

152
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Facultad de Derecho



“ARBITRAJE COMERCIAL; SU APLICACION
AL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO”

T E S I S
Que para obtener el título de:
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
ENRIQUE ESPEJEL CASO

Director de Tesis:

Dr. Víctor Carlos García Moreno



México, D.F.

1999

0271842



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

C. DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE
LA U. N. A. M.
P r e s e n t e .

Estimado Señor Director:

El C. ENRIQUE ESPEJEL CASO, elaboró su Tesis Profesional para optar por el grado de Licenciado en Derecho intitulado "ARBITRAJE COMERCIAL; SU APLICACION AL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO", dirigida por el suscrito y con esta fecha se está dando la aprobación de la tesis en cuestión.

El Sr. Espejel Caso, ha concluido el trabajo referido, el cual llena los requisitos exigidos para este tipo de ensayos, por lo que estando a cargo de este Seminario, me permito otorgar la APROBACION, para todos los efectos académicos correspondientes.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Me es grato hacer presente mi consideración.

A t e n t a m e n t e .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., Diciembre 9, 1998



VICTOR CARLOS GARCIA MORENO
Director del Seminario

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO
DE
DERECHO INTERNACIONAL

Dedico con todo mi corazón y gratitud el presente trabajo :

A Dios, en un intento de agradecerte el don de la fe y la maravilla de la esperanza, también quiero agradecerte tu paciencia y el que me hayas regalado la oportunidad de estudiar y de culminar esta etapa de mi vida profesional;

A mi mamá, María de Lourdes Caso Mac Master (q.e.p.d.), tú sabes bien lo mucho que me dolió perderte, sobre todo cuando la madurez me mostró todo lo que sacrificaste para que yo tuviera una mejor oportunidad en esta vida; si antes no te lo mencioné ahora lo hago, gracias por quererme como me quisiste y por ser el mejor ejemplo de lucha que jamás podré tener;

A mi papá, Eduardo Sastré de la Riva, si por algo creo que existe Dios, es por la bendición de tu amor de padre que él me mandó, gracias por escogerme como hijo, gracias por quererme, gracias por todo tu apoyo y sobre todo por enseñarme la grandeza de la fe y del corazón de los seres humanos;

A mi casi casi mamá, Carmina Martínez Altamirano, gracias por todo, también por querer a mi familia, te quiero mucho;

A mi papá consanguíneo, Carlos Espejel Hernández (q.e.p.d.), gracias por darme la oportunidad de la reconciliación, de lo demás, hablaremos cuando yo también deje este mundo;

A mis hermanos, gracias por regalarme su amor, su amistad y perdón;

A mis sobrinos y ahijada, gracias por venir a llenar de más felicidad mi vida y la de mis seres queridos;

A mis abuelos, por todo sus esfuerzos y amores, y con la promesa abuelito Angel, de continuar con tu obra y legado en la ciencia jurídica;

A mis tíos, quiero agradecerles todos los buenos momentos que han hecho posibles y el mantener a nuestra gran familia unida;

A mis primos, gracias por su amor, su amistad y su sinceridad;

A mis amigos, porque ustedes han sido una parte fundamental de mi existencia, gracias por el tesoro de su amistad y el invitarme a formar parte de sus vidas;

A Colegiación Universitaria y a todas las personas y empresas que se han sumado a esta noble obra, gracias por permitirme ser uno de los conductos para llevar a la sociedad los grandes valores de los que son portadores;

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho, gracias mi querida Universidad y mi querida Facultad por haberme dado la oportunidad de estudiar mi licenciatura en leyes, tengan por seguro que eternamente les estaré agradecido y haré todo lo posible por continuar sirviéndoles con el propósito de que otros tengan la misma oportunidad para formarse un digno porvenir;

A mis maestros, al Director y al Secretario General de la Facultad de Derecho, Dr. Máximo Carvajal Contreras y Lic. José Barroso Figueroa, gracias por obsequiarme su invaluable enseñanza, amistad, apoyo y el haber hecho posible muchos momentos inolvidables;

A mi maestro Dr. Víctor Carlos García Moreno (q. e. p. d.), por todo lo que representó su amistad y sobre todo por haberme brindado su tiempo y apoyo en proyectos y estudios que para mí lo significan todo. Maestro, continuaremos con su legado académico, no solamente es una forma de agradecerle lo mucho que hizo por nosotros, sino también un motivo de eterno orgullo para todos los estudiantes que recibimos su cátedra;

Al Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho, gracias por la oportunidad brindada para desarrollar este trabajo de investigación y por todos los gratos momentos que compartimos;

A don Luis Colosio Fernández, mi mejor ejemplo en lo que se define como búsqueda de la justicia; porque Usted y su familia forman una parte muy importante de mi corazón, prometo nunca defraudarlos y mientras tenga yo vida, continuar, desde mi trinchera, con el legado de Luis Donald, así como siempre acompañar en amistad y en lucha, a su querida familia;

A, Luis Donald Colosio Murrieta, Donald, yo no te conocí, pero al conocer a tu hermosa familia siento que lo hice; gracias por no *rajarte*, ojalá todos los hombres de Estado tuvieran tan fuertes convicciones como las tuyas; eres un gran ejemplo para México;

Al Lic. Francisco Soto García, licenciado gracias por su gran amistad y por el apoyo tan padre que me ha dado para continuar trabajando y engrandeciendo a la Beca "*Luis Donald Colosio Murrieta*";

Al Colegio Mexicano de Arbitraje y Mediación, especialmente a mi amiga Cecilia Azar Manzur, gracias por permitir sumarme a un grupo de grandes juristas y destacados mexicanos;

A las familias, Cerda del Pando, Colosio Murrieta, Esquivar Silva, Márquez Villanueva, Martínez Altamirano, Ortega Ortiz, Padilla Benítez, Renero, Torres Rivero y Williams Muldoon;

**"ARBITRAJE COMERCIAL; SU APLICACION
AL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO"**

INDICE GENERAL

	página
Introducción.....	38
Siglas y abreviaturas utilizadas.....	43

CAPITULO PRIMERO :

**Concepto, antecedentes, marco jurídico y
estructura del Sistema Financiero Mexicano**

	página
Sistema Financiero Mexicano.....	47
a) Concepto.....	47
b) Antecedentes.....	49
c) Marco jurídico.....	69
1.- Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos.....	69
Artículo 27 constitucional.....	70
Artículo 28 constitucional.....	70
Artículo 73 constitucional.....	73
Artículo 123 constitucional.....	74
Artículo 133 constitucional.....	75

2.- Instrumentos jurídicos internacionales	77
I. Fondo Monetario Internacional (FMI)	81
a) Objetivos.....	82
b) Estructura.....	83
Asamblea de Gobernadores.....	83
Junta Ejecutiva.....	84
Director Gerente / Subdirectores.....	84
Comité Interino.....	84
Comité de Desarrollo.....	85
Departamentos por Area.....	85
Departamentos de Operación y Servicios Especiales.....	85
Información y Enlace Institucional.....	85
Servicios de Apoyo.....	86
c) Areas de actividad.....	86
i. Asistencia financiera.....	86
ii. Recursos del FMI.....	86
Cuotas de los países miembros.....	87
Monedas utilizables.....	88
Acuerdos generales de préstamo.....	89
Empréstitos.....	89
iii. Mecanismos de financiamiento.....	89
Políticas financieras del FMI.....	89
Tramo de reserva.....	89
Crédito por tramo.....	90
Asistencia financiera de emergencia.....	90
Reducción de deuda y del servicio de deuda.....	90
iv. Acceso a recursos.....	91
Acuerdo de crédito contingente.....	91
Servicio ampliado.....	91
Ajuste estructural intensivo.....	91
Transformación sistemática.....	92
Financiación compensatoria de las exportaciones.....	92
Reservas suplementarias.....	92
La condicionalidad en el acceso de recursos del FMI.....	93

v. Asistencia técnica.....	94
vi. Vigilancia.....	94
Disponibilidad de información económica.....	95
Continuidad en la vigilancia.....	95
Objetivos de vigilancia.....	96
d) La experiencia de la crisis financiera de México en 1994 y su influencia en el redimensionamiento de las actividades financieras y de vigilancia dentro del FMI.....	96
e) Inmунidades del FMI	99
f) Obligaciones generales de los países miembros.....	99
g) Recomendaciones del FMI para un sistema financiero interno sólido.....	100
h) La importancia del FMI dentro de los Sistemas Financiero y Monetario Internacionales.....	101
II. Grupo Banco Mundial.....	103
Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial).....	103
a) Objetivos.....	104
b) Estructura.....	105
Asamblea de Gobernadores.....	105
Directores Ejecutivos.....	106
Presidente del Banco Mundial y demás funcionarios.....	107
Consejo Asesor.....	107
Comités de Préstamos.....	107
Oficinas y consejerías regionales.....	107
c) Recursos.....	108
d) Bonos globales.....	108
e) Operaciones.....	109
f) Inmунidades del Banco Mundial.....	110

g) Asociación Internacional para el Desarrollo.....	112
h) Corporación Financiera Internacional.....	112
i) Agencia Multilateral de Garantías de Inversiones.....	113
j) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.....	113
k) Diferencias entre el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.....	114
l) El Banco Mundial y el Sistema Financiero Internacional.....	114
III. Grupo Banco Interamericano de Desarrollo.....	115
Banco Interamericano de Desarrollo.....	115
a) Objetivos.....	116
b) Estructura.....	117
Asamblea de Gobernadores.....	117
Directorio Ejecutivo.....	117
Presidente.....	117
Oficina de Evaluación.....	117
c) Recursos.....	119
d) Departamento del Sector Privado.....	120
e) Corporación Interamericana de Inversiones.....	120
f) Fondo Multilateral de Inversiones.....	121
IV. Organización Mundial de Comercio (OMC) - Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).....	122
a) Organización Mundial de Comercio (OMC).....	122
Estructura.....	123
Los servicios financieros y la Organización Mundial de Comercio.....	123
Servicios financieros.....	125

La Organización Mundial de Comercio y el Fondo Monetario Internacional.....	125
b) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS).....	126
i. Análisis del texto legal del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.....	126
Primera parte : Alcance y definición.....	127
Segunda parte : Obligaciones y disciplinas generales.....	128
Trato de nación más favorecida (NMF).....	128
Transparencia.....	128
Integración económica.....	129
Regulación interna.....	129
Reconocimiento de estudios y experiencia y/o capacidad profesional.....	130
Monopolios, distribuidores exclusivos de un servicio y prácticas comerciales.....	130
Pagos y transferencias.....	131
Excepciones generales.....	131
Subsidios.....	132
Tercera parte : Compromisos específicos.....	132
Acceso a mercado.....	132
Trato nacional.....	133
Cuarta parte : Liberalización progresiva.....	133
Quinta parte : Disposiciones institucionales.....	134
Sexta parte : Disposiciones finales.....	134
ii. Anexo del GATS sobre servicios financieros.....	135
iii. Segundo Anexo del GATS sobre servicios financieros.....	137
iv. Panorama general de los compromisos en materia financiera más importantes en el marco del GATS.....	137
Acceso a mercado.....	138
Servicios financieros comprados por entidades públicas.....	138
Comercio transfronterizo.....	138

Presencia comercial.....	139
Servicios financieros nuevos.....	139
Transferencia y procesamiento de información financiera.....	139
Entrada temporal de personal.....	139
Medidas no discriminatorias.....	140
Trato nacional.....	140

**V. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)
- Códigos de Liberalización de Operaciones Corriente Invisibles y
de Movimientos de capital..... 140**

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).... 140

a) Objetivos.....	141
b) Estructura.....	141
El Consejo.....	141
Los Comités.....	142
El Secretariado.....	142
El Secretario General.....	142
c) Los Códigos de Liberalización de la OCDE.....	142
d) Contenido de los Códigos de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles y de Movimientos de Capital.....	143
Compromisos generales.....	143
Orden público y seguridad.....	144
Obligaciones existentes en acuerdos internacionales multilaterales.....	144
Controles y formalidades.....	144
Ejecución de transferencias.....	145
Causas de excepción.....	145
Procedimientos de notificación.....	146
Consultas a la OCDE por reformas o modificaciones relacionadas con los compromisos de liberalización.....	146
Comité sobre los Movimientos de Capital y Operaciones Invisibles.....	147
e) Operaciones que regula el Código de Liberalización de Movimientos de Capital.....	147
f) Operaciones que regula el Código de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles.....	148

VI. Banco de Pagos Internacionales (BPI)	148
a) Estructura.....	149
b) El Banco de Pagos Internacionales como foro para la cooperación monetaria internacional.....	150
c) El BPI en su función de banco.....	150
d) El BPI en su función de agente o intermediario financiero y administrador.....	151

VII. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).... 151

Los servicios financieros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	153
---	-----

Estructura y contenido del capítulo de los servicios financieros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	155
a) Ambito de aplicación.....	156
b) Organismos reguladores autónomos.....	156
c) Derecho de establecimiento de instituciones financieras.....	156
d) Comercio transfronterizo.....	157
e) Trato nacional.....	157
f) Trato de nación más favorecida.....	158
g) Nuevos servicios financieros y procesamiento de datos.....	159
h) Altos ejecutivos y consejos de administración.....	159
i) Excepciones.....	159
j) Transparencia.....	160
k) Comité de Servicios Financieros.....	161
l) Consultas.....	161
m) Solución de controversias.....	162
n) Principales compromisos específicos de México.....	164
Reservas sin eliminación gradual.....	165
i. Sociedades controladoras / instituciones de banca múltiple.....	165
ii. Casas de bolsa / especialistas bursátiles.....	165
iii. Almacenes generales de depósito / arrendadoras financieras / empresas de factoraje financiero / instituciones de fianzas.....	165
iv. Uniones de crédito / comisionistas financieros / casas de cambio....	165
v. Instituciones de banca de desarrollo.....	165
vi. Instituciones de seguros.....	166
vii. Sociedades controladoras / casas de bolsa / especialistas bursátiles / almacenes generales de depósito / arrendadoras financieras / empresas de factoraje financiero / sociedades de ahorro y préstamo / sociedades operadoras de sociedades de inversión / sociedades de inversión /	

instituciones de fianzas / instituciones de seguros.....	166
viii. Instituciones de banca múltiple.....	166
ix. Instituciones de banca múltiple.....	166
Con variación en porcentajes inicialmente establecidos.....	167
x. Establecimiento y operación de instituciones financieras.....	167

3.- Normatividad secundaria.....	169
Modalidades jurídicas de las entidades financieras.....	171
Legislación en materia de operaciones y servicios.....	171
Regulación de objetivos.....	171
Legislación para el control y vigilancia.....	171
a) Principales cuerpos normativos secundarios del Sistema Financiero Mexicano.....	171
b) Régimen de supletoriedad para la legislación del Sistema Financiero Mexicano.....	172
c) Análisis de la legislación más importante relacionada con el Sistema Financiero Mexicano....	173
 I. Ley de Instituciones de Crédito (LIC).....	173
a) Objetivos.....	174
b) Sujetos de la LIC.....	174
c) Integración del Sistema Bancario Mexicano.....	175
d) Régimen de supletoriedad en materia bancaria.....	176
Instituciones de banca múltiple.....	176
Instituciones de banca de desarrollo.....	177
e) Instituciones de banca múltiple.....	177
Autorización para prestar el servicio de banca y crédito.....	177
Sociedades mercantiles objeto de la autorización para proporcionar el servicio de banca y crédito.....	177
Capital social de las instituciones de banca múltiple.....	178
Diversificación del capital social de las instituciones de banca múltiple.....	179
Capital mínimo de las instituciones de banca múltiple.....	181
Administración de las instituciones de banca múltiple.....	181
Fusiones entre instituciones de banca múltiple.....	183

Revocación de la autorización para proporcionar el servicio de banca y crédito.....	183
f) Instituciones de banca de desarrollo.....	184
Capital social de las instituciones de banca de desarrollo.....	184
Capital mínimo de las instituciones de banca de desarrollo.....	185
Administración de las instituciones de banca de desarrollo.....	185
g) Filiales de instituciones financieras del exterior.....	186
Marco conceptual.....	186
Marco jurídico.....	186
Autorización para organizarse y operar como filial.....	187
Capital social de las filiales.....	187
Inversión en instituciones de banca múltiple.....	188
Administración de las instituciones de banca múltiple filiales.....	189
h) Operaciones de las instituciones de crédito.....	190
i. Diversificación de riesgos.....	193
ii. Operaciones pasivas.....	193
La recepción de depósitos bancarios de dinero.....	193
La aceptación de préstamos o créditos.....	195
La emisión de bonos bancarios.....	195
La emisión de obligaciones subordinadas.....	196
Depósitos constituidos por las instituciones de crédito en otras similares y entidades financieras del exterior.....	197
Servicios de compensación y transferencia de fondos.....	197
Operaciones de inversión.....	197
Operaciones de comercio exterior.....	197
iii. Operaciones activas.....	198
Operación de descuento.....	199
Otorgamiento de préstamos o créditos.....	199
iv. Principales operaciones y/o instrumentos de crédito.....	200
Carta de crédito.....	200
Crédito documentario o crédito confirmado.....	200
Crédito de habilitación o avío.....	201
Crédito refaccionario.....	201
Reporto bancario.....	201
Crédito quirografario.....	201
Crédito prendario.....	202
Crédito hipotecario.....	202
Operaciones con tarjeta de crédito.....	202

Otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito y expedición de cartas de crédito.....	202
Aceptación de títulos de crédito.....	202
Endoso de títulos de crédito.....	202
Aval.....	203
Carta de crédito.....	203
Operaciones con valores.....	203
Organización y transformación de sociedades mercantiles.....	204
Operaciones con documentos mercantiles.....	205
v. Operaciones de servicios.....	205
Servicios de intermediación con oro, plata y divisas.....	205
Servicio de cajas de seguridad.....	206
Servicios de expedición de cartas de crédito prepagadas para hacer efectivos créditos y para realizar pagos por cuenta de clientes.....	206
Servicios de fiduciario y de representación.....	207
Servicios de custodia o administración de valores, títulos y/o documentos mercantiles.....	207
Servicios de representación común de tenedores de títulos de crédito.....	207
Servicios de caja y tesorería relativo a títulos de crédito por cuenta de las emisoras.....	209
Servicios de contabilidad y administrativos a empresas.....	209
Servicios de sindicatura.....	209
i) Prohibiciones, sanciones administrativas y delitos.....	210
j) Protección de los intereses del público.....	212
i. El secreto bancario.....	212
ii. Revisión de contratos de adhesión.....	214
iii. Unidades institucionales de atención al cliente.....	214
iv. Procedimientos judiciales y extrajudiciales para la solución de controversias en materia bancaria.....	215
Vía judicial.....	215
Juicio ordinario mercantil.....	215
Juicio ejecutivo mercantil.....	216
Juicio especial mercantil.....	216
Juicios mercantiles internacionales.....	216

Via extrajudicial.....	216
La mediación.....	217
La conciliación.....	217
El procedimiento mercantil convencional.....	217
El arbitraje comercial.....	217
Los procedimientos de solución de controversias de la CNBV.....	217
Procedimiento conciliatorio.....	218
Procedimiento arbitral.....	219
Arbitraje de amigable composición.....	219
Arbitraje de estricto derecho.....	219
v. Mecanismos de prevención y protección al ahorro.....	220
II. Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC).....	221
a) Objetivo.....	221
b) Sujetos.....	222
c) Autorización para operar como OAC.....	222
d) Disposiciones de aplicación general.....	222
e) Diversificación del capital social de las OAC y de las casas de cambio.....	223
f) Régimen de supletoriedad de la LGOAAC.....	224
g) Almacenes generales de depósito.....	225
Concepto.....	225
Funcionamiento.....	226
Clases.....	226
Prohibiciones.....	227
h) Arrendadoras financieras.....	227
Concepto.....	227
Funcionamiento.....	228
Prohibiciones.....	228

i) Sociedades de ahorro y préstamo.....	229
Concepto.....	229
Funcionamiento.....	229
Prohibiciones.....	230
j) Uniones de crédito.....	230
Concepto.....	230
Funcionamiento.....	231
Prohibiciones.....	232
k) Empresas de factoraje financiero.....	233
Concepto.....	233
Funcionamiento.....	234
Objeto del contrato de factoraje financiero.....	234
Prohibiciones.....	235
l) Filiales de instituciones financieras del exterior.....	236
Marco conceptual.....	236
Marco jurídico.....	236
Autorización para organizarse y operar como filial.....	236
Capital social de las filiales.....	237
Inversión en OAC o en casas de cambio.....	237
m) Administración de las OAC o casas de cambio filiales.....	238
n) Disposiciones comunes de las OAC y de las casas de cambio.....	238
Obligaciones subordinadas.....	238
Delimitación de funciones.....	239
Hipotecas.....	239
Descuento de cartera.....	239
o) Revocación de la autorización para operar como OAC o casa de cambio.....	239
p) Actividades auxiliares del crédito.....	240
q) Disposiciones de aplicación general.....	241
r) Revocación de la autorización para operar como casa de cambio.....	242
s) Prohibiciones.....	242
t) Protección de los intereses del público.....	243

Procedimientos judiciales y extrajudiciales para la solución de controversias en materia de organismos auxiliares del crédito y casas de cambio.....	243
Los procedimientos de solución de controversias de la CNBV.....	243
Procedimiento conciliatorio.....	243
Procedimiento arbitral.....	244
Arbitraje de amigable composición.....	244
Arbitraje de estricto derecho.....	244
III. Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF).....	246
a) Objeto.....	246
b) Delimitación de funciones.....	246
c) Régimen de supletoriedad de la LRAF.....	247
d) Constitución e integración de grupos financieros.....	247
e) Incorporación, fusión, disolución y separación de entidades financieras y grupos financieros.....	248
f) Revocación de la autorización para operar como grupo financiero.....	248
g) Sociedades controladoras.....	249
Concepto.....	249
Funcionamiento.....	249
Capital social.....	249
Diversificación del capital social.....	251
Administración de las sociedades controladoras.....	252
h) Filiales de instituciones financieras del exterior.....	254
Marco conceptual.....	254
Marco jurídico.....	254
Autorización para organizarse y operar como sociedad controladora filial.....	254
Capital social.....	255
Inversión en acciones representativas de capital social.....	255
Administración de las sociedades controladoras filiales.....	256

i) Protección de los bienes del público.....	257
j) Convenio de responsabilidad.....	258
k) Apoyos preventivos del FOBAPROA y del FAMEVAL.....	258
IV. Ley del Banco de México (LBM).....	259
a) Objetivo.....	259
b) Funciones del Banco de México.....	259
c) Emisión y circulación monetaria.....	260
d) Operaciones de la Banca Central.....	260
e) Operaciones crediticias y de valores con el Gobierno Federal.....	262
f) La reserva internacional y el régimen cambiario.....	262
g) Fundamento jurídico del Banco de México como autoridad dentro del Sistema Financiero Mexicano.....	264
h) Gobierno y vigilancia del Banco de México.....	265
Requisitos para ser miembro de la Junta de Gobierno.....	265
Periodos de funciones.....	266
Sesiones de la Junta de Gobierno.....	266
Facultades de la Junta de Gobierno.....	266
Facultades del Gobernador.....	267
i) Vigilancia.....	267
j) Prohibiciones.....	267
k) Régimen de supletoriedad.....	268
V. Ley del Mercado de Valores (LMV).....	268
a) Objetivo.....	268
b) Intermediación en el mercado de valores.....	268
c) Régimen de supletoriedad de la LMV.....	269

d) Registro Nacional de Valores e Intermediarios.....	269
e) Casas de bolsa y especialistas bursátiles.....	270
Capital social.....	271
Administración.....	272
Diversificación del capital social.....	273
Actividades de las casas de bolsa.....	274
Actividades de los especialistas bursátiles.....	276
f) El secreto bursátil.....	277
g) Filiales de instituciones financieras del exterior.....	277
Marco conceptual.....	277
Marco jurídico.....	278
Autorización para organizarse y operar como filial.....	278
Capital social de las filiales.....	278
Inversión en agentes bursátiles.....	279
Administración de las filiales.....	280
h) Las bolsas de valores.....	281
Disposiciones generales.....	281
i) Instituciones para el depósito de valores.....	283
Disposiciones generales.....	283
Servicios de las instituciones para el depósito de valores.....	284
Secreto bursátil relacionado con las instituciones para el depósito de valores.....	284
j) Solución de controversias.....	284
Procedimientos para proteger los intereses del público inversionista.....	285
Procedimientos de solución de controversias ante la CNBV.....	285
Conciliación.....	286
Arbitraje.....	287
Procedimiento arbitral en amigable composición.....	287
Procedimiento arbitral de estricto derecho.....	287
Requisitos para ser designado árbitro por la CNBV.....	289
k) Participación de los agentes bursátiles en el Fondo de Apoyo al Mercado de Valores (FAMEVAL).....	289
4.- Concepto, estructura y funcionamiento de otras entidades que forman parte del Sistema Financiero Mexicano.....	290
a) Sociedades financieras de objeto limitado (SOFOL).....	290

b) Administradoras de fondos para el retiro (AFORES).....	291
c) Sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro (SIEFORES).....	293
d) Sociedades de inversión.....	294
e) Instituciones de seguros.....	295
f) Sociedades mutualistas de seguros.....	297
g) Procedimientos para la solución de controversias en materia de seguros.....	298
Procedimientos ante la CNSF.....	298
Conciliación.....	298
Arbitraje.....	300
Arbitraje en amigable composición.....	300
Arbitraje de estricto derecho.....	300
Procedimiento judicial.....	302
h) Instituciones de fianzas.....	302
i) Procedimientos especiales para la solución de controversias.....	304
Reclamación directa ante la institución de fianzas.....	304
Procedimiento ante la CNSF.....	305
Conciliación.....	305
Arbitraje en amigable composición.....	307
Procedimiento judicial.....	307
Procedimientos convencionales.....	308
j) Autoridades y entidades que ejercen atribuciones en el Sistema Financiero Mexicano.....	310
Congreso de la Unión.....	310
Artículo 71 constitucional.....	310
Artículo 73 constitucional.....	311
Artículo 76 constitucional.....	312
Artículo 89 constitucional.....	312
Artículo 123 constitucional.....	312
Artículo 133 constitucional.....	313
Secretaría de Hacienda y Crédito Público.....	314
Banco de México.....	315
Comisión Nacional Bancaria y de Valores.....	316
Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.....	317
Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.....	318
Bolsa Mexicana de Valores.....	318

k) Semblanza de las reformas legales al Sistema Financiero Mexicano propuestas en el año de 1998.....	319
i. Ley de Protección al Ahorro Bancario.....	319
Objetivos.....	320
Supletoriedad normativa.....	320
Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB).....	320
Obligaciones garantizadas.....	321
Cuotas.....	322
Apoyos y programas para el saneamiento financiero de las instituciones de banca múltiple.....	323
Administración cautelar.....	325
Liquidación, suspensión de pagos y quiebra de las instituciones de banca múltiple.....	325
Bienes.....	325
Sanciones.....	326
ii. Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.....	326
Objeto.....	326
Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CNDUSF).....	326
Objetivo de la CNDUSF.....	327
Administración de la CNDUSF.....	328
Registro de Prestadores de Servicios Financieros y de la información a los usuarios.....	328
Procedimientos de conciliación y de arbitraje.....	329
Presentación de reclamaciones.....	329
Conciliación.....	330
Arbitraje.....	332
Arbitraje en amigable composición.....	332
Arbitraje de estricto derecho.....	332
Orientación jurídica y defensa legal de los usuarios.....	334

CAPITULO SEGUNDO :

Arbitraje Comercial

	página
Arbitraje Comercial.....	336
1.- Concepto jurídico de arbitraje.....	336
2.- Estructura y elementos del arbitraje.....	337
a) Procedimiento jurídico heterocompositivo.....	337
b) Partes.....	338
c) Procedimiento pactado libremente y por consenso.....	339
d) Arbitrabilidad de la materia controvertida.....	340
Arbitrabilidad por la aplicación de la ley.....	340
Arbitrabilidad determinada por las partes.....	343
Arbitrabilidad determinada por el tribunal arbitral.....	344
Arbitrabilidad determinada por la autoridad administrativa y por la autoridad judicial.....	344
Diferenciación entre la arbitrabilidad de una disputa de carácter internacional y el reconocimiento de las actuaciones y de la ejecución de un determinado proceso arbitral internacional.....	346
e) Normas aplicables.....	353
Normas aplicables a la legitimación y capacidad de las partes para someterse a un arbitraje.....	353
Normas aplicables a la cláusula o convenio arbitral.....	354
Normas aplicables al fondo de la materia a arbitrar.....	354
Normas aplicables al desarrollo del procedimiento arbitral.....	354
Normas aplicables al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.....	354
Normas aplicables al conflicto de leyes.....	354
f) Arbitro o tribunal arbitral.....	355

8.- Principales instrumentos jurídicos internacionales en materia de arbitraje comercial internacional.....	431
a) Conferencia de las Naciones Unidas relativa a la Convención de Arbitraje Comercial Internacional sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).....	431
b) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá).....	434
c) Criterios conflictuales para la aplicación de la Convención de Nueva York de la Convención de Panamá en casos de arbitrajes internacionales.....	435
Criterio temporal.....	435
Criterios arbitrales.....	435
Estado en donde se desarrollan actividades relacionadas con el arbitraje.....	436
Jerarquía de normas.....	436
Convenciones de Nueva York y de Panamá y el Código de Comercio.....	437
d) Tratado de Libre Comercio de América del Norte.....	437
Disputas entre gobiernos.....	438
Disputas entre gobiernos y particulares.....	443
Disputas entre particulares.....	445
Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias.....	446
e) Organización Mundial de Comercio (OMC).....	449
Ambito y aplicación.....	450
Administración.....	450
Consultas.....	451
Buenos oficios, conciliación y mediación.....	451
Grupos especiales.....	452
Organo Permanente de Apelación (OPA).....	453
Recomendaciones de los grupos especiales y del OPA.....	454
Compensación y suspensión de concesiones.....	454
Procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros.....	455
Arbitraje.....	455
La Secretaría.....	456

9.- <i>Lex mercatoria</i>	456
a) Características de la <i>lex mercatoria</i>	457
b) Contenido de la <i>lex mercatoria</i>	457
c) Principios.....	458
d) Usos y costumbres.....	459
e) Directrices y precedentes normativos.....	459
10.- Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional	462
a) Disposiciones generales.....	463
b) Acuerdo de arbitraje.....	466
c) Composición del tribunal arbitral.....	467
d) Competencia del tribunal arbitral.....	469
e) Sustanciación de las actuaciones arbitrales.....	469
f) Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones.....	472
g) Impugnación del laudo.....	474
h) Reconocimiento y ejecución de los laudos.....	475
11.- Clasificación del arbitraje	476
a) Según la calidad de las partes.....	478
b) Según la materia.....	480
c) Según los ordenamientos jurídicos involucrados con el arbitraje.....	480
d) Según su derivación de normas declarativas o de normas obligatorias.....	481
e) Según la administración del proceso.....	482
f) Según los criterios sustantivos y/o adjetivos utilizados para resolver el proceso arbitral.....	487
g) Según el origen de la controversia.....	491
h) Según las autoridades que intervienen en su sustanciación.....	492
i) Según la obligatoriedad del laudo emitido por el tribunal arbitral.....	493
j) Según el grado de intervención de la institución que administra el arbitraje.....	494
12.- Estructura y sustanciación del procedimiento arbitral	494
13.- Convenio arbitral	495
a) Concepto.....	495
b) Conceptos de convenio arbitral señalados por los distintos cuerpos normativos en la materia.....	495

c) Naturaleza jurídica.....	496
d) Clasificación.....	501
Convenio preliminar de arbitraje.....	502
Convenio definitivo de arbitraje.....	503
e) Forma.....	503
Forma del convenio arbitral señalado por los distintos cuerpos normativos en la materia.....	504
f) Contenido base.....	506
Estándar internacional sobre el contenido base de un convenio arbitral.....	509
g) Autonomía.....	509
El principio competence - competence o jurisdicción para determinar la jurisdicción.....	510
La separabilidad del convenio arbitral de la materia o hecho objeto de la relación jurídica entre las partes.....	512
h) Presupuesto procesal.....	514
i) Elementos de existencia.....	514
i. Consentimiento.....	514
Presunción del consentimiento para someterse a arbitraje derivada de la conducta de una o de unas partes directa o indirectamente vinculadas con la relación jurídica.....	517
Presunción del consentimiento para someterse a arbitraje derivado de ciertos elementos del contrato de la relación jurídica.....	518
Perfeccionamiento del consentimiento.....	519
ii. Objeto.....	521
iii. Solemnidad.....	523
j) Elementos de validez.....	523
i. Capacidad legal de las partes.....	525

ii. Consentimiento exento de vicios.....	528
El error.....	529
El dolo.....	531
La mala fe.....	531
La violencia.....	532
La lesión.....	532
iii. Objeto y motivo o fin lícitos.....	533
iv. Formalidad legal.....	533
k) Principales efectos del convenio arbitral.....	534
l) Ley aplicable al convenio arbitral y a sus elementos constitutivos.....	536
i. Normas aplicables a la existencia y la validez del convenio arbitral.....	538
ii. Normas aplicables a la legitimación y capacidad de las partes para someterse a un arbitraje.....	539
iii. Normas aplicables al fondo de la materia a arbitrar.....	541
Métodos para determinar la ley sustantiva aplicable al convenio arbitral.....	546
Selección de las partes.....	546
Opción expresa.....	546
Opción tácita.....	546
Opción tácita negativa.....	546
Doctrina del tronco común.....	546
Selección del tribunal arbitral.....	547
La intención de las partes.....	547
La selección directa del tribunal arbitral.....	547
Interpretación del clausulado del contrato, instrumento jurídico, o del documento en donde se asiente información relevante de la controversia.....	547
Aplicación de las normas sobre el conflicto de leyes.....	547
iv. Normas aplicables a la arbitrabilidad del litigio.....	549
v. Normas aplicables al desarrollo del procedimiento arbitral.....	551

vi. Normas aplicables al conflicto de leyes.....	555
Principales aspectos del arbitraje comercial sobre los que puede generarse un conflicto de leyes.....	560
vii. Normas aplicables del lugar del arbitraje.....	561
m) Limites a la libertad de las partes para elegir las normas o leyes aplicables al arbitraje.....	565
Fraude a la ley.....	565
Interferencia de normas imperativas nacionales.....	566
Interferencia del orden público.....	566
Relación entre la ley o norma seleccionada por las partes, las normas o leyes institucionales sobre arbitraje y la ley de arbitraje del lugar del foro.....	567
n) Nulidad, ineficacia, inaplicabilidad y extinción del convenio arbitral..	568
Invalidez del convenio arbitral.....	569
Inexistencia del convenio arbitral.....	570
Nulidad del convenio arbitral.....	570
Nulidad absoluta.....	571
Nulidad absoluta del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral.....	572
Nulidad absoluta en el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral.....	574
Nulidad relativa.....	575
Nulidad relativa del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral.....	578
Nulidad relativa del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral.....	578
Convalidación del convenio arbitral.....	578
Ineficacia del convenio arbitral.....	579
Inaplicabilidad del convenio arbitral.....	579
o) Procedimiento para examinar la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, derivado de la formulación o formalización del mismo ante fedatario público.....	580

p) Procedimiento para examinar la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, derivado de la excepción o del incidente de incompetencia, fundamentados en la existencia de un convenio arbitral, ante una autoridad judicial.....	581
q) Procedimiento para examinar la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, derivado de la sustanciación de excepciones e incidentes ante el tribunal arbitral.....	585
r) Procedimiento judicial para impugnar las resoluciones del tribunal arbitral relativas a su competencia, exceso de facultades, existencia y validez del convenio arbitral.....	587
t) Extinción del convenio arbitral.....	588
u) Cláusula compromisoria.....	591
Concepto.....	591
Redacción.....	592
Redacción de una cláusula compromisoria estándar.....	606
Para arbitrajes <i>ad - hoc</i>	606
Para arbitrajes institucionales.....	608
Etapas que debe de comprender una cláusula compromisoria integral...609	
v) Compromiso arbitral definitivo.....	610
Concepto.....	611
14.- El procedimiento arbitral.....	611

Arbitraje *ad - hoc*

I. Etapa preliminar.....	611
a) Identificación de las partes involucradas en el conflicto.....	612
Arbitrajes multipartes.....	613
b) Medidas cautelares provisionales o providencias precautorias solicitadas a la autoridad estatal.....	618

c) Notificación de la reclamación.....	619
d) Juntas preliminares.....	620
e) Notificación de arbitraje.....	620
f) Medios preparatorios.....	621
g) Designación de árbitros o instalación del tribunal arbitral.....	624
Concepto de árbitro y de tribunal arbitral.....	624
Normas aplicables al árbitro o tribunal arbitral.....	624
Número de árbitros.....	625
Nacionalidad de los árbitros.....	627
Procedimiento para el nombramiento de árbitros.....	627
Aceptación del nombramiento de árbitros.....	633
Nombramiento de funcionarios para los árbitros.....	637
Procedimiento de recusación de los árbitros.....	637
Procedimiento de sustitución de árbitros.....	644
Terminación de la función de árbitro.....	644
h) Notificaciones, cómputo de plazos y términos.....	645
i) Lugar.....	646
j) Idioma.....	647
k) Jueces competentes.....	647
l) Inicio del procedimiento arbitral.....	649
Medidas cautelares provisionales.....	649
II. Etapa expositiva o postulatoria.....	652
Presentación de la demanda.....	652
a) Plazo y forma de presentación.....	652
b) Requisitos.....	652
c) Efectos.....	654
Presentación de la contestación de la demanda.....	655
Presentación de la reconvencción.....	656

