporte, lugares de reunión, asistencia secretarial y de intérpretes.
- b) Debe tomar en cuenta el lugar donde residan los árbitros. Sería muy difícil y costoso para un árbitro francés trasladarse a Boston para llevar a cabo el arbitraje. Los árbitros generalmente preferirán tener como sede sus propios países.⁷²

⁷¹ Asken Gerald Drafting Arbitration Clauses in International Agreements. Clark Boardman Company, Ltd. New York, New York (1984)p. 11

⁷² Asken Gerald Drafting Arbitration Clauses in International Agreements. Clark Boardman Company, Ltd. New York, New York (1984)p. 11

- c) Las partes podrían pensar en un tercer país, neutro para llevar a cabo el arbitraje, pero esto además de ser muy costoso, no lleva consigo la imparcialidad de los árbitros.
- d) La sede del arbitraje no debe ser el lugar de alguna de las partes en los casos en que se tema que por la identidad de esa parte, como en el caso de entidades estatales pueda favorecer retrasos o impedimentos en el curso de procedimientos, haciendo muy fácil para la otra parte la anulación del laudo.
- e) El lugar del arbitraje debe encontrarse en el territorio de un país cuya ley de procedimientos no contenga disposiciones que permitan la intervención de los jueces locales durante el procedimiento. De igual manera la ley de procedimientos de dicho país debe garantizar totalmente la igualdad de las partes ante el árbitro.

Algunos de los problemas que pueden suscitarse por el derecho procesal de la sede son:

- a) Que la ley de la sede le otorgue facultades al juez local para intervenir en el curso de los procedimientos así como la posibilidad de remover al árbitro por mala conducta.
- b) El derecho local puede considerar la arbitrabilidad de las disputas de un modo restrictivo otorgándole al juez local una mayor competencia de la que tendría en otros países.

- c) El derecho local también puede establecer ciertas disposiciones obligatorias en relación con los procedimientos, limitando de alguna forma a las partes la posibilidad de decidir sobre sus propias reglas. Como por ejemplo en 1987 en Egipto, la Corte de Giza consideró inválida una cláusula de arbitraje porque esta no contenía los nombres de los árbitros que establecía el artículo 502 (3) del Código de Procedimientos Egipcio⁷²
- d) El lugar del arbitraje puede considerarse como cuestión de procedimiento a algunos actos que son de derecho sustantivo en otros países.
- e) Un ejemplo de este caso es en relación con los intereses en negocios pecuniarios que se consideran como una cuestión de procedimiento en el Derecho Inglés.
- f) En países del *Common Law* es posible que se le otorgue facultad al árbitro para que ordene la presentación de determinados documentos y si la parte no desea presentarlos el árbitro puede recurrir a las Cortes locales para que obliguen su presentación.
- g) En algunos lugares se requerirá que el idioma del arbitraje sea el local como es el caso de China o que solo se permitan abogados del país sede como es el caso de Tailandia y Japón⁷³

⁷² Bernardini, Piero. The Arbitration Clause of an International Contract, *Journal of International Arbitration* Vol. 9 June 1992 Number 2 p.53

⁷³ Bernardini, Piero Op. Cit p. 54

- h) En Arabia Saudí por ejemplo, se requiere que el árbitro sea musulmán y del género masculino.⁷⁹
- i) Debe buscarse un país que facilite el reconocimiento y la ejecución de laudos, analizando si el país en cuestión es signatario de convenciones internacionales bilaterales o multilaterales que aseguren la ejecución de laudos emitidos en su territorio o en el territorio de otras partes signatarias.

La Convención más obvia es la de Nueva York que además de imponer ciertos criterios uniformes asegura la ejecución en el territorio de los estados firmantes. Arabia Saudita, por ejemplo, no es signataria de la Convención y la ejecución de un laudo de este país puede ser problemático en países signatarios.⁸⁰

Es importante establecer que para la Convención de Nueva York se tomará en consideración el lugar en que se dictó el laudo, así como las sentencias que no sean consideradas como nacionales en el lugar en que se pide su reconocimiento y ejecución.

2.14 Idioma

Es normal que el idioma del arbitraje sea el idioma del contrato de arbitraje. Las instituciones arbitrales defienden esta postura, aunque también tienen la facultad para designar que se utilicen otros.

⁷⁹ Bond, Stephen R. Op. Cit. P. 72

⁸⁰ Ulmer, Nicolas. Op. Cit. P. 1345

En ocasiones los contratos se han efectuado en dos idiomas, cada uno con igual validez y en estos casos es deseable que las partes en la cláusula arbitral el idioma en que desean se lleve el arbitraje, ya que de otra manera se corre el riesgo de que todo el arbitraje se tenga que llevar en traducción simultánea lo cual resulta en un incremento del costo y en dilaciones en los procedimientos.

Cuando no se establece el idioma en que debe llevarse a cabo el arbitraje, este será normalmente determinado por el árbitro. Con excepción de aquellos contratos en donde la ley aplicable requiere que el arbitraje se lleve a cabo en el idioma de la sede del arbitraje como es el mencionado caso de China. En todos los demás casos es probable que el árbitro considere el idioma del contrato, ya que se presume que esta es la intención de las partes. Sin embargo, esto es dudoso en el caso de que las partes normalmente envíen correspondencia y notificaciones en un idioma distinto.⁸¹

2.15 Reglas del procedimiento

Por otra parte se debe tomar en consideración la *lex arbitrii* que es el Derecho que gobierna el arbitraje y que no solo regula los procedimientos internos del arbitraje como la presentación de documentos o testigos, sino que establece el standard externo para conducir un arbitraje.⁸²

⁸¹ Bernardini Piero Op. Cit. P. 57

⁸² Redfern and Hunter Op. Cit. p. 54

En principio se pudiera pensar que la *lex arbitri* es la ley del lugar en donde tiene sede el arbitraje y que de alguna manera esta determinada por la selección de las partes o de la institución, toda vez que si la sede del arbitraje se encuentra en un país donde el arbitraje esta prohibido, entonces el arbitraje no estará legalmente constituido.

Sin embargo la teoría de la deslocalización, desterritorialización o arbitraje flotante trata de cierto modo desligar al arbitraje de controles nacionales que varían de país a país.

Esta teoría parte de que la ley del arbitraje es meramente procedimental y que en un arbitraje comercial internacional estas reglas pueden ser seleccionadas por las partes o por el tribunal arbitral. Así mismo, esta doctrina establece que el control legal del procedimiento arbitral no deviene del lugar en donde se lleva el arbitraje sino del lugar en que se ejecuta el laudo.

Esta doctrina es contraria a la convención de Nueva York en donde se establece que la homologación y ejecución del laudo puede ser rechazada si la "composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se llevó a cabo de conformidad con el acuerdo de las partes o a falta de este, no estar de acuerdo con la ley del país en donde se llevo el arbitraje."

Al seleccionar las reglas las partes deben preguntarse cuanto apoyo administrativo necesitan en su arbitraje. Esto es muy importante porque en muchos casos las reglas decidirán la forma en que se elegirá a los árbitros, así como el costo del arbitraje.

Si se recurre al arbitraje institucional las reglas que aplicaran serian las de la institución o las reglas de UNCITRAL, pero en el caso del arbitraje *ad hoc* es preferible que las partes decidan esta cuestión a priori, toda vez que dejarlo a la discreción de los árbitros creará una incertidumbre innecesaria acerca de como se llevará cabo el arbitraje así como la imparcialidad de los procedimientos.⁸⁵

Ahora bien como las reglas que las partes hayan elegido no son las únicas que gobiernan el arbitraje y la *lex arbitri* también esta formada por reglas que operan con independencia del contrato de las partes o de la dirección del tribunal arbitral como por ejemplo la designación de los árbitros cuando las partes no se ponen de acuerdo o la remoción de un árbitro en caso de imparcialidad. De igual manera el lugar en donde se dicta el laudo para efectos de homologación y ejecución de laudos se verá beneficiado de todas las convenciones y tratados internacionales del que el país sede sea parte.

En el caso de que las partes designen las reglas de una institución arbitral, es aconsejable decidir que reglas aplicaran si estas son modificadas por la institución. Normalmente se puede incluir la expresión “vigente a la fecha de este contrato”.

2.16 Límite de tiempo aplicables.

⁸⁵ Davis Frédéric. Op. Cit. p 9

Es posible que se establezcan límites de tiempo para asegurarnos que el arbitraje se lleve a cabo sin demoras injustificadas.⁸¹ En los casos de arbitraje institucional así como las reglas de UNCITRAL, establecen límites de tiempo para las distintas etapas del procedimiento. Sin embargo en el caso de arbitraje *ad hoc* será aconsejable que se establezcan límites de tiempo dentro del contrato arbitral especialmente respecto de lo siguiente:

- a) Condiciones que anteceden el arbitraje.- Como sería el caso de que las partes establezcan como requisito la búsqueda de una solución por medios amigables.
- b) Selección de los árbitros.- No sólo para las partes, sino también para el caso que dos árbitros deban seleccionar un tercero.
- c) Contestación de la demanda.
- d) Audiencias.
- e) Emisión del laudo.

2.17 Renuncia de recursos

Si esta renuncia es posible de conformidad con la ley aplicable, las partes pueden establecer en su contrato una renuncia de recursos en contra del laudo, para asegurar la definitividad del mismo.

Esta renuncia se incluye en distintas instituciones arbitrales como la Cámara Internacional de Comercio o la LCIA, de manera que cuando las partes

⁸¹ Mc Clendon, Stewart J. "Arbitration Clauses in international contracts" *The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal* p. 158

incorporan las reglas de estas instituciones a su contrato se considerará que han renunciado a su derecho de apelar el laudo.

Sin embargo, las partes deben considerar un balance entre asegurar la definitividad del laudo y la posibilidad de garantizar control sobre casos de incompetencia profesional, arbitrariedad o corrupción.⁸⁵

2.18 Gastos, Costas e intereses.

Es muy importante que la cláusula arbitral establezca como serán repartidos los costos del arbitraje. Puede establecerse que los costos serán repartidos 50% y 50%, sin embargo también puede establecerse que los costos serán por cuenta de la parte perdedora.

Los costos del arbitraje pueden variar significativamente dependiendo de la institución que se haya seleccionado para llevar a cabo el arbitraje o del árbitro o árbitros seleccionados en el caso de los arbitrajes *ad hoc*.

Cada institución tiene su propio arancel, el cual en la mayoría de los casos se fija de conformidad con el monto de la disputa. Sin embargo la LCIA establece el arancel conforme a horas invertidas.

La Cámara Internacional de Comercio tiene los costos administrativos más caros.⁸⁶

⁸⁵ Bernardini Piero Op. Cit. P.

Por ejemplo, las cuotas administrativas de la Asociación Americana de Arbitraje están basadas de acuerdo con las tarifas de incoamiento y notificación de la demanda. La remuneración del árbitro, no se incluye dentro de las reglas, por lo que queda cierta incertidumbre al respecto

Cuando se inicia una demanda, contrademanda, o demanda adicional ante la Asociación Americana de Arbitraje la parte demandante estará sujeta al pago de una cuota no reembolsable, como se indica a continuación.

Monto de la Reclamación en dólares	Cuota
Hasta \$10,000	\$500
De \$10,000 hasta \$50,000	\$750
De \$50,000 hasta \$100,000	\$1,250
De \$100,000 hasta \$250,000	\$2,000
De \$250,000 hasta \$500,000	\$3,500
De \$500,000 hasta \$1,000,000	\$5,000
De \$1,000,000 hasta \$5,000,000	\$7,000

Si al momento de presentar la demanda no se puede fijar una cantidad, la cuota será de \$2,000 sujeta a ajustes cuando se revele la demanda o contrademanda.

Cuando la demanda o contrademanda no sea por una cantidad pecuniaria, la cuota apropiada será determinada por la A.A.A.

⁶⁰ Ball Markham *"Just Do It - Drafting the Arbitration Clause in an International Agreement"*

La cuota mínima por iniciar cualquier caso con tres o más árbitros es \$2,000.

La cuota administrativa por demandas por encima de \$5,000,000 será negociada.

Cuotas de Audiencia

Cada parte pagará por cada día de audiencia celebrada ante un sólo árbitro una cuota administrativa de \$150.

Cada parte pagará por cada día de audiencia celebrada ante un panel multi-árbitros una cuota administrativa de \$250.

Cuotas de Aplazamiento

La parte que ocasione el aplazamiento de una audiencia programada ante un sólo árbitro pagará una cuota de \$150.

La parte que ocasione el aplazamiento de una audiencia programada ante un panel de varios árbitros pagará una cuota de \$250.

Las cuotas de audiencias descritas anteriormente no cubren el alquiler de las salas de audiencias, las cuales también aumentan el costo.

Como podemos observar el arbitraje institucional tiene costos que pueden salirse de control en el caso de dilaciones. Además, países como Bélgica, cobran un

porcentaje del 2.5% del valor de la sentencia como requisito para su reconocimiento y ejecución.⁵⁷

En otro orden de ideas, las partes normalmente solicitan que el laudo tome en consideración el interés desde la fecha que se generaron. Sin embargo es posible que el laudo establezca el interés conforme a una tasa inferior que la comercial. Cuando no se establece en el laudo el interés, este se determina por el Derecho aplicable, o por el derecho del lugar en donde se busca el reconocimiento, situación que por supuesto da pie a posibles impugnaciones.

Estos problemas pueden preverse en la cláusula arbitral, especificando que el laudo deberá contener intereses, contados a partir de que se generen y hasta su liquidación total.

Así mismo, es conveniente que las partes establezcan la tasa aplicable.

La disposición de los intereses en una cláusula arbitral si bien no es un elemento esencial, si le otorga al laudo mejores condiciones para su ejecución.