III. Etapa probatoria	656
a) Ofrecimiento de los medios de prueba.....	657
b) Admisión o rechazo de los medios de prueba.....	657
c) Preparación de los medios de prueba.....	657
d) Reuniones previas para terminar la preparación de los medios de prueba.....	658
e) Desahogo de los medios de prueba.....	658
f) Audiencias.....	659
g) Nombramiento de peritos o expertos.....	660
h) Renuncia a la normatividad.....	661
IV. Etapa conclusiva	661
a) Concepto de laudo arbitral definitivo.....	661
b) Clasificación del laudo arbitral definitivo.....	662
c) Nacionalidad del laudo arbitral definitivo.....	663
d) Requisitos del laudo arbitral definitivo.....	664
Requisitos formales.....	664
Requisitos sustanciales.....	665
e) Votación del laudo arbitral definitivo.....	666
f) Eficacia del laudo arbitral definitivo.....	667
g) Efectos del laudo arbitral definitivo.....	669
h) Publicidad del laudo arbitral.....	671
i) Plazo para dictar el laudo arbitral definitivo.....	671
j) Notificación del laudo arbitral definitivo.....	672
k) Procedimiento de homologación del laudo arbitral.....	672
l) Procedimiento de <i>exequatur</i> u homologación del laudo arbitral extranjero.....	674
Criterios de eficacia.....	675
Objetivo del reconocimiento.....	675
Efectos del laudo arbitral extranjero.....	675
Autoridad judicial competente para conocer del procedimiento de <i>exequatur</i>	675
Normatividad aplicable al procedimiento de <i>exequatur</i>	676
Solicitud del procedimiento de <i>exequatur</i>	676
Desarrollo del procedimiento de <i>exequatur</i>	678
Resolución del procedimiento de <i>exequatur</i>	679
Suspensión del procedimiento de <i>exequatur</i>	679
Requisitos para recibir al homologación en un procedimiento de <i>exequatur</i>	680
Requisitos relativos al convenio arbitral.....	680
Requisitos relativos al procedimiento arbitral.....	680
Facultad del juez para revisar el fondo del asunto dentro del	

procedimiento de exequatur.....	681
V. Etapa impugnativa.....	681
a) Medios de impugnación.....	682
b) Resoluciones inimpugnables.....	682
Actos materia del juicio de amparo indirecto (acción de inconstitucionalidad ante los juzgados de distrito).....	683
Actos materia del juicio de amparo directo (recurso de inconstitucionalidad ante los tribunales colegiados de circuito).....	684
c) Especies de medios de impugnación.....	685
Apelación.....	685
Aclaración de sentencia.....	686
Revocación.....	686
Incidentes impugnativos.....	686
d) Medios impugnativos en el arbitraje.....	687
Remedios procesales.....	687
Incidentes.....	687
e) Apelaciones.....	687
f) Nulidad del laudo arbitral.....	690
Causales que se interponen a petición de parte.....	690
Causales que pueden ser interpuestas por las partes o por la propia autoridad judicial.....	691
Procedimiento de nulidad del laudo arbitral.....	691
VI. Etapa ejecutiva.....	691
a) Vía de apremio.....	693
b) Juicio ejecutivo.....	693
c) Reglas generales de la ejecución procesal.....	693
d) Modalidades de la ejecución de los laudos arbitrales condenatorios.....	696
e) Ejecución de laudos arbitrales en distintas entidades de la República Mexicana.....	696

f) Ejecución de laudos arbitrales extranjeros.....	698
g) Causales de negación al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral extranjero.....	700
Excepciones oponibles por el demandado.....	700
Motivos de rechazo interpuestos de oficio por el juez.....	704
h) Amparo contra la resolución del incidente de nulidad del laudo arbitral.....	705
i) Amparo contra la resolución de la apelación de la homologación de un laudo arbitral nacional.....	705
j) Amparo contra el incidente de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero.....	705
k) Amparo contra el auto de ejecución del laudo arbitral nacional o del laudo arbitral derivado del exequatur.....	706

Arbitraje institucional

I. Etapa preliminar en el arbitraje institucional.....	708
a) Notificación del arbitraje.....	709
Solicitud de arbitraje (demanda).....	709
Contestación de la solicitud de arbitraje (contestación de la demanda).....	712
Reconvención.....	713
Acumulación de procedimientos.....	714
Efectos del convenio arbitral en materia de arbitraje institucional.....	714
b) Designación de árbitros o instalación del tribunal arbitral.....	715
Número de árbitros.....	715
Nacionalidad de los árbitros.....	716
Procedimiento para el nombramiento de árbitros.....	716
Aceptación del nombramiento de árbitros.....	718
Nombramiento de funcionarios para los árbitros.....	719
Procedimiento de recusación de los árbitros.....	719
Procedimiento de sustitución de árbitros.....	723
c) Lugar.....	724

d) Idioma.....	725
e) Inicio del procedimiento arbitral.....	725
Medidas cautelares provisionales.....	726
Medidas interlocutorias ordenadas por el tribunal arbitral.....	727
Envío del expediente al tribunal arbitral.....	728
f) Fijación de la litis.....	729
II. Etapa probatoria.....	731
a) Audiencias.....	733
b) Nombramiento de peritos y expertos.....	735
c) Cierre de la instrucción.....	735
d) Renuncia a la normatividad.....	736
III. Etapa conclusiva.....	736
a) Plazo para dictar el laudo.....	736
b) Pronunciamiento del laudo.....	737
c) Laudo por consenso entre las partes.....	738
d) Revisión del laudo arbitral definitivo por el centro de arbitraje.....	739
e) Notificación, depósito y carácter ejecutorio del laudo.....	740
f) Corrección e interpretación del laudo.....	741
g) Pago de costas.....	742
h) Exoneración de responsabilidad.....	742
i) Interpretación de la normatividad institucional.....	742

CAPITULO TERCERO :

Arbitraje comercial; su aplicación al Sistema Financiero Mexicano

	página
Procesos y procedimientos de solución de controversias de carácter mercantil en el Sistema Financiero Mexicano.....	744
I. Vías procesales judiciales.....	744
1.- La jurisdicción concurrente.....	744
2.- Clasificación de los juicios mercantiles.....	745
a) Procedimiento convencional.....	745
b) Juicio arbitral.....	746
c) Juicios ordinarios.....	747
d) Juicios ejecutivos.....	747
e) Juicios especiales.....	749
Procedimiento de ejecución de prenda.....	749
Procedimiento de cancelación y reposición de un título de crédito.....	749
Procedimiento especial de fianza.....	749
Procedimiento especial para solicitar la posesión de un bien dado en arrendamiento financiero.....	750
Procedimiento de ejecución fiduciaria.....	750
Procedimientos de quiebras y de suspensión de pagos.....	750
Procedimiento para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones ante la Comisión Federal de Competencia.....	751
Procedimientos en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda.....	751
Procedimiento especial hipotecario.....	751

Procedimiento en materia de arrendamiento inmobiliario.....	751
3.- Análisis general de los principales títulos de crédito.....	751
a) Concepto de título de crédito.....	751
b) Procedencia de la vía procesal judicial y de la vía procesal arbitral, para solucionar conflictos derivados de los títulos de crédito.....	752
c) Elementos del título de crédito.....	752
Naturaleza ejecutiva.....	752
Formalidad.....	752
Representación de obligaciones de dar.....	753
Incorporación.....	753
Literalidad.....	753
Autonomía.....	753
Circulación.....	753
Legitimación.....	753
d) Principales títulos de crédito.....	753
i. La letra de cambio.....	753
Usos comunes de la letra de cambio.....	754
ii. El pagaré.....	754
Usos comunes del pagaré.....	754
iii. El cheque.....	755
iv. La acción societaria.....	755
v. Las obligaciones.....	756
Obligación convertible.....	756
Obligación indexada.....	756
Obligaciones fiduciarias.....	756
Obligaciones hipotecarias.....	756
Obligaciones prendarias.....	756
Obligaciones quirografarias.....	756
vi. Los certificados de participación.....	756
Clasificación.....	757
vii. El certificado de depósito y el bono de prenda.....	757
Elementos.....	758

viii. El conocimiento de embarque.....	758
ix. Los certificados de aportación patrimonial (CAPS) de la banca de desarrollo.....	758
x. Los bonos bancarios.....	758
xi. Las obligaciones subordinadas.....	758
xii. El certificado de depósito bancario de dinero.....	759
e) La obligación cambiaria.....	759
Elementos.....	759
f) La acción cambiaria.....	760
Clasificación.....	760
g) Reglas generales de utilización de los títulos de crédito.....	761
II. Vías procesales extrajudiciales.....	762
1.- La mediación.....	764
2.- La conciliación.....	764
3.- La transacción.....	764
4.- El arbitraje.....	765
5.- Procedimiento de solución de controversias ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.....	765
a) Procedimiento conciliatorio.....	766
Fases de la conciliación.....	768
b) Procedimiento arbitral.....	771
Arbitraje de amigable composición.....	771
Arbitraje de estricto derecho.....	772
Requisitos para ser designado árbitro por la CNBV.....	774

6.- Procedimiento de solución de controversias ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.....	774
a) Procedimientos para la solución de controversias en materia de seguros.....	775
Conciliación.....	775
Arbitraje.....	777
Arbitraje en amigable composición.....	777
Arbitraje de estricto derecho.....	777
b) Procedimientos para la solución de controversias en materia de fianzas.....	779
Conciliación.....	779
Arbitraje en amigable composición.....	780
7.- Procedimiento de solución de controversias ante la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.....	781
a) Conciliación.....	782
b) Arbitraje.....	783
8.- Estructura base del procedimiento conciliatorio administrado por un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal (comisión) dentro del ámbito financiero.....	783
9.- Estructura base del procedimiento arbitral en amigable composición administrado por un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal (comisión) dentro del ámbito financiero.....	784
10.- Estructura base del procedimiento arbitral en estricto derecho administrado por un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal (comisión) dentro el ámbito financiero.....	785
11.- Procedimientos de solución de controversias en materia financiera ante entidades o instituciones privadas.....	786

12.- Aplicación del arbitraje comercial como instrumento para la solución de controversias derivadas de operaciones y contratos relacionados con los intermediarios bancarios, con los intermediarios no bancarios y con los intermediarios bursátiles.....	791
13.- Esquema general del desarrollo de los procedimientos de mediación y arbitraje comercial cuando se aplican como medio de solución de controversias relativas a operaciones y contratos relacionados con los intermediarios bancarios, con los intermediarios no bancarios y con los intermediarios bursátiles.....	794
14.- Sustanciación de la mediación a través de un centro especializado en la solución de controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano.....	795
15.- Sustanciación del arbitraje comercial a través de un centro especializado en la solución de controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano.....	803
16.- Aspectos procesales que deben de contemplarse en todo proceso arbitral administrado relacionado con controversias relativas a operaciones y contratos celebrados con intermediarios bancarios, con intermediarios no bancarios y con intermediarios bursátiles.....	805
17.- Contenido base de un convenio arbitral por el cual se somete al arbitraje comercial una controversia derivada de una operación o contrato celebrado con un intermediario bancario, con un intermediario no bancario o con un intermediario bursátil.....	808
18.- Ejemplo de cláusula arbitral para créditos comerciales.....	809
19.- Propuesta de creación de los Centros para la Solución de Controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano.....	810
a) Primera etapa.....	811

b) Segunda etapa.....	812
c) Tercera etapa.....	813
d) Ejemplo de propuesta para la creación del CSC piloto.....	813
Asamblea General.....	814
Comité Directivo.....	814
Dirección General.....	815
Coordinaciones.....	815
Coordinación de árbitros, mediadores, conciliadores, peritos o expertos, corredores públicos y notarios públicos.....	816
Coordinación de procedimientos.....	816
Coordinación de información y publicaciones.....	816
Coordinación administrativa.....	816
e) Cuarta etapa.....	816
f) Quinta etapa.....	817
CONCLUSIONES.....	818
BIBLIOGRAFIA Y FUENTES DE CONSULTA.....	829

I N T R O D U C C I O N

El Sistema Financiero Mexicano constituye uno de los elementos fundamentales constitutivos de la estructura económica nacional, en los que se desarrollan las operaciones necesarias para hacer posible el funcionamiento del comercio de bienes y servicios, así como el funcionamiento del sistema de pagos en nuestro país.

La interacción de las diversas entidades públicas y privadas en lo que principalmente se denominan como operaciones pasivas y operaciones activas es fuente de complejas transacciones que coinciden con las desarrolladas en diversos mercados internacionales, a través de los cuales la globalidad en el mercado de servicios financieros actúa y existe. Cada entidad financiera participa en el mercado a través de sus distintas gamas o líneas de servicio que ofrecen al público usuario. Algunas especializándose en créditos empresariales, otras en el apoyo del desarrollo de infraestructura, otras en el segmento del ahorro y otras más garantizando el cumplimiento de determinadas obligaciones a cargo de sus clientes. Así, todas estas instituciones van incorporándose para constituir al andamiaje sobre el que se desarrollan las operaciones comerciales, el sistema de pagos y los mercados de dinero y de capitales, principalmente.

Sin duda alguna, la reforma estructural y legal de principios de esta década fue la que determinó la nueva cara del sistema financiero constituido por : La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, el Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, las sociedades nacionales de crédito, las instituciones de crédito, las sociedades financieras de objeto limitado, administradoras de fondos para el retiro, sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro, instituciones de seguros, instituciones de fianzas, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de inversión y préstamo, casas de cambio, centros de cambio, casas de bolsa, especialistas bursátiles, Bolsa Mexicana de Valores, sociedades de depósito de valores, calificadoras de valores, sociedades operadoras de sociedades de inversión, principalmente.

Sin embargo, esta estructura financiera no ha permanecido durante más de 10 años, es decir todavía requiere más tiempo para calificarla como una estructura madura y definida. El sistema financiero en México, desde sus inicios ha sido un área en constante evolución. Gran parte de estos cambios, han sido producto y causa directa de la propia naturaleza de la evolución del comercio financiero en el mundo. Además, las operaciones financieras, al ser instrumentos del comercio, se rigen por las necesidades de los gobiernos y del sector privado para acrecentar, intercambiar y mantener la riqueza de cada país. Es decir cada sector, principalmente el público y el privado imprimen al sistema financiero sus características particulares de conformidad con variables económicas y comerciales.

El complicado panorama político y por lo tanto económico que ha sido una constante durante toda la historia de México, no ha permitido identificar y gestar una tendencia firme en los perfiles, estrategias y andamiajes institucionales y jurídicos del sistema financiero local. Más aún, la fuerte presencia del Estado en la rectoría de la economía, con influencia hasta en la presente década, caracterizada por el libre comercio y la ola de privatizaciones, no ha permitido madurara a nuestras instituciones financieras, acotando el desarrollo del propio sistema concebido como un conjunto en su totalidad.

Otro factor que sin duda alguna y no muy recientemente ha contribuido para delinear los perfiles de todos los sistemas financieros del mundo es el de las crisis monetarias y el fenómeno del déficit en balanza comercial. Dos grandes ejemplos de lo anterior lo han sido la crisis de México de 1994 y la crisis de Asia de 1997. A partir de las consecuencias devastadoras de estos dos fenómenos de efectos globales y para contar con los elementos que las hagan competitivas y rentables, las entidades que constituyen los correspondientes sistemas financieros han hecho una reingeniería de sus formas de comerciar, de supervisar y de regular el mercado y en el ámbito en el que se desarrollan. México y los países asiáticos más afectados por la crisis de esa región, han determinado consolidar y apuntalar sus sistemas financieros a través de las siguientes estrategias : a) Fortalecimiento de la estructura societaria de las entidades financieras, b) Administración eficiente de riesgos en las operaciones de entidades financieras, c) Asociaciones y coinversiones estratégicas entre entidades financieras, d) Internacionalización de las operaciones y servicios de las entidades financieras, e) Fortalecimiento de la supervisión y vigilancia de las entidades financieras, f) Modernización del marco legal y g) Aumentar la seguridad jurídica sobre las operaciones de las entidades financieras.

De esta forma, también las operaciones financieras, sean éstas pasivas, activas o estrictamente de servicio, han venido evolucionando para tornarse mucho más complejas y técnicas.

Actualmente es difícil encontrar una operación financiera que solamente verse y esté regulada por uno o dos cuerpos normativos, o que no incorpore elementos complejos de carácter comercial, logístico, financiero, de lenguaje, monetario, jurídico e internacional.

Además es preciso tomar en cuenta que la legislación en esta materia no evoluciona con la misma rapidez con lo que lo hacen las propias transacciones financieras. En vista de los conflictos que ha surgido dentro de esta nueva estructura financiera, más avanzada y sofisticada, la comunidad financiera y sus clientes, han demandado un mejor marco normativo y regulatorio para sus operaciones, con el propósito de reducir la inseguridad jurídica y el factor de riesgo legal que conlleva cada una de las mismas. A la vez, se ha hecho hincapié en la impostergable necesidad de capacitar a los funcionarios judiciales con respecto a las operaciones financieras complejas, ya que la inseguridad jurídica crece también en la medida en que los órganos encargados de resolver los conflictos de naturaleza financiera carecen de la adecuada experiencia y de los conocimientos sobre el manejo y uso de prácticas financieras sofisticadas.

Como respuesta complementaria a los esfuerzos del gobierno en esta materia, la tendencia mundial ha sido la utilización de procesos extrajudiciales de solución de controversias, en los que de conformidad con la naturaleza de la operación, son expertos o peritos en la materia los que resuelven la controversia derivada sometida ante ellos por las propias parte en disputa. Estas vías extrajudiciales, concebidas por la mayoría de legislaciones como la mediación, la conciliación y el arbitraje, constituyen eficaces instrumentos para resolver disputas de carácter complejo, internacional o de alta cuantía.

En materia financiera, la mediación, la conciliación y el arbitraje se perfilan como procesos que garantizan la seguridad jurídica buscada por las entidades financieras y sus clientes, ya que los mismos son conducidos por personas profesionales en la materia, que conocen perfectamente el tipo de operación de la cual se deriva la controversia, asegurando con ello resoluciones apegadas a derecho y equitativas, alejando cualquier elemento de ignorancia, corrupción o burocracia del proceso.

En nuestro país, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de 1982 comprendía a la conciliación y al arbitraje como vías para solucionar conflictos de naturaleza financiera. Después de la crisis bursátil de 1987, la Ley del Mercado de Valores introduce la figura del arbitraje privado para la solución de disputas en el área bursátil. Posteriormente, estas figuras extrajudiciales van evolucionando tanto en la legislación financiera, como en el propio Código de Comercio, para culminar en la creación de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

A través de este trabajo, se analiza la figura del arbitraje comercial aplicada a las operaciones de las entidades que constituyen el Sistema Financiero Mexicano. El carácter mercantil o comercial de la materia financiera hace plenamente viable este tipo de procedimientos; aún más, la propia complejidad de las operaciones en esta área del comercio o de los servicios, hace idóneo al arbitraje para someter ante el mismo todo tipo de diferencias que se relacionen con operaciones e instrumentos financieros. Esta afirmación se fundamenta en que las principales leyes mercantiles contemplan al arbitraje como vía extrajudicial a la que las partes voluntariamente pueden acceder. El análisis central dentro de la aplicación del arbitraje se concentra en el arbitraje comercial, *ad - hoc* e institucional, conducido por árbitros de carácter privado.

En el capítulo primero se analizan principalmente el concepto, los antecedentes, el marco jurídico y la estructura del Sistema Financiero Mexicano, comprendiéndose el examen de las principales organizaciones financieras y entidades relacionadas con el comercio de servicios financieros y su regulación y supervisión a nivel internacional. Sin duda alguna, sin ser directamente tratados o convenios internacionales, las directrices de estos organismos son recomendaciones de tal influencia, que en la gran mayoría de ocasiones acaban por adaptarse como norma obligatoria dentro del ordenamiento jurídico nacional. Posteriormente se examinan los principales convenios internacionales en materia financiera, para pasar al estudio de la legislación financiera secundaria. Asimismo, se incluye en este trabajo, una breve semblanza de las reformas al Sistema Financiero Mexicano que surgieron en 1998 como producto de los drásticos cambios en las variables macroeconómicas y en la necesidad de capitalizar al propio sistema financiero en una época de *cuasi* recesión económica.

En el capítulo segundo, se analiza el proceso jurídico heterocompositivo denominado *arbitraje comercial*. Este análisis cubre todos los elementos relacionados con su existencia, validez, efectividad, aplicabilidad y sustanciación. Comenzando por el estudio estructural, se

contempla también la revisión de ley comercial y supletoria aplicable al arbitraje comercial, es decir, la denominada *lex arbitri*. Debido a que la legislación directamente aplicable al arbitraje comercial deriva de normas de carácter internacional propuestas por entidades internacionales encargadas de la promoción y desarrollo del arbitraje a nivel mundial, se comprenden en este documento directrices, principios, teorías y demás aspectos internacionales relacionados con la institución arbitral. Finalmente, el arbitraje comercial es abordado para el estudio de su desarrollo a partir de su concepción como arbitraje comercial *ad - hoc* y como arbitraje comercial institucional. En estos apartados se revisan las distintas etapas procesales y sus elementos característicos, considerando a esta figura extrajudicial como un proceso jurisdiccional en forma.

El tercer y último capítulo comprende principalmente la aplicación del arbitraje comercial como medio de solución de controversias, conducido éste por árbitros dependientes de autoridades financieras, de entidades privadas especializadas en la administración de este tipo de procedimientos, así como la propuesta de creación de los centros para la solución de controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano. La exposición de esta propuesta se basa en las 5 etapas que se consideran necesarias para garantizar el éxito de dichos centros, los cuales constituyen la vía más probable, rápida y real para alcanzar la plena seguridad jurídica en lo concerniente a la solución de controversias derivadas de operaciones celebradas entre entidades financieras y sus clientes, dentro del marco jurídico nacional e internacional.

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAA	Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association).
AAC	Actividad Auxiliar del Crédito.
AFORES	Administradoras de Fondos para el Retiro.
BANCO MUNDIAL	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.
BIT	Bilateral Investment Treaty (Tratado Bilateral de Inversión).
BM	Banco de México.
BPI	Banco de Pagos Internacionales.
CAM	Centro de Arbitraje de México.
CAPS	Certificados de Aportación Patrimonial.
CC	Código de Comercio.
CCDF	Código Civil para el Distrito Federal.
CCI	Cámara de Comercio Internacional.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
CIACCI	Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
CNBV	Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
CNDUSF	Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
CNSF	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional.
CONSAR	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.
CONVENCION DE NUEVA YORK	Conferencia de las Naciones Unidas relativa a la Convención de Arbitraje Comercial Internacional sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
CONVENCION DE PANAMA	Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.
CPCDF	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CSC	Centros para la Solución de Controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano.
CSF	Comité de Servicios Financieros.
DEG	Derechos Especiales de Giro.
EE.UU.	Estados Unidos de Norteamérica.
FAMEVAL	Fondo de Apoyo al Mercado de Valores.
FIRA	Fideicomisos Instituidos en Relación con la Agricultura.
FMI	Fondo Monetario Internacional.
FOBAPROA	Fondo Bancario de Protección al Ahorro.
FONATUR	Fondo Nacional de Fomento al Turismo.
GATS	General Agreement on Trade in Services (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios).
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio).
G - 10	Grupo de los 10 o Club de París.
INCOTERMS	International Commercial Terms (Reglas Internacionales para la Interpretación de Términos Comerciales).
IPAB	Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.
LBM	Ley del Banco de México.
LGOAAC	Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
LGT	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LGTOC	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LIC	Ley de Instituciones de Crédito.
LMV	Ley del Mercado de Valores.
LOTSJDF	Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
LRAF	Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency (Agencia Multilateral sobre Garantías para la Inversión).
NMF	Trato de Nación Más Favorecida.
OAC	Organizaciones Auxiliares del Crédito.
OCDE	Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos .
OMC	Organización Mundial de Comercio.
OPA	Organo Permanente de Apelación.
OPEP	Organización de Países Exportadores de Petróleo.
OSD	Organo de Solución de Diferencias.

PIB	Producto Interno Bruto.
RACCI	Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
RAIAAA	Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje.
RPCIAC	Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
SFM	Sistema Financiero Mexicano.
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
SIEFORES	Sociedades de Inversión Especializadas en Fondos para el Retiro.
SOFOL	Sociedades Financieras de Objeto Limitado.
TESOBONOS	Bonos de la Tesorería de la Federación.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
UDIS	Unidades de Inversión.
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional).

*" ARBITRAJE COMERCIAL; SU APLICACION
AL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO "*

CAPITULO PRIMERO :

**Concepto, antecedentes, marco jurídico y
estructura del Sistema Financiero Mexicano**

Sistema Financiero Mexicano (SFM)

a) Concepto

El análisis conceptual de cualquier sistema financiero parte del supuesto de que el mismo es la representación, el universo o el género de todo un conjunto de entidades que hacen posible el comercio, captación, circulación, control o supervisión y operación de la riqueza (moneda, capitales y valores) existente en una determinada nación. La definición de cualquier sistema que involucra directa e indirectamente factores económicos y jurídicos de muy diversa índole, demanda de igual forma tomar en consideración otros elementos que inciden en su caracterización, como lo son la globalización de la actividad mercantil, la apertura en la participación del mercado (el dinamismo que cada economía permite al mercadeo de valores financieros) y el marco normativo correspondiente, tanto a nivel nacional como internacional.

Como consecuencia de la globalización en el comercio de bienes y servicios, acentuada a partir del año de 1989, prácticamente todas las fronteras han sido abiertas o están en proceso de hacerlo, originando la tendencia a homologar las prácticas comerciales a nivel mundial. La sinergia de este proceso ha impulsado a los hombres de negocio a unificar y/o universalizar sus operaciones de intercambio de bienes y servicios y al mismo tiempo los poderes legislativos de un gran número de naciones han aprobado diversas iniciativas que proporcionan el formato jurídico que garantiza a dichos actos comerciales, la seguridad y legalidad requerida.

Las operaciones tradicionales en el ámbito financiero, quizá el que más rápidamente está uniformando todas sus prácticas, han dejado de ser elementos determinantes para definir o distinguir un sistema de otro.

Las operaciones pasivas y las activas, así como los servicios que prestan las entidades que conforman los sistemas financieros mundiales son prácticamente idénticas. Captación del ahorro e inversión a través de instrumentos como los depósitos de dinero o de valores, la emisión y suscripción de papel comercial, valores, bonos y obligaciones, colocación de créditos para actividades comerciales y la obtención de liquidez a través de operaciones bancarias, de factoraje o de reporto, son operaciones cotidianas en los mercados financieros de diversas plazas alrededor del orbe.

En México, el concepto de sistema financiero ha tenido pocas variaciones en su acepción genérica. Durante bastante tiempo hasta ya entrada la liberalización del comercio financiero a principios de esta década, dicho sistema era definido como el conjunto de instituciones bancarias e intermediarios financieros no bancarios.

Como es de observarse, dicho concepto no incluía características y elementos esenciales a nuestro parecer para adecuar la definición a la realidad.

En la actualidad, prácticamente toda la actividad mercantil de nuestro país se ha convertido en una operación mixta, reuniendo en el mismo ámbito la interacción de empresarios tanto mexicanos como extranjeros y autoridades. De esta forma y tomando en consideración los razonamientos aducidos con anterioridad, concluimos el siguiente concepto acerca del tema en cuestión :

En un sentido estricto, el Sistema Financiero Mexicano es el conjunto coherente y articulado de entidades públicas y privadas y autoridades de regulación y supervisión, que hacen posible el comercio, captación, circulación y operación de la moneda, capitales y valores, dentro de un ordenamiento abierto a la participación tanto nacional como extranjera.

A diferencia de otras definiciones, consideramos pertinente incluir 3 elementos que constituyen rasgos distintivos de nuestro sistema financiero :

- Distinción entre entidades públicas y privadas autorizadas para ejercer la actividad financiera y de crédito.
- Mención de las autoridades que ejercen atribuciones en materia financiera.
- Especificación de la nacionalidad en la participación en esta actividad comercial.

En sentido amplio, el Sistema Financiero Mexicano es el conjunto conformado por las instituciones bancarias, los intermediarios financieros no bancarios, los intermediarios bursátiles, sociedades mercantiles al servicio de estas 3 entidades, así como por las autoridades que ejercen sus atribuciones conforme al marco regulatorio sobre las mismas y que todas ellas hacen posible el comercio, captación, circulación y operación de la

moneda, capitales y valores, dentro de un ordenamiento abierto a la participación tanto nacional como extranjera.

b) Antecedentes

La interdependencia global que afecta a todas las naciones del planeta ha sido la influencia más fuerte en la transformación de la economía de nuestro país. La dramática reconfiguración de los flujos financieros y del entorno económico regional y mundial al término de la Guerra Fría y de su consecuente resultado, el abatimiento de barreras comerciales y barreras políticas (en una gran proporción), así como la revolución tecnológica y de las comunicaciones, originaron toda una serie de conexiones e interconexiones entre los diversos sistemas económicos, financieros y monetarios, que llevó en tiempo relativamente corto a muchos países desarrollados y también a los denominados de *economías emergentes*, a iniciar el proceso de actualización de sus legislaciones que los signos de los tiempos demandaban.

Para atenuar o aprovechar los acontecimientos mundiales que comenzaron a repercutir de manera importante, tanto en la política como en la economía de la mayoría de los países, existió la necesidad de reconfigurar el marco legal para asimilar en la forma más conveniente los efectos de los mismos ¹.

En los países en vías de desarrollo, esto dio paso a todo el proceso de *modernización* que se caracterizó por la adecuación de sus ordenamientos jurídicos para iniciar con los procesos de privatización de empresas públicas, asociaciones comerciales regionales, a través de convenios o tratados internacionales, el libre acceso de extranjeros en el mercado interno de cada nación (integración económica)², así como el atenuamiento de la rígida idea

¹ Para la comunidad financiera internacional, el caso de la crisis económica mexicana, iniciada abiertamente desde el mes de diciembre de 1994, con lo que fue llamada "*la primera devaluación de la era globalizada*", o "*la primera crisis económica y financiera del Siglo XXI*", en términos del Sr. M. Camdessus, Director del Fondo Monetario Internacional, continúa siendo una traumática experiencia para los mercados y economías de prácticamente todo el orbe, de la cual continúan derivándose diversas propuestas de reformas en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para prevenir los efectos secundarios o de dominó que conllevan este tipo de catástrofes financieras. Véase Flores, Gerardo, Salgado, Alicia y agencias. "*Plan Anticrisis del Club de Ricos*". Periódico *El Financiero*, primera plana, Editado por El Financiero, S.A. de C.V. México, D.F., 19 de junio de 1997.

² Entendiéndose por *integración económica*, a aquél presupuesto de la globalización de mercados consistente en un proceso gradual de acoplamiento de las estructuras de 2 o más economías nacionales, con el propósito de formar una zona de comercio que brinde ventajas a los países miembros de la misma.

de la soberanía nacional por el concepto de política supranacional. Esto permitía a los gobiernos y a sus empresarios ser lo suficientemente competitivos ante la inminente apertura de sus economías. No existía marcha atrás. País que no se integrara a la tendencia de libre comercio, país que se rezagaría y aislaría de la economía mundial.

Esto lo declara contundentemente el prestigiado economista, Michael Porter, afirmando que crear ventaja competitiva en sectores complejos exige mejoras e innovación : encontrar mejores formas de competir y explotarla a escala mundial y mejorar incesantemente los productos y procesos de la empresa. *Las naciones triunfan en más o menos sectores en la medida en que sus circunstancias nacionales brinden un entorno que apoye esta clase de conducta. Crear ventaja requiere una fina sensibilidad para percibir las nuevas formas de competir y la voluntad de asumir riesgos y hacer inversiones para ponerlas en práctica. Las naciones triunfan cuando el entorno nacional permite que las empresas desarrollen nuevas estrategias para competir en un sector. Las naciones triunfan cuando las circunstancias locales brindan a las empresas el ímpetu necesario para perseguir esas estrategias pronta y agresivamente. Las naciones fracasan cuando las empresas no reciben las señales correctas, no están sometidas a las presiones correctas y no tienen las capacidades correctas* ³.

La interdependencia mundial ⁴ era un tema conocido por nuestros gobiernos; de ahí que la apertura de nuestra economía fue una lógica y apresurada respuesta a un inevitable proceso gestado al término de la Segunda Guerra Mundial ⁵.

Las bondades de la aludida ventaja competitiva aplicada a la tendencia del libre intercambio de bienes y servicios salió a relucir después de que el populismo, el proteccionismo, la sustitución de importaciones, el constante endeudamiento y los recursos

³ Porter, Michael E. *"La Ventaja Competitiva de las Naciones"* (traducción de Rafael Aparicio Martín). Javier Vergara Editor, S.A., 1a ed. Buenos Aires, Argentina, 1991. p. 106.

⁴ Ileana Di Giovan Battista cita en su libro *"Derecho Internacional Económico, y Relaciones Económicas Internacionales"*, que desde 1979 en la presentación del informe *Interfuturs* elaborado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), se introducía la idea de *interdependencia*, afirmando que la misma estaba creciendo rápidamente a nivel mundial y había llegado aun punto jamás alcanzado : la importancia del petróleo de Arabia Saudita para la mayoría de las economías nacionales, el advenimiento del desarrollo de los océanos y la sincronización de las fluctuaciones económicas de los países desarrollados, eran tres ejemplos entre muchos, que demostraban esa interdependencia.

⁵ Esta afirmación se desprende del desarrollo de la Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo, convocada en 1946 por el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, de donde resulta la *"Carta de la Habana"*, uno de los primeros antecedentes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT - por sus siglas en inglés).

naturales dejaron de ser justificaciones y prácticas que daban soluciones mágicas a la economía nacional. El Estado mexicano se percató muy tarde del gran error cometido en haber hecho enormes inversiones en el crecimiento de su infraestructura, principalmente la burocrática y en el desmedido gasto público, en lugar de haber mantenido el proceso de estabilización de nuestro sistema económico a través del fomento y regulación de la actividad económica, en un sistema equilibradamente mixto.

A mediados de la década de los ochenta, la estrategia gubernamental consistió en diversas acciones para revertir la situación de quiebra técnica que vivía el país. Esta etapa se caracterizó por la instauración de políticas dirigidas a sanear las finanzas públicas y abatir entre otros factores negativos, la inflación, el déficit fiscal y el comercial. Se emprendieron importantes proyectos para incentivar el crecimiento del sector privado, así como el fomento de la exportación de productos no petroleros. Resulta importante destacar que en este lapso, el proceso de internacionalización del comercio de productos mexicanos, iniciado desde fines de los setentas, fue fuertemente apuntalado por el ingreso de México al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) en 1986 ⁶, asegurando de manera multilateral el acceso de éstos al mercado mundial.

Todo estaba preparado para retornar al sistema mixto en la mayoría de los sectores económicos. El ordenamiento jurídico mexicano se adecuó constantemente para lograr dar el mejor marco a las profundas reformas que se estaban gestando. La estrategia comenzó a dar sus primeros frutos a principios de la presente década. El sector privado encontró mejores condiciones para la inversión de capitales y desarrollo de negocios, careciendo sin embargo de una definida política gubernamental para atenuar el costo de la modernización en aquellos sectores con franca desventaja frente a la competencia de productos y servicios extranjeros y que no contaban con la infraestructura y apoyos requeridos para salir del periodo de ajuste que se estaba viviendo en esa época.

La comunidad internacional, tanto acreedores como empresarios y diversos organismos de corte financiero y de cooperación económica, reconocieron el esfuerzo mexicano y consideraron que era el momento prudente para que nuestro país fuera incorporado abiertamente a la economía global.

⁶ El día 24 de agosto de 1986.

Es así como se inició el proceso histórico de la integración, producto de la reforma económica y de estructuras así como la celebración de un acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos de América y el Canadá, para constituir la zona de intercambio económica más grande del planeta, colocando a México en un sitio privilegiado, sumamente estratégico, en la geopolítica y economía internacionales.

La estrategia de integración fue lograr una negociación basada en los principios del *comercio administrado* ⁷, lo que permitiría al gobierno mexicano lograr en corto tiempo las reformas jurídicas necesarias para adecuar las operaciones comerciales a la legalidad y de la misma forma, gradualizar la liberalización del comercio por sector.