De igual manera, puede especificarse que los costos de ejecución del laudo, serán por cuenta de la parte recalcitrante a la ejecución⁵⁸

Aún cuando no es normal establecer la moneda en que debe pagarse cualquier cantidad como resultado del laudo, Si las partes temen la fluctuación de

⁵⁷ Ulmer Nicolas, Op. Cit. P. 1347

⁵⁸ Ulmer, Nicolas, Op. Cit. P. 1348

determinada moneda durante la vigencia del mismo, pueden establecer otra moneda dentro de la cláusula arbitral⁸⁹

2.19 Laudo Razonado

Puede estipularse dentro de la cláusula arbitral el deseo de que el laudo sea razonado. Algunas instituciones como la Asociación Americana de Arbitraje no requieren un laudo razonado en casos comerciales, bajo el argumento de que de esta forma existen menos bases para impugnar el laudo. Sin embargo un laudo razonado es útil, especialmente cuando la cláusula arbitral especifica el alcance de los poderes del árbitro.⁹⁰

⁸⁹ Asken, *Drafting Arbitration Clauses in International Contracts*, Op. Cit. P. 18

⁹⁰ Gray, *Whimere* Op. Cit. P.150

3 Importancia de las doctrinas de la Separabilidad y Kompetenz-Kompetenz. Derecho Comparado.

3.1 La teoría de las nulidades.

A efecto de exponer la teoría de Kompetenz Kompetenz y de Separabilidad en el Derecho Internacional nos parece conveniente analizar brevemente lo que se considera el pilar del Derecho y que ha sido motivo de innumerables estudios y controversias: La teoría de las nulidades.

3.1.1 Concepto de eficacia.

El negocio jurídico se considera completamente eficaz cuando resulta idóneo para producir sus efectos normales: se perfecciona cuando tiene en sí los elementos constitutivos y específicos para su existencia, esto es, cuando se haya desarrollado por entero su proceso de formación.³¹

³¹ Fuentes García José. Anales de Jurisprudencia. Reedición de Estudios Jurídicos. Tomo CXXXI. México 1968 p 1

3.1.2 La Historia de las nulidades

La historia de las nulidades puede considerarse como la historia de la lucha de las doctrinas. En palabras de Planiol la teoría de las nulidades es una de las más oscuras en el Derecho³²

A grandes rasgos podemos hacer la siguiente clasificación de las doctrinas.

1. La Doctrina Dualista o Tradicional.- Divide a las nulidades en absolutas o de pleno derecho y relativas. Las primeras actúan por Ministerio de Ley, *ipso iure* y las segundas mediante el ejercicio de una acción judicial.

Esta Doctrina surge en el Derecho Romano Clásico donde frente a la nulidad del Derecho Civil que operaba *ipso iure*, y por la cual el acto nulo no tenía existencia ni efecto legal alguno, el pretor introdujo la excepción de dolo y *la restitutio in integrum* que constituyen el origen de la nulidad relativa y que solo operaban mediante el ejercicio de una acción judicial y la obtención de una sentencia.

Esta doctrina se mantiene hasta antes de los autores franceses del siglo XIX, donde en palabras de Planiol³³ "La diferencia fundamental estriba en que una especie de nulidad es legal y opera de pleno derecho y la otra es judicial y supone el ejercicio de una acción."

³² Planiol, Marcel. Tratado Elemental del Derecho Civil Tomo I. P 131

³³ Planiol, Op. Cit.

“Por lo que hace a la intervención del Juez, es distinta en ambos casos: en el de la nulidad absoluta no hay necesidad de ejecutar una acción de nulidad: no corresponde al Juez anular un acto que la ley no reconoce, ésta ya lo ha hecho. Sin embargo si se suscita una controversia, si se pone en duda la nulidad, será preciso acudir al juez, porque nadie puede hacerse justicia por sí mismo, pero este se limitara a constatar la nulidad no a decretarla”⁶⁴

2. La doctrina Tripartita.- Expuesta por los grandes autores de la escuela clásica: Aubry et Reau, Baudry-Lacantinerie, Demolombe y Laurent principalmente. Descubren e introducen la noción de la inexistencia, resultando así la clasificación de actos inexistentes, actos absolutamente nulos y actos relativamente nulos.

De conformidad con esta doctrina “Se considera acto inexistente aquel que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia... igual es el caso del acto que no ha reunido condiciones o solemnidades indispensables para su existencia según el texto o el espíritu del Derecho Positivo”⁶⁵

En esta teoría se establece que los actos inexistentes no producen ningún efecto. ¿Cómo de la nada podría salir alguna cosa? No hay que hacer intervenir a la justicia para comprobar la inexistencia del acto... En palabras de Baudry Lacantinerie: “No se anula la nada, como no se puede matar a un muerto. Sin duda si hay controversia entre dos particulares sobre el punto de saber si un acto

⁶⁴ Plan: O. Cit.

jurídico existe o no existe, la justicia intervendrá para resolver la diferencia puesto que ninguno puede hacerse justicia por sí mismo; pero se limitará a reconocer, a comprobar la inexistencia del acto: no se concebirá que lo anulase³³⁶. Así mismo se establece que puede ser invocada por todo interesado y no será válido ni por confirmación ni por prescripción.

Para esta doctrina el acto nulo reúne las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico pero se encuentra privado de efectos por la ley.

La nulidad absoluta tiene como causa la licitud, versa sobre actos que se ejecuten materialmente en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva. No produce ningún efecto, puede ser invocada por todo interesado y no es susceptible de valer por confirmación o por prescripción.

La nulidad relativa tiene como causa vicios internos, produce provisionalmente sus efectos, únicamente puede ser invocada por el perjudicado y puede borrarse por confirmación y por prescripción.

3. La Doctrina Moderna.- De los autores de la escuela de Saleilles, expuesta principalmente por Japiot y Piedelievre, que se oponen a los principios postulados por la Escuela Clásica. Rechazan absolutamente la noción de

³³⁶ Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 5 ed. 12 vol

³³⁷ Fuentes García José, Op. Cit.

inexistencia y no aceptan ni la división radical entre nulidades absolutas y relativas ni los efectos absolutos de la nulidad.⁵⁷

Esta Doctrina nos dice que el Derecho debe ser más humano, adaptado a las necesidades de la vida práctica y por lo mismo más flexible.

Piedelievre establece que "Siendo la nulidad una sanción que debe adaptarse al fin para el que fue instituida, no es posible reducir los efectos que debe producir a fórmulas abstractas y doctrinales, porque la voluntad interviene en las necesidades de la vida diaria que son cambiantes, no puede pensarse en construir una teoría para siempre. Cualquiera que sea la doctrina que se adopte, siempre existirá la necesidad de admitir derogaciones y excepciones. La ciencia jurídica debe preferir la equidad basada en las necesidades sociales a la lógica pura.

4.- La Teoría bipartita creada por Julian Bonecasse.- Como una reacción en contra de las escuelas modernas y secundada por autores contemporáneos, en nuestro país por Rojina Villegas. Esta doctrina divide entre actos inexistentes y actos nulos. Aunque no rechaza la clasificación entre nulidad absoluta y nulidad relativa considera que ésta es cuantitativa mas que cualitativa. Es relativa toda nulidad que no reúna los requisitos para ser considerada como absoluta

Bonecasse critica la escuela de Saleilles acusando a sus autores como "contrarios a la sistematización jurídica"

⁵⁷ Fuentes García José. Anales de Jurisprudencia. Reedición de Estudios Jurídicos. Tome CXXXI. México 1968 p.1

Para Bonecasse un acto "Será inexistente cuando faltan uno o varios de sus elementos orgánicos. Estos elementos son la base de todo acto jurídico (i) una manifestación de voluntad. (ii) un objeto (iii) según los casos un elemento formalista. El alcance del acto jurídico inexistente es la ausencia rigurosa y exclusiva de todo acto jurídico. Símbolo de la nada, el acto jurídico inexistente no será capaz de producir ningún efecto. Si una persona vende mediante engaño una cosa que ha perecido no hay acto jurídico por falta de objeto; el vendedor estará obligado a reparar los daños que haya causado pero no como consecuencia de un acto jurídico inexistente, sino a consecuencia de su dolo y daño causado."

Para Bonecasse la nulidad se distingue con precisión de la inexistencia, en tanto que mientras el acto inexistente no produce ningún efecto, el acto nulo engendra efectos jurídicos susceptibles de ser definitivos, por razón de que ese acto es una realidad mientras que no ha sido destruido por una decisión judicial.

No es el propósito de esta tesis la discusión a fondo de estas teorías sino una exposición general de las mismas a efecto de llegar a lineamientos comunes de los conceptos de nulidad e inexistencia y posteriormente contrastar estos conceptos con la teoría de la Separabilidad y de Kompetenz Kompetenz.

3.1.3 La nulidad

Se dice que el negocio jurídico es nulo cuando uno de sus elementos constitutivos ya sea la voluntad o el objeto se realizan imperfectamente, o porque el fin perseguido por los autores del mismo sea contrario a las

manifestaciones anteriores por estar directa y expresamente condenado por la Ley, o implícitamente prohibido por ella, por contrariar el buen orden social.

En el caso de la nulidad absoluta el negocio jurídico producirá sus efectos provisionales, pero serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie la sentencia de nulidad por el juez quedando privado de todos los efectos para el futuro.

La nulidad absoluta podrá ser invocada por todo interesado y no será susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción.

En el caso de la nulidad relativa siempre permite que el acto jurídico produzca sus efectos provisionalmente, solo puede invocarse por el perjudicado y como la nulidad relativa esta íntimamente ligada a la decisión que va a tomar la persona protegida solo a ella le corresponde tanto la iniciativa para destruir el vínculo obligacional así como su confirmación expresa o tácita y desaparece por prescripción.

3.1.4. La inexistencia

El Código Civil ⁹⁸ en su artículo 2224 establece que el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y su inexistencia puede hacerse valer por cualquier interesado.

⁹⁸ Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal, Colección Porrúa, México 1988

De lo anterior resulta que un Negocio Jurídico será inexistente, cuando carece de un elemento esencial para su perfeccionamiento, siendo incapaz *ab initio e ipso iure* de producir cualquier efecto como si nunca hubiese sido celebrado.

La inexistencia encuentra fácilmente los argumentos favorables tratándose de la falta de consentimiento. Es necesario recordar que el Código Civil ha tenido la principal misión de asegurar en materia contractual el triunfo del antiguo principio *solus consensus obligat*.

Asimismo, es fácilmente entendible la teoría de la inexistencia para el caso de la falta de objeto. Porque, si el consentimiento es esencial desde el punto de vista psicológico, no es menos cierto que el objeto representa el lado material de la relación contractual. Uno se obliga porque quiere alguna cosa, y en tanto que esta cosa existe la obligación será plenamente válida, justificándose perfectamente todo requerimiento de ejecución. Si por el contrario la cosa no ha existido jamás, y si no puede existir, no habrá obligación, no habrá acto jurídico, no habrá acreedor ni deudor, porque el consentimiento no tiene ninguna sustentación material.⁹⁹

3.2 Introducción a la teoría de Kompetenz Kompetenz y Separabilidad

⁹⁹ Lutzesco, Georges. Teoría y práctica de las nulidades. Ed. Porrúa, S.A., p.170

El arbitraje es como hemos visto un medio de solución de controversias privado y voluntario que enviste a sujetos privados de autoridad para resolver una determinada controversia, al mismo tiempo que busca eliminar la autoridad que sobre dicha controversia pudiera tener otro tribunal o corte. Nunca como aquí se valora la exactitud del principio de derecho "La voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos".

En la cláusula arbitral se establece la competencia del tribunal arbitral. En el proceso legal nacional por el que las disputas se resuelven por los tribunales locales la competencia les es otorgada por distintas fuentes, donde el contrato arbitral es solo una de ellas. En el caso del arbitraje la jurisdicción del tribunal deriva de este acuerdo entre las partes.

Como se menciona al principio de esta tesis, las partes al seleccionar el arbitraje buscan un mecanismo de solución de controversias mas rápido, mas barato, menos formal, administrado por personas con cierta especialidad técnica, o bien como un medio de utilizar ciertas reglas para solucionar sus controversias y en muchas ocasiones como una forma de mantener las buenas relaciones entre ellas.

Es común que el demandado en un procedimiento de arbitraje impugne la validez del contrato principal que contiene la cláusula arbitral. Bajo el principio lógico de que "de la nada, nada sale", argumentará que la cláusula arbitral también es nula, "si no hay contrato que obligue a las partes, entonces tampoco

hay cláusula arbitral que las obligue¹⁰⁶ y en consecuencia buscará solucionar su controversia mediante el litigio tradicional.

Las consecuencias de acudir al litigio son graves. El actor tendrá que recurrir a las Cortes nacionales para confirmar la validez del contrato principal, lo cual será aún más grave si estamos ante una controversia que involucre un contrato entre una compañía de un país y el gobierno de otro país. En este caso si el gobierno rehusa someterse al arbitraje, la compañía deberá acudir a las cortes nacionales para obligar a la entidad de gobierno correspondiente a someterse al arbitraje. Sin embargo, será poco probable que las cortes nacionales obliguen a dicha entidad a someterse.¹⁰⁷

Existen dos doctrinas que buscan prevenir intentos de mala fe por parte de demandados o de árbitros indebidamente parciales que obstruyen los procedimientos arbitrales al mismo tiempo que buscan prevenir las consecuencias de estos abusos e “intolerable comportamiento”¹⁰⁸ Estas doctrinas son, la autonomía o Separabilidad de la cláusula arbitral y la doctrina de Kompetenz-Kompetenz.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Adam, Samuel. “*Separability in English Law- Should an Arbitration Clause be regarded as an Agreement Separate and Collateral to Contract in which it is Contained?*” *Journal of International Arbitration* Vol. 3 N°3 (September 1986) p 100

¹⁰⁷ Jelili Mahir. *Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments*. *Journal of International Arbitration*. Vol. 13 N° 4 December 1996 p 169

¹⁰⁸ Svermlov Carl. *What Isn't, Ain't The Current Status of the Doctrine of Separability*. *Journal of Arbitration* Vol. 8 N° 4 December 1991 Werner Publishing Company Inc.

¹⁰⁹ Rosen Janet A. *Arbitration under private international law: The doctrines of Separability and competence de la competence*. *Fordham International Law Journal*. Vol. 17 (1994) N° 3 p. 601.