En esta etapa de consolidación del libre comercio como la tendencia y práctica económica imperante, el conjunto de sistemas financieros debía de ser el elemento facilitador, el vehículo idóneo para garantizar las bondades y existencia del comercio sin barreras. La economía global exigía el desarrollo de un sistema de derecho financiero internacional que fuera la base para el establecimiento de una autoridad reguladora de los mercados financieros, así como la homologación internacional de reglas que rigieran las operaciones y transacciones financieras ⁸.

Como detonantes de todas las economías, los sistemas financieros mundiales emprendieron una serie de trascendentes reformas para asegurar al comercio globalizado el flujo, la circulación y colocación de capitales necesarios para su existencia. Desde propuestas de uniones monetarias, hasta autonomía en la política de muchos bancos centrales, surgieron como respuestas a la demanda de la globalización de mercados. La reforma del Sistema Financiero Mexicano se caracterizó por 5 elementos : a) Retorno del sistema mixto en al ámbito financiero, b) Otorgamiento de autonomía al Banco Central, c) Participación extranjera en la actividad financiera, d) Adecuación legislativa y e) La cotización del tipo de cambio en materia de divisas sería fijada por el la ley de la oferta y la demanda del mercado correspondiente.

⁷ La tesis del *comercio administrado* considera que las estructuras económicas de los países son distintas en diversos sectores, por lo cual, para lograr una efectiva relación y/o integración comercial es preciso negociar los acuerdos o convenios que sirvan de base para el intercambio de bienes entre 2 o más países y no confiar el resultado solamente a las fuerzas del mercado

⁸ Interaction Council. "Memoir of the High - Level Meeting on Global Interdependence and National Sovereignty". Published by the Interaction Council. Conference organized in Lisbon, 9 - 11 march, 1990. p. 3.

Nuestro país, a lo largo de su interesante vida institucional ha recorrido diferentes y muy complejos caminos. Caracterizado por su riqueza cultural y espiritual, México también se ha destacado como país de constantes y en ocasiones radicales transformaciones. Desde el término de la lucha de Independencia hasta nuestros días, hemos transitado por numerosos episodios que continuamente han traído como consecuencia nuevos cambios en la vida nacional. Las repercusiones que esto ha tenido sobre la gestación, desarrollo y consolidación del Sistema Financiero Mexicano, ha implicado a los actores, así como a los factores que lo integran, una constante evolución y adaptación al modelo político que privaba en cada circunstancia. Con el paso del tiempo, la falta de planeación, la preferencia por lo político descuidando el crecimiento económico, obstruyeron la visión de los dirigentes de nuestro país, y muy tarde se dieron cuenta que desde finales de la Segunda Guerra Mundial, el factor económico comenzó a determinar al modelo político, y por lo tanto el rol de los flujos de capital a nivel mundial con injerencia en los sistemas financieros nacionales cambiaría el panorama de los sistemas políticos del siglo XX.

La fortaleza de un sistema financiero, es en buena medida, el reflejo más fehaciente del *estado de salud* de toda economía. Resulta evidente que el menosprecio a la estabilidad de la economía en nuestro país, tan dañada por los discursos y decretos gubernamentales, no podía arrojar otro historial para nuestro sistema financiero que el que a continuación se intentará esbozar.

En síntesis se puede adelantar como conclusión que, aún estando hasta nuestros días sufriendo las consecuencias del largo camino de la consolidación de un auténtico sistema político - democrático, en donde el gobierno garantice a sus gobernados las condiciones para lograr un desarrollo sostenido y equitativo, siendo éstos últimos los principales motores de la creación de riqueza, el servicio de intermediación financiera en México se ha desarrollado positivamente, en ocasiones a marchas forzadas, con subsidios e inclusive con numerosas circunstancias adversas a su alrededor, pero continúa firmemente adelante. Deseamos que así continúe, ya que el mismo es el pilar en que se sostiene la economía nacional, a nadie conviene su fracaso, a todos beneficia su éxito.

Los antecedentes de lo que se designa como marco jurídico del Sistema Financiero Mexicano, se sitúan formalmente con la aparición del Banco de Avío de Minas en 1784. La etapa anterior a la Colonia no se destacó por alguna disposición, institución u operación que se pudiera clasificar como estrictamente financiera o bancaria. El Banco de Avío de Minas permaneció hasta los primeros años de la época independiente de México. Siendo la minería

una de las principales actividades que realizaron los peninsulares, durante casi toda la época de la Colonia, las primeras manifestaciones de fomento para esta actividad económica se tradujeron en la constitución de dicha institución bancaria. La industria nunca tuvo en la Nueva España el esplendor de otras latitudes, porque se consideraba a América como proveedora por excelencia de materias primas.

De esta fecha (1821-1855) encontramos la normatividad que el gobierno emitió para las actividades sobre el crédito prendario que proporcionaba la institución Monte de Piedad, establecida en 1774. Es comprensible que a lo largo de la compleja transición vivida desde el inicio del Imperio del emperador Iturbide, o consolidación de la Independencia, hasta el Triunvirato, la actividad económica en nuestro país decreció y con ello la normatividad para los giros comerciales, entre ellos el financiero.

Durante el mandato de Guadalupe Victoria, nuestro país ya constituido en una república federal y representativa, autoriza en 1824 la instalación de la primera agencia de representación de un banco extranjero en México, siendo ésta del Barclay's Bank de Londres. Posteriormente, en 1830, por conducto de esta agencia se constituye el Banco de Avío para Fomento Industrial. Continúa sin existir reglas concretas del servicio o comercio crediticio y/o financiero. Crece la inestabilidad hacia el interior del país entre las posturas de los progresistas y los conservadores. El déficit en la cuenta pública obliga al Gobierno a endeudarse más, trayendo como consecuencia un panorama poco estable para el naciente sistema financiero.

En 1837, durante el período presidencial de Bustamante se constituye el Banco Nacional para la Amortización de la Moneda de Cobre. No es sino hasta el año de 1839 cuando se publica el primer lineamiento relacionado con el comercio crediticio y se refería a la prohibición de las operaciones de crédito en las que se pactaran intereses por arriba del 12% anual. Durante 1842, se publica una disposición que sancionaba los abusos en el préstamo de dinero llevado al cabo por instituciones distintas al Monte de Piedad.

Después del difícil momento histórico vivido en nuestro país por la intervención estadounidense, empresarios de ambos países, deciden fortalecer la seguridad jurídica de sus operaciones a través de operaciones de crédito contractual. En 1849, el gobierno reconoce la constitución de la caja de Ahorro del Monte de Piedad. Todavía, durante el último periodo de gobierno del presidente Santa Anna, el comercio y las operaciones de crédito privado y bancario, continúan siendo regidas de manera más o menos anárquica por reglas

centenarias (las Ordenanzas de Bilbao) y por contratos privados, en todo caso, bajo considerandos de orden puramente convencional inspirados en las costumbres bancarias europeas y, a partir de estas fechas, principalmente estadounidenses ⁹. En 1854 se expidió un Código de Comercio decretado por el Presidente Santa Anna, en cuyo Libro Segundo, Sección II, Título Primero, se daban las bases para la actuación de los comerciantes ¹⁰.

Durante el periodo denominado *La Reforma* (1855 -1863) las circunstancias políticas y sociales cambiaron el entorno de país, trayendo como consecuencia una nueva constitución (1857) en la que se comprendía en la fracción X de su artículo 72, la facultad del Congreso para establecer las bases generales de la legislación mercantil. Un aspecto relevante de las Leyes de Reforma consistió en el proceso de desamortización de los bienes del clero. La liberalización de numerosos bienes susceptibles de fungir como garantía de un acto de comercio, propició una tendencia a la alza en las operaciones de préstamo.

Pese a la turbulencia política de esta época, que más tarde desemboca en la etapa del Imperio (1863 -1867), los capitales de empresarios mexicanos y las inversiones de los extranjeros permanecieron en el país, continuando el proceso de consolidación del sistema financiero en México. En 1865 se establece en nuestro país el Banco de Londres y México (Banca Serfin), de capital inglés. En 1875 se constituye en el Estado de Chihuahua el Banco de Santa Eulalia (Banco Inverlat) para la emisión de billete en la región noroeste del país. En 1878 inicia operaciones el Banco Mexicano. En 1881 se crea el Banco Nacional Mexicano, de capital francés, mismo que se fusiona en 1884 con el Banco Mercantil para constituir el Banco Nacional de México (Banamex). En fechas posteriores surgen el Banco Internacional e Hipotecario y el Banco Minero de Chihuahua. En 1883, mediante una modificación del artículo 72 constitucional (Constitución de 1857), en su fracción décima, se faculta al Congreso para expedir códigos obligatorios para toda el país en materia de minería y comercio, comprendiéndose en este rubro a las instituciones bancarias..

Durante el porfiriato, en 1884 se publica el primer Código Federal de Comercio de México, el cual otorgaba facultades al gobierno para autorizar la constitución de bancos (contratos - concesión). En 1889, surge el Código de Comercio vigente. En este ordenamiento la actividad bancaria se convierte en materia federal ¹¹. También en esta etapa,

⁹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. *"Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II : Derecho Bancario y Contratos de Crédito"*. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla, S.A. de C.V., 2a ed. México, 1992. p. 44.

¹⁰ Acosta Romero, Miguel. *"Nuevo Derecho Bancario"*. Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1995. p. 56

¹¹ Dávalos Mejía. *"Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II..., ob. cit., p. 49.*

en el año de 1897 surge la *Ley General de Instituciones de Crédito*. Esta legislación comprende 4 tipos de instituciones relacionadas con los servicios financieros : Bancos de Emisión, Bancos Hipotecarios, Bancos Refaccionarios y Almacenes Generales de Depósito. En 1899 se crea el Banco Central Mexicano, teniendo como principal función fungir como cámara de compensación. Para el impulso del campo se crean las Cajas de Préstamos para Obras de Irrigación y Fomento de la Agricultura, siendo éstas uno de los principales antecedentes de la banca paraestatal.

Con la Revolución Mexicana de 1910 se agravó aún más la delicada situación financiera de las instituciones de crédito que se había heredado del siglo pasado (crisis del gobierno porfirista) y se inició una nueva etapa en la evolución del Sistema Financiero Mexicano, caracterizada por una intervención del Estado, cada vez más intensa, en la dirección, orientación, regulación, control y supervisión de los bancos ¹².

Durante este periodo, el Sistema Financiero Mexicano sufrió un retroceso motivado por la lucha armada de ese tiempo. Se fueron restringiendo las facultades y actividades bancarias autorizadas, hasta que la mayoría de los bancos desaparecieron. Surge en 1915 la Comisión Reguladora e Inspectorá de las Instituciones de Crédito, antecedente de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, así como las iniciativas basadas en el precepto constitucional que instituía al Estado como el único emisor de billetes, dirigidas a la constitución formal de nuestra Banca Central denominada, *El Banco de México*.

El Constituyente de 1917 da a la actividad comercial y bancaria el carácter de federal en la nueva constitución. De igual forma se consignó en la fracción X del artículo 73 de la Carta Magna que el Congreso tenía facultad para legislar en toda la República sobre instituciones de crédito y para establecer El banco de emisión único, encargado del monopolio para la acuñación de moneda y la emisión de billetes por medio de un solo banco que controlaría el Gobierno Federal (art. 28).

Durante el mandato de Obregón resurgió el sistema bancario nacional, con operaciones sustentadas en la práctica comercial bancaria, ya que se carecía de ordenamiento vigentes en dicha materia. Se expide la *Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios*. Este ordenamiento fundamenta la creación de la

¹² Herrejón Silva, Hermilo. "*Las Instituciones de Crédito, un Enfoque Jurídico*". Editorial Trillas, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1988. p. 23.

Comisión Nacional Bancaria. Igualmente, durante 1924 se publican: la Ley de Moratoria, la Ley sobre Bancos Refaccionarios y la Ley de Reorganización de la Comisión Monetaria. En 1925 se constituye el Banco de México, S.A.

La Ley Orgánica del Banco de México, estableció que dicha institución adoptaría la forma de una sociedad anónima, con participación accionaria mayoritaria por parte del Estado, a través de la serie "A" que representaba por lo menos el 51%, complementada con la acciones serie "B", que podían ser suscritas tanto por el Gobierno Federal, como por el público inversionista. Los principales objetivos de esta entidad se referían a la emisión de billetes, regulación del circulante monetario, tasa de interés, centralizar las reservas de las instituciones de crédito y fungir como tesorería del Gobierno Federal.

En el año de 1926 se publican: la segunda Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios, la Ley de Establecimientos de Fideicomiso, la Ley de Crédito Agrícola, la Ley de Bancos Ejidales Agrícolas. En 1931 aparecen la Ley Monetaria y la Ley de Crédito Agrícola para Ejidatarios y Agricultores en Pequeño. En 1932 se publica la tercera Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. A las bancas estatales se les designó la denominación *nacionales de crédito*. En 1933, durante el periodo del presidente Abelardo L. Rodríguez se constituye Nacional Financiera (Nafinsa) y el Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas (Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos - Banobras)

En 1934 se publica la Ley de Crédito Agrícola, misma que deroga a la de 1926 y la Ley General de Sociedades Mercantiles. En 1935, ya en el mandato del presidente Lázaro Cárdenas, se publican : la tercera Ley de Crédito Agrícola, así como el Reglamento de Inspección, Vigilancia y Contabilidad de las Instituciones de Crédito y la Ley sobre el Contrato de Seguro. En 1937 se constituye el Banco Mexicano de Comercio Exterior, S.A. (Bancomext).

Durante la etapa de la modernidad (1940 -1982), concretamente en 1941, se promulga la cuarta Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, Nuevamente, en 1942 se publica otra Ley de Crédito Agrícola. Un año después surge la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. En 1944 se constituye la Comisión Nacional de Inversiones, institución regulatoria de la participación extranjera en las sociedades mercantiles. En el mandato del presidente Alemán surgen: la Comisión Nacional de Valores (1946), el Patronato del Ahorro Nacional (1947), el Banco Nacional del Ejército y la

Armada, S.A. (1950). Durante el gobierno de el presidente Ruiz Cortines aparece el Reglamento de Trabajo de los Empleados de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (1953) y existe otra modificación a la Ley de Crédito Agrícola (1955). En 1967 aparece el Reglamento de las Tarjetas de Crédito Bancarias.

Como toda actividad comercial, el negocio bancario fue sofisticándose a finales de la década de los sesenta. La tendencia a nivel mundial, conjuntamente con la experiencia vivida en los mercados nacionales, llevó a las autoridades bancarias a estimular la creación de grupos financieros a través de la modificación en 1970 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares. Con esta reforma se pretendía integrar las sinergias de las diversas entidades que conformaban el sistema financiero para unificar criterios de administración y lograr eficientizar procesos y operaciones, brindando con ello mayores productos y beneficios al usuario. Además se pretendía la solidaridad entre todas las entidades que conformaran el grupo financiero, estableciendo garantías recíprocas y vínculos patrimoniales entre las mismas. Sin embargo, cada una de las entidades que conformaban el grupo financiero conservaban su personalidad jurídica propia, así como su giro o especialidad (instituciones financieras, hipotecarios o de depósito). Esto continuaba siendo un inconveniente para el óptimo desarrollo comercial de los intermediarios financieros, por lo que también se buscó integrar servicios en una misma banca. De esta forma, la conformación de los grupos financieros fue el antecedente inmediato para el establecimiento de la banca múltiple ¹³.

En 1975 se publica en el Diario Oficial de la Federación una excepción al principio de especialización de la banca (reforma a la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares), la cual había resultado de las diversas fusiones que se venían gestando desde la aparición de los grupos financieros, para dar paso a las primeras manifestaciones de banca múltiple. Es hasta el año de 1976, que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público expide una serie de reglas para la formal constitución y funcionamiento de los bancos múltiples ¹⁴.

Como resultado de una fusión de diversas instituciones de crédito, en 1975 surge el Banco Nacional de Crédito Rural (Banrural). En 1976 se expide el decreto sobre las Reglas

¹³ Este tipo de instituciones bancarias proporcionan diferentes clases de servicios a sus clientes como operaciones financieras, hipotecarias y fiduciarias, de captación, etc...

¹⁴ Herrejón Silva, *ob. cit.*, pp. 46 - 47.

para el Establecimiento y Operación de Bancas Múltiples y aparece la Ley General de Crédito Rural¹⁵.

Los ochenta pueden considerarse como parteaguas en la historia del Sistema Financiero Mexicano. Diversas fueron las circunstancias que dentro del contexto nacional e internacional se presentaron para concluir en el año de 1982 con la nacionalización bancaria¹⁶ y el control generalizado de cambios. México venía padeciendo de una crisis económica que se volvió prácticamente inmanejable cuando las reservas monetarias primarias disminuyeron drásticamente, las consecuencias negativas en nuestra economía derivadas de la caída en los precios del petróleo no se habían erradicado del todo, el peso se desplomó en las devaluaciones acontecidas ese año y la fuga de capitales, producto de la gran desconfianza que imperaba, colocarían a México al borde de la moratoria.

A nivel internacional, el problema de la crisis del endeudamiento externo de los países en desarrollo, se generalizó, agravando la situación de liquidez de nuestro país. La gran recesión, producto de las políticas anti - inflacionarias de los países industrializados y la contracción en el volumen del comercio mundial, constituyeron serios factores negativos para las economías de las Naciones en desarrollo.

Ante este panorama, la solución tomada por el Gobierno de la República fue la de estatizar la banca, a través de los decretos expropiatorios del mes de septiembre de 1982¹⁷. Como consecuencia de esta nueva política, a través de la cual se otorgó al Estado el monopolio del servicio público de banca y crédito, se realizaron profundos cambios en la legislación de todo el Sistema Financiero Mexicano, comenzando por la reforma a la Constitución en sus artículos 73, fracciones X y XVIII, 28 y 123, en la adición de la fracción XIII-bis, de su apartado B, que además de lo anterior, buscaba dotar al Congreso de la Unión de facultades para legislar en esa materia y establecer las reglas relativas a la correlación entre la moneda nacional y la extranjera, así como para incorporar la regulación de las relaciones laborales entre las instituciones que prestarían el servicio de banca y crédito y sus trabajadores en el apartado "B" del artículo 123 de la Constitución.

¹⁵ Dávalos Mejía. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II...*, ob. cit., pp. 56 - 60.

¹⁶ El término "nacionalización bancaria" ha sido varias veces señalado como incorrecto. Sin embargo, así aparece en el decreto publicado en septiembre de 1982. De acuerdo a numerosos académicos, abogados, politólogos y profesionales de las finanzas, la designación correcta para ese acto expropiatorio de autoridad es la de "estatización bancaria".

¹⁷ El decreto referente a la expropiación exceptuó a las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares de crédito, a la banca mixta, al Banco Obrero, al Citibank N.A., y a las oficinas de representación de entidades financieras del exterior, así como a las sucursales de bancos extranjeros de primer orden.

En 1983 se modificó la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, para hacerla compatible con la ley que entró en vigor y que era Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. Lógicamente, por la premura con la que se tomó la decisión de estatizar la banca, el gobierno propuso mantener gran parte de la legislación que sustentaba a los bancos privados y gradualmente ir la sustituyendo por el marco normativo administrativa y jurídicamente adecuado.

Se le da al Banco de México el carácter de organismo descentralizado. Gradualmente se fue limitando la actividad bancaria y sus diversas operaciones, restringiendo la participación societaria de los particulares a un 34%. Para 1985 aparecen la segunda Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, los reglamentos orgánicos de las sociedades nacionales de crédito y la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. En 1986 se publica la legislación orgánica de la banca de desarrollo, así también la Ley de Sociedades de Inversión, el Estatuto Orgánico del Patronato Nacional y la Ley de la Casa de Moneda de México. Es en este lapso cuando las casas de bolsa destacan sensiblemente dentro del sistema financiero; siendo los intermediarios autorizados para operar en el mercado de valores y diversificando sus políticas de captación a través de instrumentos y operaciones atractivas para el público inversionista, aprovecharon el estancamiento de la banca estatal para lograr su alto posicionamiento.

Durante todo este periodo, el sistema bancario fue reestructurado en su totalidad. De 69 entidades existentes antes de 1982 se redujeron a 18. Lo anterior fue llevado a cabo, a través de diversas liquidaciones y fusiones, para constituir de esta forma un sistema bancario más homogéneo, en el que pudieran coexistir bancos de cobertura local o multiregional, con otros de mayor tamaño ¹⁸.

El lastre que generaba para la economía nacional las consecuencias de la crisis del año de 1982, motivó que hacia el año de 1986, el propio sistema bancario estatizado fungiera como medio para financiar parte del presupuesto de egresos de la federación, a través del régimen de máximo encaje legal. Como consecuencia se produjo un fenómeno de desintermediación bancaria. Dentro de este contexto, el mercado de servicios financieros prosiguió con la tendencia mundial de la desregulación ¹⁹ y la ampliación en la variedad de

¹⁸ Asociación de Banqueros de México, A.C. "Anuario Financiero de la Banca en México, Ejercicio 1995". (Volumen LVI). Wallace Editores, S.A., 1a ed. México, 1996. p. 22.

¹⁹ Este proceso de desregulación en el ámbito financiero se caracterizó, entre otras aportaciones, por la eliminación de gravámenes e impuestos, la flexibilización en los controles de cambio, la apertura del mercado financiero a

productos e instrumentos para la colocación, la inversión y el financiamiento, entre los que destacaron: las aceptaciones bancarias, las acciones de libre suscripción, el concepto de cuenta maestra, los depósitos preestablecidos, los Bonos de Desarrollo (BONDES), los fondos neutros, los ajustabonos, entre otros.

Ante esta situación, y la incorporación formal de México al comercio internacional, las autoridades reconocieron la imperiosa necesidad de adoptar medidas tendientes a la liberalización del sistema bancario con el propósito de apuntalar la estrategia de economía de mercado, lo cual resultó en lo que conocemos como el proceso de reprivatización bancaria, situada formalmente con la reforma constitucional del mes de junio de 1990.

A esta conclusión antecedió todo un proceso de reformas dándose concretamente en 1988 con la liberalización gradual de las operaciones bancarias. El flujo de capital extranjero se incrementó notablemente con la expedición en 1989 del nuevo Reglamento de inversión extranjera, beneficiando con esto a todo el sistema financiero.

Desde el punto de vista jurídico, la fecha citada resulta de gran importancia para la cronología de sucesos que impactan al régimen jurídico del Sistema Financiero Mexicano, pero el año de 1989 nos lleva directamente a retomar lo citado al principio de este apartado, considerándolo como fecha de referencia de la historia moderna del mundo ²⁰, que de manera contundente influyó en el perfil que tendrían las entidades financieras en los años posteriores.

A partir de ese memorable año, las tendencias del libre comercio y de la interdependencia global aceleraron los procesos de modernización en todos los sistemas financieros, principalmente en los de las economías emergentes. México debía adecuarse al marco internacional o se aislaría inevitablemente de los flujos de capital e inversión que buscaban apertura, seguridad y libre competencia.

En la actualidad, La diversa gama de cuerpos normativos que conforman el marco jurídico vigente del Sistema Financiero Mexicano, fueron resultado de los procesos de evolución y adecuación producto de las tendencias económicas y de globalización en la

intermediarios extranjeros, fortalecimiento en la estructura de los grupos financieros y la banca múltiple, así como en la complementación de las leyes y reglamentos entre las entidades de los sistemas financieros.

²⁰ 1989 es la fecha en que se considera terminada la llamada "Guerra Fría" (término acuñado por Walter Lipman) o confrontación entre las potencias del este y las potencias del oeste.

actividad mercantil mundial. Igualmente, las circunstancias que motivaron la expropiación de las instituciones bancarias habían cambiado. El gobierno consideró mejor la estrategia de desincorporación y de concentración de actividades y recursos para canalizarlos a una política social redimensionada y al fomento del crecimiento de nuestra economía, como rector de la misma.

Lo anterior, llevó al los poderes Ejecutivo y Legislativo a concentrar sus esfuerzos para emitir y operar legislaciones que colocaran a los empresarios de las finanzas en México y a la propia economía del país, en una posición de competitividad frente a los sistemas financieros de otras naciones.

Para lograr las metas de crecimiento era necesario contar con un sistema financiero productivo y redituable, para lo cual se requerían tasas de interés y rendimientos competitivos a nivel internacional. Hacia 1989, los controles a las tasas de interés activas y pasivas desaparecieron, al igual que el sistema de encaje legal y de los cajones selectivos del crédito, sustituyéndose por un nuevo marco de reservas prudenciales relacionadas con las operaciones crediticias y sus riesgos, así como de requerimiento de capital en proporción a los activos en riesgo.

El Sistema Financiero Mexicano requería primero de proveer a la economía nacional una mayor oferta de operaciones tanto pasivas como activas, a través de atractivos planes de crédito y financiamiento, así como de interesantes estrategias para la captación del ahorro, todo ello, indispensable para el fomento de la actividad económica del país.

Es así, como entre 1989 y 1993 se gestó la primera generación de reformas al Sistema Financiero Mexicano de la denominada *ola modernista*. Los ordenamientos jurídicos más sobresalientes elaborados durante esa etapa fueron: Acuerdo sobre las Reglas Básicas de Operación de las Arrendadoras Financieras, Reglas sobre las Sociedades de Inversión de Renta Fija para Personas Morales, Acuerdo que reforma las Disposiciones Complementarias de Control de Cambios, Circular que expide Disposiciones de Carácter General para la Realización de Arbitraje de Valores, Reglas Generales para las Sociedades que prestan servicios a las Casas de Bolsa o cuyo Objeto sea Auxiliar o Complementario de las Actividades que éstas realizan, Disposiciones de observancia obligatoria para las Casas de Bolsa, en sus Operaciones por Cuenta Propia con Valores de Renta Variable e Inversiones sobre dichos valores que efectúen con cargo a su Capital Global, Reglamentos Internos de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Comisión Federal de

Competencia, Acuerdo por el que se reforman y adicionan las Reglas Básicas de Operación de Almacenes Generales de Depósito, Reglas Generales para Operaciones de Fianzas y Reafianzamientos en Moneda Extranjera celebradas por Instituciones de Fianzas concesionadas del país, diversas modificaciones y adiciones a las leyes en materia de seguros, fianzas, sociedades mercantiles, organizaciones y actividades auxiliares del crédito, del mercado de valores, la iniciativa de junio de 1990 de modificación constitucional para adecuar el marco legal del retorno al sistema mixto en el servicio de banca y crédito, la Ley de Instituciones de Crédito (sustituyó a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de banca y Crédito), la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, la Ley Federal de Correduría Pública y su reglamento correspondiente y la Ley del Banco de México, misma a través de la cual se le otorgó autonomía a la Banca Central.

El proceso de desincorporación o reprivatización bancaria inició en el mes de septiembre de 1990 con la constitución de un comité para tal fin, a través del cual y conjuntamente con la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, se coordinaron las 3 etapas que lo conformaron ²¹.

La primera etapa consistió en la valuación contable, con relación al patrimonio total de cada banco, tomando en cuenta la calificación de cartera, así como la valuación económica y la estimación del potencial de generación de utilidades. Posteriormente, siguió la reprivatización a través de la enajenación de los títulos representativos del capital social de cada una de las instituciones bancarias. La asignación de los paquetes accionarios de los 18 bancos se realizó durante 1991 y 1992. Finalmente se procedió a la autorización de operación de grupos y sociedades controladoras de grupos financieros.

Una vez concluida la desincorporación bancaria, el Sistema Financiero Mexicano continuaba su proceso de modernización y adecuación a las tendencias de los mercados nacionales e internacionales. Se diversificó la asignación de crédito; creció considerablemente la captación; los activos del sistema bancario se incrementaron y se impulsó fuertemente el negocio financiero. Continuo el proceso de desregulación en la operación y organización de los intermediarios financieros.

²¹ Véase Asociación de Banqueros de México, A.C. "Anuario Financiero de la Banca en México, Ejercicio 1995"..., *ob. cit.*, p. 24.

Todo parecía indicar que el Sistema Financiero Mexicano se convertiría en uno de los más competitivos de las economías emergentes, hasta que se empezó a generar un crecimiento, considerado pasajero, en la cartera irregular de algunas instituciones bancarias. Las autoridades se percataron de la deficiente administración que se hacía con el dinero de los ahorradores, al realizar operaciones crediticias sin una adecuada medición de riesgos, lo que originó la primera intervención de las autoridades financieras y hacendarias en un grupo del sistema financiero en 1994 ²².

Durante el difícil año de 1994, las condiciones macroeconómicas variaron sensiblemente. Las tasas de interés a nivel internacional aumentaron, forzando a las tasas de interés internas a incrementarse. El excesivo consumo crediticio o expansión del crédito de años anteriores ²³, aunado a la deficiente supervisión y regulación en materia financiera, y las cuantiosas deudas en moneda extranjera a corto plazo ²⁴ contraídas por las entidades financieras, representaron un elemento sumamente negativo para la economía. El panorama a corto plazo de diversos pagos de obligaciones emitidas por el Gobierno Federal en la forma de Bonos de la Tesorería de la Federación con denominación en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (TESOBONOS) ²⁵ constituyeron un factor de desequilibrio y vulnerabilidad a las reservas del Banco de México. La inversión extranjera disminuyó notoriamente y los problemas de política interna y el proceso electoral que se llevó al cabo para elegir presidente de la República complicaron aún más el contexto a nivel nacional e internacional, conduciéndonos a un drástico desequilibrio en la balanza de pagos

²² Fueron diversas entidades financieras del Grupo Financiero Havre (arrendadora financiera, factoraje, casa de cambio y la casa de bolsa), los primeros intermediarios intervenidos por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

²³ Originado en gran medida por la desproporcionada cobertura de mercado que intentaron los bancos ante la liberalización de tasas de interés y desregulación imperante, descuidando los manejos ortodoxos del negocio crediticio. Lo anterior se refleja en la política de continuar refinanciando créditos impagables a través de la capitalización de intereses, en lugar de castigarlos contra utilidades, activos y participación en el mercado. Otro factor importante lo fue el cambio estructural que originó la apertura comercial. Los empresarios financieros calcularon mal los escenarios de rentabilidad y operación de los sectores productivos a donde iban canalizados los créditos bancarios, al cohabitar las empresas mexicanas con otras empresas y productos extranjeros en un mercado de libre competencia. Aunado a todo lo anterior, la errónea interpretación del marco jurídico dio pauta a que los banqueros se sintieran respaldados plenamente por el gobierno en caso de problemas de cartera vencida, lo cual contribuyó a subjetivizar la calificación de las garantías otorgadas en cada operación crediticia.

²⁴ El monto de dichas obligaciones era superior a los 20,000 millones de dólares.

²⁵ Los TESOBONOS son títulos de crédito denominados en moneda extranjera, en los cuales se consigna la obligación del Gobierno Federal de pagar en una fecha determinada, una suma en moneda nacional equivalente al valor nominal del título en dicha moneda extranjera, calculado al tipo de cambio libre. Véase León León, Rodolfo. *Instrumentos Financieros del Mercado de Dinero, Biblioteca Nafin no. 4*. Subdirección de Publicaciones, Nacional Financiera, S.N.C., 1a ed. México, 1992. p. 17. La suma de TESOBONOS emitidos por el Gobierno Federal con vencimientos en 1995 fue de 30,000 millones de dólares norteamericanos.

que concluyó en una drástica devaluación de nuestra moneda con relación al dólar norteamericano.

Las consecuencias no se hicieron esperar, estancamiento o recesión económica provocada por la escalada inflacionaria que sobrevino; decreción de la captación y del financiamiento; altas tasas de interés y el saldo mayor : una cartera vencida de alto riesgo en todas las instituciones del Sistema Financiero Mexicano.

A partir de 1995, el Gobierno Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, diseño toda una serie de programas ²⁶ para el fondeo emergente de las instituciones bancarias y demás intermediarios financieros, conjuntamente con planes de apoyo a deudores de dichas entidades. Sobresale el papel determinante que a la fecha ha desempeñado el Fondo Bancario de Protección al Ahorro en lo referente a la capitalización y saneamiento de los bancos y compra de cartera irregular. Las estrategias de apoyo al sistema financiero fueron asimiladas fiscalmente como papel gubernamental, impactando negativamente la deuda pública interna ²⁷. Durante este lapso diversas instituciones financieras fueron intervenidas, unas por la administración negligente de sus ejecutivos y otras por su endeble situación financiera y económica. Estas mismas entidades fueron subastadas nuevamente, reconfigurando el panorama del Sistema Financiero Mexicano. No obstante, los accionistas de todas ellas tuvieron que realizar

²⁶ Estos programas fueron : 1) Ventanilla de liquidez en dólares (Con el propósito de que las entidades bancarias pudieran saldar sus deudas con bancos extranjeros, a través del FOBAPROA se puso a disposición de las mismas los recursos necesarios para que cumplieran sus obligaciones en moneda extranjera.); 2) Programa de capitalización temporal (Este programa consistió en el apoyo brindado por el FOBAPROA para la capitalización de los bancos.); 3) Programas de reestructuras en unidades de inversión (Mediante estos programas, sin hacer quitas al saldo total, se esquematizaron estrategias para que los deudores de la banca solventaran sus obligaciones en condiciones más favorables. Lo anterior mediante la reestructuración de los créditos en unidades de inversión o *UDIS*, que consisten en unidades de cuenta indizadas a la inflación, determinándose una tasa real de interés sobre el saldo del crédito.); 4) Mecanismo de capitalización con compra de cartera (Mediante el mismo el gobierno apoyó a las bancos comprándoles cartera o derechos de crédito. La compra de cartera fue condicionada a que las accionistas de los bancos aportaran nuevo capital. Las entidades bancarias recibieron pagarés del FOBAPROA con el aval del Gobierno Federal, liquidables en 10 años. Al sustituirse del balance contable de los bancos los créditos de baja calidad o incobrables por los pagarés emitidos por el FOBAPROA, se disminuyó el riesgo de la cartera crediticia.); 5) Acuerdo de Apoyo a Deudores de la Banca; 6) Programa de beneficios adicionales a los deudores de vivienda; 7) Programa de apoyo al sector agropecuario y pesquero; 8) Programa de apoyo a la pequeña y mediana empresa; 9) Facilidad para los bienes adjudicados y 10) Intervención y saneamiento de entidades financieras.

²⁷ A finales del año de 1998, el Gobierno Federal a través del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA) era titular de créditos y activos por la cantidad de 609,928 millones de pesos como resultado de las compras de cartera y de las intervenciones a diversas instituciones financieras.

nuevas aportaciones de capital, para capitalizarlas en un monto superior al que se pagó por las 18 instituciones bancarias desincorporadas ²⁸.

En 1995 y 1996 México accede exitosamente a los mercados internacionales de capital a través de la emisión y colocación de innovadores bonos globales de deuda, logrando financiar y refinanciar gran parte de obligaciones a corto y mediano plazo con denominación en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, colocando al país en una situación controlada y fuera de un peligro de moratoria en los compromisos internacionales²⁹. Adicionalmente se implantó un fuerte programa de ajuste económico para revertir el déficit en la balanza comercial y promover el crecimiento.

Las perspectivas de viabilidad del negocio financiero fueron mejorando para 1997. De la experiencia vivida durante la crisis económica en nuestro país durante 1995 y 1996 se determinó tomar las siguientes líneas de acción: a) Autorregulación de los mercados y Regulación prudencial, b) Homologación de operaciones y de criterios contables con relación a patrones internacionales, c) Nuevos criterios para la administración de riesgos y calificación de cartera, d) Redefinición de nichos de mercado, e) Continuar con el proceso de apertura del sistema financiero y f) Consolidación del Sistema Financiero Mexicano para reactivar el crédito.

Estas tendencias han sido catalogadas dentro del paquete denominado la segunda generación de la reforma del sistema financiero ³⁰ y hacen referencia a los incisos aludidos en el párrafo inmediato anterior, así como a la promoción de una política de crédito responsable. Todo ello destinado a consolidar un sistema transparente, que sea el puente de acceso a los mercados y un factor de apoyo y promoción de la actividad comercial.

En lo referente a la autorregulación de los mercados, las autoridades en la materia, con base en la experiencia y la tendencia de las operaciones y servicios financieros a nivel

²⁸ Con el propósito de capitalizar a sus instituciones, los accionistas de bancos e intermediarios financieros al mes de marzo de 1997, habían tenido que realizar aportaciones hasta por un total de 63,300 millones de pesos. La suma que se pagó por los paquetes accionarios de los 18 bancos reprivatizados ascendió a la cantidad de 37,856 millones de pesos.

²⁹ Véase Tierney, Jennifer. "Back from the Dead". IFR Review of the Year 1995, International Financing Review, IFR Publishing Ltd. London, 1995. p. 76. y Johnson, Andrea. "The Ultimate Comeback". IFR Review of the Year 1996, International Financing Review, IFR Publishing Ltd. London, 1996. p. 30.

³⁰ Véase Howard, Georgina y Salgado, Alicia. "Completar la Reforma Financiera, sugiere el FMI a Latinoamérica". Periódico *El Financiero*, primera plana, Editado por El Financiero, S.A. de C.V. México, D.F., 24 de junio de 1997.

internacional concentrarán sus esfuerzos en el manejo de la información dentro del sistema financiero en su conjunto ³¹.