Estas doctrinas están sumamente relacionadas y es difícil desligar y distinguir una de la otra. Es muy importante estudiarlas a fondo toda vez que la aceptación de ellas en algunos países es sumamente limitado y tiene como consecuencia dilatar o aniquilar el procedimiento arbitral.

3.3 La doctrina de la Separabilidad.

El artículo 7.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL establece que “Se entiende por acuerdo de arbitraje el acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o de un contrato independiente”

La doctrina de la Separabilidad establece que la cláusula arbitral contenida en un contrato debe considerarse como un contrato separado del principal. La cláusula arbitral y el contrato principal rigen objetos distintos, dos relaciones contractuales distintas¹⁶².

Si surge una disputa relacionada con la validez o existencia del contrato principal, la cláusula arbitral, al ser independiente, sigue siendo válida y obligatoria para las partes aún cuando el contrato principal sea nulo.

¹⁶² Id. p. 607

En palabras del Vice Presidente y Juez de la Corte Internacional de Justicia Stephen Schwebel:

“Cuando las partes celebran un contrato que contiene una cláusula arbitral, en realidad celebran dos contratos, el gemelo arbitral que sobrevive a cualquier defecto de nacimiento o defecto posterior del contrato principal”

La doctrina de la Separabilidad según el Stephen Schwebel se ha justificado con cuatro argumentos fundamentales:

- a) Que va de acuerdo con la voluntad de las partes;
- b) Que conlleva a la integridad del proceso arbitral;
- c) Que existe la presunción legal de dos acuerdos; y
- d) La Corte normalmente revisa el laudo arbitral, y no los méritos de la disputa.

Sin embargo el problema principal con la doctrina de la Separabilidad es que contradice el principio de nulidad e inexistencia que ha regido el Derecho, y aún cuando la lógica y Boncasse nos digan que “de la nada, nada sale” en aras de la protección del comercio internacional se crean estas dos doctrinas.

Stephen Schwebel establece que “Es lógico el argumento de que el árbitro no tenga derechos derivados de una cláusula arbitral contenida en un contrato nulo o anulable, pero la verdadera justificación para el principio de Separabilidad es

más práctico que teórico”¹³⁴ Caplan J menciona: la aceptación del principio de Separabilidad demuestra que “la realidad comercial es preferida a la lógica pura”¹³⁵

De conformidad con Lawrence Craig¹³⁷ los motivos detrás de la doctrina de la Separabilidad en la cláusula arbitral en los contratos internacionales, no es tanto la creencia de que puede estar más ligado con la ley nacional de un país que de la ley aplicable al contrato principal, sino el deseo de sostener la validez del contrato arbitral”

3.4 Kompetenz - Kompetenz

La doctrina de Kompetenz-Kompetenz establece que el árbitro tiene competencia para decidir sobre su propia jurisdicción. Bajo la doctrina Kompetenz-Kompetenz el árbitro puede determinar la existencia de la cláusula arbitral, la validez de la cláusula arbitral o el alcance de la misma y las partes no necesitan invocar la jurisdicción de una corte nacional para decidir sobre estos problemas.¹³⁸

¹³⁴ W. Lawrence Craig, *International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, Inc. New York 1990, P. 66

¹³⁵ Rogers Andrew et al. *Arbitration International* Vo. 10 Number 1 1994 Graham and Troman on behalf the London Court of International Arbitration

¹³⁶ W. Lawrence Craig, *Op. Cit.*, P. 66

¹³⁷ Redfen, Alan The jurisdiction of an International Commercial Arbitrator 3 J. Int'l Arb. 19 30 March 1986.

Por otra parte, el árbitro no tiene que detener los procedimientos por el sólo hecho de que su competencia ha sido impugnada, sino que puede continuar con el arbitraje y decidir si tiene o no jurisdicción.¹⁶⁹

La doctrina de Kompetenz Kompetenz se ha justificado bajo dos argumentos fundamentales:

- a) La presunción de que el poder jurisdiccional le ha sido conferido por la voluntad de las partes cuando celebraron el contrato arbitral.
- b) Que es inherente a todos los cuerpos judiciales y esencial para su funcionamiento.¹⁷⁰

Es muy importante estar consciente de que la aceptación de esta doctrina varía en los distintos sistemas legales y que en algunos sistemas estas teorías no son aceptadas ya sea por que los jueces de esos países decidieron que la "moda" internacional era incompatible con su sistema, o bien no están contempladas porque el caso no se ha presentado. De igual manera, en otros países se imponen distintos grados para su aplicación si el contrato adolece de nulidad absoluta o es inexistente.

3.5 La relación de las dos Doctrinas.

¹⁶⁹ Sverinlov Carl, What isn't, ain't p. 37

¹⁷⁰ Stephen M. Schwebel, Op. Cit.

Bajo la doctrina de la Separabilidad, se plantea el problema sobre si se puede llevar a arbitraje impugnaciones sobre la validez o existencia del contrato principal. Por su parte la doctrina de Kompetenz-Kompetenz esta relacionada con la facultad que tiene el árbitro de determinar su propia jurisdicción. La doctrina de Kompetenz-Kompetenz se considera un corolario de la doctrina de la Separabilidad¹¹. Si un sistema legal acepta las dos doctrinas se evita que alguna de las partes recurra a las cortes nacionales.

La Separabilidad permite al árbitro anular el contrato principal sin el riesgo de invalidar su poder. La doctrina de Kompetenz-Kompetenz le permite subsistir a impugnaciones sobre la cláusula arbitral.

Michael Reisman¹² nos da un ejemplo que ilustra la diferencia entre la doctrina de la Separabilidad y la de Kompetenz - Kompetenz:

“Supongamos que es una compañía americana celebra un contrato de consultoría que incluye una cláusula arbitral con el objeto de obtener un contrato de obra publica en un país extranjero. La compañía americana pudiera resistirse al arbitraje bajo dos argumentos: (i) La persona que firmó el contrato por la compañía americana no tenía capacidad para ello y (ii) El contrato de consultoría era nulo porque contenía pagos destinados para sobornar a funcionarios del gobierno.

¹¹ Jean Robert & Thomas E. Carbonneau, *The French Law of Arbitration* Thomas E. Carbonneau ed. 1984

¹² Reisman Michael, Laurence Craig, William Park, Jan Paulson. “Cases, materials and notes on the resolutions of international business disputes” Westbury New York, The foundation Press Inc. p. 525

no fue válidamente celebrado, entonces *prima facie*, es inexistente en su totalidad, incluyendo su cláusula de arbitraje.¹¹³

Analicemos este caso. Como mencionamos en este capítulo existe un principio que establece *solus consensus obligat*. Supongamos que un día una persona recibe en su domicilio una demanda de una persona que no conoce y que establece que debe someterse al arbitraje de la Cámara de Comercio de Noruega porque así aparece en el contrato que evidentemente esa persona no firmó.

Estamos en presencia de un acto inexistente el cual atendiendo a la doctrina de las nulidades no produce efecto jurídico alguno, puede ser invocado por cualquier persona y no es susceptible de validar por confirmación o por prescripción. Sin embargo atendiendo a la doctrina de Kompetenz Kompetenz, el árbitro designado por una de las partes. En este hipotético caso, tendrá jurisdicción para decidir sobre la inexistencia del supuesto contrato que lo designó y esta persona deberá acudir a Noruega a defenderse de un acto inexistente.

3.6 La Doctrina de la Separabilidad y Kompetenz - Kompetenz en las Reglas de UNCITRAL. La Ley Modelo de UNCITRAL.

En el artículo 21 las Reglas de UNCITRAL incorporan la doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz - Kompetenz estableciendo que:

¹¹³ Svernlöv Carl: What isn't ain-t p. 38.

“1.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre impugnaciones a su propia jurisdicción, incluyendo las excepciones relativas a la existencia o validez de la cláusula arbitral o del contrato arbitral que se encuentre en documento separado.

2.- El tribunal arbitral puede decidir sobre la existencia o validez del contrato del que la cláusula arbitral forma parte. Para efectos de este Artículo 21 la cláusula arbitral que forma parte de un contrato y que establece el sometimiento del arbitraje bajo estas Reglas deberá considerarse como un contrato independiente de las demás estipulaciones del contrato principal. La decisión del tribunal arbitral sobre la nulidad o inexistencia del contrato principal no implica *ipso iure* la nulidad o inexistencia de la cláusula arbitral.

3.- La excepción sobre la competencia de tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de la contestación y en el caso de una reconvencción deberá oponerse en el momento de la contestación a esa reconvencción.

4.- En general, el tribunal arbitral podrá decidir las excepciones relativas a su jurisdicción inmediatamente. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá continuar con el arbitraje y decidir sobre estas excepciones en el laudo definitivo.”

En los trabajos preparatorios de UNCITRAL, se discutió ampliamente la propuesta de no incluir este artículo argumentando que al final era tarea de las Cortes locales decidir en asuntos de jurisdicción de conformidad con la *lex fori*. Sin embargo la mayoría sostenía que el principio de Kompetenz - Kompetenz correspondía a la corriente moderna y por tanto el artículo debía ser incluido.

Se sugirió que se incluyera un párrafo en que se estipulara que la cuestión de jurisdicción seguía sujeta a la ley nacional aplicable. Sin embargo esta disposición no fue incluida pues se buscaba que la influencia de las cortes locales se restringiera al mínimo, y esta inclusión atraería la atención de las partes que desearan evitar o demorar el procedimiento arbitral. De igual manera el alcance del poder de las cortes locales para revisar los asuntos relacionados con la jurisdicción varía sustancialmente bajo los distintos derechos nacionales.

La última parte del artículo 21 (1) "incluyendo las excepciones relativas a la existencia o validez de la cláusula arbitral" se pudiera considerar innecesaria porque esta idea ya está contenida en la expresión general "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre impugnaciones a su propia jurisdicción" Sin embargo los redactores consideraron la inclusión de la segunda parte para evitar cualquier duda al respecto.¹³⁴

La doctrina de Separabilidad se incluye en el párrafo segundo asegurándose la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda determinar la existencia o la validez del contrato principal del que el contrato arbitral forma parte y pueda decidir que el contrato principal es inválido o inexistente, sin llegar necesariamente a la conclusión de que carece de jurisdicción. Para evitar esta conclusión que lleva a "cortar la rama en que el árbitro se ha sentado"¹³⁵ se mantuvo el principio de que la cláusula arbitral se considera como un contrato separado y la conclusión de la

¹³⁴ Van Hof, Jacomijn J. Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules. The application by the Iran-US Claims Tribunal. Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston 1991, p. 143

¹³⁵ Jacomijn J. Van Hof Op. cit. p. 143

nulidad o inexistencia del contrato principal no afecta necesariamente la cláusula arbitral.

El proyecto preliminar ya incluía este principio, pero en una forma menos elaborada. En esa época, el principio era considerado como una novedad y no era aceptado por otras leyes nacionales. Los redactores hicieron referencia al caso de *Prima Paint Corporation v. Flood and Conklin Manufacturing Co.*, el cual estudiaremos posteriormente al tratar el caso de Estados Unidos de Norteamérica, como un ejemplo de la aceptación de este principio y se argumentó que el concepto debía considerarse como un medio de proteger la intención de las partes. De igual manera, los redactores también hicieron mención de una disposición del Derecho Uniforme adjunto a la Convención Europea que establece un Derecho Uniforme en Arbitraje (Conocida como el Derecho Uniforme de Estrasburgo). Siguiendo la sugerencia de la Comisión en la discusión del proyecto preliminar, el texto se redactó de tal manera que reflejara claramente que la cláusula arbitral aún cuando estuviera contenida en el contrato principal, era en realidad un contrato diferente.

El párrafo tercero al establecer que una excepción sobre la falta de jurisdicción del tribunal debe oponerse a más tardar en el momento de la contestación y en el caso de una reconvencción deberá oponerse en el momento de la contestación a esa reconvencción tiene por objeto evitar perder tiempo y dinero. Asimismo, Trata de evitar que alguna parte que quiera actuar de mala fe tenga instrumentos para obstruir el desarrollo de los procedimientos al retener información que pudiera poner fin a los procedimientos.

De este modo el concepto de renuncia adquiere relevancia. Lo que puede constituir una renuncia en un caso particular variará del Derecho nacional aplicable. En principio si una parte ha participado en la designación del tribunal arbitral, esta acción se puede considerar como una renuncia. A diferencia de la Ley de Estrasburgo, las Reglas de UNCITRAL no contienen una estipulación en donde se establezca que dicha cooperación no constituye una renuncia, y en consecuencia se requiere una reservación u omisión en este sentido. A pesar de que esta solución pudiera parecer un poco drástica, una vez que el tribunal arbitral ha sido constituido y los procedimientos arbitrales hayan comenzado, bajo el régimen de UNCITRAL no existirá el peligro de la oposición de las excepciones de incompetencia.

En el proyecto preliminar esta disposición incluía una cláusula de escape: si la demora estaba justificada conforme a las circunstancias, el tribunal arbitral podía declarar la demora como aceptable si las circunstancias así lo ameritaban. La exposición de motivos del proyecto mencionaba como "circunstancia razonable" el hecho de que la excepción estuviera basada en pruebas descubiertas posteriormente, sin embargo la cláusula se eliminó del proyecto final porque el Comité redactor acordó que no era necesario toda vez que existen otras disposiciones en estas reglas que permiten modificaciones en la defensa y el artículo 15 permite que el tribunal arbitral lleve a cabo el arbitraje como considere conveniente.

El último párrafo del artículo establece “la bifurcación de la cuestión de la jurisdicción”¹³³ es decir la regla de que el tribunal puede decidir en una excepción concerniente a su jurisdicción como un asunto preliminar o en el laudo final. El proyecto preliminar tenía como fundamento el artículo 41 de la ICSID. La redacción “El tribunal *puede* decidir... como un asunto preliminar.” “Sin embargo, *puede* decidir sobre esta excepción posteriormente en el laudo final” le otorga a los árbitros completa discrecionalidad para decidir o no la excepción como preliminar.