Los trabajos más importantes de regulación gravitarán sobre la responsabilidad en la emisión de dictámenes, así como en los procesos de auditoría interna y externa, a cargo de entidades y funcionarios que se relacionen directa o indirectamente con los intermediarios financieros.

Las medidas relacionadas con la regulación prudencial tendrán como objetivo proteger los depósitos de los clientes y procurar una asignación ordenada de los mismos.

Durante 1995 y 1996 surgieron nuevos criterios de capitalización para la banca múltiple y casas de bolsa. Mediante éstos, se adicionó al requerimiento mínimo de capital para riesgos crediticios, otro que cubría los riesgos del mercado (riesgos de tasas de interés, tipo de cambio y variación en precios de inversiones propias). La homologación contable garantizó la instrumentación de estándares internacionales en las operaciones y estructura de los intermediarios nacionales, dándoles una proyección global y de competitividad.

No obstante la respuesta positiva de la serie de reformas implementadas dentro del Sistema Financiero Mexicano, hacia finales de 1997 y durante todo el año de 1998, las crisis económicas y financieras de Asia ³² y de Rusia, aunadas a la estrepitosa caída de los precios del petróleo a nivel internacional y el creciente problema del manejo de la deuda adquirida a través del FOBAPROA, obligaron al Gobierno de México, a implementar de nueva cuenta fuertes programas de ajuste y adecuar al marco normativo a las nuevas realidades.

En 1998, el precio de las acciones de las principales instituciones bancarias disminuyeron en su valor más del 45% y las tasas de referencia sobrepasaron niveles del 30%. El Fondo Bancario de Protección al Ahorro y su inmanejable deuda por compra de cartera, complicó aún más el panorama, requiriéndose de una eficiente respuesta de los poderes federales. Esencialmente la adecuaciones al marco jurídico versaron sobre la

³¹ Véase Fernández García, Eduardo. "Regulación Prudencial y Consolidación del Sistema Financiero". Ponencia presentada en los trabajos de la 60a Convención Bancaria, organizada por la Asociación de Banqueros de México, A.C. Cancún, Quintana Roo, 6 - 8 de marzo de 1997.

³² Con ciertas semejanzas a la crisis financiera de México de 1994 - 1995, la crisis asiática de 1997 se caracterizó por la operación financiera apalancada por los propios gobiernos, trayendo como consecuencia que los empresarios de las finanzas invirtieran en negocios de alto riesgo con la expectativa de altas ganancias, confiando de que, en caso de que las cosas salieran mal, serían rescatados con recursos públicos.

necesidad de abrir aún más la inversión extranjera en instituciones financieras con el propósito de capitalizarlas, y estar en condiciones de reactivar el otorgamiento de créditos; además fue necesario terminar con la especulación entorno a la inseguridad jurídica que suponía el fideicomiso anteriormente citado, sentando las bases de una nueva entidad que estuviera controlada y supervisada por distintos actores políticos y de gobierno.

La reforma legal gravitó esencialmente en la publicación de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, así como en diversas modificaciones a disposiciones relativas al Banco de México, a las Instituciones de Crédito, a los intermediarios bursátiles y a las agrupaciones financieras.

Con las reformas aludidas, se evitará que se socialice en demasía las fallas del sistema financiero, reduciendo el pago en el futuro que de las mismas tengan que cubrir los contribuyentes.

Para reducir el riesgo sistémico ³³ o fallas en todo el sistema son necesarias regulaciones prudenciales, más eficaces y más compatibles con incentivos y con base en el mercado ³⁴.

De igual importancia en lo referente a las tendencias del Sistema Financiero Mexicano, lo constituyen la evolución que tendrán las directrices comprendidas en el decreto publicado ³⁵ para combatir el lavado de dinero que se intente a través de cualquiera de las entidades que lo componen.

El lavado de dinero consiste en aquellos procedimientos destinados a transformar la identidad del dinero ilícitamente obtenido con el propósito de aparentar una licitud que no tenía ³⁶. Lo anterior se lleva al cabo a través de diversos mecanismos y conductos, entre los que destacan los intermediarios financieros de todo el mundo.

³³ "La ocurrencia del riesgo sistémico se percibe porque todos los participantes económicos están interconectados. Esta interconexión propicia una cadena a lo largo de la cual todos los golpes que reciba un agente se transmiten a los otros." Kaufman, George G. "Fracasos, Riesgo Sistémico y Regulación Bancaria". Revista Ejecutivos de Finanzas, año XXVI, no. 6. Editada por el Comité Editorial del Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, A.C. México, 1997. p. 26.

³⁴ Kaufman, George G. "Fracasos, Riesgo Sistémico y Regulación Bancaria"..., *ob. cit.*, p. 23.

³⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1997.

³⁶ García Moreno, Víctor Carlos. "Lavado Internacional de Dinero". Edición propia.

En México, estas medidas se encuentran en pleno periodo de ajuste y revisión por las autoridades y organizaciones relacionadas con la materia, con el propósito de emitir un cuerpo normativo eficiente que no entorpezca o burocratice el dinámico desempeño de las operaciones financieras en nuestro país y que se dirija a perseguir a los autores del delito de lavado de dinero, así como a la prevención del mismo.

c) Marco jurídico

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Nuestra Carta Magna, base del ordenamiento jurídico mexicano prevé en el texto constitucional una serie de artículos, concretamente el 25, 26, 27 y 28 en los que se estatuyen los elementos integradores de lo que los tratadistas denominan el modelo económico de la Nación. Resulta interesante observar como la técnica legislativa del Constituyente de 1917 consideró oportuno conceder un espacio definido para dimensionar el papel del Estado en la conducción de la actividad económica de nuestro país. Aunque estos artículos han sufrido modificaciones a lo largo de su existencia, junto con aquellos otros (3, 5, 31, 73, 74,76, 89, 115, 117, 118, 123, 131 y 134) no menos importantes en lo que respecta al modelo de economía, podríamos afirmar que en el territorio nacional ha privado un constitucionalismo social.

La rectoría económica del Estado, entendida como la facultad de planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, así como la regulación y fomento de las actividades que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución³⁷, conjuntamente con la planeación y la sectorialización de actividades económicas conforman la directriz de las actividades del Estado para garantizar un desarrollo productivo para el pueblo de México.

Es de esta forma, como el análisis del capítulo o de la parte económica de la Constitución, resulta de gran trascendencia para asimilar mejor el diseño y contenido de las leyes secundarias dirigidas a regular específicamente todas y cada una de las actividades que se comprenden en el Sistema Financiero Mexicano.

³⁷ LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"*. (Tomo IV). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. p. 190.

Los preceptos constitucionales en comento, dotaron al Estado de una serie de facultades para su activa participación en el horizonte económico. El sistema mixto garantiza la construcción ordenada y equitativa de un país con la suma de los sectores gubernamental, social y privado. Igualmente, se asegura el papel del Estado como promotor del crecimiento y de la internacionalización del país, así como el tener a su cargo el cuidado de los recursos naturales y mantener una serie de políticas públicas que fomenten las condiciones requeridas para la producción de riqueza.

Para el análisis de los preceptos constitucionales y su relación con el Sistema Financiero Mexicano, solamente citaremos aquella parte de los mismos que versen directamente sobre la materia.

Artículo 27 constitucional

"...La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones :

...V. Los bancos debidamente autorizados, conforme a las leyes de instituciones de crédito, podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, de acuerdo con las prescripciones de dichas leyes, pero no podrán tener en propiedad o en administración mas bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo..."

La norma constitucional deja que la norma secundaria regule la capacidad de adquisición de bienes raíces a cargo de las instituciones de crédito.

Artículo 28 constitucional

"...El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento.

No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva, a través del banco central en las áreas estratégicas de acuñación de moneda y emisión de billetes. El banco central, en los términos que establezcan las leyes y con la intervención que corresponda a las autoridades competentes, regulará los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia. La conducción del banco estará a cargo de personas cuya designación será hecha por el presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores o de la Comisión Permanente, en su caso; desempeñarán su encargo por periodos cuya duración y escalonamiento provean al ejercicio autónomo de sus funciones; sólo podrán ser removidas por causa grave y no podrán tener ningún otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquellos en que actúen en la representación del banco y de los no remunerados en asociaciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia. Las personas encargadas de la conducción del banco central, podrán ser sujetos de juicio político conforme a lo dispuesto por el artículo 110 de esta Constitución..."

La presente sección del artículo citado, referente al sistema financiero, fue resultado de diversas modificaciones, especialmente las originadas el 27 de junio de 1990 (eliminación del monopolio del Estado en la prestación del servicio público de banca y crédito) y 20 de agosto de 1993 ³⁸ (elevación a rango constitucional la existencia y la autonomía del banco central).

Con el objetivo de consolidar el proceso de modernización del Sistema Financiero Mexicano, se procedió a restablecer plenamente el sistema mixto de participación en lo que respecta a intermediación financiera en México, así como a dotar de mayor libertad e independencia en sus funciones a la Banca Central.

La autonomía otorgada a esta entidad de derecho público, fue, en los rubros de carácter técnico y administrativo, prácticamente total. Sin embargo, en importantes áreas financieras y económicas, exceptuándose concretamente la emisión de billete, acuñación de

³⁸ Esta reforma constitucional provocó la adecuación de los siguientes cuerpos normativos relacionados con el Sistema Financiero Mexicano: la Ley Orgánica del Banco de México; la Ley de Instituciones de Crédito; la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras; la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito; la Ley de Sociedades de Inversión; la Ley del Mercado de Valores; la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros y la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

moneda y la política monetaria, permaneció una cierta interdependencia con otras autoridades ³⁹.

Las actividades de carácter financiero que se consideran áreas estratégicas, como es el caso de la acuñación de moneda y la emisión de billetes, son funciones exclusivas del Banco de México. De la misma forma se plasma la autonomía en funciones y administración de dicha institución.

La emisión de billetes estaría a cargo del propio Banco de México y la acuñación de moneda continuaría bajo la operación del organismo descentralizado de la Administración Pública Federal denominado Casa de Moneda de México, la cual actuaría bajo las órdenes del mismo.

Para lograr eficazmente la estabilidad del poder adquisitivo de nuestra moneda, era necesario que el Banco Central fungiera como contrapeso a las decisiones gubernamentales y de los particulares, que incidían en factores que tendían a disparar la inflación. De ahí la importancia de dotar a este organismo con una autonomía plena de funciones, las cuales también repercutirían positivamente en todo el sistema financiero al procurar su desarrollo y el buen funcionamiento de los sistemas de pago.

Al precisarse que el objetivo prioritario del Banco de México es el de procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, queda en entendido que todas las demás facultades y funciones de esta entidad deberán de subordinarse al mismo. La banca central concurrirá con otras autoridades y de acuerdo al marco normativo correspondiente, a la regulación del crédito, los cambios y la prestación de servicios financieros. Asimismo, operará como banco de reserva con las instituciones de crédito, prestará servicios de tesorería al Gobierno Federal y como asesor financiero del mismo, entre otras actividades.

La Ley del Banco de México, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de diciembre de 1993, se constituye como ley reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁹ Llama la atención la marcada injerencia que tiene la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en algunas funciones que parecieran ser de la exclusividad del Banco de México y de sus funcionarios como es el caso de la política cambiaria y de los programas anuales de acuñación de moneda.

Artículo 73 constitucional

"El Congreso tiene facultad :

...X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros⁴⁰, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123...

...XVIII. Para establecer casa de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera y adoptar un sistema general de pesas y medidas..."

El sistema bicameral que caracteriza a nuestro poder legislativo a nivel federal está dotado, por mandato constitucional de una serie de facultades para legislar en todas aquellas materias, que, por su naturaleza, merecen una homologación en toda la República para una mayor coordinación entre los sectores social, productivo y gubernamental con miras a un desarrollo armónico sostenido. El ejercicio de estas facultades, que se lleva a la práctica de manera sucesiva y separada, garantiza al pueblo de México el dotarse, a través de sus representantes (senadores y diputados federales) de leyes generales, abstractas e impersonales en aquellos rubros considerados de trascendencia nacional y en ocasiones también en lo internacional.

Resulta obvio que la federalización de la materia económico - financiera ha respondido, desde su inclusión en el precepto constitucional, a la necesidad de contar con un marco normativo que dinamice la coordinación entre los diferentes sectores que constituyen o que tienen injerencia dentro del Sistema Financiero Mexicano. La tendencia que se dirige hacia la apertura e interdependencia de todos los sistemas financieros del orbe, reafirman el carácter de la reforma constitucional al conceptualizar las diversas operaciones que se generan en esta actividad comercial como la intermediación y los servicios financieros.

Concretamente, en lo referente al establecimiento y criterios generales de operación de la casa de moneda en nuestro país, así como a la acuñación de la misma y las políticas en

⁴⁰ Estos dos términos fueron incluidos al texto de esta fracción mediante la reforma constitucional del 20 de agosto de 1993. Los mismos sustituyeron al anterior referente a los *servicios de banca y crédito*, con el propósito de adecuar el texto constitucional a la nomenclatura financiera idónea.

materia monetaria y cambiaria, se tienen diferentes preceptos y ordenamientos, tanto en la Constitución como en las leyes secundarias que de la misma emanan que concurren para su armónico desarrollo.

Ya apuntamos, en el análisis del párrafo séptimo del artículo 28 constitucional, que tanto la acuñación de moneda, como la emisión de billetes, son actividades consideradas como estratégicas en nuestro país y que por lo mismo corresponden en exclusiva al Banco Central. Sin embargo la dotación de moneda la realiza esta entidad, a través de la Casa de Moneda de México, cuya regulación nos remite a la ley de dicha Casa de Moneda ⁴¹. De la misma forma, los criterios relativos al régimen cambiario relacionados a sostener el valor de la moneda nacional, a regular su circulación y los cambios sobre el exterior, se encuentran soportados en la propia Ley del Banco de México y en la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos ⁴².

Artículo 123 Constitucional

Apartado A.

"...El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán :

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo :

...XXXI. La aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, pero es de la competencia exclusiva de las autoridades federales en los asuntos relativos a :

a) Ramas industriales y servicios :

...22. Servicios de banca y crédito..."

⁴¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de enero de 1986.

⁴² La Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de julio de 1931. Su última modificación data de la fecha 8 de diciembre de 1992.

Apartado B.

"...Entre los Poderes de la Unión , el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores :

...XIII bis.- El Banco Central y las entidades de la Administración Pública Federal que formen parte del sistema bancario mexicano regirán sus relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en el presente apartado..."

Este precepto constitucional consagra uno de los más importantes derechos sociales que comprende nuestra Carta Magna y que concretamente se refiere al Derecho al Trabajo. La trayectoria de este artículo ha evolucionado conforme los cambios económicos se han gestado tanto en el interior como en el exterior del país. La técnica legislativa divide en dos categorías a la clase trabajadora en México: Trabajadores al servicio del Estado y asalariados independientes de éste.

Dado el régimen mixto del Sistema Financiero en México, es por lo que el legislador oportunamente hace patente la citada diferenciación, ubicando, según sea el caso específico, a cada individuo en su categoría, con relación a la naturaleza jurídica del intermediario financiero en el cual preste sus servicios.

En nuestra opinión, falta realizar en el precepto que se analiza, como se hizo en el caso del artículo 73 constitucional, la sustitución de los términos *servicio de banca y crédito* y *Sistema Bancario Mexicano*, por medio de los cuales se intentó erróneamente englobar a todo el sistema financiero, por las designaciones : *intermediación y servicios financieros* y *Sistema Financiero Mexicano*, respectivamente.

Artículo 133 constitucional

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Este precepto constitucional establece dos principios de gran trascendencia para la conformación del ordenamiento jurídico interno. Es el marco del cual se desprende la validez de todas y cada una de las normas cuyo ámbito de aplicación es México. El principio de la supremacía constitucional queda confirmado con este artículo al estatuir el mismo que nuestra Carta Magna es el eslabón primario de la producción o actividad legislativa del sistema normativo de nuestro país. Se prescribe que toda ley y/o todo instrumento jurídico internacional debe de ser congruente con la norma básica, la constitucional.

De acuerdo con la doctrina ⁴³, el orden jurídico mexicano se clasifica en :

- 1.- Constitución Federal
- 2.- Leyes constitucionales (material y formalmente emanan de la Constitución) e instrumento jurídicos internacionales ⁴⁴.
- 3.- Derecho federal
- 4.- Derecho local

De la misma forma se estatuye el principio a partir del cual el derecho internacional se vuelve parte del derecho nacional, armonizando la responsabilidad entre los Estados como entidades soberanas de la comunidad internacional, al interactuar a través de sus órganos de gobierno o por los actos de sus gobernados.

Esta sección del precepto constitucional resulta de vital importancia, ya que es a través de la misma como se incorporan como parte del marco jurídico del Sistema Financiero Mexicano, todos aquellos compromisos que nuestro país pacte sobre la materia, por conducto los órganos facultados para ello.

El comercio de servicios financieros representa una de las áreas más internacionalizadas a nivel mundial. La normatividad que regula esta actividad, ha ido homologándose en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de diversos países, siendo los acuerdos multilaterales de carácter internacional no solamente parte integrante de la legislación de aquellos que los suscriben, sino también el marco del cual se desprenden los

⁴³ LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. "Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones". (Tomo XII). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. p. 1183.

⁴⁴ También concebidos como *acuerdos interinstitucionales* por la Ley sobre Celebración de Tratados.

lineamientos o perfiles que determinan el contenido de las diferentes leyes internas que versan sobre la materia.

2.- Instrumentos jurídicos internacionales

Las relaciones económicas y financieras entre los Estados en un mundo globalizado, han encontrado en los instrumentos jurídicos de alcance internacional los medios idóneos para su fundamento y construcción. El Derecho Internacional encuentra en estos instrumentos una de las más importantes fuentes de creación de normas que en su conjunto constituyen la codificación jurídica internacional de carácter mercantil.

Como fundamento del comercio exterior en México, particularmente en lo referente a tratados y convenios internacionales, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos extiende más allá de la Carta Magna el ámbito o las fronteras del sistema jurídico mexicano, al considerar a los instrumentos de carácter internacional, como lo son los tratados internacionales, como parte integrante del mismo, atendiendo a los lineamientos mínimos exigidos en el texto constitucional para tal efecto.

En un contexto internacional en donde priva la interdependencia y la tendencia hacia el libre comercio, los tratados, las resoluciones y los acuerdos multilaterales de cualquier índole, se han constituido como el vehículo idóneo para formalizar las políticas de integración de las Naciones.

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, un *tratado internacional* entre diferentes países consiste en un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Las resoluciones son concebidas como manifestaciones de la voluntad de representantes de los gobiernos en foros internacionales, en torno a un determinado tema. La resolución, en sentido amplio, designa toda decisión adoptada por un órgano

deliberativo, cualquiera que sea su contenido y título. Así puede hablarse de recomendación, de declaración, de programa de acción, de orientaciones o de consenso ⁴⁵.

Los *acuerdos multilaterales* consisten en una convergencia de voluntades de distintos órganos de representación con capacidad y facultades para comprometer y coordinar acciones que son de su competencia. Las más importantes categorías en las que se dividen los acuerdos multilaterales son : a) Acuerdos internacionales que no necesitan ratificación; b) Códigos de conducta y consensos negociados en los organismos multilaterales; c) Los comunicados conjuntos o declaraciones conjuntas de autoridades de varios países y d) Acuerdos internacionales multilaterales entre empresas privadas ⁴⁶.

Para alcanzar el objetivo de desarrollo integral, la mayoría de las Naciones han optado, desde principios de este siglo, en participar como integrantes del gran sistema internacional a través de la interacción y reciprocidad de carácter comercial, político, legal, ambiental, etc..., que se formaliza a través de instrumentos jurídicos regulados por el Derecho Internacional y simultáneamente por sus respectivos ordenamientos jurídicos.

En el ámbito financiero, el grado de cooperación internacional, los niveles de comercio, así como la gran influencia en los indicadores macroeconómicos y en las economías internas de cada país que tienen los flujos de capital y de valores, en sus diferentes manifestaciones, han venido aumentando notoriamente desde el término de la Segunda Guerra Mundial. En consecuencia, la mayoría de los tratados o convenios internacionales referentes a economía o comercio invariablemente incluyen o provocan el clausulado financiero del mismo.

Con el abandono sistemático del Patrón Oro y la Gran Depresión vividos entre 1929 y 1939 (periodo entreguerras) el sistema monetario y el comercio mundial pasaron una de sus más caóticas épocas. Ante la confusión reinante con respecto al valor real de las monedas de todos los países, muchos de ellos recurrieron a devaluaciones de su moneda para ser más competitivos, trayendo como consecuencia diversos desajustes en la balanza de pagos internacionales, así como en el verdadero valor de los bienes y servicios intercambiados.

⁴⁵ Di Giovan Battista, Ileana, "*Derecho Internacional Económico y Relaciones Económicas Internacionales*". Abeledo - Perrot, S.A.E. 1a ed. Argentina, 1992. p. 110.

⁴⁶ Di Giovan Battista, *ob. cit.*, p. 115.

El comercio mundial cayó estrepitosamente y el sistema del Patrón Oro ya no ofrecía alternativas alentadoras. Hacia el año de 1936, se optó por elaborar un marco de disciplina monetaria, surgiendo un acuerdo tripartito sobre tipos de cambio, suscrito entre los Estados Unidos de América, Inglaterra y Francia. Por su conducto se intentó mantener tipos de cambios fijos entre las monedas de los países que lo habían constituido, así como evitar caer en la devaluación para ser más competitivo. Se establecía de esta forma, un primer registro internacional de las paridades ⁴⁷. En los años posteriores, esta propuesta de reorganización de los mercados de valores y de capital fue interrumpida por las tensiones y la problemática que se avecinaban y que culminaría en la Segunda Guerra Mundial.

La reconfiguración del sistema monetario y financiero internacional después la justa mundial, tiene como punto de partida los acuerdos de Bretton Woods de 1944, los cuales comprendían en su conjunto, el marco legal a instaurarse, así como las instituciones emergentes para el desarrollo del mismo.

Tres organismos surgieron con estos acuerdos : El Fondo Monetario Internacional, El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) y la Organización del Comercio Internacional ⁴⁸.

El debate central entorno del sistema monetario y financiero internacional gravitaba sobre la cuestión del ajuste entre países en su carácter de excedentarios y deficitarios. Los estadounidenses conociendo su papel preponderante en estos acuerdos, se inclinaron por la constitución de un fondo estabilizador para los índices de cambio y postularon un régimen liberalizador de los flujos de capital ⁴⁹.

Básicamente los objetivos primordiales que se postularon en los Acuerdos de Bretton Woods, se dirigían a atenuar las consecuencias de los desequilibrios originados en las balanzas de pagos de los países signatarios, así como vigilar los ajustes y la estabilidad en las

⁴⁷ Tamames, Ramón. "Estructura Económica Internacional". Colección Los Noventa, Coedición Alianza Editorial, S.A., la Dirección General de Publicaciones del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y Editorial Patria, S.A. de C.V. 1a ed. México, 1991. p. 76.

⁴⁸ La Organización del Comercio Internacional nunca se constituyó formalmente; los documentos y propuestas que le dieron origen evolucionaron para crear el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

⁴⁹ Esta tendencia se encaminaba a la fijación de la paridad de cada moneda con el oro y el dólar estadounidense. Cada país miembro del Fondo Monetario Internacional tenía que declarar el valor de cambio de su moneda en términos de gramos de oro 100% puro y con relación al dólar, cuya paridad era de US\$35 por onza de oro 100% puro, misma que era equivalente a 31.10 gramos. Tamames, *ob. cit.*, p. 78.

paridades entre las monedas y alentar la liberalización de las relaciones monetarias mundiales.

La directriz estadounidense vertida en el funcionamiento del Fondo Monetario Internacional fue apuntalada con la formalización del denominado Plan Marshall en 1948, a través de la Ley de Asistencia al Extranjero, misma que servía de apoyo al Programa de Recuperación Europea. Las cuantiosas ministraciones en dólares norteamericanos para la reconstrucción de la planta productiva de la Europa de la posguerra, básicamente de los países aliados, así como el mantenimiento de posiciones militares en diversas partes del mundo, consolidaron a la moneda de Estados Unidos de América como la divisa base de intercambio mundial.

La evolución de las directrices de los acuerdos que dieron origen al marco referencial del Sistema Financiero Internacional, misma que transcurrió por las etapas del auge petrolero y la crisis mundial de la deuda externa de los países en desarrollo, consolidó hacia principios de la década de los noventa, un sistema con las siguientes características ⁵⁰ :

- **Globalidad** : Las *geofinanzas* es el término que los expertos han designado al Sistema Financiero Internacional, en gran medida por sus características de mercado mundial abierto las 24 horas del día.
- **Descentralización o polarización** : El papel hegemónico de los Estados Unidos de América en la estructura de influencia y poder dentro del Sistema Financiero Internacional ha cambiado para ser compartido por el bloque de los países europeos (Comunidad Europea) y el Japón, principalmente.
- **Privatización** : El Sistema Financiero Internacional reposa principalmente en intermediarios financieros privados y son estas entidades las que marcan la pauta en la elaboración de la codificación y regulación financiera internacional.

Esta consolidación ha demandado de los sistemas financieros internos de las economías emergentes la adecuación de su marco legal para facilitar su inclusión en los mercados mundiales de dinero y de capitales, evitando su rezago y con ello el subdesarrollo. La estrategia ha consistido en hacer, mediante instrumentos jurídicos de alcance

⁵⁰ Di Giovan Battista, *ob. cit.*, p. 56.

internacional los moldes necesarios para : la atracción y movilización de recursos internos y externos, asignación eficiente de los mismos, incrementar las capacidades de gestión financiera e incorporar el uso de nuevos instrumentos financieros internacionales, utilizados en los centros bancarios desarrollados ⁵¹.

Por otra parte, la propia naturaleza del comercio de los servicios financieros a nivel internacional arroja cuatro escenarios para hacerlo posible ⁵²: a) Que el usuario se traslade al país del proveedor; b) Que el proveedor se traslade al país del usuario; c) Que el proveedor se establezca en el país del usuario; d) Que se utilice la tecnología para presentar la oferta ante la demanda. Cualquiera de los 4, necesita de un instrumento jurídico de alcance internacional que le de sustento y viabilidad.

México es parte de importantes tratados multilaterales en la materia comercial y de servicios financieros. Como fase del proceso de modernización del sistema financiero, se han firmado importantes instrumentos que garantizan la liberalización del comercio de este tipo de servicios, así como el fomento del comercio transfronterizo de los mismos, con el mínimo de restricciones. Entre estos instrumentos de carácter financiero de los que México es parte, sobresalen : Fondo Monetario Internacional (FMI), Grupo Banco Mundial, Grupo Banco Interamericano de Desarrollo, Organización Mundial de Comercio - Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) - Códigos de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles y de Movimientos de Capital, Banco de Pagos Internacionales (BPI) y Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

I. Fondo Monetario Internacional (FMI) ⁵³

El Fondo Monetario Internacional es una institución monetaria y financiera de cooperación intergubernamental internacional. El convenio constitutivo del FMI fue adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas ⁵⁴ en Bretton Woods en 1944. Oficialmente fue formalizado por 29 países el 27 de diciembre de 1945. El

⁵¹ Di Giovan Battista, *ob. cit.*, p. 60.

⁵² Instituto Tecnológico Autónomo de México. *"México y el Tratado Trilateral de Libre Comercio, Impacto Sectorial"*. McGraw-Hill Interamericana de México, S.A. de C.V. 1a ed. México, 1992. p. 235.

⁵³ www.imf.org (página electrónica en internet del Fondo Monetario Internacional).

⁵⁴ Aunque las Naciones Unidas se constituyó formalmente en octubre de 1945, desde el año anterior se desarrollaron diversos proyectos, como es el caso del FMI al auspicio o con referencia a esta entidad.

FMI comenzó sus operaciones financieras en 1947. Actualmente se encuentra constituido por 182 miembros. México forma parte del FMI desde 1945 ⁵⁵.

Esta entidad, con fundamento en su convenio constitutivo, sus estatutos y reglamentos, realiza básicamente tres tipos de funciones: financieras, consultivas y regulatorias. Por su desempeño en el ámbito internacional se ha consolidado como el centro institucionalizado del Sistema Monetario Internacional ⁵⁶.

a) Objetivos

El Fondo Monetario Internacional dirige sus esfuerzos y recursos básicamente para :

- La promoción de la cooperación monetaria internacional, a través de la consulta y colaboración en problemas y estrategias monetarias internacionales.
- Promover la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, así como el alto índice de empleo y de ingreso y el desarrollo sostenido de los medios productivos, como objetivos principales de una política económica.
- Promover la estabilidad cambiaria, mantener en orden los acuerdo cambiarios entre los países miembros y evitar las devaluaciones sistemáticas de las monedas para evitar ventajas desleales en el comercio.
- Colaborar para el establecimiento de un sistema multilateral de pagos con relación a transacciones entre miembros, así como en la eliminación de los controles cambiarios.
- Permitir a los países miembros acceso temporal a los recursos del Fondo para corregir desequilibrios en sus

⁵⁵ La adhesión de México al FMI apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1945.

⁵⁶ Tamames, *ob. cit.*, p. 77.

respectivas balanzas de pagos, bajo ciertas condiciones y salvaguardas.

- Vigilar las políticas en el tipo de cambio de los países miembros.
- Proporcionar asistencia técnica para la formulación de políticas económicas y financieras en los países miembros.
- Disminuir la duración en los desequilibrios de las balanzas de pagos que exista entre los países miembros.

b) Estructura

La organización administrativa del FMI está enfocada a facilitar a sus órganos de gobierno, así como a todos sus miembros, un dinámico funcionamiento y para mantener un efectivo enlace entre los mismos. Su estructura comprende :

Asamblea de Gobernadores

La Asamblea de Gobernadores es el órgano máximo de representación dentro de la estructura del FMI. Se encuentra constituido por dos representantes de cada país miembro, a través de las figuras de Gobernador y Suplente del Gobernador. Usualmente funge en la primera posición el representante o titular del Tesoro de cada país y como suplente el titular del banco central correspondiente. En el caso de México son representantes ante la Asamblea de Gobernadores el Secretario de Hacienda y Crédito Público y el Gobernador del Banco de México, respectivamente. El Presidente de este órgano es electo directamente de entre los Gobernadores del FMI. Estos cargos son honoríficos, solamente se les paga el costo de atención a las juntas y/o reuniones del FMI.

De acuerdo a estatutos, se reúne, de forma ordinaria, una vez cada año, alternándose en la sede del FMI en Washington y posteriormente en otro lugar. La sede del FMI se delega al país miembro que aporte la cuota más alta.

Junta Ejecutiva

La Junta Ejecutiva es el órgano encargado de los negocios u asuntos del FMI. Ejerce todos los poderes que le son delegados por la Asamblea de Gobernadores. Sesiona permanentemente, atendiendo todos los asuntos administrativos y operativos en coordinación con las demás áreas y con el Director Gerente y su personal.

Esta Junta se encuentra constituida por 5 Directores Ejecutivos electos por los cinco países miembros con las cuotas más altas y por 15 Directores Ejecutivos electos por los demás países. Son presididos por el Director Gerente del FMI y ellos mismos eligen a su suplente. Debe de elegir al *Director Gerente*, escogiendo a un candidato que no funja como Gobernador o Director Ejecutivo dentro del Fondo.

Director Gerente / Subdirectores

El Director Gerente del FMI ⁵⁷ es el jefe de todo el personal administrativo y autoridad encargada de la operación del mismo, bajo los lineamientos que para tal efecto determine la Junta Ejecutiva. Asume también la representación legal del Fondo. Es auxiliado por Subdirectores que se encuentra al frente de los distintos Departamentos Administrativos, de Operación, Logística, Información y de Representación del Fondo.

Comité Interino

El Comité Interino está constituido de forma similar a la Junta Ejecutiva, cada país o grupo de países que elige un Director Ejecutivo, también tiene derecho a sentar un representante en el Comité Interino ⁵⁸. A través de este Comité se vigila y analiza la evolución del sistema monetario internacional.

⁵⁷ Actualmente funge como Director del FMI el Sr. M. Camdessus, Ex Gobernador del Banco de Francia.

⁵⁸ Di Giovan Battista, *ob. cit.*, p. 178.

Comité de Desarrollo

El Comité de Desarrollo se encarga de los asuntos concernientes al desarrollo de los países más rezagados, comprendiéndose las estrategias de cooperación, transferencia de recursos para programas de reactivación económica, etc...

A continuación se enlistan los demás Departamentos en los que se apoya la Junta Ejecutiva y el Director del FMI para el óptimo desempeño de esta entidad internacional :

Departamentos por Area

- Departamento Africano.
- Departamento de Asia y el Pacífico.
- Departamento de Europa I.
- Departamento de Europa II.
- Departamento de Oriente Medio.
- Departamento del Hemisferio Occidental.

Departamentos de Operación y Servicios Especiales

- Departamento de Asuntos Fiscales.
- Departamento de Desarrollo Político y Examen.
- Instituto del FMI.
- Departamento de Investigación.
- Departamento Legal.
- Departamento de Estadística.
- Departamento de Asuntos Monetarios y Cambiarios.
- Departamento del Tesorero.

Información y Enlace Institucional

- Departamento de Relaciones Exteriores.
- Ofician para Asia y el Pacífico.

- Oficina en Europa.
- Oficina en Ginebra.
- Oficina del FMI en las Naciones Unidas.

Servicios de Apoyo

- Departamento Administrativo.
- Departamento del Secretariado.
- Departamento de Cómputo.
- Departamento de Traducciones.
- Oficina de Auditoría Interna e Inspección.
- Oficina de Inversión.
- Oficina del Presupuesto y Programación.
- Secretariado de Asistencia Técnica.
- Secretariado de Prácticas y Tecnología.

c) Areas de actividad

Las principales áreas de actividad del FMI se concentran en los siguientes rubros:
Asistencia financiera, asistencia técnica y vigilancia.

i. Asistencia financiera

La Asistencia financiera hace referencia los créditos y préstamos que el FMI extiende a los países miembros que tengan problemas relacionadas con desequilibrios en su balanza de pagos y que se hayan visto en la necesidad de realizar programas de ajustes y reformas en sus sistemas económicos y financieros.

ii. Recursos del FMI

La liquidez del FMI proviene básicamente de 4 fuentes de financiamiento : Cuotas de los países miembros, monedas utilizables, acuerdos generales de préstamo y empréstitos.

Estos recursos son de carácter revolvente y para acceder a ellos el país miembro debe de acreditar el desequilibrio en su balanza de pagos o problemas con sus reservas monetarias. Asimismo, el Fondo actúa como catalizador, avalando con su asistencia el apoyo complementario de prestamistas privados y/o gubernamentales. Es un intermediario financiero a gran escala que traslada o canaliza recursos de países superavitarios a países deficitarios.

Cuotas de los países miembros ⁵⁹

La mayoría de los recursos del Fondo provienen de las cuotas de los países miembros. Estas cuotas definen entre otras cuestiones de relevancia, el número de votos de cada país, la cantidad aproximada de recursos a los que tiene derecho de acceder inmediatamente y la participación que le corresponde en la asignación de la unidad de cuenta del Fondo denominado Derecho Especial de Giro.

Estas cuotas, que son revisables cada determinado periodo, se estiman de acuerdo con la importancia económica relativa de cada país, que normalmente se establece en función de los datos referentes al producto interno bruto, las reservas monetarias y la balanza comercial ⁶⁰.

Los Derechos Especiales de Giro (DEG), son las unidades de cuenta en las que se expresan las cuotas de los países miembros del FMI. El surgimiento de los DEG tienen como antecedente la propuesta hecha por el Presidente John F. Kennedy en 1961, de contar con un mecanismo distinto al oro y a las monedas de reserva, para aumentar la liquidez del Sistema Financiero Mundial. Finalmente, en 1968 fue aprobado este mecanismo por la Asamblea de Gobernadores del FMI.

Los DEG constituyen un activo de reserva internacional que además es utilizado para denominar diversos instrumentos financieros y como índice de referencia en numerosas convenciones y organizaciones internacionales.

⁵⁹ El total de cuotas al mes de enero de 1999 era cercano a los 200 billones de dólares.

⁶⁰ Di Giovan Battista, *ob. cit.*, p. 180.

Estas unidades de cuenta forman partidas contables que se asignan a cada país miembro en proporción a su cuota del Fondo. Aunque los DEG figuran en las cifras oficiales de reserva de los diversos países, no pueden ser utilizados en la compra de bienes y servicios y su utilidad estriba en que mediante ellos, los países con situación de escasa liquidez pueden conseguir divisas utilizables transfiriéndolos a otros países miembros del FMI. Los DEG sólo pueden utilizarse por los socios del Fondo en situación de déficit de balanza de pagos y que estén perdiendo reservas. Comunicada la aspiración de utilizarlos, el Director Gerente del FMI designa un país en ese momento excedentario para que entre en el trueque de DEG por divisas convertibles en favor del país en déficit ⁶¹.

El valor del DEG ⁶² es determinado diariamente tomando como base el valor cambiario de las monedas de los 5 países miembros líderes en exportaciones de bienes y servicios. La valuación se hace cada 5 años, la más reciente fue en enero de 1996 con vigencia hasta el 31 de diciembre del año 2000. Las monedas de referencia a la fecha son el dólar estadounidense, el marco alemán, la libra esterlina, el yen japonés y el franco francés.

En lo referente a la tasa de interés del DEG, ésta se calcula semanalmente con base en el promedio entre los rendimientos de determinados instrumentos a corto plazo de los mercados de dinero domésticos de los 5 países de donde es tomada cada moneda para el cálculo de su valor. Estos instrumentos son : el rendimiento de las notas de la Tesorería de los Estados Unidos de América a 3 meses, la tasa interbancaria de depósito alemana a 3 meses, la tasa a 3 meses sobre los certificados de depósito japoneses, la tasa a 3 meses sobre las notas de la Tesorería Francesa y el rendimiento a 3 meses sobre las notas de la Tesorería del Reino Unido.

Monedas utilizables

Las monedas utilizables son aquellas divisas que poseen un alto índice de convertibilidad y que por lo mismo son consideradas como factores de referencia en el mercado cambiario mundial. Estas monedas corresponden a los países miembros del Fondo, cuyas balanzas comerciales y sus posiciones de reservas monetarias son suficientemente fuertes para financiar sus operaciones de asistencia y cooperación.

⁶¹ Tamames, *ob. cit.*, pp. 85 - 86.

⁶² El valor del DEG al mes de enero de 1999 fue de 1.40 dólares.

Acuerdos generales de préstamo

Los Acuerdos Generales de Préstamo son convenios que el FMI celebra con países miembros que garanticen la disposición de determinada cantidad de recursos para apoyar al mismo Fondo en su función de asistencia financiera a los países que presenten necesidades justificadas de acceder a una cantidad mayor de recursos que los permitidos por sus correspondientes cuotas.

Empréstitos

Los empréstitos constituyen una forma de acceso del FMI a recursos adicionales de los enunciados en los párrafos anteriores. Estos básicamente son llevados a cabo con instituciones comerciales privadas, siendo necesario para su formalización, el consentimiento del país emisor de la moneda en que se efectúa el préstamo ⁶³.

iii. Mecanismos de financiamiento

El acceso a los recursos del FMI se realiza a través de diversos canales. Generalmente, los países miembros adquieren los recursos financieros necesarios comprando moneda o derechos especiales de giro de otros países por la cantidad equivalente en sus propias monedas. El Fondo impone un cargo por esta transacción y requiere a los países que vuelvan a comprar sus monedas en un determinado tiempo.

Políticas financieras del FMI

Tramo de reserva

Cada país miembro tiene una posición de reserva hasta por la cantidad que su cuota exceda de la que tenga el mismo Fondo de su moneda, excluyendo los créditos otorgados previamente. La diferencia entre la cuota de un país y las tenencias de la moneda de ese país

⁶³ Di Giovan Battista, *ob. cit.*, p. 181.

en poder del Fondo, determinan el tramo de reserva disponible ⁶⁴. Esta posición de reserva puede ser retirada por el país que lo desee hacer en cualquier momento para atender problemas relativos a la balanza de pagos. Este retiro no se traduce como un crédito otorgado por el FMI.

Crédito por tramo

El otorgamiento de créditos de parte del Fondo, bajo condiciones normales, es llevado a cabo por tramos equivalentes al 25% de la cuota que le corresponda a cada país. Para los primeros retiros, se le requiere al país que los vaya a utilizar que demuestro las estrategias para superar las dificultades en su balanza de pagos. En caso de que la necesidad de crédito exceda este primer porcentaje, las cantidades a ser ministradas por el Fondo se sujetan al comportamiento presupuestario o de techos crediticios entre otros factores de referencia.

Asistencia financiera de emergencia

El Fondo proporciona asistencia financiera de emergencia a todos sus países miembros que sufran desequilibrios graves y repentinos en su balanza de pagos. Esta asistencia puede ser proporcionada en forma de compra incondicional igual al 25% de la cuota que se paga. No aplica en este caso la supervisión con base al comportamiento de indicadores o ministraciones por etapas.

Reducción de deuda y del servicio de deuda

Parte del crédito que un país solicita al Fondo puede ser utilizado para la reducción de la suerte principal de su deuda o del servicio que tenga que realizar de la misma. El país que utiliza este tipo de créditos es supervisado por el Fondo con base al comportamiento del programa que se diseñe para tal fin.

⁶⁴ Tamames, *ob. cit.*, p. 109.

iv. Acceso a recursos

El acceso a los recursos disponibles del FMI se realiza a través de los Acuerdos del Fondo, los cuales constituyen una decisión de la Junta Ejecutiva del mismo, elaborada y consensada con respecto a una estrategia integral para que el país miembro que lo solicita afronte eficazmente el problema financiero y/o económico.

De acuerdo a los lineamientos del Fondo, para que un país miembro pueda acceder a sus recursos, es necesario como requisitos básicos : a) La fuerza y viabilidad de sus políticas de ajuste y b) La capacidad para pagar al Fondo los recursos ministrados.

Las formas de acceso a recursos se clasifican en :

Acuerdo de crédito contingente

Este medio de acceso a los recursos del FMI es utilizado regularmente para proporcionar asistencia de corto plazo para atender problemas en la balanza de pagos de un país miembro. Su duración aproximada es de 12 a 18 meses; Los retiros son realizados temporalmente conforme a la supervisión del desarrollo de la estrategia por parte del FMI.

Servicio ampliado

Esta es otra forma tradicional de acceso a recursos del Fondo, que tiene como objetivo programas de apoyo a mediano plazo (alrededor de 3 años). Tiende a atenuar problemas en la balanza de pagos surgidos de problemas estructurales y macroeconómicos. También es llevado a cabo bajo un criterio de supervisión.

Ajuste estructural intensivo

Es un medio de acceso a recursos diseñado para países miembros de bajos ingresos. Constituyen préstamos y no compras de otras monedas, generalmente a 3 años. Tiene una tasa de interés anual del 0.5% anual. Es supervisado por el Fondo en su desarrollo.

Transformación sistemática

Esta vía de acceso fue utilizado temporalmente por los países miembros del Fondo clasificados en la categoría de economías en transición, que padecía de problemas relacionados con sus acuerdos comerciales y de pagos.

Financiación compensatoria de las exportaciones

A través del mismo, se proporciona asistencia financiera a los países miembros que padecen déficits temporales en sus exportaciones. Es necesario que la causa de la caída en los ingresos por exportaciones sea temporal y fuera del control del país que requiere el apoyo, y que éste último presente una estrategia de ajuste para solucionar el problema.

La rapidez con la que una devaluación monetaria imprevista o desproporcionada, o una crisis financiera en un sistema de economía de mercado como el que impera en nuestros días, puede desarrollarse y expandirse a todo el sistema financiero y monetario internacional, ha constituido uno de los temas de mayor estudio dentro del FMI. El caso de la devaluación sucedida en México en 1994, puso en evidencia la necesidad de dinamizar las disponibilidades de recursos a nivel internacional para contener la dimensión de los problemas. El aumento de recursos del FMI es una estrategia para fortalecer la liquidez del fondo de asistencia financiera para los países miembros en dificultades. Principalmente, esto se ha enfocado en dos rubros que son: a) El aumento en las cuotas de los miembros y b) En el diseño de nuevos acuerdos generales de préstamo, que permitan un al FMI acceso a un mayor volumen de recursos.

Reservas suplementarias

A través de este medio, se otorga apoyo financiero para resolver los problemas en la balanza de pagos derivados de compromisos financieros a corto plazo, ocasionados por una repentina y fuerte pérdida de la confianza del mercado.

La condicionalidad en el acceso de recursos del FMI

En los apartados que preceden, se analizó la forma en que cualquier país miembro del Fondo puede acceder a los recursos del mismo. La serie de medidas que constituyen la estrategia a seguir por el país solicitante y a supervisar por el FMI reciben el nombre de condicionalidad.

En cada solicitud de apoyo o acuerdo de préstamo ⁶⁵, el país miembro debe de formular al Fondo una carta de intención en donde se especifiquen los montos de recursos requeridos y la forma y lapso para ministrarlos y pagarlos, política de ajuste a realizarse, establecimiento de objetivos al corto, mediano y largo plazo, así como la forma en que se supervisará la evolución de toda la estrategia.

La junta ejecutiva ha determinado una serie de puntos en los que se basa la condicionalidad en cada caso referente al acceso de recursos, mismos que son:

- Proponer a los países miembros que adopten medidas correctivas inmediatas cada vez que se presente o pueda hacerlo una crisis económica y/o financiera, incluidas reformas legales e institucionales.
- Acentuar ante los países miembros, que el Fondo en todas sus acciones y supervisiones toma en cuenta las circunstancias y políticas internas, así como prioridades nacionales, con el propósito de adecuar cada estrategia de apoyo conforme lo amerite el caso concreto.
- Otorgar cierta flexibilidad en la calificación del desarrollo y supervisión de los planes de ajuste solicitados a cada país miembro dentro de la condicionalidad correspondiente.
- Enfatizar que los programas de apoyo del Fondo son consensados por los países miembros.

Los programas de apoyo del FMI son elaborados conjuntamente por el país miembro solicitante y los órganos del mismo Fondo. Sin embargo, existen algunos rubros en los que el Fondo hace énfasis en cada estrategia como son : crédito interno, el déficit del sector público, reservas internacionales, deuda externa, tipo de cambio, tasa de interés y el precio de algunos artículos claves que afecten las variables económicas y financieras. Con base en

⁶⁵ La naturaleza jurídica de estos instrumentos es la de un acuerdo internacional bilateral.

estos rubros, cada programa mantiene un marco de operatividad a mediano plazo para garantizar consistencia y credibilidad; revisa la estructura administrativa de cada gobierno en lo referente al gasto y a los ingresos; limita la presión en el incremento de las tasas de interés y promueve prácticas bancarias acertivas.

v. Asistencia técnica

La asistencia técnica proporcionada por el Fondo consiste en una serie de conocimientos y estrategia de apoyos que son proporcionados a los países miembros en áreas como :

- Diseño e implementación de políticas fiscales y monetarias.
- Desarrollo Institucional (desarrollo de entidades financieras, bancos centrales, tesorerías, etc...).
- Manejo y seguimiento contable de las operaciones efectuadas con el Fondo.
- Recopilación y procesamiento de información estadística.
- Capacitación de funcionarios en el Instituto del FMI.
- Revisión y/o elaboración de cuerpos normativos en la materia económica y financiera.

vi. Vigilancia

El FMI vigila que sus miembros cumplan con sus respectivas obligaciones, señaladas en el Acuerdo Constitutivo, en sus Estatutos y demás normas, en el ejercicio y desarrollo de sus políticas internas. De acuerdo a los lineamientos del Fondo, cada miembro se compromete a mantener en orden los acuerdos cambiarios y promover un sistema estable en los tipos de cambio, así como fomentar el desarrollo económico.

A través de esta función el FMI valora y supervisa las políticas cambiarias de los países miembros dentro de un marco referido a un análisis de la situación económica y las políticas que sigue cada uno. El Fondo cumple con esta función por conducto de : a) Las consultas anuales bilaterales comprendidas en el Artículo IV de su Acuerdo Constitutivo, b) Vigilancia multilateral en su informe mundial sobre la economía y c) Acuerdos Precautorios, Vigilancia Intensiva y Monitoreo de Programas.

Uno de los aspectos más importantes para el Fondo dentro de esta actividad de vigilancia es la liquidez global, es decir con el nivel y composición de reservas disponibles de cada miembro, para hacer frente a sus responsabilidades y requerimientos comerciales y de pagos. El Fondo actúa como una fuente de esta liquidez, por medio de la asignación de Derechos Especiales de Giro en su función de activos de reserva.

La tendencia en esta actividad, tomando en consideración la rapidez con que un desequilibrio en el orden monetario internacional impacta en la mayoría de los sistemas financieros internacionales, ha llevado al FMI a fortalecer su vigilancia a través de :

- ***Disponibilidad de información económica*** : La efectividad en la vigilancia del FMI depende de la calidad y confiabilidad de la información y la oportunidad con la que se obtenga. El Fondo ha identificado una serie de indicadores económicos para lograr poseer este tipo de información y cada mes solicita a los miembros todos los datos relativos a la misma. En caso de que algún país no proporcione los datos requeridos, los demás miembros cooperan para obtenerla o por lo menos un acercamiento a la misma. Asimismo, el Fondo brinda ayuda técnica para la recopilación y envío de esta información.

- ***Continuidad en la vigilancia*** : La globalización de los mercados de capitales y la rapidez con la que son afectados por percepciones cambiantes en los datos económicos de los países ha demandado al Fondo intensificar sus esfuerzos en esta área a través de :

- Consultas anuales internas por funcionarios del FMI.

- Reuniones informales mensuales de la Junta Directiva para analizar asuntos de determinados países.

- Reuniones semestrales de la Junta Directiva sobre el desarrollo e implementación de las políticas de los países miembros y su relación con la actividad de vigilancia.

Este rubro resulta especialmente importante para poder atacar y resolver desequilibrios en sus etapas primarias y evitar el sobredimensionamiento de sus consecuencias tanto en el sistema monetario interno como en el internacional.

- **Objetivos de vigilancia** : De acuerdo con los rubros anteriores, el Fondo intensificará sus objetivos de vigilancia referentes a movimientos, políticas y demás actos de carácter monetario y financiero que tengan un impacto global.

d) La Experiencia de la crisis financiera de México en 1994 y su influencia en el redimensionamiento de las actividades financiera y de vigilancia dentro del FMI.

De conformidad con el análisis de la crisis financiera que afectó a México en 1994, a continuación se concluye lo siguiente :

- Información económica inadecuada o parcial puede sumarse a la especulación de los tenedores de títulos privados en el mercado de dinero o de capitales e inducirlos a actuar con base a una percepción incorrecta sobre los indicadores económicos principales y con un mal entendimiento de los principios fundamentales de economía. En el caso de México, muchos inversionistas privados juzgaron equivocadamente la necesidad de un ajuste en la balanza comercial mexicana y basaron sus decisiones de inversión en la expectativa de que no habría devaluación de ningún tipo. La ausencia o retraso en el proporcionamiento de información económica y financiera básica deterioró aun más la credibilidad. El resultado tan radical de la devaluación sucedida en el mes de diciembre de 1994, ocasionó que los inversionistas privados abandonaran sus portafolio de inversión y demás posiciones relacionadas con los mercados mexicanos. Es cierto que es sumamente difícil conocer el cambio de posiciones o estrategias de inversión, pero el tener accesible información de calidad ayuda a matizar estos cambios.

- La globalización de los mercados y el creciente flujo de capitales a nivel mundial, hacen necesario la implementación de políticas monetarias y financieras efectivas y congruentes. La falta de atención a la revisión del valor del peso, así como al bajo índice de ahorro interno generado hasta 1994, entre otros factores, sin duda alguna contribuyeron a multiplicar los factores devaluatorios.

- La debilidad del Sistema Financiero Mexicano y la serie de prácticas negligentes que sucedieron desde la reprivatización en 1992, contribuyeron significativamente a empeorar las condiciones macroeconómicas. Es por eso que la actividad de vigilancia del Fondo debe también enfocarse hacia el desarrollo óptimo de los sistemas financieros internos de los países miembros.

- El Fondo incrementó su labor de asistencia y vigilancia en el manejo de deuda externa por parte de los países miembros. El caso de la inadecuada emisión de papeles de deuda en la forma de TESOBONOS por parte de las autoridades acumuló cuantiosos problemas en la liquidez de la tesorería y Banco Central de México.

- Gran parte de la inversión externa que fluyó a nuestro país a partir de 1990 fue en la forma directa, atenuando en un primer momento el retiro de posiciones de los inversionistas a la llegada de la devaluación de 1994. Con esto se reafirma el principio de que los riesgos asociados con la inversión privada en activos del sector privado no son responsabilidad de los gobiernos. La elaboración de un código de conducta que evite la presión entre gobiernos de garantizar a su sector privado garantías contra los riesgos o efectos de una crisis económica o financiera, es un asunto de gran importancia dentro del FMI.

- El riesgo sistémico que acarreó la devaluación mexicana de 1994 sobre los mercados de capitales de toda América Latina fue contenido por la pronta respuesta de la comunidad financiera para evitar la expansión del denominado *efecto tequila*.

- De acuerdo a la experiencia mexicana, la adopción de un severo programa de ajuste como parte de toda una estrategia de apoyo organizada principalmente por el FMI y el Gobierno de los Estados Unidos de América, resultó en un impresionante regreso del país a los mercados internacionales en un tiempo récord, ampliando con ello la maniobrabilidad financiera, la liquidez y la confianza ante los inversionistas.

- Resulta importante destacar que la experiencia en el manejo de la crisis mexicana de diciembre de 1994 y el reposicionamiento o reflotamiento de esta economía en los mercados internacionales, ha servido para continuar perfeccionando el método para impedir que la inestabilidad cambiaria de determinados países o regiones, así como las crisis de sus sistemas financieros (haciendo hincapié en las entidades bancarias) contagien a otras economías y evitar ataques especulativos a las monedas como fue el caso de la crisis en los mercados asiáticos durante 1997 y parte de 1998 ⁶⁶, donde la oportuna intervención del FMI,

⁶⁶ Los países asiáticos, especialmente Indonesia, Tailandia, Corea del Sur, Malasia, Filipinas y Hong Kong, habían tenido desde 1990 una fuerte entrada de divisas que se colocaron en el mercado financiero como créditos para el desarrollo comercial y económico, sobre todo para el sector privado. El desempeño adverso del déficit en cuenta corriente que acumularon los países de esa región, complicó la situación financiera, haciendo que la deuda en monedas locales y extranjeras del sector privado se incrementara de forma desproporcionada con relación a las garantías y con el respaldo que sus gobiernos pudieran otorgarles. Todo lo anterior se vería resuelto con el nivel de exportaciones estimado de la región para países de América, Europa y para el Japón, sin embargo, el entorno macroeconómico y la decisión de

especialmente para el apoyo a países como Corea del Sur e Indonesia, impidió que la misma se convirtiera en una catástrofe a nivel global.

- Algunos especialistas consideran que parte de los defectos que tuvo el FMI al operar este recate financiero de México en 1995 consistió en hacer éste prácticamente sin costo, tanto en el sentido económico como de responsabilidades. En este contexto se argumenta que esto ocasionó una excesiva confianza en los prestamistas a nivel internacional, al considerar los mismos que en caso de perder sus créditos por cualquier tipo de crisis financiera, serían rescatados exitosamente como lo fueron los prestamistas en el caso de la crisis mexicana. Es así como muchos créditos y préstamos que se concedieron en la región asiática fueron otorgados sin tomar las debidas precauciones⁶⁷. La falla de las entidades regulatorias y de supervisión de operaciones financieras de los países asiáticos en materia de riesgos, garantías y plazos ha sido considerada como una de las causas torales del denominado *efecto dragón*.

- El reto del FMI consiste en operar los rescates financieros, logrando reformas efectivas en los sistemas financieros de los países que apoya y promover la aplicación de energías sanciones a los prestamistas que incurran en malos manejos o prácticas financieras. La regulación dentro del sistema financiero, especialmente sobre las entidades bancarias debe de efficientizarse y fortalecerse⁶⁸.

los Estados Unidos de disminuir su déficit comercial, así como una tendencia al ahorro generalizada, nubló las expectativas de crecimiento al consumo, ocasionando que los inventarios de las empresas asiáticas de exportación se saturaran. Como resultado de esta situación, el sector privado no pudo hacer frente a sus deudas. La opción para resolver esta crisis de las exportaciones fue la devaluar las monedas y hacer más competitivos los bienes producidos. Sin embargo, esta decisión no fue del todo certera, ya que el financiamiento a las exportaciones estaba, en gran medida apalancado en monedas extranjeras. Para complicar el asunto aún más, el pobre marco regulatorio de las operaciones comerciales y financieras acabó por desalentar la confianza de los inversionistas, dando paso a una crisis regional de efectos altamente negativos para todo el mundo. En síntesis, el problema de Asia comenzado en 1997 fue la deuda privada, en moneda local y en moneda extranjera.

⁶⁷ Existe la opinión de que la crisis de Asia se atribuye a los múltiples créditos otorgados para proyectos de bienes raíces de dudosa rentabilidad y operados por grupos protegidos por los gobiernos. En Asia se observaron prácticas similares observadas por bancos mexicanos antes de la crisis de 1994, entidades financieras protegidas, bajo una tenue supervisión, que apostaron por obtener ganancias ideales y no objetivas en negocios y ante circunstancias de alto riesgo.

⁶⁸ Véase revista *The Economist*. Artículo de portada, "Kill or Cure". Editada por The Economist Newspaper, NA, Inc. New York, U.S.A., mes de enero de 1998.

e) Inmunidades del FMI

El Fondo Monetario Internacional es una entidad con plena personalidad jurídica, con la capacidad para contratar, adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles y para instituir procesos legales.

Para llevar al cabo sus funciones, el Fondo posee en frente a cada país miembro las siguientes inmunidades :

- Inmunidad judicial; excepto en los casos que renuncie a la misma.
- Inmunidad legislativa; cualquier bien, derecho o activo del Fondo está libre de afectación por cualquier tipo de acto legislativo.
- Inmunidad en los archivos del Fondo.
- Inmunidad en los actos y en la calidad migratoria de los funcionarios del Fondo determinados por sus ordenamientos; excepto en los casos en que el Fondo renuncie a esta inmunidad.
- Inmunidad fiscal e impositiva.

f) Obligaciones generales de los países miembros

Además de las obligaciones señaladas en los objetivos principales del acuerdo constitutivo del Fondo, así como en sus Estatutos y demás ordenamientos, cada país miembro tiene la obligación ante esta entidad de :

- Evitar, sin la autorización expresa del Fondo, instituir cualquier tipo de restricciones sobre operaciones de carácter internacional que involucren o comprometan cualquier disposición o lineamiento del mismo.
- Evitar prácticas discriminatorias en materia cambiaria y monetaria, excepto en aquellos casos autorizados por el Fondo.
- Comprar, cuando sea solicitado, saldos de su moneda que posea otro país miembro cuando éste demuestre que son resultado de operaciones corrientes y cuando sea necesario hacerlo para que el país solicitante realice pagos de otras operaciones.

- Proporcionar información relacionada con aspectos financieros, fiscales y económicos, necesarios para llevar a cabo sus objetivos.
- Colaborar en las políticas referentes a activos de reserva, dentro del sistema monetario y financiero internacional.

g) Recomendaciones del FMI para un sistema financiero interno sólido

Desde principios de los ochenta, prácticamente dos tercios de los países miembros del Fondo, de economías industriales y en desarrollo, han experimentado problemas en sus sistemas financieros. Esto ha movido al Fondo para desarrollar una serie de recomendaciones para mantener un sistema financiero sólido que apoye y aporte crecimiento económico y sea un soporte de las políticas de desarrollo del mismo. Básicamente, la arquitectura de la política más óptima para mantener o consolidar un sistema financiero viable comprende los siguientes rubros :

- Transparencia en las entidades que lo constituyen.
- Limitar intervenciones del sector público en el sistema financiero.
- Alto control de riesgos.
- Fortalecer la supervisión coordinada nacional e internacional.

En un sistema global, los problemas dentro de un determinado sistema financiero pueden extenderse rápidamente a otros, en perjuicio del crecimiento económico de todos los afectados. La solidez de una economía en gran parte es producto de su sistema financiero. Si éste padece problemas origina serias distorsiones monetarias, fiscales y por supuesto, financieras.

La estrategia principal de apoyo y asesoría del Fondo para el fortalecimiento de los diversos sistemas financieros se basa en los acuerdos bilaterales y multilaterales de vigilancia, así como en la asistencia técnica brindada a los países miembros.

La vigilancia se enfoca principalmente a prevenir y detectar problemas potenciales en los sistemas financieros. Las fuentes más comunes de crisis o problemas en los sistemas financiero son :a) El proceso desregulatorio se origina antes de que se desarrollen sistemas adecuados de autoregulación y de regulación prudencial, b) La rapidez con que aparecen las

innovaciones en los productos y servicios financieros rebasan la capacidad de las entidades financieras y de la regulación existente para medir su riesgo y c) La liberalización de la actividad financiera sucede antes de contar con un sistema financiero nacional maduro en un marco de adecuado de política económica.

Esta supervisión es promovida a través del monitoreo de los niveles de congruencia y viabilidad en las políticas internas relacionadas con la materia económica y financiera. Aunado a lo anterior, la asistencia técnica que el Fondo proporciona garantiza el apoyo a los países miembros en la elaboración y diseño de estructuras y estrategias de alta viabilidad en materia financiera, que en coordinación con las políticas macroeconómicas, fiscales y monetarias, aseguren un desarrollo sostenido del sistema financiero de que se trate.

A través de la asistencia técnica, se asesora también en rubros tales como : mercados de dinero y de deuda; diseño de sistemas de pagos y acuerdos sobre seguros de depósito. marco regulatorio, regulación prudencial y supervisión; constitución y liquidación de entidades financieras y en la reestructura y fusiones de las mismas.

Esta importante tarea está siendo liderada por el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria y Financiera ⁶⁹ dentro de un esfuerzo internacional para delinear estrategias prácticas y de fácil asimilación en los sistemas financieros internos.

h) La importancia del FMI dentro de los Sistemas Financiero y Monetario Internacionales

El papel del Fondo como intermediario institucional entre los diversos integrantes de los sistemas monetario y financiero internacionales ha evolucionado a través del tiempo para coexistir junto con otros organismos, en su mayoría privados, en el rubro de asistencia financiera y como supervisor de las imperfecciones de los mercados globales que afectan directa e indirectamente las balanzas comerciales de todos los países del mundo.

En la mayoría de las ocasiones que se presentan o se quieren llevar a cabo políticas económicas y financieras erróneas, es el mercado el que automáticamente se encarga de

⁶⁹ El *Comité de Basilea* fue constituido por el Grupo de los 10 (G - 10), también designado como *Club de París*. El Comité está constituido por representantes de Bancos Centrales y autoridades de supervisión de Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza y Luxemburgo.

detectarlas y hacer evidente la necesidad de ajustes sobre las mismas. Sin embargo en otras ocasiones, es el propio mercado el que continua financiando y haciendo viables este tipo de políticas, haciendo necesaria la intervención de un regulador institucional para corregir estas deficiencias.

Cuando se reconoce esta necesidad de ajuste de manera tardía, las estrategias que se desean operar para frenar una potencial crisis o sus efectos, generalmente, los flujos de capitales cambian de dirección ocasionando invariablemente una crisis en la balanza comercial de que se trate. En caso de no existir la asistencia financiera del FMI y fuera solamente el acceso a capital a través de prestadores privados se podrían generar 4 fenómenos que agravarian irreversiblemente cualquier crisis económica o financiera :

- Cambios radicales no justificados por los indicadores financieros y económicos. Cuando los inversionistas privados reciben o accesan información parcial e incompleta tienden a reaccionar de una manera radical para asegurar sus posiciones y evitar el riesgo o la pérdida, ocasionando diversos efectos negativos y agravando la crisis existente.
- La falta de coordinación entre los diversos prestamistas privados puede ocasionar, en caso de crisis económica o financiera una prelación de créditos inequitativa que conlleve un desorden en cuanto al calendario de pagos pronosticados.
- La falta o dificultad en la ejecutabilidad de acciones judiciales en operaciones de crédito entre entidades privadas y gobiernos origina un acceso a recursos poco dinámico y limitado.
- Generalmente la tasa de interés de los prestamistas privados es demasiado alta y en plazos incómodos para los gobiernos, lo que usualmente ocasiona dificultades para el pago en tiempo del crédito solicitado.

Otro aspecto que adquiere gran relevancia en esta época de globalización, consiste en la apertura y liberalización de los mercados, actividades que garantiza el FMI al aportar asistencia financiera y demás tipos de apoyos para ayudar a que los países que las practiquen puedan sortear las dificultades naturales en su consolidación.

Finalmente, como parte de sus objetivos, la intervención del Fondo como vigilante del sistema de cambios, asegura al sistema monetario internacional un equilibrio y poca

volatilidad beneficiando de esta forma el libre flujo de capitales y del comercio de bienes y servicios.

II. Grupo Banco Mundial ⁷⁰

El Grupo Banco Mundial es la denominación que se le da al conjunto de entidades que surgieron con base al organismo rector de la agrupación - el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial) y que está constituido por : - La Asociación Internacional para el Desarrollo, - La Corporación Financiera Internacional, - La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial)

Al igual que el Fondo Monetario Internacional, el convenio constitutivo del Banco Mundial fue adoptado en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas en Bretton Woods el 22 de julio de 1944.

El Banco Mundial constituye la principal entidad de préstamos del grupo. Presta recursos a países en desarrollo con ingresos per capita a nivel medio ⁷¹. El dinero se destina a proyectos para el desarrollo y a programas de asesoría a gobiernos para el correcto manejo de sus economías ⁷². Tiene como objetivo integrar a los países en desarrollo a la economía mundial.

Básicamente, existen dos tipos de préstamos : El primero hace referencia a aquellos préstamos que se hacen a países en desarrollo que pueden pagar tasas de interés casi a nivel de mercado. En este caso, el dinero proviene de inversionistas de diversas partes del mundo,

⁷⁰ www.worldbank.org (página electrónica en internet de la Organización Banco Mundial). La adhesión de México al Banco Mundial apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1945.

⁷¹ La Organización Banco Mundial, clasifica para sus políticas de préstamo a los países miembros que los solicitan de acuerdo a su ingreso promedio anual per capita en : a) Países de Bajo Ingreso, aquellos con un ingreso promedio anual per capita de 765 dólares o menos, b) Países de Mediano Ingreso, aquellos con un ingreso promedio anual per capita de 766 a 9,385 dólares y c) Países de Alto Ingreso, aquellos con un ingreso promedio anual per capita de 9,386 dólares o más.

⁷² Como ejemplo de este tipo de actividades, en 1990 el Banco Mundial canalizó a México recursos por la cantidad de 1,260 millones de dólares como apoyo para consolidar la restructuración de su deuda externa.

a través de la colocación de bonos y otros instrumentos de deuda en los mercados financieros, por parte del propio Banco. El segundo tipo de préstamos son aquellos que se destinan a los países más pobres, que, por sus circunstancias económicas no pueden acceder a créditos tan fácilmente por carecer de la solvencia para pagar las tasa de interés a nivel mercado o cercanas a éstas. En este caso, los recursos provienen de las contribuciones que realizan determinados países a través de otra entidad de la Organización Banco Mundial, que es la Asociación Internacional para el Desarrollo ⁷³.

El Banco Mundial también es considerado un tipo de cooperativa global, ya que pertenece a sus 181 países miembros. La participación accionaria de cada país es proporcional al tamaño de sus economías en relación con la economía mundial. Sin embargo, sólo los países en desarrollo pueden solicitar préstamos al Banco.

El Banco coloca sus préstamos a una tasa de interés cercana al 6.98 % anual ⁷⁴. Generalmente, cada país miembro designa a su Banco Central como depositario de los valores denominados en moneda local cuya titularidad corresponde al Banco Mundial.

a) Objetivos

Esta entidad, tiene como metas principales la reducción de la pobreza y el mejoramiento de los niveles de vida, promoviendo el crecimiento sostenible y la inversión a través de :

- Apoyar la reconstrucción y desarrollo de los países miembros, facilitando la inversión productiva, incluyéndose la restauración de las economías destruidas por guerra, la reconversión de sus medios de producción y la promoción del desarrollo de los factores productivos en los países en desarrollo ⁷⁵.

⁷³ La Asociación Internacional para el Desarrollo presta anualmente a los países más pobres alrededor de 6 billones de dólares.

⁷⁴ En promedio, anualmente el Banco Mundial presta alrededor de 16 billones de dólares. A lo largo de su existencia, ha prestado un acumulado de 277 billones de dólares.

⁷⁵ Esta parte del Artículo Primero del Acuerdo Constitutivo del Banco, hace referencia a los motivos de la Posguerra que lo crearon.

- Promover la inversión privada extranjera a través del otorgamiento de garantías a la inversión o participaciones en préstamos y en otras inversiones realizadas por particulares y , en caso de carecer o no ser suficiente la inversión privada, financiar proyectos y demás asistencia por conducto de sus propios fondos.

- Promover el crecimiento del comercio internacional y coadyuvar para mantener un equilibrio en la balanza de pagos de los países miembros, a través de la promoción de la inversión privada para el desarrollo de los recursos productivos de cada miembro, apoyando en consecuencia el aumento en la productividad, el nivel de vida y de trabajo en sus territorios.

- Preparar los préstamos hechos o garantizados por él mismo.

- Llevar a cabo sus operaciones tomando en cuenta el flujo de las inversiones privadas, tanto a nivel nacional como internacional.

b) Estructura

El Banco Mundial se encuentra conformado por la Asamblea de Gobernadores, Directores Ejecutivos, un Presidente y demás funcionarios que los requerimientos del mismo determine.

Asamblea de Gobernadores

Se encuentra constituido por un Gobernador y su suplente de cada país miembro. Es el órgano principal donde reside los poderes del Banco. Estos representantes duran en su cargo 5 años y pueden ser reelectos. La Asamblea elige de entre todos los Gobernadores, a uno para presidir dicho órgano. Los suplentes sólo pueden votar en los casos en que le sean requeridos, autorizados o facultados. La Asamblea de Gobernadores puede delegar en los

Directores Ejecutivos cualquier tipo de poder o facultades que corresponden a la misma excepto: admitir nuevos miembros y sus condiciones de admisión, aumentar o disminuir el capital social del Banco, suspender a algún miembro, decidir sobre las interpretaciones del acuerdo constitutivo del Banco realizadas por los Directores Ejecutivos, realizar convenios de cooperación con otras organismos internacionales, suspender temporalmente las funciones del Banco y distribuir sus activos y determinar la distribución del ingreso neto del Banco.

La Asamblea se reúne por lo menos una vez al año y cuantas veces lo requieran los Gobernadores y los Directores Ejecutivos, conforme a los lineamientos para tal efecto. El quórum legal para llevar a cabo la Asamblea es de la mayoría de los Gobernadores, juntando por lo menos las dos terceras partes del poder total de votación.

Los Gobernadores y suplentes asisten a las asambleas sin percibir algún tipo de cuota u honorario, sólo se les facilitan algunos recursos para poder asistir las citadas reuniones.

Directores Ejecutivos

Los Directores Ejecutivos son responsables de las operaciones generales del Banco. Son 12 personas ⁷⁶, que no necesariamente tienen que ser Gobernadores, de los cuales cada uno de los 5 países con mayor número de acciones del Banco proponen a su Director y los 7 restantes son electos por los Gobernadores, con excepción de los representantes de los 5 países con mayor número de acciones.

Los Directores Ejecutivos duran en su cargo 2 años. Tienen que nombrar a un suplente que posea las facultades y poderes suficientes para actuar por ellos en caso de ausencia.

Asimismo, existe un panel independiente de inspección designado por estos funcionarios, para la supervisión de las operaciones del propio Banco.

⁷⁶ El número de Directores Ejecutivos puede aumentar en el caso de que se acepten como miembros del Banco Mundial a otros países.

Presidente del Banco Mundial y demás funcionarios

El Presidente del Banco Mundial es elegido por los Directores Ejecutivos. Tiene que ser una persona que no funja como Gobernador, Director Ejecutivo o como suplente de cualquiera de los dos. Preside a todos los Directores Ejecutivos y sólo tiene voto en caso de empate. Actúa a su vez como jefe de todos los demás funcionarios del Banco y es el encargado del funcionamiento general del mismo. Supervisa, conjuntamente con los Directores Ejecutivos, el desempeño de todos los programas de la institución, e igualmente controla la contratación del personal administrativo y demás funcionarios de ésta.

Consejo Asesor

Este órgano tiene como objetivo apoyar a la Junta de Directores y al Presidente del Banco Mundial en la elaboración de las políticas de operación y promoción. Se encuentra constituido por un mínimo de 7 asesores, elegidos por la Asamblea de Gobernadores, entre los que se deben de encontrar representantes de sectores relacionados con los programas del Banco como son industria y comercio, finanzas, cuestiones laborales, de agricultura y medio ambiente, entre otros rubros. Su cargo dura 2 años con posibilidad de ser reelectos.

Comités de Préstamos

De acuerdo a los lineamientos generales del Banco Mundial, cada Comité de Préstamo debe de encontrarse constituido por un experto designado por el Gobernador del país miembro en donde se verificará el proyecto a desarrollar, así como demás funcionarios designados por el propio Banco.