En la discusión del proyecto se comentó que una excepción sobre la jurisdicción *debería* determinarse preliminarmente, porque afectaría el arbitraje en si mismo.

En la Ley Modelo de UNCITRAL¹³⁴ el artículo 16 contempla tanto la doctrina de la Separabilidad como Kompetenz - Kompetenz estableciendo que:

“(1) El tribunal arbitral puede decidir sobre su propia jurisdicción incluyendo cualquier excepción relativa a la existencia o validez del contrato arbitral. A este efecto, la cláusula arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un contrato independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión

¹³³ Stewart Aber Combrie Baker “The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice and the experience of the Iran-United States Claims Tribunal. Kluwer Law and Taxation Publishers. (1992)

¹³⁴ Las Reglas de UNCITRAL fueron diseñadas para utilizarse en procedimientos de arbitraje comercial internacional y la Ley Modelo de UNCITRAL se desarrollo para resolver la falta de armonización entre las distintas leyes nacionales y se busco que fuera un modelo para la promulgación de un sistema homogéneo de leyes nacionales de arbitraje.

del tribunal arbitral declarando nulo e inválido un contrato no entrañará *ipso iure* la invalidez de la cláusula arbitral.

(2) La excepción sobre la competencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el solo hecho de que hayan designado un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se presente durante las actuaciones arbitrales. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora.

(3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo (2) de este artículo inmediatamente o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar a la Corte a la que se refiere el artículo 6 que resuelva el asunto, esta decisión no estará sujeta a apelación. Mientras este pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá seguir con los procedimientos arbitrales y dictar laudo.

Como podemos observar la Ley Modelo se establecen los mismos principios que en el artículo 21 de las Reglas de UNCITRAL. El principio de autonomía queda perfectamente establecido y se trata a la cláusula arbitral como un contrato separado que otorga competencia al tribunal arbitral para decidir sobre su propia

competencia, aún en los casos en que se objete la validez o inexistencia la cláusula arbitral.¹¹⁷

Es interesante observar que en la Ley Modelo la doctrina de Kompetenz-Kompetenz se encuentra matizada. Si bien el árbitro puede decidir sobre su propia jurisdicción, si lo hace en un laudo preliminar permite a las partes acudir a las Cortes o Tribunales locales para que resuelvan al respecto, y esta decisión se considerará inapelable.

No obstante la decisión del árbitro para decidir sobre su competencia como cuestión preliminar se deja al igual que en las Reglas a la discrecionalidad del árbitro.¹¹⁸

3.7 Postura de la Cámara Internacional de Comercio.

El Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio en el artículo 6¹¹⁹ establece un procedimiento para decidir sobre jurisdicción.

¹¹⁷Efectos del convenio arbitral

¹¹⁸ UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration. Congress Series2 Interim meeting, Lausanne, May 9-12 1984 Kluwer.

¹¹⁹ Stewart Aber Combrie Baker "The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice and the experience of the Iran-United States Claims Tribunal. Kluwer Law and Taxation Publishers. (1992) p. 106

¹²⁰ Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigentes desde el 1º de enero de 1998.

(1) Cuando las partes pactan someterse al arbitraje bajo este reglamento, se considerara que se someten *ipso facto* al Reglamento vigente en la fecha en que comiencen los procedimientos arbitrales a menos que hayan acordado someterse al Reglamento vigente en la fecha de la celebración del acuerdo arbitral.

(2) Si el demandado no presenta una Contestación, según se establece en el Artículo 5, o si cualquiera de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio de arbitraje, la Corte podrá decidir, sin prejuzgar la admisibilidad ni el fundamento de esta excepción o excepciones, que el arbitraje debe proceder previa satisfacción de que *prima facie* pueda existir un convenio arbitral bajo este Reglamento. En este caso, la decisión sobre la competencia del Tribunal Arbitral deberá ser tomada por el propio Tribunal Arbitral. Si la Corte no está satisfecha, las partes deberán ser notificadas de que el arbitraje no podrá continuar. En este caso, cada parte mantiene el derecho de solicitar a cualquier Corte competente para que decida si existe o no un convenio arbitral.

(3) Si alguna de las partes se rehusa o se abstiene de participar en el arbitraje o en parte de este, el arbitraje tendrá lugar a pesar de la negativa o de la abstención.

(4) Salvo estipulación en contrario, la posible nulidad o inexistencia de un contrato no implica la incompetencia del Tribunal Arbitral si este admite la validez del convenio de arbitraje. El Tribunal Arbitral continúa siendo competente, incluso en caso de inexistencia o de nulidad del contrato, para

determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones.”

Por lo tanto, de acuerdo con la Cámara Internacional de Comercio si una parte impugna la jurisdicción del tribunal arbitral, la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio deberá determinar primero *prima facie* la existencia del acuerdo arbitral, y si la Corte de la Cámara Internacional de Comercio decide que el arbitraje es procedente se le otorga al árbitro la competencia para determinar su propia jurisdicción. Asimismo se establece que la jurisdicción del árbitro continúa aún cuando se determine la nulidad o inexistencia del contrato y el árbitro debe proceder para decidir los derechos de las partes y los méritos de la disputa.

La Cámara Internacional de Comercio recomienda que aún cuando las partes no hayan objetado la jurisdicción de los árbitros, por formalidad y con objeto de evitar controversias innecesarias si el laudo es apelado, los árbitros deberán establecer las bases de su competencia. De igual manera, si durante el arbitraje la competencia es específicamente impugnada, evidentemente esto debe considerarse como un punto controvertido que debe resolverse dentro del mismo.¹²¹

En diversos países como el Reino Unido o Estados Unidos de Norteamérica es posible que una de las partes acuda al tribunal local. Sin embargo de acuerdo con este artículo el árbitro tiene la obligación continuar y determinar su propia

¹²¹ Lawrence Craig Op. Cit. p. 68

jurisdicción aún cuando la acción paralela en la Corte local haya comenzado a anular los procedimientos arbitrales.

El Caso 1526/1968 de la Cámara Internacional de Comercio es citado frecuentemente por diversos autores en relación con estas doctrinas. En este caso un gobierno africano decidió dar por terminado un contrato de concesión. El árbitro único sostuvo que de conformidad con el artículo 8 (4)¹²² tenía jurisdicción a pesar de los argumentos en contrario presentados por el gobierno africano que adicionalmente se negaba a participar formalmente en los procedimientos. El árbitro sostuvo que tenía jurisdicción toda vez que el gobierno tenía capacidad para arbitrar y que la controversia era arbitrable:

“Es una regla admitida en cuestiones de arbitraje internacional que a menos de que la ley procedimental competente establezca lo contrario, el árbitro es el juez de su propia jurisdicción...Esta regla ha sido aceptada por el Derecho Francés, Derecho de la sede de la Cámara Internacional de Comercio, el Derecho Suizo, sede del arbitraje, y por el derecho del país africano en cuestión.”¹²³

Un caso en donde el tribunal arbitral decidió que no era competente para arbitrar es el caso 3383/1979, en donde las partes habían rescindido el contrato de arbitraje con la Cámara Internacional de Comercio al firmar un nuevo contrato de arbitraje *ad hoc*. La Cámara Internacional de Comercio sostuvo que no tenía jurisdicción aún cuando el segundo contrato no haya sido aplicado.¹²⁴

¹²² El artículo 8 del Reglamento de Arbitraje de ese año, fue modificado e incorporado como artículo 6 en el Reglamento de Arbitraje vigente desde 1998.

¹²³ *id.*, p. 182

¹²⁴ *id.*, p. 194

3.8 Disposiciones en la Convención de Ginebra de 1961.

La Convención de Ginebra de 1961 establece en el artículo 5(3):

Sujeto a cualquier control posterior establecido por la *lex fori*, el árbitro cuya jurisdicción sea impugnada, tiene derecho a proseguir con el arbitraje, decidir sobre su propia jurisdicción y decidir sobre la existencia o la validez del contrato arbitral o al contrato del que el contrato arbitral forme parte.

3.9 La doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz - Kompetenz en Estados Unidos de Norteamérica.

Antes de la aprobación del Acta Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act) en 1925, el sistema judicial norteamericano veía con hostilidad el arbitraje.¹²⁵ Sin embargo, a partir de esta fecha la Cortes estadounidenses han evolucionado apoyando el procedimiento arbitral reconociendo la doctrina de la Separabilidad, pero aun falta un largo camino por recorrer, pues la doctrina de *Kompetenz - Kompetenz* no se encuentra totalmente desarrollada.

El Acta Federal de Arbitraje es aplicable en el comercio interestatal estadounidense y en el comercio internacional, y garantiza el respeto de los

¹²⁵ Rosen Janet A. Op. Cit. p. 616.

acuerdos arbitrales que consten por escrito, mediante la inclusión de mecanismos en los que las Cortes pueden decidir sobre impugnaciones de arbitrabilidad o de validez de la cláusula arbitral.

El Acta Federal de Arbitraje establece que un contrato arbitral que conste por escrito contenido en contrato comercial es válido, irrevocable y obligatorio.

Los Contratos de Arbitraje Comercial Internacional también están sujetos a la Convención sobre el Reconocimiento y Obligación de los Laudos Arbitrales Extranjeros que se celebró en Nueva York en 1958 y que fue codificada en 1970.

La Suprema Corte de Estados Unidos de Norteamérica estableció la doctrina de la Separabilidad bajo la ley Estadounidense en relación con el Acta Federal de Arbitraje en el caso *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Manufacturing Company*.¹²⁶ *Prima Paint Corp.*, una sociedad constituida conforme a las leyes de Maryland compró un negocio para fabricar pintura a Flood & Conklin Manufacturing Co., una sociedad constituida bajo las leyes de New Jersey. Las partes celebraron un contrato de consultoría en donde Flood & Conklin Manufacturing Co. proporcionaría apoyo a *Prima Paint Corp.* en las áreas de producción, fabricación, ventas y servicios de las pinturas por un periodo de seis años.

Prima Paint Corp. argumentó posteriormente que la celebración de este Contrato de Consultoría que contenía una cláusula arbitral era fraudulento

¹²⁶ 388 U.S. 295 (1967).

porque al celebrarse se presentaron datos falsos relacionados con la condición económica de Flood & Conklin Manufacturing Co.

La Suprema Corte estableció que un Contrato de Consultoría involucraba comercio interestatal y por lo tanto se encontraba dentro de los supuestos del Acta Federal de Arbitraje, y bajo la sección 4 de la misma, una Corte federal debe ordenar que proceda el arbitraje de conformidad con los términos del contrato arbitral siempre y cuando no se cuestione la validez del contrato arbitral.

La Suprema Corte confirmó la sentencia de la Corte Americana de Apelaciones para el Segundo Circuito sosteniendo que al ser materia federal, excepto cuando las partes dispongan lo contrario la cláusula de arbitraje debe entenderse como separable del contrato principal.

Desde el punto de vista internacional la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito ha considerado la doctrina de la Separabilidad en *Sauer-Getriebe KG v. White Hydraulics Inc.*¹⁷⁷. En éste caso White Hydraulics, Inc., un fabricante de maquinaria en Indiana celebró un contrato con Sauer Getriebe KG una sociedad incorporada bajo las leyes de la entonces Alemania Occidental.

El contrato contenía una amplia cláusula arbitral bajo la cual las partes acordaron someter al arbitraje todas las disputas que se suscitaran con respecto al contrato. Dentro de las cláusulas de este, White Hydraulics, Inc., le otorgaba a Sauer Getriebe KG (a) el derecho de vender su maquinaria y (b) la información

¹⁷⁷ 715 F2d 348, 350 (7th Cir. 1983)

técnica necesaria y los derechos de propiedad intelectual requeridos en la producción de la maquinaria. Por la otra parte Sauer Getriebe KG acordó pagar regalías por cada venta.

Sauer Getriebe KG sostuvo que White Hydraulics, Inc., estaba negociando los derechos de Sauer Getriebe KG con un tercero y por tanto consideró que White Hydraulics, Inc., había incumplido el contrato. White Hydraulics, Inc., por su parte sostuvo que antes de someterse al arbitraje una Corte debía decidir sobre la validez y obligatoriedad del contrato. White Hydraulics, Inc., argumentó que su contrato con Sauer Getriebe KG era nulo debido a la falta de precisión en el contrato.

Este argumento fue aceptado por la Corte de Distrito de Indiana. Adicionalmente, White Hydraulics, Inc., sostuvo que la cláusula de arbitraje era en sí misma nula porque para la validez de este se requería que el contrato principal fuera válido.

La Corte de Apelaciones rechazó el argumento anterior toda vez que el contrato principal y el contrato arbitral son dos contratos separados, y como esta cláusula sostenía que las partes debían someter al arbitraje todas las controversias que se suscitaran con respecto al contrato, el conflicto sobre la validez o no del contrato debía ser decidida por los árbitros y no por la Corte.

En el caso *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Company*¹²⁸ la Suprema Corte de Apelaciones del Noveno Circuito aplicó el caso de *Sauer Getriebe KG*

¹²⁸ 937 F2d 469 (9th Cir. 1992)

v. *White Hydraulics, Inc. Standard Fruit Company* impugnó la validez de una Carta de Entendimiento (*Letter of Intent*) celebrada entre las partes.

El Noveno Circuito sostuvo que la decisión de someterse al arbitraje contenida en la Carta de Entendimiento era independiente y que la Corte de Distrito debió determinar la arbitrabilidad del contrato por la sola referencia al arbitraje en la carta. Asimismo, sostuvo que de conformidad con el caso de *Prima Paint*, las Cortes tienen prohibido admitir impugnaciones sobre la validez y obligatoriedad del contrato principal como un medio de evitar el arbitraje.

Bajo la doctrina de la Separabilidad en *Standard Fruit* la cláusula de arbitraje debe obedecerse aún cuando el árbitro declare posteriormente nulo el resto del contrato.

En relación con la doctrina de Kompetenz - Kompetenz en Estados Unidos de Norteamérica, la decisión sobre la jurisdicción del tribunal debe decidirse como un "asunto preliminar" por una Corte y no por el tribunal arbitral.