Oficinas y Consejerías Regionales

El Banco Mundial tiene la facultad de establecer oficinas regionales en aquellas áreas en donde consideres necesario para la óptima operación de sus programas y apoyos. Cada oficina se encuentra asesorada por una Consejería Regional.

c) Recursos

El capital suscrito del Banco Mundial asciende a una cantidad cercana a los 200 billones de dólares, de éstos 11 billones se encuentran totalmente pagados. Las fuentes tradicionales de ingreso del Banco son :

- Intereses ganados por su portafolio de préstamos
- Ganancias derivadas de su portafolio de inversiones
- Pago de los préstamos otorgados
- Emisión de obligaciones en los mercados de capitales

Este último rubro constituye la principal fuente de ingresos para operaciones crediticias del Banco. Esta institución vende sus obligaciones en 2 categorías de mercados : en primer lugar, coloca bonos y pagarés directamente a sus gobiernos miembros, entidades gubernamentales y bancos centrales. En segundo término, ofrece emisiones a los inversionistas y a los mercados públicos, a través de empresas bancarias de inversión y bancos comerciales⁷⁷.

d) Bonos globales

Los bonos globales son instrumentos de deuda colocados en el mercado de capitales, a mediano o largo plazo ofertados simultáneamente a inversionistas a nivel mundial. Están legalmente calificados para ser vendidos en los mercados internos de capital como los de la Comunidad Europea, Estados Unidos de Norteamérica y Japón. Por su carácter internacional, poseen características que los hacen muy atractivos para los inversionistas. El Banco Mundial los utiliza, por su alta aceptación entre el público inversionista, traduciéndose en una mejor tasa de interés activa para el país miembro que solicita de éste un préstamo.

El primer bono global denominado en dólares fue emitido por el Banco en 1989; el primero en yenes japoneses en 1991 y en 1993 el primero en marcos alemanes.

⁷⁷ Tamames, *ob. cit.*, p. 122

Uno de los principales negocios que lleva al cabo el Banco, consiste en el manejo y administración de riesgos que conlleva su actividad de prestamista con relación a los países en vías de desarrollo. En este rubro, juega un papel fundamental el factor de credibilidad que un país posea en su capacidad de pagar en tiempo y forma el préstamo al que accede.

Además del riesgo crediticio, el Banco toma en consideración los riesgos relativos al mercado, a la moneda en la que se denomina la operación, al fondeo de recursos y a las tasas de interés.

Las garantías que ofrece el Banco junto con las demás entidades que constituyen la Organización Banco Mundial, son un apoyo complementario para las operaciones en las que intervienen los inversionistas privados. Por su parte, la Agencia Multilateral sobre Garantías para la Inversión proporciona garantías sobre las inversiones en caso de riesgos políticos como guerra o expropiación por citar algunos ejemplos, hasta por una cantidad por proyecto de 50 millones de dólares y de 175 millones de dólares por país. El Banco Mundial puede otorgar garantías para complementar los montos necesarios en caso de que el proyecto lo requiera, solicitando a su vez, del gobierno al que se destina la operación, una contra-garantía.

e) Operaciones

El Banco facilita el acceso a sus préstamos a través de las siguientes operaciones :

- a) Utilizando sus propios recursos para hacer o participar en una operación de crédito
- b) Recaudando fondos en los mercados de capital para hacer o participar en una operación de crédito
- c) Garantizando total o parcialmente préstamos hechos por inversionistas privados.

Las operaciones citadas en los inciso a) y b) sólo pueden ser materializadas con la autorización del país miembro en donde se colocan los instrumentos de deuda, con la aprobación del país miembro en cuya moneda se denomina la operación de crédito y si

ambos acceden que el proceso pueda ser sustituido o denominado en la moneda de cualquier otro miembro sin ninguna restricción.

Estas operaciones a su vez pueden llegar a complementarse con otras operaciones denominadas de cofinanciamiento y que hacen referencia a las siguientes ⁷⁸ :

- *Participación financiera directa del Banco Mundial en los últimos vencimientos de un préstamo comercial.* En esta operación el Banco participa hasta en una proporción cercana al 20% de un crédito comercial, facilitando al país o entidad que lo solicita al cumplimiento del calendario de pagos de su propio crédito.

- *Participación contingente del Banco Mundial en los vencimientos últimos de un préstamo comercial, que inicialmente financian en su totalidad entidades financieras comerciales.* En caso de que en una operación de crédito el calendario de pagos se vea afectado por un movimiento sensible en las tasa de interés pactada, el Banco apoya al prestatario financiando los saldos a pagar conforme a las fechas establecidas, inclusive hasta puede extender los vencimientos.

- *Garantías de los vencimientos últimos de un préstamo privado por parte del Banco Mundial, en vez de financiación directa.* En esta operación, el Banco participa, simplemente garantizando el reembolso de los últimos pagos del crédito correspondiente a cargo del prestatario.

Estas operaciones son materializadas y formalizadas a través de acuerdos internacionales los cuales incluyen entre otras cuestiones, los términos de la operación y inclusive la condicionalidad sobre ciertas reformas o ajustes a cuerpos normativos locales que entorpezcan o imposibiliten el acuerdo.

f) Inmunidades del Banco Mundial

Para el debido cumplimiento de sus funciones como organismo internacional, el Banco Mundial ha pactado con cada país miembro una serie de inafectabilidades de carácter jurídico con relación a los ordenamientos internos correspondientes.

⁷⁸ *idem*, p. 122.

El Banco tiene personalidad jurídica y la capacidad para contratar, adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles y para instaurar procedimientos legales.

El Banco puede ser objeto de acción legal sólo ante tribunales competentes dentro del territorio del país miembro en donde el Banco tenga localizada una oficina, en el lugar donde haya designado a un representante legal para recibir notificaciones de actuaciones procesales, o haya emitido o garantizada instrumentos de carácter financiero.

Toda clase de bienes y derechos que se encuentren bajo la titularidad del Banco son inmunes de todo tipo de medidas precautorias hasta antes de que se dicte sentencia definitiva en el caso correspondiente.

Inmunidades :

- ***Inmunidad en contra de incautación de bienes, activos y/o derechos*** : Los bienes, activos y derechos del Banco son inmunes de registro, confiscación, embargo, expropiación o cualquier otra forma de incautación ordenada por el poder ejecutivo o legislativo correspondiente.
- ***Inmunidad de archivos y registros*** : Los archivos y registros del Banco son inviolables.
- ***Inmunidad de los funcionarios del Banco*** : Todos los funcionarios del Banco Mundial gozan de inmunidad en contra de acciones legales que se intenten en su perjuicio en aquellos actos que se deriven estrictamente de su función, salvo en aquellos casos en que el propio Banco renuncie a este tipo de inmunidad. De la misma forma, gozan con respecto a su calidad migratoria, de la inmunidad en contra de revisión en sus pertenencias o de cualquier tipo de restricción para trasladarse dentro del territorio del país miembro de que se trate, entre otras.
- ***Inmunidades Fiscales e Impositivas*** : Todas las operaciones bienes y derechos del Banco están libre de cualquier obligación impositiva y de carácter fiscal.

g) Asociación Internacional para el Desarrollo

La Asociación Internacional para el Desarrollo fue establecida en 1960 para proporcionar asistencia en materia de recursos a los países miembros del Grupo Banco Mundial, menos desarrollados. Es decir aquellos países miembros que no pueden acceder a los recursos del Banco Mundial (por las condiciones de operación y por las tasas de interés), son objeto de crédito de esta Asociación. Los países que acceden a este tipo de recursos, tiene ingresos promedio per capita de 865 dólares o menos. La Asociación no cobra interés por préstamo, sólo una pequeña cuota para amortizar los gastos en los que se incurre por este servicio.

Los recursos que presta provienen de contribuciones hechas por gobiernos, de las utilidades y transferencias del Banco Mundial y reembolso de crédito previamente otorgados.

Está constituida por 159 países miembros, Todos los países socios del Banco Mundial pueden serlo de la Asociación. Otorga en promedio anualmente créditos por la cantidad total de 7 billones de dólares destinados a proyectos de desarrollo.

h) Corporación Financiera Internacional

La Corporación Financiera internacional fue establecida en 1956 para ayudar a fortalecer al sector privado de los países en vías de desarrollo. Otorga sus préstamos directamente al sector privado de los países miembros de la misma, en instrumentos de largo plazo, compra de obligaciones emitidas por las empresas en las que canaliza sus recursos, garantías, financiamiento contingente y administración de riesgos, entre otras actividades. Todos los proyectos de inversión tienen que comprobar su rentabilidad ante la Corporación.

Las tasas de interés sobre los créditos que otorga son las del mercado. Casi el 80% de sus recursos para el financiamiento provienen de los mercados financieros, por conducto de diversos instrumentos como bonos o colocación privada de acciones coordinada por ella misma y el restante 20% lo aporta el Banco Mundial.

Está constituida por 170 países miembros. En promedio, anualmente presta alrededor de 8 billones de dólares para proyectos del sector privado.

i) Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones

La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones fue establecida en 1988 para ayudar a los países en desarrollo a captar inversión extranjera. Proporciona a los inversionistas garantías sobre los flujos y/o proyectos de inversión con relación a los riesgos no comerciales inherentes de cada operación, principalmente expropiación, control de cambios, derechos de propiedad, guerra y riesgo o restricción en la transferencia de ganancias o capitales. Su cobertura comprende casi el 90% de la inversión, con un límite de 50 millones de dólares por proyecto.

Pertenecen a esta Agencia 141 países.

j) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones fue establecido para brindar a las operaciones sobre inversión las garantías de seguridad jurídica necesarias para su libre flujo. Tiene como antecedente el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, mismo que entró en vigor en 1966. Este Convenio contiene una serie de reglas de carácter procesal para solucionar controversias entre gobiernos e inversionistas privados de otra nacionalidad, mediante la conciliación y/o el arbitraje comercial. Instituye al Centro como lugar para desahogar los procedimientos correspondientes.

Los países miembros del Grupo Banco Mundial pueden voluntariamente incluir en los convenios o contratos de inversión una cláusula que haga referencia a que, en caso de surgir cualquier tipo de controversia en la operación, la misma se solucione a través de un proceso de conciliación y/o arbitraje ante el mismo Centro. Igualmente si se llegara a carecer de dicha cláusula de conciliación o arbitral, pueden las partes involucradas en la operación de inversión llegar a un acuerdo para solucionar la controversia de que se trate ante el mismo Centro. Activamente, se encuentra constituido por 126 países miembros.

k) Diferencia entre el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional

Tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional surgieron en 1944 durante los trabajos realizados en la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas en Bretton Woods en 1944, con el objetivo principal de ajustar la situación económica y financiera después de la Segunda Guerra Mundial. Aunque sus actividades son complementarias, tiene actividades específicas que las distinguen. El Banco Mundial, como apuntábamos anteriormente, es una institución de crédito de carácter internacional que promueve el crecimiento económico y la integración de los países en vías de desarrollo a la economía mundial, a través de 2 formas : Canalizar recursos para implementar políticas de desarrollo económico y para llevar a cabo proyectos de infraestructura e inversión. El Fondo, tiene como meta supervisar, vigilar y regular el sistema monetario mundial, apoyando con préstamos, entre otras estrategias, a los países miembros, independientemente del grado de desarrollo de sus economías, para balancear los déficits que llegaron a tener en sus respectivas balanzas de pagos.

l) El Banco Mundial y el Sistema Financiero Internacional

Las estrategias de apoyo del Banco Mundial con respecto al sistema financiero de cada país toma en consideración todos los agentes que intervienen en el mismo, haciendo especial hincapié en el sector bancario. De acuerdo a los analistas del Banco, los prerequisites para un sistema financiero sólido y competitivo son primordialmente 2 : un sistema legal funcional y una infraestructura técnica eficiente.

Con relación a los programas de apoyo a los sistemas bancarios de los países en desarrollo, miembros del Banco Mundial, éstos parten de hacer un diagnóstico general del sistema financiero de cada país, y constituir una base de datos a la cual acceder para ir armando el programa específico. El segundo paso es comprometer al país miembro con los recursos y los esfuerzos necesarios para la implementación de las reformas correspondientes. Finalmente, es importante que, paralelamente a la restructuración institucional, se lleven a cabo sendas reforma en los rubros legal, contable y administrativos para concretar un proyecto integral en beneficio del sistema financiero correspondiente.

El Banco Mundial también ha dirigido diversos programas de apoyo para el desarrollo de los mercados de capitales que complementan a los sistemas financieros locales

y son utilizados por los inversionistas privados para canalizar sus flujos de inversión a las oportunidades que se ofrecen en los mercados de los países en vías de desarrollo, contribuyendo de esta manera a canalizar recursos que sirven para el desarrollo económico de cada uno y haciendo al país menos dependiente de los préstamos directos de instituciones comerciales o de otros gobiernos.

III. Grupo Banco Interamericano de Desarrollo ⁷⁹

El Grupo Banco Interamericano de Desarrollo se encuentra constituido por 4 principales instituciones, a saber : 1.- Banco Interamericano de Desarrollo, 2.- Corporación Interamericana de Inversiones, 3.- Fondo Multilateral de Inversiones y 4.- Departamento del Sector Privado.

Estas entidades actúan para atender los problemas regionales de índole financiera y económica que enfrentan los países miembros, a través del suministro de recursos en la forma de préstamos y de diferentes instrumentos de deuda e inversión. En un principio, las actividades crediticias fueron dirigidas a proyectos del sector público, posteriormente, debido a la importancia de la participación del sector privado en el desarrollo de la economía y de los mercados financieros de las naciones, se comenzaron a programar recursos a ese sector. México forma parte de este grupo o conjunto de instituciones desde el 14 de julio de 1960.

Banco Interamericano de Desarrollo

El Banco Interamericano de Desarrollo es una institución financiera intergubernamental, establecida desde el año de 1959, con el propósito de impulsar el progreso económico y social de América Latina y el Caribe. Fue concebida como una institución de desarrollo regional a iniciativa de 19 gobiernos de América Latina y el Caribe y los Estados Unidos.

Actualmente, el Banco se encuentra constituido por 46 países miembros, 28 regionales y 18 extraregionales ⁸⁰.

⁷⁹ www.iadb.org (página electrónica en internet del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo).

a) **Objetivos**

Las principales funciones del Banco giran entorno de los siguientes objetivos :

- Destinar su capital, los recursos que obtiene en los mercados financieros y otros fondos disponibles, para financiar el desarrollo económico de los países miembros.
- Complementar la inversión privada cuando el capital privado no está disponible en términos y condiciones razonables.
- Proveer asistencia técnica para la preparación, financiamiento y ejecución de los programas de desarrollo.

Anualmente, otorga préstamos por una cantidad cercana a los 7 mil millones de dólares, para el desarrollo de proyectos en los sectores agrícola, industrial, energía, transporte, salud, desarrollo urbano y educación.

A partir del año de 1961, fecha en que el Banco concedió el primer préstamo, ha canalizado sus recursos a través de las siguientes vías :

- **Préstamos de inversión.** La mayoría de los préstamos que otorga el Banco se dirigen a desarrollar proyectos de inversión. Este tipo de proyectos representan una gran sinergia de negocios entre todos los actores que los constituyen, tanto de la iniciativa privada como del sector público.
- **Crédito global.** Estas operaciones se relacionan con el desarrollo de proyectos de pequeña escala en los sectores industrial, comercial y agrícola. El Banco genera un préstamo a otro banco de segundo piso, y a su vez éste vuelve a otorgar los fondos a las empresas e instituciones que los necesitan.
- **Préstamos para ajustes de política.** Este tipo de préstamos están dirigidos a apoyar las reformas económicas necesarias para eficientizar el desarrollo comercial, industrial y financiero de los países miembros que así lo requieran.

⁸⁰ En 1974, a través de la Declaración de Madrid el Banco se vinculó con numerosas naciones industrializadas, ampliando su membresía a países como Alemania, Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, España, Francia, Italia, Japón, Reino Unido y Suiza entre otros.

b) Estructura

La estructura organizacional del Banco Interamericano de Desarrollo es muy similar a la analizada en los casos tanto del Fondo Monetario Internacional como del Banco Mundial.

Asamblea de Gobernadores

La Asamblea de Gobernadores es la máxima autoridad del Banco. En ella están representados todos los países miembros a través de los ministros de Economía y representantes del banco central de cada uno. Define los perfiles y las políticas generales de acción.

Directorio Ejecutivo

El Directorio Ejecutivo está integrado por 12 miembros, 8 elegidos por los países latinoamericanos, 1 por Estados Unidos, 1 por Canadá y 2 por los países extraregionales. Este órgano es el encargado de ejercer todas las facultades que le delega la Asamblea de Gobernadores, así como la operación del Banco.

Presidente

El Presidente del Banco es el representante legal y el jefe del personal administrativo de todos los funcionarios que dependen del Banco. Es electo cada 5 años por la Asamblea de Gobernadores.

Oficina de Evaluación

La Oficina de Evaluación constituye una importante herramienta del Banco en todo lo referente a las evaluaciones relativas a las fases de las operaciones del mismo en forma coherente y sistemática.

Las actividades de este oficina se dirigen básicamente a :

- Fomentar el uso de la evaluación como un mecanismo del proceso decisorio en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial de los países miembros.
- Brindar asesoría en la implementación de métodos evaluativos.
- Incorporar a la sociedad civil y a sus organizaciones en los procesos evaluativos de las actividades de sus gobiernos.

Dentro de la estructura organizacional del Banco encontramos igualmente una Vicepresidencia Ejecutiva y las siguientes áreas administrativas :

- Contraloría y Auditoría General.
- Asesoría de Relaciones Externas.
- Oficina Especial en Europa.
- Oficina del Fondo Multilateral de Inversiones.
- Oficina del Economista en Jefe.

Esta área tiene especial importancia por las actividades que tiene bajo su responsabilidad, tales como :

- Asesorar al Presidente y Vicepresidente del Banco sobre asuntos económicos relativos a la operación y políticas del mismo.
- Proponer y coordinar la investigación y el desarrollo de políticas económicas para los países de Latinoamérica y el Caribe.
- Mantener actualizadas las investigaciones e información económica y financiera del Banco, a través del permanente contacto con los distintos organismos e instituciones de investigación a nivel mundial.
- Representar al Banco en toda clase de foros en los que se discutan asuntos de relevancia para el mismo.

A continuación de estas estructuras se encuentran :

- 3 Departamentos Regionales, responsables del seguimiento del programa de préstamos al sector público y de aquellos que se realizan al sector privado por conducto de otros intermediarios financieros en coordinación con el propio Banco.
- Departamento Financiero.
- Departamento de Secretaría.
- Departamento de Integración y Programas Regionales.
- Departamento Legal.
- Departamento de Planificación Estratégica y Políticas Operativas.
- Departamento Administrativo.
- Departamento del Sector Privado.
- Departamento de Programas Sociales y Desarrollo Sostenible.

La importancia de este departamento radica en que maneja la División de Infraestructura y Mercados Financieros, encargada de la inversión y programas relacionadas con empresas privadas y el desarrollo de los mercados financieros y de capital.

Actualmente, esta división analiza el desarrollo de mercados financieros y de valores, las actividades de intermediarios financieros no bancarios y de las entidades bancarias.

c) Recursos

El Capital del Banco Interamericano de Desarrollo se encuentra constituido, en primer término por el capital accionario suscrito, por sus reservas, por los fondos captados a través de préstamos y por las contribuciones especiales de los países miembros. Las

suscripciones al capital del Banco son capital pagadero en efectivo y capital exigible, es decir, garantías de las obligaciones del Banco en los mercados financieros mundiales.

d) Departamento del Sector Privado

El Departamento del Sector Privado fue creado en 1994 como una unidad operacional encargada de ofrecer financiamiento a largo plazo y garantías para proyectos de infraestructura llevados al cabo por empresarios de los países miembros. La presencia o respaldo del Banco en este tipo de créditos, estimula la participación de inversionistas privados, dinamizando la disposición de recursos para los proyectos que se aprueban.

En todo proyecto la participación del Banco puede ser hasta por una cantidad de 75 millones de dólares o por el 25% del costo total del proyecto, la que sea menor de ambas. Estos proyectos son elegibles para recibir las garantías que el Banco otorga a los prestamistas, a saber garantía parcial de riesgo (cumplimiento de las obligaciones contractuales del estado o los riesgos de transferencia de divisas y la garantía parcial de crédito, misma que cubre parte del financiamiento otorgado por prestamistas privados.

e) Corporación Interamericana de Inversiones

La Corporación Interamericana de Inversiones fue establecida en 1989, con el propósito de apoyar a la pequeña y mediana empresa del sector privado de los países de América Latina y del Caribe. Sus labores de promoción y fomento las realiza a través de inversiones de capital y préstamos a plazo para proyectos que no podrían obtener financiamiento de otras instituciones financieras. Igualmente realiza operaciones de cofinanciamiento y presta servicios de asesoría.

Sus actividades difieren de las del Departamento del Sector Privado, en que se concentran en proyectos pequeños y medianos en todos los sectores de la economía y no en obras de infraestructura de gran escala.

Las inversiones que realiza en las empresas privadas puede representar hasta un 33% de su capital. Cuando la empresa es viable, la Corporación retira estos recursos para canalizarlos a otros proyectos de inversión. El monto de los préstamos que otorga van de los

2 a los 10 millones de dólares, en forma directa o por conducto de intermediarios financieros.

f) Fondo Multilateral de Inversiones

El Fondo Multilateral de Inversiones es una institución de desarrollo establecida para apoyar la transformación de las economías emergentes a economías de mercado y contribuir a crear un entorno propicio para el desarrollo del sector privado y la ampliación de las inversiones del mismo en los diferentes sectores económicos. Invierte en instrumentos de capital y cuasi capital, por conducto de instituciones intermediarias de apoyo a la pequeña empresa y brinda asistencia técnica para el desarrollo de proyectos del sector privado.

El Fondo participa en aquellos proyectos en los cuales se requieran recursos concesionales para iniciar o promover la ejecución de una actividad. Los beneficiarios pueden ser entidades del sector público y privado. Los proyectos deben de estar relacionados con cualquiera de las siguientes actividades : cooperación técnica para reforma de políticas, desarrollo de recursos humanos y desarrollo de la pequeña empresa.

Dentro del rubro de la cooperación técnica para reforma de políticas, el Fondo financia proyectos que contribuyen al establecimiento de un marco jurídico e institucional que favorezca la inversión privada. Estos proyectos pueden variar desde el desarrollo de un sector financiero moderno, modernización de los sistemas de mediación y arbitraje hasta la armonización de los mercados de capital.

Los proyectos que se realizan en lo que respecta al Desarrollo de Recursos Humanos, respaldan los esfuerzos que realizan los países para capacitar a la población económicamente activa a las necesidades y requerimientos del sector privado.

Finalmente, los apoyos que el Fondo brinda para el desarrollo de la pequeña empresa consisten en asistencia técnica y financiamiento, mediante la promoción de innovadores servicios financieros, asesoría a empresas, capacitación técnica y transferencia de tecnología.

IV. Organización Mundial de Comercio (OMC) - Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) ⁸¹

a) Organización Mundial de Comercio (OMC)

La Organización Mundial de Comercio es un organismo intergubernamental que tiene como objetivo principal determinar las reglas del comercio a nivel mundial, a través de un sistema que fomente y armonice el comercio entre los países miembros y que garantice la seguridad jurídica de las transacciones comerciales, proporcionando los foros para la solución de controversias que resulten de las mismas. México forma parte de la OMC desde 1995.

Esta organización tiene por antecedente el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT - General Agreement on Tariffs and Trade) de 1947, mismo que dio base a la estructuración del comercio a nivel internacional, pero que carecía de la fortaleza de un organismo al cual recurrir para darle seguimiento a los acuerdos comerciales y arancelarios y la Ronda de Uruguay (1986 - 1994), consistente en uno de los diversos foros de negociaciones que derivaron del GATT y que concluyó en 1994 para dar paso al surgimiento de la Organización Mundial de Comercio ⁸².

La OMC puede definirse también como una entidad coordinadora de los diversos tratados, declaraciones, decisiones ministeriales, reglas, mecanismos de supervisión, compromisos y procedimientos para la solución de controversias, todos ellos relacionados con el comercio de bienes y servicios de carácter internacional, que los países miembros han celebrado en distintos rubros. Sus documentos principales los constituyen el Acta Final que comprende los Resultados de la Ronda de Uruguay sobre Negociaciones Comerciales Multilaterales y el Acuerdo de Marrakesh por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio y sus anexos ⁸³.

⁸¹ www.wto.org (página electrónica en internet de la Organización Mundial del Comercio).

⁸² La Organización Mundial de Comercio comenzó formalmente sus operaciones el 1 de enero de 1995.

⁸³ Los anexos del Acuerdo de Marrakesh están constituidos por: Anexo 1, que hace referencia a los acuerdos multilaterales sobre el comercio de bienes, incluido el GATT, al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y el Acuerdo sobre Asuntos Comerciales relacionados con los Derechos de Propiedad Intelectual; Anexo 2, Reglas y procedimientos para la solución de controversias; Anexo 3, Mecanismo para la Revisión de la Política Comercial y Anexo 4, otros acuerdos comerciales plurilaterales en los rubros de aviación civil, productos lácteos, carne de ganado bovino y gobierno. Igualmente, se comprenden como anexos toda una serie de Declaraciones y Decisiones Ministeriales, así como distintos compromisos comerciales entre los países miembros.

Los objetivos de todos los cuerpos normativos que constituyen el fundamento de la OMC y de su acción, son: a) liberalizar el comercio, b) utilizar la negociación para la liberalización del comercio y c) el establecimiento de un sistema imparcial para la solución de controversias de carácter comercial. Estas directrices traen aparejados consigo importantes principios necesarios para mantener la tendencia librecambista, entre los que figuran aquellos para evitar la discriminación comercial, los que alentan la competencia y los que aseguran medidas de protección temporales a ciertos sectores de los países miembros menos desarrollados.

Estructura

Los órganos principales de gobierno dentro de la Organización Mundial de Comercio se encuentran constituidos por el Consejo General, la Dirección General, el Secretariado y los Comités.

Los servicios financieros y la Organización Mundial de Comercio

Dentro de las Decisiones Ministeriales que formaron parte de los documentos constitutivos de la OMC, la relativa a servicios financieros instituyó, un periodo de 6 meses, contados a partir del 1 de enero de 1995, para que los países miembros libremente modificaran, mejoraran o retiraran total o parcialmente los compromisos contraídos en este rubro dentro de las conclusiones de la Ronda de Uruguay, sin ignorar las provisiones establecidas en el Artículo XXI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios ⁸⁴. El cuerpo operativo encargado de dar seguimiento a estas negociaciones fue el Comité de Comercio sobre Servicios Financieros.

A partir de julio de 1995, 43 países miembros de la OMC, entre ellos México, establecieron una serie de compromisos en materia financiera relacionados con la apertura del mercado, que desde entonces han coadyuvado al proceso de liberalización progresiva del sector. Los compromisos iniciales se realizaron durante la finalización de la Ronda de

⁸⁴ Este precepto comprende el procedimiento que debe de seguir cualquier país miembro de dicho acuerdo que desee modificar o retirarse de la lista de compromisos en materia financiera previamente pactados o negociados.

Uruguay en 1993, en la cual 82 gobiernos ofrecieron abrir sus mercados a proveedores de servicios financieros extranjeros.

Los nuevos ofrecimientos de acceso a mercados, pactados durante 1995 entraron en vigor el 1 de septiembre de 1996 y estarían vigentes hasta el 1 de noviembre de 1997. A partir de esa fecha, los gobiernos contarían con un periodo de 60 días para modificar los compromisos pactados. Los principios de estos acuerdos se encuentran comprendidos en el Segundo Protocolo del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y en la Segunda Decisión sobre Servicios Financieros. Para la OMC los servicios financieros, bancarios, el mercado de valores, los seguros, administración de activos, etc...son esenciales para el correcto funcionamiento del intercambio comercial de bienes y servicios a nivel mundial. Se estima que el sector involucra cerca de 1.2 trillones de dólares diarios en transacciones de divisas. El financiamiento internacional de bancos comerciales asciende a 6.4 trillones de dólares. El total estimado de activos pertenecientes al sistema bancario mundial, se estima en 20 trillones ⁸⁵.

La comunidad empresarial, usuarios por excelencia de los servicios financieros a nivel nacional e internacional, apoyan y fomentan la liberalización de este sector para obtener una mejor calidad en el servicio, mayor eficiencia y un mejor precio en el uso de dichos servicios. Resulta de suma importancia que los gobiernos asuman el papel de fomento para esta liberalización, tomando en cuenta la situación de cada sector involucrado, así como proporcionar al inversionista la seguridad necesaria para evitar crisis económicas atribuidas a fallas del sistema bancario, reforzando sus acciones en materia de regulación prudencial sobre la operación de entidades financieras.

Conforme a los lineamientos pactados por los países miembros durante las negociaciones de la Ronda de Uruguay y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, los gobiernos, en coordinación con sus bancos centrales y autoridades financieras deben de implementar políticas monetarias efectivas, así como fortalecer la regulación prudencial del sector financiero para garantizar su funcionamiento y solidez.

⁸⁵ Datos proporcionados por el Fondo Monetario Internacional, el Banco de Pagos Internacionales y la Comisión Europea.

Servicios financieros

Durante la Ronda de Uruguay, los países miembros designaron como servicios financieros a las siguientes actividades :

Seguros y servicios conexos.- Seguros diversos, reaseguro, intermediación y servicios auxiliares al rubro de seguros.

Bancos y otros servicios financieros.- Operaciones activas y pasivas, todo tipo de transacciones monetarias y de pagos, garantías, comercialización de instrumentos del mercado de dinero, operaciones con divisas, instrumentos de tipo de cambio y tasas de interés, valores, manejo de todo tipo de instrumentos negociables, manejo de inversiones, fondo de pensiones, procesamiento de datos y otros servicios auxiliares.

Dentro de la gran diversidad de compromisos a los que se han llegado en las rondas de negociación, trascienden los acuerdos para que en muchos países se autorice a entidades financieras extranjeras a operar en el mercado doméstico. Para las que ya estaban operando, se les ha permitido aumentar o diversificar los servicios y productos que proporcionaban a sus clientes. Los compromisos incluyen, por ejemplo, el aumento de autorizaciones de entidades financieras extranjeras para operar en determinado país; incremento de la participación accionaria extranjera en instituciones nacionales o la abolición de los requisitos de residencia y/o de nacionalidad para ocupar cargo en los consejos de administración de las instituciones financieras. Aunque resulta evidente que los objetivos de estos compromisos consisten en la liberalización y desregulación del sector financiero, la OMC reconoce la necesidad de mantener una adecuada regulación prudencial de todas las instituciones que intervienen en el negocio financiero.

La Organización Mundial de Comercio y el Fondo Monetario Internacional

La colaboración entre la OMC y el FMI fue establecida en los documentos constitutivos de la primera para darle continuidad a los esfuerzos de interactividad que comenzaron desde 1947 con el GATT. El Artículo Tercero de la OMC instituye como una de sus funciones la cooperación con el FMI y también con el Banco Mundial, con el propósito de coordinar el desarrollo de las políticas económicas y comerciales a nivel global. El FMI participa con la OMC dentro de las consultas con los países miembros para el caso

de imposición de medidas comerciales para salvaguardar sus balanzas comerciales. Los asuntos de política comercial son especialmente considerados en las actividades de vigilancia del FMI. En todo momento, dichas entidades son respetuosas de sus respectivas jurisdicciones.

b) Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios es el primer acuerdo multilateral que estatuye un conjunto de reglas relacionadas con el comercio internacional de servicios. Este instrumento jurídico internacional opera en 4 niveles : a) El texto principal del acuerdo que contiene una serie de principios generales y obligaciones relativas al comercio de servicios, b) Los anexos, que contienen reglas para determinados sectores, c) Los compromisos en materia de acceso a mercado que cada país individualmente ha pactado con su contraparte o contrapartes y d) Las listas que muestran la no aplicación de algunos países miembros del principio *trato de nación más favorecida*⁸⁶.

El GATS tiene 3 principios básicos : a) Cubre todos los servicios, excepto aquellos suministrados por cualquier tipo de autoridad, b) Debe de prevalecer el principio de *trato nacional* entre todos los proveedores de servicios y c) Debe de prevalecer el principio de *trato de nación más favorecida* entre todos los proveedores de servicios.

Cada país miembro escoge los sectores en los cuales emite sus compromisos de acceso a mercado, *trato nacional* y *trato de nación más favorecida*, así como el calendario de aplicación y las excepciones que considere pertinentes. México es miembro del GATS desde 1993.

i. Análisis del texto legal del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios surgió en 1993 por la necesidad de contar con un marco regulatorio de este sector al quedar demasiado acotado en su acción su antecedente más cercano, el GATT, el cual , primordialmente se referiría al comercio de

⁸⁶ El principio no discriminatorio del *trato de nación más favorecida* significa que cada país miembro de un determinado acuerdo, tiene que tratar a los demás igualmente, no puede existir ninguna diferencia.

bienes. Dentro de la economía global, el comercio de servicios fue evolucionando drásticamente como una consecuencia lógica de las tendencias de liberalización progresiva y de la apertura de mercados.

Este cuerpo normativo buscó ser el medio a través del cual todos los países miembros pudieran exponer sus políticas comerciales y consensarlas para favorecer el desarrollo de sus respectivas economías, garantizando el flujo de las inversiones y la seguridad jurídica en las operaciones que implicaban las mismas.

Este acuerdo forma parte de la serie de documentos jurídicos multilaterales y plurilaterales que en conjunto constituyen gran parte de la base legal de la OMC. Se encuentra estructurado en 6 partes principales, a saber : Primera parte, Alcance y definición; Segunda parte, Obligaciones y disciplinas generales; Tercera parte, Compromisos específicos; Cuarta parte, Liberalización progresiva; Quinta parte, Disposiciones institucionales y Sexta parte, Disposiciones finales.

Primera parte : Alcance y definición

Esta sección hace referencia a los objetivos y áreas de aplicación del GATS.

El texto legal y los demás anexos de este instrumento se aplican a las disposiciones que en materia de comercio de servicios aplican las autoridades de los países miembros. Para efectos del GATS quedan exceptuados de ser afectados por las disposiciones que lo constituyen, todos aquellos servicios que son proporcionados en el ejercicio de autoridad gubernamental ⁸⁷.

El comercio de servicios es definido en este apartado como el suministro de un servicio :

- Del territorio de un país miembro al territorio de otro país miembro.

⁸⁷ De acuerdo a las disposiciones del GATS un servicio proporcionado en el ejercicio de autoridad gubernamental significa cualquier servicio que no es proporcionado conforme a criterios comerciales, ni en competencia con uno o más proveedores del servicio.

- En el territorio de un país miembro para el consumidor del servicio de cualquier otro país miembro.
- Por parte de un proveedor del servicio de un país miembro, a través de presencia comercial en el territorio de cualquier otro país miembro.
- Por parte de un proveedor del servicio de un país miembro, a través de la presencia de personas físicas de otro país miembro en el territorio de cualquier otro país miembro.

Segunda parte : Obligaciones y disciplinas generales

Para determinar las obligaciones y lineamientos generales que deben de seguir los países miembros, en el texto del GATS se especifican una serie de temas que inciden y se aplican en la comercialización de servicios en los diversos sectores. Principios y temas como *trato de Nación más favorecida*, integración económica, regulación interna, monopolios, transferencia de pagos, prácticas comerciales, etc...son comprendidos en esta parte para definir y homologar los compromisos a que se compromete cada país miembro.

Trato de nación más favorecida (NMF)

Los países miembros del GATS deben de otorgar a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro país miembro un trato semejante al que otorga a los servicios y a los proveedores de servicio de cualquier otro país miembro. De la misma forma, pueden exceptuar de este política ciertos rubros siempre y cuando se cumplan con los requisitos de excepción establecidos.

Transparencia

Los países miembros tienen la obligación de dar a conocer cualquier disposición o instrumento jurídico internacional del que sean signatarios que afecten la operación del GATS, asimismo, deberán dar respuesta a todas las consultas que le hicieran los demás países miembros sobre dicha situación y sobre cualquier otro asunto que consideren de relevancia y que potencialmente pudiere afectarles. En lo que respecta a legislación interna,

deberán a la brevedad posible o por lo menos una vez al año, notificar al Consejo para el Comercio de Servicios, sobre cualquier introducción de nueva normatividad o modificación de la misma que pudiera afectar los compromisos contraídos en cada sector de servicios.

Integración económica

El GATS como acuerdo multilateral en favor de la globalización de mercados, no se opone a que los países miembros sean parte o formalicen acuerdos internacionales que tiendan a liberalizar el comercio de servicios, siempre y cuando dichos instrumentos tengan una amplia cobertura sectorial ⁸⁸ y que los mismos prevean mecanismos para eliminar medidas discriminatorias. Cualquier acuerdo que se instituya deberá de estar diseñado para facilitar el comercio entre las partes que lo integren y no deberán significar a cualquier país miembro del GATS que no sea parte de esos acuerdos, una barrera comercial sobre los sectores en los que se hubieren pactado compromisos previos a dichos instrumentos.

En caso de que cualquier país miembro, con motivo de la celebración de determinado acuerdo deseara, modificar o retirar parte o la totalidad de los compromisos contraídos en el marco del GATS, que resultare inconsistente con los nuevos compromisos contraídos, deberá iniciar el proceso de modificación de la lista de compromisos establecido en el propio GATS.