La norma norteamericana sobre la competencia es obligatoria. Las partes no pueden evitarla contractualmente estableciendo como ley aplicable la de un país que otorgue al tribunal su propia jurisdicción. Esta regla de competencia fue desarrollada por la Suprema Corte de Justicia en una serie de casos laborales que se conocen como "La Trilogía de los Trabajadores Acereros" los siguientes cuatro principios son resultado de esta "Trilogía":

a) El arbitraje es un contrato y una parte no puede ser obligada a arbitrar una disputa que no ha acordado someter.

- b) La cuestión de competencia debe ser resuelta por un juez y no por un árbitro.

- c) Al decidir si las partes decidieron someter una controversia particular a arbitraje, las Cortes no pueden estudiar el fondo del asunto.

- d) Cuando el contrato contiene una cláusula arbitral existe la presunción de competencia del árbitro. Dicha presunción es particularmente aplicable cuando la cláusula arbitral es lo suficientemente amplia.¹²⁹

El Séptimo Circuito creó una excepción a la regla general sobre la competencia del árbitro, cuando las partes incluyen en su contrato la cláusula estándar de arbitraje que no excluye la competencia del árbitro. Sin embargo la Suprema Corte de Justicia revocó esta decisión.

En el caso *First Options of Chicago v. Kaplan*¹³⁰ se suscitaron un buen número de controversias entre los inversionistas después de la caída de la bolsa en 1987 . Las disputas se centraron en contratos, uno de los cuales contenía la cláusula arbitral. Este último había sido firmado por la compañía de los inversionistas y no por las personas físicas. Los inversionistas posteriormente negaron que su controversia estuviera sujeta a arbitraje.

La Cámara de compensación refirió todas las disputas a arbitraje y los árbitros decidieron que tenían el poder de decidir sobre el fondo de las disputas, por lo que rindieron su laudo en favor de la Cámara de Compensación.

¹²⁹ Jalili Mahir Op. Cit. p. 175

Los inversionistas solicitaron a la Corte de Distrito dejar sin efectos el laudo arbitral, y por su parte la Cámara de Compensación solicitó la confirmación del laudo. La Corte de Distrito confirmó el laudo. En la Apelación, la Corte de Apelaciones por el tercer Circuito revocó el laudo de la Corte de Distrito. La Cámara de compensación apeló a la Suprema Corte de los Estados Unidos.

La Suprema Corte confirmó la sentencia del Tercer Circuito y sostuvo que la problemática sobre quien decide la competencia debe resolverse con base en la voluntad de las partes al respecto.

Si las partes no han acordado someter la competencia a arbitraje, entonces la Corte debe revisarla independientemente del resto de la litis. Asimismo, la Suprema Corte reconoció que las partes al redactar la cláusula arbitral no se centran particularmente sobre el asunto de la competencia, pero si la cláusula adopta una serie de reglas arbitrales pertenecientes a alguna institución como UNCITRAL o la Cámara Internacional de Comercio entonces el asunto debe resolverse conforme a éstas, y entonces el tribunal arbitral podrá decidir sobre su propia jurisdicción y esta decisión normalmente deberá ser respetada por las Cortes.¹³¹

Por lo tanto la doctrina de la Separabilidad en el Derecho Internacional Privado Norteamericano contempla la doctrina de la Separabilidad pero como la mismas Cortes han expresado el poder de decidir aspectos jurisdiccionales tales como la

¹³¹ US, 115 S. Ct (1987)

¹³² Jalil; Mahr Op. Cit. p. 177.

validez de la cláusula arbitral se reserva al poder judicial y por lo tanto la doctrina de *Kompetenz - Kompetenz* no se encuentra aceptada.

3.10 Doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz Kompetenz en el Derecho Inglés.

En el Reino Unido la doctrina de la Separabilidad ha ganado lentamente la aprobación judicial.¹³² En este país las Cortes tradicionalmente han visualizado al arbitraje como una usurpación de sus poderes.¹³³ Antes de 1920 las Cortes Inglesas declararon inválidos los contratos de arbitraje y les negaron todo reconocimiento. Sin embargo esta corriente fue cambiando con la expansión del comercio internacional posterior a la Primera Guerra Mundial.¹³⁴

Ahora, los jueces analizan "cuidadosamente" las cláusulas arbitrales para decidir si caen o no dentro del arbitraje, y generalmente toman en consideración los usos entre las partes en negocios previos.¹³⁵

La cláusula arbitral es considerada generalmente como un contrato en si mismo, distinto al contrato principal en el que esta físicamente contenida, que sobrevive

¹³² Carl M. Svernlöv The Evolution of the Doctrine of Separability in England: How Virtually Complete? *Journal of International Arbitration*, Vol. 9 N° 3 September 1992 Werner Publishing Company Ltd, Geneva Switzerland, P. 115 -12;

¹³³ Rosen Janet A. Op. Cit. p. 628.

¹³⁴ Bagwell Jennifer. *Enforcement of Arbitration Agreements*.22 *Georgia International and Comparative Law* vol -487

¹³⁵ Rosen Janet A. Op. Cit: p 628

a la terminación por incumplimiento, frustración, rescisión, invalidez subsecuente y cumplimiento. De hecho la problemática sobre si el contrato principal que contiene la cláusula arbitral refleja la intención de las partes, actualmente puede ser dirimida dentro del arbitraje.¹²⁶

El primer caso en establecer la doctrina de la Separabilidad en Inglaterra fue *Heyman v. Darwins Ltd*¹²⁷ en el cual *Darwins Ltd.* una sociedad constituida conforme al Derecho Inglés y cuyo objeto era la producción de acero, designó a *Heyman* cuyo domicilio principal se encontraba en Nueva York como su único agente de ventas, de conformidad con un contrato celebrado en 1938. Este contrato contenía una cláusula de arbitraje muy amplia y establecía que todos los conflictos que se suscitasen con respecto a ese contrato debían ser solucionados mediante arbitraje. *Heyman* demandó ante la Corte a *Darwins* por incumplimiento de contrato y *Darwins* por su parte se excepcionó sosteniendo que la disputa era arbitrable.

La Casa de los Lores sostuvo que la cláusula de arbitraje era separable del contrato y decidió que era el árbitro y no la Corte quien debía decidir sobre los derechos de la parte que no cumplió con el contrato. Sin embargo se sostuvo que cuando se impugnara la ilegalidad inicial del contrato no se podía recurrir al arbitraje.

Lord Wright que participó en la decisión anterior expreso que "todo depende del ámbito de aplicación. Por lo que el problema radica en decidir si el contrato es nulo porque su objeto sea ilícito, si puede ser anulado, o si fue anulado por

¹²⁶ Carl M. Sverlov, Op. Cit p. 127

fraude o falta de representación o por error. Una vez establecido lo anterior podemos decidir si cae o no dentro de la jurisdicción del árbitro¹³⁸

La visión tradicional del Derecho Inglés sobre un contrato con cláusula arbitral establecía que en aquellos casos en donde se ponía en tela de juicio su existencia o *validez ab initio*¹³⁹, tenían que ser dirimidos en las Cortes independientemente de la redacción de la cláusula arbitral.

Aún cuando la mayoría de los autores considera como poco probable que el derecho inglés cambie su tendencia sobre la inexistencia de los contratos en *Paul Smith Ltd vs. H&S International Holdings Company Inc.*¹⁴⁰ el juez Steyn sugirió que las Cortes inglesas estaban listas para permitir a los árbitros decidir *ab initio* sobre la validez de un contrato que contiene la cláusula arbitral.

El actor *Paul Smith Ltd.*, era una sociedad cuyo objeto era el diseño y producción de ropa deportiva. Por contrato fechado el 1 de marzo de 1988, *Paul Smith Ltd.*, otorgaba al demandado *H&S International Holdings Company Inc.*, una licencia para fabricar, producir, distribuir y vender ropa deportiva, diseñada

¹³⁷ (1942) App. Cas. 356 (H.L.)

¹³⁸ Rogers Andrew. Op. Cit.

¹³⁹ En el Common Law se distingue entre contratos nulos *ab initio* y contratos inexistentes. Los contratos nulos *ab initio* son aquellos que van en contra de una disposición de Derecho Público o se caracteriza por una formación o celebración del contrato fraudulenta. En cambio el caso de contratos inexistentes no existe consentimiento de una o ambas partes (Gardner Anthony. "The Doctrine of Separability in Soviet Arbitration Law" Columbia Journal of Transnational Law vol.28 N°1 (1990) p.395

¹⁴⁰ *Paul Smith Ltd. v. H&S International Holdings Company Inc.* (1991) 2 Lloyd's Rep 127

por *Paul Smith* en Norte, Centro y Sudamérica, por un periodo que terminaría en Diciembre de 1997.

El contrato establecía un pago de regalías por *H&S International Holdings Company Inc.*, y la cláusula 12 establecía que *Paul Smith Ltd.*, podía terminar el contrato previa notificación escrita si *H&S International Holdings Company Inc.* no pagaba alguna suma debida a *Paul Smith Ltd.* Las Cláusulas 13 y 14 contenían la decisión de las partes de recurrir a arbitraje y la ley que gobernaría al contrato respectivamente:

“CLÁUSULA 13.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS.- Cualquier controversia o diferencia que se suscite entre las partes con relación a la celebración de este contrato o con relación a los derechos y obligaciones de cada parte, las partes deberán tratar de resolverlas amigablemente, pero si esto no es posible las partes deberán adjudicar dicha controversia o diferencia conforme a las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio designando uno o más árbitros de conformidad con dichas reglas.

CLÁUSULA 14 IDIOMA Y DERECHO. Este contrato está escrito en idioma inglés y deberá interpretarse de conformidad con el Derecho Inglés.

Las Cortes inglesas tendrán exclusiva jurisdicción para decidir a que jurisdicción deben someterse las partes.”

Paul Smith Ltd sostuvo que *H&S International Holdings Company Inc.* dejó de pagar a tiempo las regalías por los meses de abril, mayo y junio de 1990 y que por lo tanto *Paul Smith Ltd* tenía el derecho de terminar el contrato.

Después de algunas negociaciones *H&S International Holdings Company Inc.* solicitó arbitraje bajo las reglas de la Cámara Internacional de Comercio el 28 de septiembre de 1990. *Paul Smith Ltd.* argumentó que el contrato arbitral era inválido³¹ y solicitó a las Cortes una decisión al respecto.

La Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio decidió que *prima facie* había un contrato arbitral válido y que la disputa necesitaba la designación de tres árbitros. Cada parte propuso un árbitro para la aprobación de la Institución Arbitral. La Corte posteriormente designó a Londres como el lugar de arbitraje.

En enero de 1991, *Paul Smith Ltd.* solicitó una declaración donde constara que ellos habían terminado el contrato validamente. Al mismo tiempo *Paul Smith Ltd.* solicitó una decisión de la Corte para evitar que *H&S International Holdings Company Inc.* continuara con los procedimientos arbitrales en contra de *Paul Smith Ltd.* bajo las reglas de la Cámara Internacional de Comercio. El 11 de febrero de 1991, *H&S International Holdings Company Inc.* solicitó la declaración de incompetencia de la Alta Corte Inglesa (English High Court) en donde *Paul Smith Ltd.* había demandado.

Paul Smith Ltd. fundó su acción en contra de la validez de los procedimientos de la Cámara Internacional de Comercio con base en que (i) el acuerdo arbitral era nulo porque había una inconsistencia entre las cláusulas 13 y 14 y (ii) el acuerdo de arbitraje únicamente aplicaba con respecto a la terminación

³¹ Ver ICC Rules of Conciliation and Arbitration: Article S.3 1988

anticipada de disputas siempre que las disputas entre las partes estuviera relacionada con la validez de la notificación de terminación del contrato .

Considerando primero el supuesto conflicto entre las cláusulas 13 y 14 del Contrato, el Juez Steyn estableció que las cláusulas no eran inconsistentes, toda vez que la cláusula 13 del Contrato era una contrato independiente para la resolución de disputas por arbitraje:

En cambio la Cláusula 14 especifica la *lex arbitrii*, la ley que gobernaría el arbitraje. La ley que gobierna el arbitraje no debe confundirse con la ley del contrato principal, la ley del contrato arbitral o las reglas de procedimiento que aplicarían en el arbitraje. Estos tres regímenes dependen de la voluntad expresa o implícita de las partes. En este caso el contrato principal y el contrato arbitral estén gobernados por el Derecho Inglés. Las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje no son las leyes derivadas del Derecho Inglés sino las reglas de la ICC.

En la opinión del juez no existía incongruencia entre las cláusulas 13 y 14 y declaró que ambas cláusulas eran válidas y obligatorias”

En relación a la impugnación del acuerdo arbitral sobre la base de que solamente aplicaba con respecto a la terminación anticipada de disputas, el Juez Steyn hizo las siguientes observaciones:

“Es muy importante tener en mente la evolución de la doctrina de la Separabilidad y la independencia del contrato arbitral que forma parte del contrato escrito. Mientras que el contrato arbitral es visualizado simplemente

como uno de los términos del contrato, es posible decir que la cláusula arbitral termina con el contrato del cual forma parte. Afortunadamente nuestro derecho arbitral se encuentra ahora en un estado más avanzado, la rescisión, terminación con base en incumplimiento, frustración e invalidez subsecuente se encuentra dentro del ámbito de cláusulas arbitrales.

Es cierto que no se le ha solicitado a las Cortes inglesas una decisión definitiva sobre si una cláusula arbitral que forma parte de un contrato escrito, puede ser lo suficientemente amplia para cubrir una disputa sobre si el contrato es *valido ab initio*. En mi opinión un acuerdo arbitral celebrado separadamente al mismo tiempo que el contrato principal es capaz de otorgar autoridad a un árbitro para decidir *ab initio* cualquier problema de validez del contrato.

Con base en lo anterior lo mismo debería aplicar a un contrato que físicamente forma parte del contrato principal.

Después de todo, se ha reconocido que tienen existencia independiente Pero yo no soy quien debe dar ese último paso en éste caso. Dado el desarrollo del Derecho inglés, éste paso parece lógico y sensible por lo que las Cortes Inglesas deben estar preparadas para cuando se presente este dilema, mientras tanto es posible decir con certeza que la evolución de la doctrina de la Separabilidad en el derecho inglés esta virtualmente completa".

Con éstas bases, Justice Steyn desechó la solicitud de *Paul Smith Ltd.*, y permitió que la Cámara Internacional de Comercio continuara el arbitraje.

Aunque los comentarios de Mr. Steyn como *obiter dicta* no eran obligatorios para casos subsecuentes, este caso es representativo de la corriente actual entre los jueces.

En 1992 se presentó el caso *Harbour Assurance Company v. Kansa General International Insurance Co.*¹⁴² La Corte de La Reina en el área de Comercio¹⁴³ extendió la doctrina de la Separabilidad refiriéndose a los puntos que no habían sido decididos en *Paul Smith Ltd v. H&S International Holding Inc.*, cuando se le planteó el problema sobre si la invalidez inicial de un contrato comercial internacional entre una compañía del Reino Unido y una compañía Finlandesa daba al contrato la característica de no arbitrable.

Harbour Assurance Company era una aseguradora inglesa celebró un contrato con *Kansa General International Insurance Company* bajo el cual *Kansa General International Insurance Company* buscaba extender su portafolio de reaseguro en el mercado inglés. Este contrato contenía una cláusula arbitral.

Harbour Assurance Company demandó la nulidad del contrato alegando que *Kansa General International Insurance Company* no obtuvo el permiso para realizar este tipo de negocios que debía ser otorgado por el Departamento Inglés de Industria y Comercio. La Corte sostuvo que la invalidez inicial del contrato era arbitrable si la cláusula arbitral era lo suficientemente amplia.

¹⁴² (1992) 1 Lloyd's Rep. 81 (QB)

¹⁴³ La Corte de la Reina (The Queens Bench Division) es una de las tres divisiones de la Alta Corte de Justicia la cual junto con la Corte de Apelaciones componen la Suprema Corte de Inglaterra

Para fundar su decisión la Corte citó que la “moda” en el Derecho Internacional era el total reconocimiento de la doctrina de la Separabilidad y también citó “razones de Política Pública” entre las cuales se menciona el deseo de respetar la voluntad de las partes, prevenir la evasión de la obligación de arbitrar, reconocer el valor de la neutralidad en el proceso arbitral y facilitar el comercio internacional.

Sin embargo la Corte siguiendo los precedentes del *Common Law* sostuvo que el principio de Separabilidad no abarcaba la ilegalidad inicial de un contrato. Por lo tanto, aún cuando la Corte amplió el ámbito de arbitrabilidad, retuvo competencia sobre la ilegalidad inicial de los contratos.

Lord Justice Saville en una ponencia expuesta en Middle Temple Hall el 8 de julio de 1996 estableció respecto de la doctrina de Kompetenz Kompetenz que: “Los asuntos sobre la jurisdicción del tribunal arbitral no pueden dejarse (a menos que las partes estipulen lo contrario) al tribunal arbitral mismo, sería tanto como atar nuestras propias manos”⁴⁴

En el caso *Christopher Brown v Genossenschaft Österreichischer Waldbesitzer*⁴⁵ podemos observar el rechazo a la doctrina de Kompetenz Kompetenz por parte de las Cortes inglesas:

“No es ley el hecho de que los árbitros, si su jurisdicción es impugnada o cuestionada, estén obligados a suspender inmediatamente su actuación hasta que su jurisdicción haya sido decidida en definitiva por una Corte. Tampoco es ley el

⁴⁴ Jalili Mahir Op. Cit. p. 171

que estén obligados a continuar sin investigar el fondo de la impugnación y fijar la litis, dejando pendiente los cuestionamientos sobre su jurisdicción hasta que una Corte los resuelva en definitiva. En ese caso estarían perdiendo su tiempo y el de los demás. Los árbitros no están obligados a ninguna de esas acciones.

Los Árbitros tienen derecho a investigar la base sobre la que se impugna su jurisdicción, no con el propósito de llegar a una conclusión que sea obligatoria para las partes, porque no tienen autoridad para ello, sino con el simple propósito de satisfacer a sí mismos como un asunto preliminar sobre si deben o no continuar con el arbitraje”

Este principio de *Common Law* ha sido codificado en el Acta de Arbitraje de 1966 que aplica en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte (Escocia adoptó la ley modelo de UNCITRAL) ¹⁴⁶

En el caso *Harbour Assurance Company v Kansa General International Insurance Co* la Corte de la Reina estableció que aún cuando los árbitros pueden considerar y opinan en aspectos jurisdiccionales, solo la Corte puede emitir una decisión definitiva. Esto fue confirmado posteriormente por la Corte de Apelaciones.

En la nueva Acta de Arbitraje de 1996, que entró en vigor el 1º de enero de 1997 se establece en la Sección 30 lo siguiente:

¹⁴⁵ (1954) 1 QB 8

¹⁴⁶ Jalili Mahir Op. Cit.

(1) A menos que las partes establezcan lo contrario, el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia jurisdicción "sustantiva" sobre:

(a) La validez de un contrato arbitral;

(b) La constitución del tribunal arbitral; y

(c) Aquellos aspectos que hayan sido sometidos al arbitraje de conformidad con el acuerdo arbitral.

(2) Dicha decisión podrá ser impugnada mediante cualquier procedimiento de apelación de arbitraje disponible o revisada de conformidad con lo estipulado en esta Acta".

Esta sección está basada en el Artículo 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL , pero a diferencia de la Ley Modelo, la doctrina de Kompetenz - Kompetenz no es obligatoria, por lo que las partes pueden decidir que el tribunal arbitral no tiene jurisdicción.

Bajo la Sección 31 del Acta, la impugnación de la jurisdicción del tribunal arbitral debe ser alegada por el demandado en la primera audiencia:

"La objeción sobre la incompetencia del tribunal arbitral debe ser impugnada por una parte antes de que conteste en el procedimiento su derecho sobre cualquier aspecto en relación con el cual impugne la jurisdicción.

Ninguna parte será privada de poder efectuar esta impugnación por el sólo hecho de haber designado o haber participado en la designación de un árbitro.”

Por lo tanto el tribunal arbitral puede decidir mediante un laudo provisional sobre su jurisdicción, sin embargo la parte afectada puede impugnar el laudo en la Corte, el tribunal arbitral puede continuar con el procedimiento arbitral mientras la Corte decide sobre su jurisdicción

En virtud de lo anterior, aún cuando las Cortes actualmente favorecen el principio de Separabilidad en el Reino Unido y este principio se ha extendido a invalidez o ilegalidad inicial, las Cortes no aceptan el principio de Kompetenz-Kompetenz, y aún cuando con la nueva Acta de Arbitraje el árbitro puede emitir su decisión sobre su propia jurisdicción, decisión será preliminar y estará sujeta a la sentencia definitiva de la Corte.

3.11 Las doctrinas de Separabilidad y de Kompetenz Kompetenz en el Derecho Francés.

Francia es uno de los principales promotores del Arbitraje Comercial Internacional, donde los jueces locales limitan su control y reflejan la postura del Parlamento Francés de alentar la solución de controversias en el Comercio Internacional.

Francia a diferencia de Estados Unidos e Inglaterra acepta la doctrina de Kompetenz-Kompetenz y de la Separabilidad. La autoridad jurisdiccional se

considera lo suficientemente amplia como para poder resolver impugnaciones de competencia.¹⁴⁷

La Corte de Casación estableció la doctrina de Separabilidad en Francia con el caso *Société Gosset v. Société Carapelli*¹⁴⁸. *Société Gosset* era una sociedad francesa que celebró un contrato de compraventa de grano con *Société Carapelli*, una sociedad italiana. *Les Etablissements Raymond Gosset*, el comprador, obtuvo una licencia de importación pero no obtuvo la autorización especial que se requiere para permitir que el grano pase la aduana. *La Maison Frères Carapelli* presentó su demanda de arbitraje en Italia por los daños causados por este incumplimiento. Después de recibir un laudo a su favor *La Maison Frères Carapelli* obtuvo el reconocimiento del laudo en el Tribunal Civil de Marsella.

Posteriormente *Gosset* apeló ante la Corte de Casación argumentando que el reconocimiento del laudo era inadecuado, toda vez que el contrato principal y en consecuencia la cláusula arbitral habían sido invalidadas por imposibilidad. La Corte de Casación sostuvo que cuando se trata de un asunto de arbitraje internacional, un contrato para arbitrar ya sea dentro de un contrato principal o como documento separado es, con excepción de circunstancias excepcionales completamente autónomo.¹⁴⁹

En el caso de *Société Minoteries Lochoises v. Société Langerlands Korn Foderstof*¹⁵⁰ la Corte sostuvo la doctrina de la Separabilidad, desechando el

¹⁴⁷ Rosen Janet A. Op. Cit p. 630

¹⁴⁸ Sentencia del 7 de mayo de 1963, Cass. civ. 1re. 1963 Bull. Civ. N° 246

¹⁴⁹ Rosen Janet A Op. Cit p. 640

¹⁵⁰ Sentencia del 12 de noviembre de 1968, Cass. Corr. 1968 Bull. Civ. V. N° 316.

argumento de que la imposibilidad de efectuar un acto jurídico constituye una "circunstancia excepcional".

En este caso, *Société Minoteries Lochoises*, una sociedad francesa vendió 300 toneladas de leche en polvo a *Société Langerlands Korn Foderstof*, una sociedad danesa, de conformidad con un contrato celebrado el 24 de mayo de 1962.

Un reglamento del gobierno promulgado posteriormente suspendió la exportación de la leche en polvo. *Société Langerlands Korn Foderstof* recurrió al arbitraje en Londres tal y como lo establecía la cláusula arbitral.

El laudo fue reconocido por la Corte de Apelaciones de Orleans. *Société Minoteries Lochoises* apeló el reconocimiento ante la Corte de Casación argumentando que el contrato principal era nulo y por tanto la cláusula arbitral era nula.

Société Minoteries Lochoises sostenía que no era posible tener una cláusula arbitral válida en un contrato nulo. Asimismo, argumentó que su incumplimiento se debió a una causa de fuerza mayor, y que esto constituía una "circunstancia excepcional" bajo la cual la cláusula arbitral no era separable.

La Corte de Casación rechazó estos argumentos toda vez que la rescisión de un contrato por incumplimiento de las obligaciones del vendedor no invalida la cláusula arbitral.

La doctrina de Kompetenz-Kompetenz y de Separabilidad fueron aplicadas por la Corte de Casación en *Société Impexv Société P.A.Z.* En este caso *Société*

Impex, una sociedad francesa celebró un contrato de compraventa de sorgo con *Société P.A.Z. Produzione Lavarazione Orzo*, una compañía italiana. *Société Impex* dio por terminado sus contratos con *Société P.A.Z.* y otras tres compañías italianas porque la Oficina Nacional Interprofesional de Cereales se negó a entregar los certificados de exportación requeridos.

Société P.A.Z. acudió al arbitraje de conformidad con lo estipulado en la cláusula arbitral. *Société Impex* por su parte solicitó a la Corte la anulación de los contratos, toda vez que su cumplimiento constituiría una violación a la administración pública francesa.

El Tribunal Civil de Estrasburgo se declaró incompetente para resolver la controversia, estableciendo que el árbitro puede decidir su propia competencia para resolver sobre la validez del contrato. Aún cuando el contrato sea nulo la cláusula de arbitraje tiene total autonomía y es por tanto válida.

En 1983 el Parlamento Francés promulgó el "Nuevo Código de Procedimientos Civiles". El Artículo 1466 del Código en forma expresa autoriza la doctrina de *Kompetenz Kompetenz* al otorgar completa autoridad al cuerpo arbitral para decidir sobre su propia jurisdicción.

"Si una parte impugna, ante el tribunal arbitral, el principio o el ámbito de competencia del tribunal arbitral, este tendrá la autoridad para decidir sobre la validez o los límites de su investidura".

Este artículo le da al tribunal arbitral casi los mismos poderes que tiene la Corte en este aspecto.¹⁵¹ En virtud de lo anterior el árbitro es competente para decidir sobre controversias relacionadas con su autoridad, como la impugnación de la validez del tribunal arbitral, su ámbito de competencia, etc.

El Artículo 1458 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles establece que "Cuando se ha presentado ante un tribunal arbitral un contrato arbitral y posteriormente la misma disputa se presenta ante una Corte Civil o de Comercio por alguna de las partes, dicha Corte debe declararse incompetente para decidir sobre dicha controversia. Adicionalmente la Corte debe proceder cuando la disputa no hubiese sido presentada previamente al tribunal arbitral. Este principio no será aplicable para aquellos casos evidentemente nulos por falta de capacidad, falta de forma escrita o falta de objeto."

Aunque el arbitraje es sumamente aceptado bajo el Derecho Francés existen ciertos límites a la arbitrabilidad de controversia. Si las partes decidieron que la Ley Aplicable a su contrato era el Derecho Francés, este contempla al igual que nuestro código una serie de materias que se consideran no arbitrables. En estos casos la intervención de la Corte se considera indispensable.

3.12 Algunas consideraciones sobre la Doctrina de Separabilidad y de Kompetenz-Kompetenz en Rusia, China y Arabia Saudita.

¹⁵¹ Jalili Mahir Op. Cit p. 171

Consideramos interesante incluir esta sección porque se trata de países en donde el estado ejerce una función importante dentro del derecho privado, sin embargo debido a la necesidad de facilitar el Comercio Internacional han evolucionado su Derecho Arbitral.

3.12.1 Rusia

Un contrato entre una sociedad y una organización de comercio exterior de la ex Unión Soviética, generalmente establecía la solución de controversias mediante arbitraje. Sin embargo, las sociedades occidentales normalmente se negaban a someter las controversias a la decisión de la Comisión Marítima de Arbitraje o a la Corte de Arbitraje, ambas en Moscú, porque tenían dudas acerca de la imparcialidad de estos tribunales.