Todos los acuerdos que en materia de servicios celebre cualquier miembro del GATS, deberán ser proporcionados al Consejo para el Comercio de Servicios, así como cualquier ampliación o modificación de que fueren objeto.

Regulación interna

Los países miembros deberán asegurarse crear y/o mantener las condiciones necesarias para la correcta aplicación de las medidas generales relacionadas con el comercio de servicios. También deberán proveer de la infraestructura legal necesaria para la solución de controversias que llegaren a resultar en la aplicación de dichas medidas, en la forma de

⁸⁸ El concepto *amplia cobertura sectorial* se entiende en términos de número de sectores comprendidos, volumen de comercio y formas de suministro.

tribunales judiciales, arbitrales o administrativos, así como cualquier otro tipo de procedimiento para resolver disputas comerciales, siempre y cuando estos organismos no contravengan su legislación interna.

Para evitar que la autorización para el suministro de un determinado servicio a proporcionar por un extranjero se convierta en una forma de barrera al comercio, El Consejo para el Comercio de Servicios ha propuesto una serie de lineamientos a seguir por todos los países miembros, provocando con esta medida que los requerimientos que se exijan se basen en :

- Criterio objetivos.
- Evitar más pruebas de las necesarias para medir la calidad de un servicio.
- Transparencia.

Tratándose de sectores en los que se hubieren realizado compromisos relacionados con el suministro de servicios profesionales, cada país miembro debe de implementar los procedimientos necesarios para verificar la competencia profesional de personas de cualquier otro país miembro.

Reconocimiento de estudios y experiencia y/o capacidad profesional

Para poder extender una licencia o cualquier tipo de autorización para proveer cualquier tipo de servicio, las autoridades de cada país miembro pueden reconocer, unilateralmente, a través de la homologación de estándares o por convenio, los estudios y/o preparación profesional que tengan los proveedores potenciales de un determinado servicio y que los hayan obtenido en otro país miembro. Cada país miembro deberá asegurarse que las medidas o estándares de reconocimiento de estudio y/o capacidades profesionales no constituyan una barrera al comercio ni algún tipo de discriminación.

Monopolios, distribuidores exclusivos de un servicio y prácticas comerciales

Cada país miembro deberá asegurarse que cualquier distribuidor monopolístico o exclusivo de un determinado servicio en su territorio, no actúe de manera inconsistente con los compromisos contraídos en el marco del GATS. Cuando las prácticas comerciales de un

proveedor de servicios de algún país miembro afecten a otro, éste último podrá iniciar un procedimiento de consultas con su contraparte para eliminar los perjuicios comerciales de esa práctica comercial.

Pagos y transferencias

Ningún país miembro deberá aplicar cualquier tipo de restricción sobre transferencias y pagos internacionales con motivo de operaciones comerciales corrientes, derivadas de los compromisos contraídos, con excepción de aquellas que se impongan para salvaguarda de la balanza de pagos de cada uno.

En el evento de una crisis económica y/o financiera que repercuta sobre la balanza comercial de un determinado país miembro, éste podrá imponer medidas y restricciones temporales en los compromisos que hubiere contraído con relación al comercio de servicios.

Estas medidas y restricciones no deberán de ser discriminatorias; tendrán que ser consistentes con la normatividad del Fondo Monetario Internacional; tendrán que evitar daños comerciales innecesarios a cualquier otro país miembro; no deberán excederse de lo necesario para atender la situación de crisis existente; tendrán que ser temporales y progresivamente eliminadas.

Excepciones generales

Todo comercio de servicios que sean adquiridos por el gobierno de cualquier país miembro para su uso directo, sin fines de reventa o comerciales de ningún tipo, estarán exentos de los principios de *trato de Nación más favorecida*, *trato nacional* y de acceso a mercado contenido en el GATS.

Sin que se entienda como una restricción o barrera al comercio, dentro del GATS no existe medida alguna que impida a cualquier país miembro para tomar acciones tendientes a :

- Proteger la moral pública y mantener el orden público.
- Proteger la vida y la salud humana, animal y/o vegetal.

- Asegurar la concordancia con leyes y reglamentos relacionadas con la seguridad en todos sus niveles, con la prevención de actos fraudulentos; con regulación tendiente a proteger la intimidad de las personas en lo referente al procesamiento y diseminación de datos y la protección de la confidencialidad en cuentas y registros diversos.

Subsidios

En materia de subsidios los países miembros reconocen su aplicación y al mismo tiempo los efectos distorcionadores que inciden en el comercio de servicios. Para regular lo anterior el GATS ofrece un foro de consultas en esta materia, para alcanzar acuerdos multilaterales que disminuyan los efectos negativos de los mismos, permitiendo una cierta flexibilidad en su implementación, sobre todo en los programas sociales de los países en desarrollo.

Tercera parte : Compromisos específicos

En esta sección se determinan los parámetros de acceso a mercado en materia de comercio de servicios.

Acceso a mercado

Los países miembros deben de permitir el comercio de servicios en su territorio, con relación a proveedores de los mismos de otro país miembro exactamente conforme a lo pactado en sus listas de compromisos de acceso a mercado y liberalización progresiva.

En aquellos sectores en donde un país miembro esté emprendiendo sus respectivos compromisos de acceso a mercado, se deberán evitar medidas tales como :

- Limitaciones en el número de proveedores de un servicio.
- Limitaciones en el valor total de las operaciones del servicio o en activos.
- Limitaciones en el número total de operaciones de servicio.
- Limitaciones en el número total de personas que puedan ser contratadas en un determinado sector de servicios.

- Medidas que restringen o requieren de formas específicas de entidades legales, a través de las cuales un proveedor de servicio puede suministrarlos.
- Limitaciones en los montos de inversión extranjera a través de topes en los porcentajes para accionistas de diferente nacionalidad.

Trato nacional

Los países miembros deben de asegurar un trato igual a los proveedores de servicios de otras nacionalidades, como aquel que le brindan a los proveedores de servicios nacionales. Esto se logra brindándoles a los proveedores de servicios de otros países miembros formalmente un trato igual o un trato diferente como el que les otorga a sus propios servicios y proveedores de los mismos. Se entiende que este trato igual o desigual es discriminatorio cuando modifica las condiciones de competencia en favor de los proveedores de servicios nacionales.

Cuarta parte : Liberalización progresiva

Uno de los aspectos más relevantes del GATS resulta el fomento de la liberalización de mercados en materia del comercio de servicios. El concepto de liberalización progresiva significa el lograr lo anterior a través de la vía de la negociación comercial bilateral, plurilateral y multilateral, tomando en cuenta país por país y sector por sector. Igualmente, a este proceso se añaden las listas de compromisos que cada país hace y que tiene que ir desarrollando o cumpliendo con base a un calendario determinado.

Cada lista de compromisos que hacen los países miembros debe de especificar:

- Términos, condiciones y limitaciones para el acceso a mercados.
- Condiciones y requisitos en materia de trato nacional.
- Plan de acción sobre compromisos adicionales.
- El calendario de implementación de los compromisos adquiridos.
- La fecha de entrada en vigor de los compromisos.

En cualquier momento, después de haber transcurrido 3 años de su respectiva entrada en vigor, cada país miembro puede modificar o retirar cualquier compromiso

asignado en su lista. La intención de realizar lo anterior tienen que ser notificado al Consejo para el Comercio de Servicios, órgano encargado de atender estos procedimientos, a más tardar tres meses antes de llevarse a cabo. En caso de que estas medidas afecten a cualquier otro país miembro, éste puede solicitarle al que las está implementando consultas para abatir los efectos negativos motivados por las mismas. El ajuste compensatorio debe de realizarse con base en el principio de *nación más favorecida*. Si no se llega a ningún acuerdo las partes pueden someter la disputa a un arbitraje.

Quinta parte : Disposiciones institucionales

En este apartado se hace referencia al Consejo para el Comercio de Servicios, encargado de administrar y operar todo lo referente al GATS. Está constituido por representantes de todos los países miembros y es presidido por uno de los mismos.

De la misma forma, se menciona a la Unidad para la Solución de Controversias, órgano que tiene por objetivo administrar los sistemas para resolver diferencias dentro del marco del GATS, específicamente toda la operación del Entendimiento para la Solución de Controversias, documento que norma o proporciona los lineamientos mínimos para realizar consultas o negociaciones y/o arbitrajes. Básicamente, los medios utilizados para resolver disputas entre los países miembros o cualquier modificación a las listas de compromisos, así como cualquier afectación en el funcionamiento del GATS, son las consultas o negociaciones y el arbitraje.

Finalmente, se establecen los criterios generales de asistencia técnica a países miembros en vías de desarrollo y las bases para la cooperación con otras entidades internacionales.

Sexta parte : Disposiciones finales

El GATS establece una serie de casos en los que un país miembro puede dejar de proporcionar trato recíproco o los beneficios derivados de este acuerdo a cualquier proveedor de servicios cuando :

- El servicio es proporcionado del o en el territorio de un país que no sea miembro del GATS, o de un país al que el país que le niega la aplicación del acuerdo, tampoco puede aplicarle el acuerdo de la Organización Mundial de Comercio.
- El servicio es proporcionado por una embarcación registrada o de nacionalidad de un país que no sea miembro del GATS, o de un país al que el país que le niega la aplicación del acuerdo, tampoco puede aplicarle el acuerdo de la Organización Mundial de Comercio.
- El servicio es proporcionado por un persona jurídica y no es proveedora de servicios de cualquier otro país miembro, o es proveedora de otro país al que el país que le niega la aplicación del acuerdo, tampoco puede aplicarle el acuerdo de la Organización Mundial de Comercio.

ii. Anexo del GATS sobre Servicios Financieros

El Anexo del GATS sobre Servicios Financieros comprende una serie de estipulaciones que complementan a las establecidas en dicho acuerdo marco para todo lo referente al comercio de servicios financieros.

Es importante mencionar que en este anexo excluye todos aquellos servicios financieros cuyo destino o forma de suministro son a través del ejercicio de cualquier tipo de autoridad gubernamental, entre los que figuran:

- Actividades llevadas a cabo por el banco central o por cualquier autoridad monetaria o financiera y que desarrolle políticas cambiarias.
- Actividades que forman parte del régimen de seguridad social.
- Actividades realizadas por cualquier entidad pública relacionadas con los recursos financieros del gobierno.

Las 2 últimas actividades formaran parte de los servicios comprendidos tanto por el GATS como por este Anexo, cuando los mismos se otorguen conjuntamente con otro

proveedores de servicios similares y tengan las mismas condiciones de acceso al mercado y exista libre competencia ⁸⁹.

Este Anexo respeta todas aquellas medidas que se implemente para la estabilidad e integridad del sistema financiero de cada país miembro, así como aquellas medidas de carácter prudencial que establezcan las autoridades de la materia. Conserva el principio del secreto bancario, aplicándolo a cada sistema financiero local, en las cuentas y negocios de sus clientes y acreditados.

En materia de solución de disputas, se requiere que expertos en la materia financiera en la que ha surgido la inconformidad, sean los que constituyan los paneles de consultas y arbitraje.

Para este Anexo, los servicios financiero son definidos como aquellos servicios de naturaleza financiera, suministrados por un proveedor de servicios financieros de un determinado país miembro. Entre los servicios financieros se incluyen los siguientes :

Seguros y servicios conexos :

- Seguro directo y coaseguro.
- Reaseguro.
- Servicios de intermediación.
- Servicios auxiliares.

Banca y otros servicios financieros

- Operaciones activas y pasivas.
- Arrendamiento financiero.
- Servicios de transmisión de pagos y de dinero.
- Garantías y obligaciones.
- Operaciones con instrumentos del mercado de dinero.
- Operaciones con divisas.
- Operaciones con futuros y opciones.

⁸⁹ Tal es el caso de las administradoras de fondos para el retiro (AFORES), en donde encontramos que la AFORE Siglo XXI, que tiene como accionista mayoritario al Instituto Mexicano del Seguro Social, compete en el mercado con otras AFORES de capital 100% privado.

- Operaciones con instrumentos referentes al tipo de cambio y tasas de interés.
- Operaciones con valores.
- Corretaje de dinero.
- Administración de inversiones y activos.
- Servicios de información y procesamiento de datos.
- Servicios auxiliares.

iii. Segundo Anexo del GATS sobre Servicios Financieros

Este Segundo Anexo del GATS sobre Servicios Financieros fue incorporado para la aplicación entre todos los países miembros a través de la decisión adoptada el 30 de junio de 1995 por el Consejo para el Comercio de Servicios. Estatuía, al igual que la Decisión Ministerial sobre Servicios Financieros, acordada en Marrakesh el 15 de abril de 1994, un lapso de tiempo para que cada país miembro hiciera ajustes a su lista de compromisos con relación a servicios financieros que fueran inconsistentes con el principio de *trato de Nación más favorecida*.

iv. Panorama general de los compromisos en materia financiera más importantes en el marco del GATS

Además de los compromisos en materia de comercio de servicios que específicamente se establecen en el articulado del GATS, los países miembros han acordado realizar acercamientos para negociar o implementar compromisos por rubro, incluyéndose los servicios financieros. Lo anterior, podría aceptarse como válido siempre y cuando no entrara en conflicto con el contenido del GATS; no afectara el derecho de cada país miembro para calendarizar sus compromisos; los compromisos a los que se llegara fueran sobre la base de trato de nación más favorecida y no se presumiera anticipadamente el grado de liberalización al que se compromete cada país miembro.

Acceso a mercado

Además de lo establecido en el texto del GATS en esta materia, cada país miembro tiene la obligación de manifestar en su lista de compromisos todos aquellos derechos de exclusividad o monopólicos que existieran y su compromiso para reducirlos o eliminarlos.

Servicios financieros comprados por entidades públicas

En esta materia, cada país miembro debe de asegurar trato de nación más favorecida y/o trato nacional a los proveedores de servicios financieros de otro país miembro establecidos en su territorio, en todo lo referente a las compras realizadas por entidades públicas de dichos servicios.

Comercio transfronterizo

Cada país miembro debe de permitir a cualquier proveedor de servicios en materia financiera, no residente en el territorio del mismo, de otro país miembro, suministrar a través de una o como una intermediaria, bajo las condiciones y términos convenidos como trato nacional, los siguientes servicios :

- Seguros de riesgos sobre embarcaciones marinas, aviación comercial, carga y lanzamiento espaciales, así como sobre mercancías en tránsito internacional.
- Reaseguro y servicios auxiliares al seguro.
- Transmisión de información financiera, procesamiento de datos, servicios de consulta y auxiliares, con excepción de los servicios de intermediación.

Presencia comercial ⁹⁰

Cada país miembro debe de otorgar a los proveedores de servicios financieros de otros países miembros, el derecho para establecerse y/o expandirse, aún a través de la adquisición de empresas financieras ya existentes.

Servicios financieros nuevos

Cada país miembro debe de permitir a los proveedores extranjeros de servicios financieros establecidos en su territorio, el que comercialicen en el mismo nuevos productos y/o servicios.

Transferencia y procesamiento de información financiera

Los países miembros del GATS deberán evitar cualquier medida que se traduzca en un obstáculo para la transmisión y/o procesamiento de información financiera, así como cualquier barrera para la importación de equipo necesario para realizar dicha actividad, que se a necesaria para las operaciones comerciales de un proveedor de servicios en ese sector.

Entrada temporal de personal

Cada país miembro debe de permitir la entrada a su territorio de personal (ejecutivos y especialistas principalmente) de todos aquellos proveedores extranjeros de servicios financieros que tengan presencia comercial en su territorio.

⁹⁰ *Presencia comercial* también es definida como una empresa constituida en el territorio de un determinado país miembro para el suministro de servicios financieros e incluye sus subsidiarias, asociaciones estratégicas, franquicias, agencias, oficinas de representación y filiales.

Medidas no discriminatorias

Cada país miembro debe de evitar los efectos limitantes a la presencia y operación comercial de proveedores extranjeros de servicios financieros, de todas aquellas medidas no discriminatorias que surtan ese efecto en perjuicio de dichos proveedores.

Trato nacional

Bajo el principio de *trato nacional*, cada país miembro debe de otorgar a los proveedores extranjeros de servicios financieros establecidos en su territorio, la facilidad de acceder a sistemas de pagos operados por entidades públicas, fondeo y refinanciamiento oficial. Asimismo, debe de asegurarse que las organizaciones encargadas de expedir membresías o participaciones, necesarias para poder ejercer el comercio de servicios financieros en igualdad de circunstancias que los proveedores locales, den trato nacional a dichos proveedores extranjeros.

V. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ⁹¹ - Códigos de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles y de Movimientos de Capital

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, es una entidad internacional que constituye un foro para el estudio y el desarrollo de políticas sociales y económicas. Fue formalmente establecida el 14 de diciembre de 1960. Fundamentalmente, sus actividades gravitan sobre las consultas que se llevan a cabo entre todos los países miembros, sobre el desarrollo de políticas internas en diferentes rubros para armonizar ordenamientos y así evitar o minimizar conflictos en el plano económico y comercial en el momento de interactuar como países soberanos. Al homologar políticas internas de diferentes países, se provoca como resultado ordenamientos jurídicos en consonancia, fundamento para el desarrollo económico y social en el mundo globalizado. México forma parte de la OCDE desde 1994.

⁹¹ www.oecd.org (página electrónica en internet de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos).

El antecedente de la OCDE lo encontramos en la Organización para la Cooperación Económica Europea, organismo que agrupaba a diversos países europeos con el propósito de unir esfuerzos para la reconstrucción de sus economías que habían sido severamente afectadas por la Segunda Guerra Mundial. Fue la encargada de administrar los apoyos provenientes de los Estados Unidos de América, canalizados a Europa a través del Plan Marshall.

a) Objetivos

El objetivo principal de la OCDE consiste en promover políticas diseñadas para :

- Alcanzar el máximo desarrollo económico sostenible, incrementar el empleo y aumentar el nivel de vida en los países miembros, manteniendo estabilidad financiera y contribuyendo al desarrollo de la economía mundial.
- Lograr expansión económica tanto en los países miembros como en aquellos que no lo son.
- Contribuir a la expansión del comercio mundial, de forma multilateral, no discriminatoria y en concordancia con el ordenamiento internacional.

b) Estructura

La OCDE se encuentra constituida por un Consejo, diversos Comités y un Secretariado. La Organización es presidida por un Secretario General, el cual preside el Consejo.

El Consejo

El Consejo de la OCDE es el órgano supremo; está constituido por representantes de todos los países miembros, quienes guían y deciden sobre el perfil de la misma. Este cuerpo se reúne por lo menos una vez al año en su Reunión Ministerial, a donde acuden ministros de los gobiernos de los países miembros, de diversos ramos, principalmente del sector financiero, comercial y diplomático y manifiestan los puntos a tratar en el desarrollo de sus

propias políticas con relación a las tendencias globales y a las políticas internas de otros países.

Los Comités

En los comités se abordan diversos temas con respecto a sectores específicos. Están formados por expertos en cada materia de la mayoría de los países miembros. En las reuniones que se llevan a cabo, se revisan cada uno de los elementos que conforman la política para cada sector. Las discusiones que tienen lugar en estos órganos son generalmente confidenciales. Las decisiones de cada comité se toman por consenso.

El Secretariado

El Secretariado está constituido por diversos profesionistas y por el personal administrativo, quienes se encargan de recopilar y formatear toda la información que se genera en los comités.

El Secretario General.

El Secretario General de la OCDE es el presidente del Consejo de la misma, así como el jefe del personal administrativo y el encargado de dirigir las actividades generales de la organización.

Los Códigos de Liberalización de la OCDE

Siendo la promoción y expansión del comercio a nivel internacional uno de los objetivos de la OCDE, ésta desde su constitución, a diseñado diferentes mecanismos para lograr la liberalización de la economías de sus países miembros. Estos esfuerzos se han catalogado en los instrumentos denominados Códigos de Liberalización. Los sectores que

comprenden estos Códigos son : Las operaciones corrientes invisibles ⁹² y los movimientos de capital.

Estos Códigos tiene el nivel de una decisión de la OCDE, lo que los hace legalmente obligatorios para todos los países miembros. En consecuencia, cada uno tiene el compromiso de llevar a cabo modificaciones o adecuaciones en sus legislaciones internas para cumplirlos. También son concebidos como instrumentos de cooperación económica internacional.

Los Códigos fomentan la apertura de mercados y el libre comercio, complementando y reforzando otros acuerdos o tratados multilaterales de comercio. Al adherirse a los mismos, cada país miembro se compromete a eliminar o disminuir restricciones a determinadas operaciones corrientes invisibles y movimientos de capital que se detallan en listas propuestas por cada uno. Los Códigos toman en cuenta las circunstancias de cada país miembro para que su apertura y liberalización comercial sea progresiva y estable.

Desde 1992 se han introducido en los Códigos diversas obligaciones de liberalización del sector financiero bajo los principios del comercio transfronterizo de servicios y el concepto de filiales.

d) Contenido de los Códigos de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles y de Movimientos de Capital

El contenido de ambos Códigos es muy similar dada la naturaleza de las operaciones a regular. Existen variaciones que son simplemente para precisar o adecuar el precepto a la operación en específico.

Compromisos generales

Los países miembros de la OCDE deberán abolir progresivamente todo tipo de barreras o restricciones en materia de operaciones corrientes invisibles y de movimientos de

⁹² El término *invisible* es aplicado a todos aquellos intercambios en los que no es involucrada mercancía alguna. En este grupo figuran las operaciones corrientes y de capital, las cuales, en su mayoría consisten en transacciones entre dos partes y una determinada transferencia de dinero.

capital, que sean necesarias para lograr una efectiva cooperación económica. Asimismo, deberán evitar introducir en sus legislaciones nuevas medidas para la restricción de las operaciones corrientes invisibles, de los movimientos de capital o sobre el uso de fondos de no residentes y se comprometerán para evitar que la regulación existente en dichas materias se vuelva más restrictiva.

Los países miembros deben de otorgar las autorizaciones respectivas para cada una de las operaciones necesarias para llevar a cabo los compromisos contraídos en los rubros de operaciones corrientes invisibles y movimientos de capital. Sin embargo, pueden adoptar reservas sobre determinadas obligaciones cuando se introduzcan nuevas operaciones o sectores.

Orden público y seguridad

Las estipulaciones de estos Códigos no impiden que los países miembros tomen las medidas que consideren necesarias para :

- El mantenimiento del orden público o la protección de la salud pública, la moral y la seguridad.
- La protección de sus intereses de seguridad esenciales.
- El cumplimiento de sus obligaciones con relación a la paz y seguridad internacionales.

Obligaciones existentes en acuerdos internacionales multilaterales

Las estipulaciones de estos Códigos no pueden alterar las obligaciones que cada país miembro haya contraído a través de un acuerdo internacional multilateral.

Controles y formalidades

Las medidas de liberalización de estos Códigos no pueden limitar las facultades de los países miembros para verificar la autenticidad de las operaciones, ni para que los mismos tomen medidas preventivas para evitar la evasión en el cumplimiento de su ordenamiento

jurídico interno. Los países miembros tienen el compromiso de simplificar los trámites relacionados con las operaciones de estos Códigos.

Ejecución de transferencias

Se considera que un país miembro cumple con sus obligaciones cuando una transferencia se puede realizar :

- Entre personas acreditadas por las regulaciones de cambios del país miembro de donde y del país miembro a donde se va a realizar la transferencia, respectivamente, para hacer y/o recibir dicha transferencia.
- En concordancia con los acuerdos internacionales vigentes al momento de la transferencia.
- En concordancia con los acuerdos de carácter monetario vigentes celebrados entre los países miembros involucrados en la operación.
- No aplica ninguna medida discriminatoria a las operaciones a realizar por cualquiera de los países miembros. Sin embargo, cuando determinados países miembros formen parte de un sistema especial de aduanas o monetario pueden aplicarse entre si, aparte de las medidas de liberalización de estos Códigos, otras que sean procedentes, sin extender estos beneficios adicionales a los demás miembros.

Causas de excepción

Los países miembros pueden dejar de aplicar parte de las medidas de liberalización estipuladas en estos Códigos cuando :

- Por su situación financiera y económica lo estimen conveniente.
- Las medidas de liberalización acordadas resulten en perjuicio de sus sistemas económico y financiero.

- La balanza de pagos muestre un desarrollo adverso. Este supuesto se podrá invocar siempre y cuando el país miembro que se retire de estos compromisos haya dejado pasar un plazo de mínimo 12 meses de aplicación de las medidas o compromisos contraídos en el marco de estos Códigos y cumpla con las mismas 18 meses después de acontecido ese desajuste.

Cualquier país miembro que haya hecho una reserva o que invoque la suspensión temporal de sus compromisos no verá alterados los beneficios de las medidas de liberalización llevadas a cabo por los demás países miembros.

Procedimientos de notificación

Los países miembros, de acuerdo a las estipulaciones procedimentales de estos Códigos, deben de notificar a la OCDE sobre todas aquellas medidas de liberalización que adopten o que modifiquen, así como las restricciones por sector. De la misma forma, deben de proporcionar información relativa a todos aquellos canales, distintos de los oficiales, a través de los cuales se hagan las transferencias y las tasas de intercambio que se les aplican, si son distintas de las oficiales.

Todo país miembro que adopta una reserva sobre cualquiera de los compromisos que amparan los Códigos, debe de fundamentar a la OCDE las razones de su posición. El mismo procedimiento se seguirá para el caso de que se adopten cualquiera de las medidas referentes a las causas de excepción. En este caso la OCDE supervisa si procede o no la invocación de un régimen de excepción para ese país miembro que lo solicite.

Consultas a la OCDE por reformas o modificaciones relacionadas con los compromisos de liberalización

En caso de que un país miembro se vea afectado en el comercio o realización de transacciones o transferencias, con motivo de reformas internas de otro país miembro, puede solicitar que se inicie un procedimiento de consultas dirigido por la OCDE. De la misma forma puede hacerlo en caso de que un país miembro adopte medidas de excepción no contempladas en los Códigos y que perjudiquen el libre comercio de las operaciones. Lo anterior, puede también resolverse a través de conversaciones bilaterales a nivel gobiernos.

Comité sobre los Movimientos de Capital y Operaciones Invisibles

El Comité sobre los Movimientos de Capital y Operaciones Invisibles tiene por objetivo la aplicación e interpretación de las estipulaciones de los Códigos y de los demás documentos y actos del Consejo de la OCDE que se relacionen con la liberalización de movimientos de capital y el uso de fondos cuya titularidad sea de no residentes, asimismo, debe de reportar sus actividades al propio Consejo de la OCDE.

Entre sus objetivos más específicos encontramos :

- Decidir los periodos de tiempo para el desarrollo de los aspectos procedimentales y de notificación de estos Códigos.
- Realizar consultas entorno de las reservas a las que lleguen los países miembros.
- Examinar las notificaciones que realicen los países miembros con relación a la información que se requiere por la OCDE.
- Examinar toda la información que se relacione con las causas de excepción estipuladas en estos Códigos, así como con los procedimientos de consultas por arreglos internos e introducción de medidas de excepción no contempladas en el mismo.
- Llevar a cabo consultas con los demás comités de la OCDE.

Cada país miembro se puede retirar de cualquiera de estos Códigos, haciéndoselo saber por escrito al Secretario General de la OCDE.

e) Operaciones que regula el Código de Liberalización de Movimientos de Capital

- Inversión directa.
- Liquidación de inversión directa.
- Mercado de capitales.
- Mercado de dinero.
- Otros instrumentos negociables.

- Valores de inversión colectivos.
- Créditos.
- Garantías y demás facilidades financieras de soporte.
- Depósitos.
- Operaciones con el tipo de cambio.
- Seguros.
- Movimientos de capital.
- Traslado de valores de capital.
- Operaciones con fondos de extranjeros.
- Bienes raíces.

f) Operaciones que regula el Código de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles

Básicamente se refieren a servicios de banca y a servicios financieros en general

- Servicios de pagos.
- Servicios para la inversión.
- Custodia y servicios para depósitos en general.
- Administración de activos.
- Servicios de consultoría y procesamiento de datos.
- Operación de filiales y/o agencias de representación de inversionistas extranjeros para el sector financiero.

VI. Banco de Pagos Internacionales (BPI) ⁹³

El Banco de Pagos Internacionales es una institución de carácter internacional que funge principalmente como una entidad financiera cuyas actividades se desprenden de sus funciones de banca central internacional, agente o intermediario financiero y administrador.

⁹³ www.bis.org (página electrónica en internet del Banco de Pagos Internacionales).

Tiene como antecedentes el Plan Young y los Acuerdos de la Haya del 20 de enero de 1930. Estos documentos tenían como propósito delinear la estrategia para los trabajos de reparación de los daños causados por Alemania durante la Primera Guerra Mundial.

El BPI fue fundado por 6 bancos centrales y una institución financiera de los Estados Unidos de América. El Banco fue concebido además como un organismo para promover la cooperación entre los bancos centrales y facilitar las operaciones financieras de carácter internacional.

A esta institución se le dio el carácter de banca internacional con capital social propio, del cual el 86% de las acciones corresponden a bancos centrales y el restante 14% al público inversionista.

a) Estructura

El BPI tiene 3 órganos de administración : La Junta General, La Junta de Directiva y la Administración.

La Junta General se lleva a cabo anualmente.

La Junta Directiva está constituida por los Gobernadores de los bancos centrales de los países fundadores del BPI, así como por otros 9 que han sido electos de acuerdo a las disposiciones estatutarias. Estos funcionarios son representantes de Bélgica, Francia, Alemania, Italia, el Reino Unido, los Estados Unidos de América, Canadá, Japón, Holanda, Suecia y Suiza. Elige de entre sus miembros a su Presidente, así como al presidente del propio Banco; generalmente, la misma persona ocupa ambos cargos.

La Junta Directiva nombre al Gerente del BPI, quien es el encargado del personal de dicha institución.

b) El Banco de Pagos Internacionales como foro para la cooperación monetaria internacional

El BPI provee a los Gobernadores de los bancos centrales de los países miembros y de otros países del mundo de un foro para la consulta, el análisis y la propuesta de estrategias en materia de cooperación, desarrollo y estabilidad del sistema financiero internacional, así como de diversos temas de interés común para todos ellos.

Diversos acuerdos en materia financiera han tenido como soporte los trabajos del BPI. Una de las iniciativas más importantes fue el acuerdo en el año de 1974 del denominado Grupo de los 10, mediante el cual se estableció un comité para mejorar la colaboración entre las diferentes autoridades de supervisión bancaria. Este organismo fue impulsado por el BPI para convertirse en el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria. Comprende 3 áreas principales : a) Foro para la discusión de asuntos de supervisión de entidades financieras, b) Coordina las responsabilidades de supervisión que se comparten entre las autoridades nacionales y autoridades extranjeras en el caso de una entidad financiera de carácter multinacional y c) Fomenta el aumento en los estándares de supervisión, especialmente en lo que respecta a solvencia y a todo lo referente al fortalecimiento y estabilidad de la actividad financiera internacional. El Comité también ha emitido una serie de documentos diseñados para guiar a los supervisores de las entidades financieras en el establecimiento de estándares de supervisión ⁹⁴.

c) El BPI en su función de banco

El Departamento Bancario del BPI lleva a cabo una diversa gama de servicios y/u operaciones bancarias, que resultan de proveer de servicios financieros a los bancos centrales para asesorarlos en el manejo de sus reserva externas. Actualmente, cerca de 120 bancos centrales e instituciones financieras colocan depósitos en el BPI. Para marzo de 1997 éstos depósitos acumulaban alrededor de 113 billones de dólares. El manejo de estos recursos por parte del BPI se enfoca a mantener un alto nivel de liquidez. Muchos de estos fondos son colocados en el mercado en la forma de inversiones y en compras de valores gubernamentales a corto plazo. Además de éstas operaciones, también realiza otras a

⁹⁴ En este rubro destacan los *Principios de Basilea* para combatir el lavado de dinero a través de las entidades bancarias.

nombre de sus clientes relacionadas con divisas y oro. También destaca su actividad de prestamista a través de créditos otorgados a los bancos centrales.

Las operaciones bancarias que realiza el BPI deben de hacerse de conformidad con la política monetaria del banco central de cada país.

d) El BPI en su función de agente o intermediario financiero y administrador

El BPI funciona como administrador o síndico en un gran número de operaciones financieras de carácter internacional.

VII. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ⁹⁵

Como la mayoría de los países del mundo, México vivió en la década de los 80 una serie de acontecimientos que transformarían en definitiva gran parte de su estructura jurídica, económica y comercial. La crisis petrolera ⁹⁶, el crecimiento económico a partir del endeudamiento externo, el cambio de la geopolítica y la tendencia del libre comercio a nivel mundial, constituyeron circunstancias decisivas para que nuestro país adoptara una serie de importantes cambios en el desarrollo de sus estrategias comerciales y económicas.

Uno de los factores que más influyeron para que México adoptara la senda del libre comercio consistió en la necesidad de financiar el déficit en cuenta corriente, el cual continuaba siendo un lastre para lograr un crecimiento económico sostenido. La gran demanda de divisas provenía del sector industrial, que en el caso mexicano, carecía de la capacidad para producir un gran número de bienes intermedios y de capital necesarios para la producción. El crecimiento de las industrias mexicanas dependía prácticamente de la importación de este tipo de bienes. Consecuentemente, la expansión empresarial en México

⁹⁵ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte entró en vigor el 1 de enero de 1994.

⁹⁶ Durante el año de 1997 los precios del petróleo a nivel mundial se vuelven a ver afectados drásticamente por tres factores de impacto internacional : 1.- La decisión de la OPEP de aumentar un 10% la producción diaria de barriles, 2.- La crisis de los mercados asiáticos en el mes de noviembre, que impacta negativamente sobre la demanda de energéticos y el fenómeno climático denominado "El Niño", que provocó aumentos de temperaturas inesperados en el hemisferio norte. El precio del petróleo mexicano de exportación cayó prácticamente un 50%, obligando al Gobierno Federal hacer un ajuste en el presupuesto de egresos para 1998 equivalente al 0.4% del PIB. Esto reafirma el acierto de haber cambiado a la estrategia económica de impulsar al sector exportador no petrolero a través de las políticas de libre comercio (apertura económica, desregulación y privatizaciones).

significaba una mayor demanda de divisas. Esta situación se logró controlar a través de las divisas generadas por las exportaciones petroleras y no petroleras, la inversión extranjera, así como por las obtenidas por la exportación de productos agrícolas y los servicios turísticos.

Sin embargo, estas fuentes de divisas comenzaron a ser insuficientes para financiar el déficit industrial y en respuesta a esta situación el Gobierno de la República optó por la estrategia de la apertura comercial para garantizar primordialmente una mayor flujo de inversión extranjera a la economía nacional.

A partir de 1983, se inicia la transición hacia la liberalización del comercio de bienes y servicios, cuyos objetivos consistían en el incremento y la diversificación de las exportaciones y una mayor competitividad de la planta productiva. Se cambia el sistema de permisos a la importación por uno de aranceles. En 1986. México ingresa al GATT, entre otros motivos, para tener acceso a una institución donde negociar las condiciones de reciprocidad requeridas ante su apertura ⁹⁷ y de esta manera garantizar el respeto de los compromisos contraídos y su ordenamiento jurídico interno.

Aunada a esta circunstancia, se planteó la necesidad de fortalecer la formalidad en las relaciones bilaterales con los Estados Unidos de América, nuestro primer socio comercial, para de esta manera lograr un acuerdo marco mediante el cual se establecieran los compromisos básicos entre ambos países en materia de apertura comercial y de inversión.

Finalmente, ante la regionalización de las economías y la creación de los megamercados, lo que representaba para los bienes y servicios mexicanos una mayor competencia a nivel internacional como consecuencia de la especialización en la producción⁹⁸, el acceso a tecnologías para la producción y el abatimiento de los costos por unidad producida como resultado de los volúmenes demandados en cada zona de libre comercio, motivó para que en 1991 los gobiernos de México y de los Estados Unidos de América y Canadá, aprovechando su importancia como socio comercial de esos dos

⁹⁷ Facultad de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México. *"El Tratado de Libre Comercio, México, EUA, Canadá; Beneficios y Desventajas"*. Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Diana, S.A. de C.V., 2a impresión. México, 1991. p. 18.

⁹⁸ *"La explicación más conocida sobre los beneficios del libre comercio entre países, nos dice que la especialización de cada país en la producción de mercancías y servicios en los cuales tiene ventajas y por tanto menores costos relativos, conducirá a una mayor eficiencia en el uso de los recursos productivos y por lo mismo a un incremento en la productividad y a un mayor producto del que se puede disponer."* Facultad de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México. *"El Tratado de Libre Comercio, México, EUA, Canadá; Beneficios y Desventajas"*...ob. cit., p. 36.

países⁹⁹, iniciaran las negociaciones para la firma de un tratado de libre comercio, que permitiera ¹⁰⁰ :

- Eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios.
- Promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio que surgiera.
- Aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorio de las partes.
- Proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las partes.
- Crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias.
- Establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del tratado.