No obstante, el Derecho Arbitral Soviético incorporó la doctrina de la Separabilidad desde 1987 al confirmar el caso *Sojuzneftexport v. JOC Oil Company*¹⁴². En este caso la Suprema Corte de Bermuda sostuvo que el Derecho Soviético no reconocía la doctrina de la Separabilidad y que en consecuencia la cláusula arbitral en disputa era considerada nula como consecuencia de la nulidad del contrato principal. Esta decisión de la Suprema Corte se emitió no obstante que la Corte de Arbitraje expresamente sostuvo que la cláusula era un contrato separado del principal.

¹⁴² *Sojuzneftexport v. JOC Oil Company* 2 INT'L. ARB. REP. 420 (1987) citado por Gardner Anthony, *The Doctrine of Separability in Soviet Arbitration Law*, *Columbia J. of International L* 28 (1): 301-328 (1990)

La Suprema Corte negó la ejecución del laudo argumentando que la Corte de Arbitraje carecía de jurisdicción para emitir el laudo. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de Bermuda revocó esta decisión en 1989 afirmando la doctrina de la Separabilidad en el Derecho Soviético.

El principal argumento que se utilizó para sostener esta doctrina fue que el Derecho Soviético tenía sus raíces en el Sistema de Derecho Civil, y que al momento de completar las lagunas en la ley se debía considerar los usos comerciales en otros países de Derecho Civil y en las Convenciones y Tratados Internacionales¹³³

La ex Unión Soviética no firmó la Convención de Nueva York, ni la Convención de Ginebra de 1961 sin embargo en julio de 1988 incluyó en la legislación nacional el compromiso de reconocer y ejecutar los laudos extranjeros.

Actualmente se aplica en Rusia las Reglas de Procedimiento de la Corte de Arbitraje Comercial Internacional que entraron en vigor el 1 de mayo de 1995.

Estas reglas junto con la Ley en Arbitraje Comercial Internacional de 1993 demuestran la intención de la Federación Rusa para establecer el ámbito legal necesario para la solución de controversias con inversionistas y comerciantes. La ley es muy similar a la Ley Modelo de UNCITRAL y las Reglas son similares a las Reglas de UNCITRAL. Se respeta el principio de autonomía y Separabilidad

¹³³ Idem p. 307

y la posibilidad de que el arbitraje se lleve a cabo de conformidad con el derecho que las partes escojan.¹⁵⁴

3.12.2 China

En China a pesar de que doctrinalmente y de conformidad con las reglas de la Comisión Arbitral Internacional, Económica y de Comercio (China International Economic And Trade Arbitration Commission) se promueve la doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz Kompetenz, el estado continúa ejerciendo control excesivo sobre los contratos arbitrales.

El Artículo 5 de las Reglas de la Comisión¹⁵⁵ establece que: “La cláusula arbitral contenida en un contrato deberá considerarse como existente, independiente y separadamente de las otras cláusulas en el contrato. así mismo un contrato de arbitraje anexo al contrato principal deberá considerarse como una parte del contrato principal que existe independiente y separadamente de la otras partes del contrato. La validez de la cláusula arbitral o del contrato arbitral no se verá afectada por la modificación, rescisión, terminación, revocación o inexistencia del contrato.”

Sin embargo, la intervención estatal es clara en el artículo 4 del mismo ordenamiento: “La Comisión Arbitral tiene el poder de decidir sobre la

¹⁵⁴ ICAC Rules, Arbitration International, vol. 11, p. 207 (1995).

¹⁵⁵ China International Economic And Trade Arbitration Commission Rules (Revised and Adopted by China Chamber of International Commerce on September 4, 1995. Effective as from October 1

existencia y validez del contrato arbitral y la jurisdicción sobre un caso de arbitraje. Si una de las partes impugna la validez del contrato arbitral y solicita a la Comisión de Arbitraje que emita una solución al respecto y la otra parte recurre a la Corte Popular para que emita una sentencia al respecto, prevalecerá esta última”

Este último artículo pone a las partes en un contrato internacional en una situación de incertidumbre, no obstante que se trata de una Cámara de Comercio y enuncie las doctrinas de Separabilidad y Kompetenz-Kompetenz, la simple enunciación de la superioridad de la Corte Popular es una alerta a las partes para buscar un foro más neutral.

3.12.3 Arabia Saudita

Arabia Saudita es un país que no solo ignora la doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz-Kompetenz, sino que se opone a que el árbitro tome cualquier decisión sin considerar al tribunal local correspondiente.

Las Reglas de Arbitraje del Reino de Arabia Saudita se emitieron mediante el Decreto Real M 46 de fecha 12-7-1403 (25 de abril de 1983).

Las partes en una controversia deben presentar el documento arbitral a la autoridad que tenía jurisdicción originalmente para que considere la controversia. Este documento debe encontrarse debidamente firmado por las

partes o sus representantes y el nombre de los árbitros con la descripción de la disputa y su aceptación del cargo.¹²⁶

La autoridad que tenía jurisdicción original deberá registrar el contrato de arbitraje y hacer una declaración formal del documento arbitral.¹²⁷ Por lo tanto el árbitro no tendrá jurisdicción sino hasta que una autoridad local expresamente le otorgue facultades para el caso concreto.

Adicionalmente el secretario de la autoridad local que tenía jurisdicción original sobre la controversia deberá efectuar todas las notificaciones establecidas en las reglas.

3.13 La Doctrina de Separabilidad y de Kompetenz-Kompetenz en los Estados Unidos Mexicanos.

Pedro Zamora considera que la modernización del arbitraje en México inicia con la promulgación del Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal cuando el Código de Comercio contenía pocas disposiciones en esta materia.¹²⁸

Sin embargo, no es hasta 1971 cuando México se adhiere a la Convención de Nueva York. Posteriormente en 1978 México ratifica la Convención de Panamá de 1975 y después ratifica la Convención de Montevideo de 1987.

¹²⁶ Artículo 5 de Las Reglas de Arbitraje del Reino de Arabia Saudita

¹²⁷ Idem, Artículo 6

¹²⁸ Zamora Sanchez Pedro, Arbitraje Comercial Internacional, Edición Námancia, S. A. (1992)

En cuanto al Código de Comercio como menciona el Doctor Uribarri¹¹⁹ "a pesar de ser un ordenamiento que data del año 1890, es en los últimos 8 años cuando se efectuaron reformas sustanciales al procedimiento arbitral"

En efecto, mediante decreto del 4 de enero de 1989 se reformó el Código de Comercio agregando un nuevo título IV "El Procedimiento Arbitral" Estas modificaciones extienden los principios encontrados en los tratados internacionales y en la Ley Modelo de UNCITRAL tanto para arbitraje nacional como internacional. Las nuevas disposiciones le otorgan a las partes una flexibilidad considerable para estructurar la solución de controversias.

Sin embargo, la reforma del 23 de julio de 1993 liberalizó aún más el derecho arbitral en México. Esta reforma se planteó como un medio para atraer inversionistas extranjeros al país y fortalecen algunos puntos débiles del Título IV de 1989.

Las partes tienen aún más libertad para moldear los procedimientos arbitrales. En caso de que las partes no escojan el procedimiento a seguir, la nueva ley establece que el tribunal arbitral podrá conducir los procedimientos como considere apropiado. Anteriormente se establecía que a falta de acuerdo expreso se aplicarían las reglas de procedimiento del Código de Comercio.

Otras disposiciones también otorgan a las partes mayor flexibilidad. Las partes pueden escoger llevar a cabo el arbitraje en idioma distinto al Español, seleccionar el número de árbitros y designar el lugar arbitraje. Ya no se tiene que

¹¹⁹ Uribarri Carpintero, Gonzalo Jesus "El arbitraje y Otros Mecanismos Alternativos para la

concluir el arbitraje en 60 días hábiles si las partes han acordado un tiempo mayor. De igual manera ya no existen límites sobre el tiempo en que se puede presentar la contestación.

Las doctrinas de Separabilidad y de Kompetenz - Kompetenz se encuentran incorporadas exactamente en los mismos términos que establece la Ley Modelo de UNCITRAL comentada en este capítulo.

CONCLUSIONES

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias en el que las partes someten sus disputas presentes o futuras a la decisión de un tercero cuya resolución se comprometen aceptar y cumplir.

Las partes al someterse al arbitraje buscan seguridad, privacidad, rapidez, flexibilidad, economía, así como la superación de barreras nacionales.

Para que exista arbitraje se requiere la voluntad de las partes para someterse al mismo y se requiere también, que el complejo sistema de leyes subyacentes permita que se lleve a cabo ese arbitraje.

El contrato de arbitraje puede encontrarse en forma de cláusula en un contrato o como un contrato separado. Y es un contrato bilateral, oneroso, aleatorio, accesorio y consensual.

Se considera cláusula patológica, aquella cláusula que por su mala redacción no cumple con sus funciones esenciales, siendo estas:

Primera.- Que pueda producir consecuencias obligatorias para las partes. Esta función es común a todos los contratos.

Segunda.- Que excluya la intervención de las Cortes estatales en la solución de las controversias.

Tercera.- Que otorgue facultades a los árbitros para que resuelvan las posibles disputas que puedan suscitarse entre las partes.

Cuarta.- Que establezca un procedimiento que conduzca dentro de las mejores condiciones de eficiencia y rapidez a un laudo susceptible de ejecución judicial.

El principio de la voluntad de las partes es el fundamento del arbitraje. Dentro de amplios límites las partes en una transacción internacional pueden diseñar cualquier procedimiento en la solución de controversias. La cláusula arbitral es la piedra angular del arbitraje comercial internacional.

Las partes deben preguntarse cuáles son los objetivos que desean alcanzar y cuáles son las consecuencias de incluir una cláusula estándar o sujetar su arbitraje a un derecho sustantivo que no conocen

No existe una cláusula ideal universal, sino que existen una serie de elementos que deben tomarse en consideración al redactar una cláusula arbitral ideal para las partes. No obstante podemos efectuar las siguientes recomendaciones:

- a) Puede estipularse dentro de la cláusula arbitral el deseo de que el laudo sea razonado.
- b) Debe verificarse que la materia sobre la que versa el contrato sea susceptible de arbitraje bajo la legislación aplicable, ya que de otra manera el contrato será nulo.

- c) Verificar la capacidad de las partes de conformidad con el Derecho que les es aplicable y en el caso de que se contrate con una entidad pública es aconsejable que se estipule una renuncia a la inmunidad de jurisdicción y ejecución que muchos derechos nacionales otorgan a sus entidades.
- d) En caso de establecerse un pre requisito de negociación o conciliación conviene establecer un límite de tiempo para las mismas.
- e) Las partes deben establecer si desean un arbitraje institucional, es decir recurrir a un organismo especializado para que proporcione apoyo administrativo al arbitraje, o arbitraje *ad hoc*, en donde las partes y los árbitros desarrollen todas las cuestiones administrativas por sí mismos.
- f) Debe incluirse quien o quienes serán los árbitros.
- g) Si las partes desean arbitrar sólo parte de sus controversias, estas deben especificarse claramente.
- h) Es aconsejable acordar en la cláusula que el arbitraje puede continuar cuando una parte debidamente notificada se niega a participar en el arbitraje.
- i) Es de suma importancia mencionar el Derecho sustantivo aplicable, y este debe determinarse después de analizar cuidadosamente el contrato principal. Las partes deberán conocer los aspectos relevantes del Derecho que se escoja, y en caso de que se establezca como Derecho aplicable el

Derecho de un Estado debe verificarse que este sistema legal sea adecuado, afín al comercio internacional, libre de intereses nacionales y que proporcione un tratamiento justo a las partes.

- j) Es muy importante establecer el lugar del arbitraje tomando en consideración al momento de la selección evitar gastos excesivos de viaje y conveniencia de transporte y tecnología, lugar donde residan los árbitros y sobre todo, evitar seleccionar un país cuya ley de procedimientos contenga disposiciones que permitan la intervención de los jueces locales durante el procedimiento.
- k) Es recomendable, aunque no indispensable incluir el idioma en que se llevará a cabo el arbitraje, y en caso de que el contrato se redacte en dos versiones es conveniente estipular cual de las versiones prevalece en caso de duda.
- l) Debe establecerse el Derecho procedimental aplicable.
- m) En el caso de arbitraje *ad hoc* será aconsejable que se establezcan límites de tiempo dentro del contrato arbitral
- n) Si ley aplicable lo permite, las partes pueden establecer en su contrato una renuncia de recursos en contra del laudo
- o) Establecer como serán repartidos los costos del arbitraje y la estipulación de intereses, siempre y cuando la ley aplicable no lo prohíba.

- p) Estipular dentro de la cláusula arbitral el desco de que el laudo sea razonado.
- q) Es muy importante tener presente en todo momento los supuestos de Eisenmman para evitar cláusulas patológicas y si en el momento de redactar la cláusula uno de estos no aparece claramente satisfecho, será necesario volver a estudiar la cláusula.
- r) Al momento de redactar la cláusula arbitral debemos pensar en la peor de las hipótesis posibles y analizar si la cláusula arbitral puede subsistir en circunstancias hostiles.

En el tercer capítulo de la tesis analizamos que de conformidad con la teoría de las nulidades el negocio jurídico nace cuando tiene en sí los elementos constitutivos y específicos para su existencia

Se dice que el negocio jurídico es nulo cuando uno de sus elementos constitutivos se realizan imperfectamente, o porque el fin perseguido por las partes se encuentre directa y expresamente condenado por la Ley, o implícitamente prohibido por ella por contrariar el buen orden social.

En el caso de la nulidad absoluta el negocio jurídico producirá sus efectos provisionales, pero serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie la sentencia de nulidad por el juez quedando privado de todos los efectos para el futuro. Podrá ser invocada por todo interesado y no será susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción.

En el caso de la nulidad relativa siempre permite que el acto jurídico produzca sus efectos provisionalmente, solo puede invocarse por el perjudicado y como la nulidad relativa esta íntimamente ligada a la decisión que va a tomar la persona protegida solo a ella le corresponde tanto la iniciativa para destruir el vínculo obligacional así como su confirmación expresa o tácita y desaparece por prescripción.

El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción y su inexistencia puede hacerse valer por cualquier interesado.

El arbitraje es como hemos visto un medio de solución de controversias privado y voluntario que enviste a sujetos privados de autoridad para resolver una determinada controversia, al mismo tiempo que busca eliminar la autoridad que sobre dicha controversia pudiera tener otro tribunal o Corte, valorándose la exactitud del principio de derecho "La voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos".

En la mayoría de los contratos que contienen una cláusula arbitral, el laudo es aceptado por las partes. Sin embargo existen casos en que una de las partes de buena fe considere que el ámbito de la cláusula arbitral no contempla la controversia que se ha suscitado, o bien se resista al arbitraje para ganar tiempo, o se resista porque considera que puede obtener una solución más favorable en otro foro.

Bajo el principio lógico de que “de la nada, nada sale”, argumentará que la cláusula arbitral también es nula, si no hay contrato que obligue a las partes, entonces tampoco hay cláusula arbitral que las obligue.

La doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz Kompetenz, tienen el propósito de defender la cláusula arbitral contra este tipo de excepciones.

La doctrina de la Separabilidad establece que la cláusula arbitral contenida en un contrato debe considerarse como un contrato separado del principal. La cláusula arbitral y el contrato principal rigen objetos distintos, dos relaciones contractuales distintas. por lo que si surge una disputa relacionada con la validez o existencia del contrato principal, la cláusula arbitral, al ser independiente, sigue siendo válida y obligatoria para las partes aún cuando el contrato principal sea nulo.

La verdadera justificación para el principio de Separabilidad es más práctico que teórico. La aceptación del principio de Separabilidad demuestra que “la realidad comercial es preferida a la lógica pura. Demuestra el deseo de sostener la validez del contrato arbitral y la voluntad de las partes.

La doctrina de Kompetenz-Kompetenz establece que el árbitro tiene competencia para decidir sobre su propia jurisdicción. El árbitro determinará la existencia de la cláusula arbitral, la validez de la cláusula arbitral o el alcance de la misma y las partes no necesitan invocar la jurisdicción de una Corte nacional para decidir al respecto.

Es muy importante estar consciente que la aceptación de esta doctrina varía en los distintos sistemas legales y que en algunos sistemas estas teorías no son aceptadas

Las Reglas de UNCITRAL en el artículo 21 y la Ley Modelo de UNCITRAL, el artículo 16 incorporan la doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz-Kompetenz.

Por su parte la Convención de Ginebra de 1961 establece en el artículo 5(3) que sujeto a cualquier control posterior establecido por la *lex fori*, el árbitro cuya jurisdicción sea impugnada, tiene derecho a proseguir con el arbitraje, decidir sobre su propia jurisdicción y decidir sobre la existencia o la validez del contrato arbitral o al contrato del que el contrato arbitral forme parte.

La doctrina de la Separabilidad en el Derecho Internacional Privado Norteamericano contempla la doctrina de la Separabilidad, la Suprema Corte ha sostenido que excepto cuando las partes dispongan lo contrario la cláusula de arbitraje debe entenderse como separable del contrato principal.

En relación con la doctrina de Kompetenz - Kompetenz en Estados Unidos de Norteamérica, la decisión sobre la jurisdicción del tribunal debe decidirse como un "asunto preliminar" por una Corte y no por el tribunal arbitral.

El Derecho Inglés acepta la doctrina de la Separabilidad. La cláusula arbitral es considerada generalmente como un contrato en sí mismo, distinto al contrato principal en el que esta físicamente contenida, que sobrevive a la terminación por incumplimiento, frustración, rescisión, invalidez subsecuente y

cumplimiento. Sin embargo no acepta la doctrina de Kompetenz Kompetenz y aún cuando con la nueva Acta de Arbitraje, el árbitro puede emitir su decisión sobre su propia jurisdicción, la decisión será preliminar y estará sujeta a la sentencia definitiva de la Corte.

Francia ha sido mucho mas exitosa al crear los mecanismos necesarios para el respeto y la obediencia de la cláusula arbitral. Francia a diferencia de Estados Unidos de Norteamérica y del Reino Unido acepta la doctrina de la Separabilidad y de Kompetenz-Kompetenz de manera armonizada con las Reglas de UNCITRAL, las reglas de la ICC y de la Ley Modelo lo que ayuda a la credibilidad, neutralidad e internacionalización del arbitraje.

En Estados Unidos y en el Reino Unido al existir un mayor control por parte de los cuerpos judiciales, se disminuye la efectividad del arbitraje otorgando a las partes un recurso para evadirlo, adicionalmente se incurren en retrasos y costos que de otra manera pudiesen evitarse, reduciendo la credibilidad del proceso arbitral como una alternativa al litigio.

Nuestro País al seguir la Ley Modelo de UNCITRAL acepta las doctrinas de Kompetenz Kompetenz y de Separabilidad lo cual hace de México un país en donde existe un marco de seguridad hacia la cláusula arbitral, donde se respeta la voluntad de las partes y en donde el arbitraje aparece como un mecanismo de solución de controversias flexible y rápido al nivel de los países vanguardistas en Derecho Arbitral.

BIBLIOGRAFÍA

Adam, Samuel "Separability in English Law- Should an Arbitration Clause be regarded as an Agreement Separate and Collateral to Contract in which it is Contained?" Journal of international Arbitration Vol. 3 N°3 (September 1986)

Asken, Gerald. "Drafting Arbitration Clauses in International Agreements" Arbitration and The License Process. Clark Boardman Company, Ltd. New York, New York (1984).

Asken, Gerald "Ad hoc versus institutional Arbitration" The ICC International Court of Arbitration. Bulletin 8 vol 2 No. 1 (1991)

Aubry et Rau. "Cours de droit civil francais". 5a. edición volumen 12

Bagwell Jennifer. "Enforcement of Arbitration Agreements." Georgia International and Comparative Law vol. 487

Ball Markham. "Just Do it - Drafting the Arbitration Clause in an International Agreement" Journal of International Arbitration. Vol. 10 N°4 (December 1993)

Bernardini, Piero. "The arbitration Clause of an International Contract". Journal of International Arbitration. Vol.9 June 1992 Number 2.

Bernstein, Ronald et al. "Handbook of arbitration practice". Third edition. Sweet&Maxwell. London (1998)

Black's Law Dictionary. Sixth Edition. Centennial Edition 1891-1991. St. Paul Minn (1990)

Bond, Stephen R. "How to Draft an Arbitration Clause" Journal of International Arbitration. Vol. 6, N° 2 Werner Publishing Co. Ltd. (June 1989)

Borja Soriano, Manuel "Teoría General de las Obligaciones" Ed. Porrúa, S.A. 12a. Edición. Mexico (1991)

Briseño Sierra Humberto. "El arbitraje comercial. Doctrina y Legislación". Editorial Limusa

Coulson, Robert "The Danger of a Naked Clause". New York Law Journal. New York. (Thursday November 4, 1993)

Craig, W. Laurence, William W. Park, and Jan Paulsson. "International Chamber of Commerce Arbitration" Second Edition. Oceana Publications, Inc (1990)

Davis, Benjamin G. "Pathological Clauses: Frédéric Eisenmann's Still Vital Criteria". Arbitration international. Vol. 7 Núm. 4 (1991).

Davis Frédérick T et al. "México - Estados Unidos Conferencia sobre Resolución de Controversias Internacionales". Noviembre 1995 México.

De Pina Rafael. "Diccionario de Derecho" Editorial Porrúa, S.A. Mexico (1992)

Eisenmann Frédéric. "*La clause d'arbitrage pathologique*" Arbitrage Commercial. Essais in memoriam Eugenio Minoli. Unione Tipografico-Editrice. Tormes. (1974).

Eyzaguirre Echeverria, Rafael. "*El arbitraje Comercial Internacional en la legislación chilena y su regulación internacional.*" Editorial Juridica de Chile (Chile 1991)

Federal Arbitration Act and Application of the "Separability Doctrine" in Federal Courts. Duke Law Journal. Vol. 1968

Fuentes Garcia José. "*Inexistencia, Nulidad y Anulabilidad del Negocio Jurídico*". Anales de Jurisprudencia. Reedición de Estudios Jurídicos. Tomo CXXXI. México 1968

Gardner Anthony. "*The Doctrine of Separability in Soviet Arbitration Law*" Columbia Journal of Transnational Law vol.28 N°1 (1990)

Goldman Berthold "*The applicable law: General Principles of Law- The lex mercatoria*" Martinus Nijhoff Publishers (1987)

"*Guide to International Arbitration and Arbitrators*". Second Edition. Vol. 1 Parker school of foreign and comparative law. Columbia University (1992)

Gray, Whitmore. "*Drafting the Dispute Resolution Clause*". "Commercial Arbitration for the 1990's" Section of Litigation . American Bar Association. Richard J. Medulie Editor (1991)

Jalili, Mahir. "*Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments.*" Journal of International Commercial Arbitration. Vol.13 N°14 (December 1996)

Jean Robert & Thomas E. Carbonneau. "*The French Law of Arbitration*"
Thomas E. Carbonneau ed. 1984

Klaus Peter Berger. "*Studies in Transnational Economic Law*" Vol.9 Kluwer
Boston (1993)

Lawrence Craig et al. "*International Chamber of Commerce*". Oceana
Publications Inc. (1990)

Lew DM Julian "*Contemporary Problems in International Arbitration*".
Martinus Nijhoff Publishers (1987)

Lloyd's Maritime and Commercial Law, Quarterly (Fall 1983).

Lutzesco, Georges. "*Teoría y práctica de las nulidades*." Ed. Porrúa, S.A.

María Cremades, Bernardo. "*Panorama del Arbitraje Comercial Internacional*".
Instituto de Investigaciones Jurídicas. México (1983)

Mc Clendon, Stewart J. "*Arbitration Clauses in international contracts*" The
Arbitration and Dispute Resolution Law Journal

Murphy, Ewell E. Jr. "*The four languages of Charles I*" International Quarterly
4 (4) (1992)

Mustill, Sir Michael J. and Stewart C. Boyd. "*The Law and Practice of
Commercial Arbitration in England*". London Butterworths. (1982)

- Official records of the General Assembly. Thirty first Session. N° 39 (A/31 39) (1976)
- Paganoni O'Donohue, Francisco Raul. "*El arbitraje en México*" OGS Editores S.A. de C.V. (1997)
- Planio!, Marcel. "*Tratado Elemental del Derecho Civil*" Tomo I.
- Redfern, Alan and Martin Hunter. "*Law and Practice of International Commercial Arbitration*" London. Sweet & Maxwell (1986)
- Reisman Michael, Laurence Craig, William Park, Jan Paulson. "*Cases, materials and notes on the resolutions of international business disputes*", Westbury Newy York. The foundation Press Inc.
- Rogers Andrew and Rachel Launders. "*Separability*". *Arbitration International*. Vol. 10 Number 1. 1994. Graham and Tratman on behalf of the London Court of International Arbitration.
- Rossen Janet A. "*Arbitration under private international law: the doctrines of Separability and competence de la competence*" *Fordham International Law Journal*. Vol. 17
- Rozenberg Leo. "*Tratado de Derecho Procesal*" Civil Tomo II
- Rubino-Sammartano, Mauro. "*International Arbitration Law*" Kluwer Law and Taxation Publishers (1989)
- Silva Jorge Alberto. "*Arbitraje Comercial Internacional en México*". Pérez Nieto editores (México 1994)
- Schmitthof, C.M. "*Defective Arbitration Clauses*" *International Commercial Arbitration*. "A conference arranged by the British Institute of International and Comparative Law. (1974).
- Stalev, Zh. "*The Arbitral tribunal vis-à-vis the arbitration agreement*" *Revue Hellenique de Droit International* Vol 42 43 (1989)

Stewart Aber Combrie Baker *"The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice and the experience of the Iran-United States Claims Tribunal."* Kluwer Law and Taxation Publishers. (1992)

Svernlöv Carl. *"What isn't, Ain't"* *Journal of Arbitration.* Vol. 8 N° 4 Werner Publishing Company Inc. Geneva Switzerland (December 1991)

Svernlöv, Carl *"The Evolution of the Doctrine of Separability in England: How Virtually Complete?"* *Journal of International Arbitration.* Vol. 9 N° 3 September 1992 Werner Publishing Company Ltd. Geneva Switzerland.

Ulmer, Nicolas C. *"Drafting the International Arbitration Clause"*. *International Law* volume 20 number 4 (1986).

UNAM. *"El arbitraje Comercial Internacional"* Selección de lecturas. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México (1983)

"UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration." Congress Series² Interim meeting. Lausanne. May 9-12 1984 Kluwer

Uribarri Carpintero, Gonzalo Jesús *"El arbitraje y Otros Mecanismos Alternativos para la solución de controversias"* México (1997)

Van Hof, Jacomijn J. *"Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules. The application by the Iran-U.S. Claims tribunal."* Kluwer Law and Taxation Publishers. (1991)

Von Mehren Arthur. *International Commercial Arbitration Cases and Materials* (PIL 1995 Version) Harvard. Cambridge, MA

Warren Derril T *"The concept of null and void in international arbitration"* *Arbitration Journal.* American Arbitration Association Vol. 45 Number 1, (March 1990)

Zamora Sanchez Pedro. *Arbitraje Comercial Internacional.* Edición Numancia. S.A. (1992)

LEGISLACION

China International Economic And Trade Arbitration Commission Rules (Revised and Adopted by China Chamber of International Commerce on September 4, 1995. Effective as from October 1, 1995)

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 30 de enero 1975, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1989)

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. (10 de junio de 1958)

Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal. Colección Porrúa. México 1998

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México (1998)

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México (1998)

Código Federal de Procedimientos Civiles. Editorial Porrúa. México (1998)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México (1998)

ICAC Rules. Arbitration International, vol. 11, p. 207 (1995).

Kingdom of Saudi Arabia Chamber of Commerce. Royal Decree: M 46
Date: 12-7-1403

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)

Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigentes desde el 1º de enero de 1998

Reglas de Arbitraje del Reino de Arabia Saudita

Reglas de UNCITRAL.