Los servicios financieros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Los sectores financieros de cada uno de los países signatarios del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, constituyen una pieza fundamental en el proceso de integración económica, de libre comercio y de acceso a mercado y flujo de inversión que se contempla en este instrumento jurídico. La actividad financiera como mercancía y como soporte del comercio ha sido contemplada como una materia prioritaria en lo que concierne a su homologación e internacionalización. Ninguno de los tres países podía pensar en la apertura comercial, sino se comprometían a la vez con la apertura financiera

La internacionalización de los mercados de capital y de los mercados de dinero, así como los grandes movimientos de los flujos de inversión, han provocado que los sistemas

⁹⁹ Canadá ya había firmado un tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América en el año de 1988.

¹⁰⁰ Artículo 102 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

financieros mundiales se encuentren íntimamente entrelazados, motivando que el comercio de servicios en este sector sea materia tanto de derecho interno como internacional.

En la medida que se alcance una mayor competitividad en el comercio transfronterizo e interno de los servicios financieros, se obtendrán mayores beneficios en el intercambio comercial de otras mercancías, la productividad se eficientizará y se detonará con un mayor dinamismo el crecimiento en otros sectores de la economía.

El acceso a un crédito competitivo garantiza que el sector industrial y comercial estén en condiciones de mantener actualizados sus procesos productivos mediante la inversión gradual de recursos en bienes de capital, adquisición de tecnologías y demás elementos necesarios para el desarrollo óptimo de sus metas, asimismo, la competencia en este sector hace que el crédito como componente final de todo producto se reduzca, en consecuencia haciéndolo más atractivo en los mercados internacionales.

La negociación de los servicios financieros se realizó tomando en cuenta la asimetría existente entre los sistemas de los 3 países firmantes, adoptando México una serie de reservas para liberalizar el sector de manera gradual. Así se lograron tiempos de apertura y cuotas de mercado adecuadas para los intereses de México. El establecimiento de cuotas conforme al capital de participación en el mercado fue una forma adecuada y confiable para fijar los límites de operación de cada proveedor financiero en el mercado mexicano. Esto permitirá a los intermediarios financieros nacionales adaptarse a las nuevas circunstancias de tiempos y competencia, incorporando productos nuevos, métodos gerenciales adecuados y tecnología moderna ¹⁰¹.

Los principios rectores del capítulo de servicios financieros en el TLCAN son ¹⁰²:

- **Reserva nacional** : No forman parte del contenido del TLCAN los asuntos concernientes a la política monetaria y cambiaria de cada una de los tres países, a las actividades de su

¹⁰¹ Senado de la República LV Legislatura. "Dictamen sobre el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios Laboral y Ambiental". Comisiones Editorial y de Comercio del Senado de la República, 1a ed. México, 1994. p. 150.

¹⁰² Senado de la República LV Legislatura. "Dictamen sobre el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios Laboral y Ambiental"... *ob. cit.*, p. 152. La mayoría de estos principios se encuentran comprendidos en los instrumentos jurídicos internacionales en materia financiera de los que México forma parte. En aquellos casos en que exista incompatibilidad entre las disposiciones en materia financiera de un instrumento jurídico del que sean parte los tres países y lo estipulado en el TLCAN, prevalecerá lo que disponga éste último, salvo disposición en contrario.

respectiva banca de desarrollo, de su sistema de seguridad social y las operaciones con recursos gubernamentales que no corran a cargo de intermediarios financieros que compitan entre sí ¹⁰³.

- *Medidas cuatelares* : Cada país podrá adoptar una serie de medidas o regulación prudencial para el correcto desarrollo de sus sistemas financieros, balanza de pagos y para la protección de los intereses del público.
- *Trato de nación más favorecida* : Este principio de reciprocidad se basa en que cada país signatario debe de otorgar a los proveedores de servicios financieros de los otros dos países, un trato no menos favorable que aquél que este país otorga a proveedores de otra naciones.
- *Trato nacional* : Este principio se basa en la reciprocidad que debe de existir entre comerciantes de servicios financieros de distinta nacionalidad frente a los proveedores de servicios de un determinado país. Es decir, a los proveedores extranjeros se les debe de otorgar un trato no menos favorable que el que se le da a los proveedores nacionales.
- *Liberación gradual* : Esto es consecuencia de las asimetrías existentes comparativamente entre los tres sistemas financieros. México, ha adoptado un calendario de apertura acorde con sus circunstancias, capacidades y recursos.

Estructura y contenido del capítulo de los servicios financieros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El Capítulo XIV del TLCAN es el que hace referencia a los servicios financieros. Por servicio financiero se entiende un servicio de naturaleza financiera, inclusive seguros y cualquier servicio conexo o auxiliar a un servicio de naturaleza financiera. Como parte complementaria de este apartado se encuentran los Anexos a través de los cuales se han plasmado criterios de interpretación o aplicación del mismo, así como las listas de compromisos de cada uno de los tres países, las reservas adoptadas por rubro y el calendario de sus respectivas aperturas y acceso al mercado.

¹⁰³ Este principio está plasmado en el Anexo en materia de servicios financieros del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, del cual México forma parte.

a) Ambito de aplicación

Las disposiciones de este capítulo son aplicadas a : a) instituciones financieras, b) inversionistas e inversiones de esos inversionistas en instituciones financieras y c) al comercio transfronterizo de servicios financieros.

b) Organismos reguladores autónomos

Este tipo de organismos es definido en el propio TLCAN como cualquier entidad no gubernamental, incluso cualquier bolsa o mercado de valores o de futuros, cámara de compensación o cualquier otra asociación u organización que ejerza una autoridad, propia o delegada, de regulación o de supervisión, sobre los prestadores de servicios financieros o las instituciones financieras ¹⁰⁴.

Estos organismos deben de cumplir con las disposiciones que en materia financiera dicta el TLCAN, toda vez que en muchos casos exigen su afiliación a proveedores extranjeros como requisito para prestar sus servicios en el país.

c) Derecho de establecimiento de instituciones financieras

El derecho de establecimiento de instituciones financieras es uno de los temas más importantes en lo referente a los servicios financieros y sobre del cual los tres países han adoptado importantes modalidades y reservas que gradualizan su plena implementación.

Los principios rectores de este rubro parten de la base de que cada país debe de permitir a los inversionistas extranjeros ¹⁰⁵ establecer instituciones financieras en su territorio bajo la modalidad jurídica que más les conviniere, así como permitir su plena participación en el mercado del territorio en donde se establezcan, de acuerdo con su capacidad para : a) prestar una gama de servicios financieros mediante instituciones financieras distintas, b) expandirse geográficamente en el territorio en donde se establezcan y

¹⁰⁴ Artículo 1416 del TLCAN.

¹⁰⁵ Con el término *inversionista extranjero* se designa a un inversionista de México, Estados Unidos de América o del Canadá, dedicado al negocio de prestar servicios financieros.

c) ser propietario de instituciones financieras en el territorio del país en donde se establezcan, sin estar sujetos a requisitos específicos de propiedad.

Los países pueden exigir a los inversionistas extranjeros que constituyan las instituciones financieras a través de las cuales canalizarán su inversión, de acuerdo a los lineamientos de la legislación interna correspondiente. Asimismo, los países pueden establecer para dicho establecimiento una serie de requisitos que sean compatibles con el principio de *trato nacional*.

d) Comercio transfronterizo ¹⁰⁶

Salvo las reservas pactadas, cada país debe de garantizar a los prestadores de servicios financieros de carácter transfronterizo plena libertad para llevar a cabo sus operaciones mercantiles. Asimismo, deben de permitir el acceso al servicio de estos intermediarios a personas que se encuentren en su territorio y a sus nacionales donde quiera que se encuentren.

e) Trato nacional

Este principio de reciprocidad interna de carácter jurídico - comercial, se plasma en el artículo 1405 del TLCAN. Cada una de las partes, en todo su territorio, otorgará a los inversionistas, instituciones financieras, inversiones en instituciones financieras y a los prestadores de servicios financieros transfronterizos, todos ellos extranjeros, trato no menos favorable del que otorga a sus propios inversionistas, instituciones financieras, inversiones en instituciones financieras y prestadores de servicios financieros, en circunstancias similares, respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otras formas de enajenación de instituciones financieras e inversiones y respecto de la prestación de tal servicio.

¹⁰⁶ El término *comercio transfronterizo de servicios* hace referencia a la prestación de un servicio financiero : a) del territorio de un país (México, Estados Unidos de América o el Canadá), hacia el de otro; b) en territorio de uno de los países, por una persona de ese país, a una persona de otro, o c) por un nacional de uno de los países, en territorio de otro. No se incluye la prestación de un servicio en territorio de uno de los tres países por una inversión en ese país.

Para atemperar esta reciprocidad interna, que pudiere a resultar en asimetrías de prerrogativas y concesiones, en un marco transfronterizo, como es el planteado por el TLCAN, cada país tiene a su alcance los medios necesarios (gradualización y condicionalidad en la apertura y acceso a mercados) para contrarrestar los efectos restrictivos derivados de la misma, que en lo referente a ordenamientos jurídicos internos, pudieran afectar las operaciones de sus inversionistas e instituciones en cualquiera de los otros dos países.

Asimismo, se establece que las diferencias en participación de mercado, rentabilidad o tamaño, no constituyen por sí mismas una denegación de la igualdad de oportunidades competitivas, pero tales diferencias pueden ser utilizadas como un indicio sobre si el trato otorgado por un país confiere igualdad de oportunidades competitivas.

Este principio no se aplica cuando un país otorga derechos de exclusividad a una determinada institución financiera, para prestar un servicio financiero de los señalados para entidades públicas (planes públicos de retiro o sistemas obligatorios de seguridad social, entre otros).

f) Trato de nación más favorecida

El principio de *trato de nación más favorecida* dentro del TLCAN hace referencia a que cada uno de los tres países otorgará a inversionistas, a instituciones financieras, a inversiones en instituciones financieras y a los prestadores de servicios financieros transfronterizos de cualquiera de los otros dos países, trato no menos favorable que el concedido a inversionistas, a instituciones financieras, a inversiones en instituciones financieras y a los prestadores de servicios financieros transfronterizos del otro país o de otros que no formen parte del TLCAN en circunstancias similares.

En este contexto, cada uno de los países podrá reconocer las medidas prudenciales que cualquiera de los otros dos adoptaran, o aquellas llevadas a la práctica por un país no parte del TLCAN, con el propósito de lograr un desarrollo eficiente de un determinado sistema financiero. Este reconocimiento puede ser de manera unilateral, alcanzado a través de la armonización u otros medio, o con base en un acuerdo con el país que adopte las medidas prudenciales.

g) Nuevos servicios financieros y procesamiento de datos

Los países signatarios del TLCAN deben de permitir que en circunstancias similares, las instituciones financieras de cualquier país presten en su territorio todos aquellos nuevos servicios financieros que sus legislaciones internas les permiten prestar a sus propias instituciones financieras. El país en donde se planea introducir estos nuevos servicios financieros podrá imponer a las instituciones financieras de los otros países, la modalidad jurídica y demás requisitos, así como la autorización respectiva que deberá obtener para realizar dichas actividades.

Cada país debe de permitir el libre procesamiento de datos (envío y circulación) para el desarrollo de las operaciones de las instituciones financieras de los otros dos países, establecidas en su territorio.

h) Altos ejecutivos y consejos de administración

Dentro del capítulo de servicios financieros y con el propósito de respetar la autonomía en el manejo de instituciones y operaciones en el ámbito corporativo, ninguno de los tres países puede obligar a que las instituciones financieras de los otros países contrate funcionarios de determinada nacionalidad. Así tampoco se les puede obligar a que su consejo de administración esté integrado por una mayoría superior a la simple de sus nacionales, de residentes en su territorio o de una combinación de ambos.

i) Excepciones

Ninguna estipulación en el capítulo de servicios financieros dentro del TLCAN constituye un obstáculo para que cualquiera de los tres países signatarios adopte medidas de distinta índole por motivos prudenciales como :

- Proteger a inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, tenedores o beneficiarios de pólizas o personas acreedoras de obligaciones fiduciarias a cargo de una institución financiera o de un prestador de servicios financieros transfronterizos.

- Mantener la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de instituciones financieras o de prestadores de servicios financieros transfronterizos.
- Asegurar la integridad y estabilidad del sistema financiero.

Asimismo, no se aplica ninguna disposición del TLCAN del capítulo 14, a medidas no discriminatorias de aplicación general adoptadas por una entidad pública en la conducción de políticas monetarias o de políticas de crédito conexas o bien, de políticas cambiarias.

j) Transparencia

En concordancia con estipulaciones de carácter internacional en materia financiera, cada uno de los países debe de comprometerse permanentemente a mantener abiertos y actualizados los canales de comunicación e información, especialmente en lo referente a la divulgación de medidas de carácter general que pretenda adoptar, haciéndolas del conocimiento de las personas interesadas con antelación, a través de publicaciones oficiales o cualquier otro medio que permita a las mismas formular observaciones sobre la medida propuesta.

Igualmente, los países deben de brindar y facilitar todos los trámites relacionados con las solicitudes de los interesados para proporcionar un servicio financiero en sus respectivos territorios. La atención de estas solicitudes debe de realizarse con diligencia y prontitud en un plazo promedio de 120 días, atendiendo todas las consultas solicitadas por los promoventes.

Los países pueden abstenerse de proporcionar información en materia financiera relativa a asuntos y cuentas de clientes individuales de entidades financieras, así como a cualquier información confidencial cuya divulgación pudiera dificultar la aplicación de la ley, o ser contraria al interés público, o dañar intereses comerciales.

k) Comité de Servicios Financieros

Con el propósito de supervisar la aplicación del contenido del capítulo de los servicios financieros en el TLCAN y su desarrollo posterior, México, Estados Unidos de América y el Canadá acordaron en la creación del Comité de Servicios Financieros (CSF). Este órgano está constituido por los representantes o funcionarios de la autoridad que tenga a su cargo los servicios financieros en cada uno de los tres países.

Entre sus funciones también se encuentran las consultas que en materia financiera formulen los tres países y coordinar los procedimientos de solución de controversias en materia de servicios financieros.

Se reúne anualmente para evaluar el funcionamiento del TLCAN con relación al capítulo de los servicios financieros.

l) Consultas

Los tres países pueden realizar consultas entre ellos sobre cualquier asunto del TLCAN que se relacione con esta materia y en especial del capítulo de servicios financieros. El resultado de estas consultas debe de presentarse ante el CSF durante la sesión anual del mismo.

Para el desahogo de estas sesiones, generalmente se solicita la presencia o el informe de las autoridades de cada país encargadas de los asuntos de índole financiera, incluyéndose a las autoridades supervisoras o reguladoras, para discutir todas aquellas medidas de aplicación general que pudieran afectar las operaciones y servicios de las entidades financieras. Lo anterior no obliga a dichas autoridades a divulgar información o a actuar de manera que pudiera interferir en asuntos particulares en materia de regulación, supervisión, administración o aplicación de medidas.

Para efectos de supervisión, los tres países pueden solicitarse información sobre las entidades financieras que hayan motivado tal petición, a través de las autoridades reguladoras correspondientes.

m) Solución de controversias

Para la solución de controversias en materia financiera se utiliza la misma figura que los tres países han adoptado como idónea en todo el TLCAN que es el arbitraje comercial y sus diferentes adaptaciones. Este medio de solución de conflictos es una forma de garantizar la seguridad jurídica en todas las operaciones comerciales que se derivan del tratado.

Es a través del arbitraje comercial como se homologan las prácticas jurídicas de las tres partes para facilitar el entendimiento de las legislaciones internas y su adaptación a las normas del TLCAN. La materia financiera ha sido de las primeras en que constantemente se ha tratado de igualar el catálogo de operaciones y servicios, haciendo de esta forma de solución de disputas o diferencias la mejor alternativa para brindar a los interesados soluciones justas, equitativas, conforme a derecho y sancionadas por expertos en la materia.

El marco general de estos procedimientos para los asuntos financieros se establece en el Capítulo XX, Sección B del TLCAN titulado *"Disposiciones Institucionales y Procedimientos para la Solución de Controversias"*. En este capítulo se plasman los lineamientos generales a los que se deben de sustraer cada uno de los tres países para solucionar cualquier tipo de controversia que se suscite con motivo de la aplicación o interpretación de las disposiciones del TLCAN.

Para fundamentar lo anterior el propio artículo 2004, del Capítulo XX del Tratado, en su Sección B establece :

Artículo 2004. Recurso a los procedimientos de solución de controversias.

"Salvo por los asuntos que comprende el Capítulo XIX, "Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias", y que se disponga otra cosa en este Tratado, las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo, se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado, o en toda circunstancia en que una parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del Anexo 2004."

Para la complementación con la propia sección de solución de controversias del Capítulo XIV del Tratado, el artículo 1414, párrafo primero establece :

Artículo 1414. Solución de controversias

"1. En los términos en que la modifica este artículo, la Sección B del Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", se aplica a la solución de controversias que surjan respecto a este capítulo..."

Partiendo de este precepto, se introducen una serie de modalidades que particularizan los procedimientos de solución de controversias en materia financiera y que son los siguientes :

1.- Los tres países deben de constituir una lista por consenso, de hasta quince personas que cuenten con las aptitudes y disposición necesarias para actuar como panelistas en materia de servicios financieros. Estos individuos duran tres años en su encargo y pueden ser ratificados. Las características y requisitos que deben de tener las personas aspirantes a panelistas en materia de servicios financieros son básicamente :

- Tener conocimientos especializados o experiencia en la práctica o en el derecho financiero.
- Ser designados estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad y solidez de sus juicios.
- Ser independientes, no estar vinculados con cualquiera de los tres países y no recibir instrucciones de los mismos
- Satisfacer el Código de Conducta de la Comisión de Libre Comercio ¹⁰⁷

2.- En lo concerniente a la selección de las personas que constituirán el panel para atender la controversia, las partes involucradas pueden apegarse a los lineamientos que sobre la materia dicta el Capítulo XX, Sección B o cuando así lo acuerden, por derivarse la controversia de algún supuesto del Capítulo XIV, el panel estará integrado en su totalidad por miembros que

¹⁰⁷ La Comisión de Libre Comercio es el órgano encargado de la administración, vigilancia, desarrollo y solución de las controversias que pudiesen surgir de la aplicación e interpretación de todas las disposiciones del TLCAN. Está constituida por representantes a nivel Secretaría de Estado.

cumplan con los requisitos descritos en el inciso anterior, es decir por expertos en la materia financiera.

3.- Si la parte contra la que se dirige la reclamación invoca alguna de las excepciones del Capítulo XIV, el presidente del panel deberá reunir los requisitos señalados en el inciso 1.-

En el caso de controversias sobre inversión en materia de servicios financieros, siempre que la parte demandada invoque cualquiera de las excepciones del Capítulo XIV, el tribunal arbitral que conozca del asunto deberá remitirlo a la CSF para su decisión y hasta en tanto no se realice la misma, el tribunal se abstendrá de continuar con el procedimiento. El CSF debe de transmitir copia de su decisión al tribunal arbitral y a la Comisión de Libre Comercio. Esa decisión será obligatoria para el tribunal arbitral.

Cuando el CSF no tome una decisión dentro de un plazo de sesenta días contados a partir de que reciba el expediente de parte del tribunal arbitral, pueden darse dos supuestos procesales :

- Que la parte demandante solicite la instauración de un panel arbitral, quién comunicará su decisión tanto al CSF como al tribunal arbitral que empezó a conocer la disputa, la cual será obligatoria para este último, o
- Que el tribunal arbitral que comenzó a conocer la controversia, continúe el procedimiento para resolverla, si vencido el plazo de sesenta días, transcurren otro diez más sin que se haya solicitado la instauración de un panel arbitral.

n) Principales compromisos específicos de México ¹⁰⁸

Los compromisos específicos de México en materia financiera dentro del TLCAN son :

¹⁰⁸ A partir de 1995, algunos de los porcentajes de inversión extranjera de referencia del TLCAN estipulados por México relativos a entidades financieras, se modificaron unilateralmente a través de la legislación secundaria mexicana.

Reservas sin eliminación gradual :**i. Sociedades controladoras / instituciones de banca múltiple**

- La suma de la inversión extranjera en las sociedades controladoras y en las instituciones de banca múltiple están limitadas al 30% del capital ordinario. Los límites no se aplican a las filiales financieras extranjeras.

ii. Casas de bolsa / especialistas bursátiles

- La suma de la inversión extranjera en casas de bolsa y especialistas bursátiles está limitada al 30% del capital social y la inversión extranjera individual está limitada al 10% del capital social, mientras que la inversión individual de mexicanos puede llegar hasta el 15%. Estos límites no se aplican a filiales financieras extranjeras.

iii. Almacenes generales de depósito / arrendadoras financieras / empresas de factoraje financiero / instituciones de fianzas

- La suma en inversión extranjera en almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, e instituciones de fianzas debe de ser menor al 50% del capital pagado. Lo anterior no se aplica a las filiales extranjeras.

iv. Uniones de crédito / comisionistas financieros / casas de cambio

- La inversión extranjera en uniones de crédito, comisionistas financieros y casas de cambio no está permitida. Lo anterior no se aplica a filiales extranjeras.

v. Instituciones de banca de desarrollo

- La inversión extranjera no esté permitida en la banca de desarrollo.

vi. Instituciones de seguros

- Las instituciones de seguros de Canadá y de Estados Unidos pueden tener acceso al mercado a través de coinversiones con aseguradoras mexicanas hasta en un 51% del capital, para pasar hasta el 100% en el año 2000. A través de este esquema y no mediante la figura de la subsidiaria, no se limita la participación individual en el mercado.

vii. Sociedades controladoras / casas de bolsa / especialistas bursátiles / almacenes generales de depósito / arrendadoras financieras / empresas de factoraje financiero / sociedades de ahorro y préstamo / sociedades operadoras de sociedades de inversión / sociedades de inversión / instituciones de fianzas / instituciones de seguros

- Los gobiernos extranjeros y las empresas estatales extranjeras no pueden invertir, directa o indirectamente, en sociedades controladoras, casas de bolsa, especialistas bursátiles, almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de ahorro y préstamo, sociedades operadoras de sociedades de inversión, sociedades de inversión, instituciones de fianzas e instituciones de seguros.

viii. Instituciones de banca múltiple

- Las entidades extranjeras que ejerzan funciones de autoridad gubernamental no pueden invertir, directa o indirectamente, en instituciones bancarias.

ix. Instituciones de banca múltiple

- Están exclusivamente reservadas para las instituciones de banca de desarrollo mexicanas las siguientes actividades : 1.- Actuar como custodio de valores o sumas en efectivo que deban ser depositados por o con las autoridades administrativas o judiciales y actuar como depositarios de bienes embargados de acuerdo con medidas mexicanas y 2.- Administrar los fondos de ahorro, planes de retiro y cualquier otro fondo o propiedad del personal de la Secretaría de la Defensa Nacional, la Secretaría de Marina y las Fuerzas Armadas Mexicanas, así como realizar cualquier otra actividad financiera con los recursos financieros de dicho personal.

Con variación en porcentajes inicialmente establecidos :

x. Establecimiento y operación de instituciones financieras

- El capital individual máximo para ser autorizado para una filial financiera extranjera ¹⁰⁹ en las figuras de banca múltiple, casas de bolsa e instituciones de seguros en los ramos de daños y de vida y enfermedades, calculado como un porcentaje del capital agregado de todas las instituciones financieras del mismo tipo en México, no deberá de exceder los siguientes porcentajes (participación máxima de un banco en el mercado de servicios financieros) : 1.5%, 4.0%, 1.5% y 1.5%, respectivamente.

Con relación a lo anterior, en el caso de que un inversionista extranjero adquiriera alguna de las instituciones financieras citadas en el párrafo anterior, previamente establecida en México, la suma del capital autorizado de la institución adquirida y el capital autorizado de cualquier filial financiera extranjera previamente bajo control del adquiriente no podrá exceder, al momento de la adquisición o en cualquier momento durante el periodo de transición ¹¹⁰, el límite aplicable determinado en los porcentajes anteriormente aludidos.

- Ninguna filial financiera extranjera puede emitir obligaciones subordinadas, salvo las emitidas al inversionista extranjero que sea propietario y controle la filial.

- La suma total del capital autorizado de todas las filiales financieras extranjeras del mismo tipo, medida como porcentaje de la suma de capitales de todas las instituciones financieras del mismo tipo establecidas en México, no debe de exceder, en un principio, de los siguientes porcentajes (participación en el mercado bancario) :

Banca múltiple 8%, casas de bolsa 10%, empresas de factoraje financiero 10%, arrendadoras financieras 10%.

Sin embargo, a partir de 1995 estos porcentajes se ha ido incrementando para alcanzar en 1999 hasta el 15%, el 20%, el 20% y el 20%, respectivamente.

¹⁰⁹ Estas filiales son instituciones financieras establecidas en México de propiedad y control de un inversionista de Canadá o de Estados Unidos.

¹¹⁰ El periodo de transición comprende del 1 de enero de 1994 al 1 de enero del 2000.

- Para 1999, la suma de capitales autorizados de todas las filiales de seguros extranjeras, medida como porcentaje de la suma de capitales de todas las instituciones de seguros establecidas en México, no debe de exceder del 12%.

- A partir de 1999 los extranjeros ¹¹¹ pueden invertir en acciones ordinarias con derecho a voto de instituciones de seguros mexicanas hasta en un 75% del total. En el año 2000 podrá incrementarse hasta el 100%.

- Los límites establecidos en los párrafos 1, 4 y 5 anteriores, se eliminarán al concluir el periodo de transición. Si la suma de los capitales autorizados a las filiales financieras extranjeras medida como un porcentaje de la suma del capital de todas las instituciones financieras de ese tipo establecidas en México alcanza los siguientes porcentajes, México tendrá el derecho de congelar (máximo 3 años) por una sola vez durante los cuatro años siguientes a la terminación del periodo de transición, el porcentaje que represente el capital agregado de las filiales financieras extranjeras a su nivel en ese momento.

Los porcentajes son : instituciones de banca múltiple 25% y casas de bolsa 30%.

- México puede limitar la capacidad de las filiales financieras extranjeras para establecer agencias, sucursales u otras subsidiarias en territorio de cualquier otro país.

- Transcurrido el periodo de transición, México sólo autorizará caso por caso, la adquisición que haga un inversionista extranjero de una institución de banca múltiple mexicana o de sus activos o pasivos, siempre y cuando la suma del capital de la institución adquirida y del capital de cualquier filial de institución de banca múltiple extranjera previamente bajo el control del adquirente, no exceda del 4% (del mercado) de la suma del capital de todas las bancas múltiples establecidas en México.

- Los prestadores de servicios financieros transfronterizos extranjeros no pueden prestar servicios financieros hacia territorio mexicano ni a residentes de México, ni los residentes en México pueden adquirir servicios financiero a prestadores de servicios financieros transfronterizos extranjeros, si las transacciones se verifican en pesos mexicanos.

¹¹¹ Por extranjeros debe de entenderse a un inversionistas de Estados Unidos o de Canadá.

- México conservará en todo momento la facultad discrecional de autorizar cualquier afiliación de un banco múltiple o casa de bolsa con una empresa comercial o industrial que esté establecida en México.
- México podrá autorizar a los extranjeros el establecimiento de instituciones financieras de objeto limitado para otorgar créditos al consumo, créditos comerciales, créditos hipotecarios o para prestar servicios de tarjeta de crédito, con base en el *principio de trato nacional*.
- Los extranjeros podrán establecer sociedades controladoras de agrupaciones financieras y por ese medio establecer o adquirir otros tipos de instituciones financieras en México.

3.- Normatividad secundaria

El marco jurídico interno del Sistema Financiero Mexicano ha sido objeto de numerosas reformas y adecuaciones de una gran envergadura, motivo de los diferentes sucesos políticos y económicos que han caracterizado la historia de nuestro país. En 1982, el sistema financiero estaba prácticamente estatizado, carecía en su totalidad de apertura y de condiciones para acceso al mercado. A partir de 1990, se vuelve a autorizar al capital privado posiciones mayoritarias en el capital social de las entidades financieras, inclusive se permitió la entrada de la inversión extranjera en este rubro de servicios. Con esta referencia histórica se entiende fácilmente que la normatividad secundaria referente al Sistema Financiero Mexicano se encuentra en un proceso de adecuación que continuará en la medida en que México consolide su reforma y modernización de su economía y prácticas comerciales, tanto a nivel nacional como internacional.

Aunado a lo anterior, encontramos las tendencias internacionales en este sector de servicios. Como se ha revisado en las páginas anteriores de este trabajo, México, como parte de diversas e importantes organizaciones y acuerdos internacionales en materia financiera no puede ignorar los compromisos contraídos, los cuales, invariablemente determinan el perfil de la legislación interna, sobre todo, por el carácter federal que posee.

Otro factor importante a considerar en lo que respecta a la estructura del marco normativo secundario del Sistema Financiero Mexicano, son las crisis económicas que inevitablemente repercuten en el sistema de pagos, acceso al crédito, en política cambiaria y en la política monetaria. En todas las crisis económicas, la mercancía que siempre es más

afectada es el dinero, a grado tal que en no pocas ocasiones es preciso reformar o adecuar la ley para que las operaciones que se realizan con y a través de la misma no sufran fuertes impactos y que los mismos generen una senda interminable de crisis en todos los demás sectores del comercio.

Es así como en México, la normatividad secundaria en materia financiera ha gozado de poco tiempo para madurar y depurarse. Es una legislación que en su conjunto trata de ser vehículo del negocio financiero, dejando atrás la sobre regulación, para hacer más competitivas a las entidades financieras que se constituyan y operen conforme a la misma. Sin embargo los problemas económicos e incidentes de carácter internacional como lo es el lavado de dinero, le han impedido mostrar sus características positivas de liberalización y autoregulación, obligando a la misma a retomar la senda de la rigurosa supervisión y vigilancia, trayendo como consecuencia obstáculos al comercio de servicios financieros.

Dentro de las metas por alcanzar en lo referente a la consolidación del ordenamiento jurídico en materia financiera, se encuentra el crear un marco definido de auténticas condiciones de seguridad jurídica en las operaciones de este sector, tanto para los usuarios como para los proveedores del servicio. La impartición de justicia en este rubro comercial, llegado el caso de una controversia, ha quedado, en no pocas ocasiones, corta en las expectativas tanto del cliente como de las entidades financieras. El alto grado de complejidad de las operaciones, la variedad y enorme dispersión de la normatividad en materia financiera, la deficiencia en la capacitación judicial en lo referente a controversias financieras, el rezago de expedientes por resolver de otras materias, las injerencias políticas y las consecuencias e impactos negativos en la marcha del negocio financiero, que se derivan de largos e interminables procesos e instancias, se ha traducido en una sostenida inseguridad jurídica que a todas luces ha cuestionado en su conjunto a todo el marco normativo del Sistema Financiero Mexicano.

El carácter mixto del sistema financiero hace que coexistan en una misma actividad, normas de derecho público y normas de derecho privado, las cuales en su conjunto, adhiriéndonos al punto de vista del jurista Carlos Felipe Dávalos Mejía ¹¹², se destinan a normar cuatro diferentes manifestaciones dentro del mismo, a saber : a) Modalidades jurídicas de las entidades financieras, b) Legislación en materia de operaciones y servicios, c) Regulación de objetivos y d) Legislación para el control y vigilancia.

¹¹² Dávalos Mejía. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II..., ob. cit., p. 109.

Modalidades jurídicas de las entidades financieras

Esta clasificación hace referencia a todos aquellos cuerpos normativos en los cuales se establecen las diversas formas de constitución que pueden adoptar las entidades financieras, así como los lineamientos básicos para su operación y desarrollo comercial en el desempeño del servicio financiero.

Legislación en materia de operaciones y servicios

Este conjunto de normas, tanto sustantivas como adjetivas, tienen por objetivo regular las operaciones de las entidades financieras, así como los instrumentos o medios a través de los cuales se formalizan las mismas.

Regulación de objetivos

En esta clasificación se comprende la normatividad que regula la adecuación de los objetivos particulares de las entidades financieras, con los objetivos generales de gobierno. Debido a la importancia que tiene este sector en la economía nacional, es necesario que sus operaciones guarden una cierta congruencia con los criterios generales de política económica que cada administración propone como estrategia de carácter nacional e internacional.

Legislación para el control y vigilancia

En esta sección se concentran todas aquellas disposiciones que en materia financiera hacen referencia al control y supervisión que ejerce el Estado sobre la existencia y desarrollo de actividades de las entidades que constituyen el Sistema Financiero Mexicano.

a) Principales cuerpos normativos secundarios del Sistema Financiero Mexicano

- Ley de Instituciones de Crédito.

- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
- Ley sobre el Contrato de Seguro.
- Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
- Leyes y Reglamentos de las Bancas de Desarrollo.
- Código de Comercio.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
- Ley del Banco de México.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Sociedades de Inversión.
- Ley de la Casa de Moneda de México.
- Ley y Circulares del Mercado de Valores.
- Ley General de Deuda Pública.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Leyes, reglamentos, circulares y acuerdos de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.
- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
- Reglamentos y circulares de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Ley de Protección al Ahorro Bancario.
- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

b) Régimen de supletoriedad para la legislación del Sistema Financiero Mexicano

En todo sistema jurídico, la supletoriedad es el recurso que una ley concede al interprete, previendo la posibilidad de que alguna de sus hipótesis pueda generar una consecuencia desprovista de solución en su texto, consistente en señalar, específicamente, cuál es la segunda o tercera ley que se aplicará en ese caso, por considerar que son con las cuales tiene mayor afinidad ¹¹³. Este recurso de carácter legislativo tiene especial

¹¹³ Dávalos Mejía. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II..., ob. cit., p. 115.

importancia en la referente a la legislación financiera en nuestro país, ya que al ser ésta una extensión del derecho civil y mercantil y al poseer un carácter mixto, necesariamente tiene una gran interdependencia con numerosos cuerpos normativos que determinan, en diversas ocasiones la legalidad de los actos y operaciones en materia de servicios financieros.

La supletoriedad normativa se extiende hasta áreas tan complejas como derecho laboral, el administrativo o el internacional. En ese sentido la supletoriedad en materia financiera, al igual que la propia normatividad necesita uniformarse para evitar generar, lo que supuestamente es su objetivo a cumplir : las contradicciones, las *lagunas legales* y la inseguridad jurídica.

La mayoría de los cuerpos normativos en esta materia utilizan como bases de supletoriedad a :

- Codificación Mercantil, especialmente la Ley General de Sociedades Mercantiles y la Ley General de Título y Operaciones de Crédito.
- Codificación Civil para el Distrito Federal.
- Reglas Generales y circulares de las autoridades federales con competencia en la materia¹¹⁴.
- Leyes orgánicas.
- Usos y prácticas bancarias.
- Usos y prácticas mercantiles.

c) Análisis de la legislación más importante relacionada con el Sistema Financiero Mexicano

I. Ley de Instituciones de Crédito (LIC) ¹¹⁵

La Ley de Instituciones de Crédito es un cuerpo normativo destinado a regular la existencia y operatividad de las entidades de intermediación financiera de carácter bancario,

¹¹⁴ El artículo 5 de la LIC establece que el Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá interpretar para efectos administrativos los preceptos de dicha ley, fundamentando la emisión de este tipo de normatividad, para el sector bancario.

¹¹⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 1990.

es decir, tanto a las instituciones de banca múltiple, como a las instituciones de banca de desarrollo.

a) Objetivos

Los principales objetivos de la LIC consisten en regular :

- El servicio de banca y crédito ¹¹⁶.
- La organización y funcionamiento de las instituciones de crédito.
- Las actividades y operaciones que las instituciones de crédito podrán realizar.
- La protección de los intereses del público.
- Los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano. De acuerdo a los lineamientos generales de la LIC, el Estado supervisará que dicho sistema se oriente a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía.

b) Sujetos de la LIC

La LIC estipula que el servicio de banca y crédito sólo podrá ser proporcionado por :

- **Instituciones de banca múltiple.** Estas entidades son definidas como sociedades anónimas, cuyo capital social y administración son controlados por particulares, a las que el Gobierno Federal autoriza proporcionar el servicio de banca y crédito y el universo de operaciones y servicios que conlleva ¹¹⁷, de acuerdo a los términos y condiciones que estatuyen las leyes en la materia.

¹¹⁶ El artículo 2 de la LIC define al *servicio de banca y crédito* como la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. La colocación es la canalización de los recursos captados hacia la demanda crediticia del público. Esta actividad genera para el intermediario bancario activos. Prácticamente, la única operación reservada en exclusiva para ser ejercida por las instituciones bancarias es la captación de depósitos irregulares (se restituye al depositante no el mismo dinero que deposita pero sí hasta la misma cantidad) de dinero en cuentas de cheques.

¹¹⁷ Estas operaciones y servicios en términos generales son : Depósito, ahorro, financiero, crédito, hipotecario, fiduciario y demás servicios y operaciones entre los que destacan : i. Recibir depósitos bancarios de dinero; ii. Aceptar préstamos y créditos; iii. Emitir bonos bancarios; iv. Emitir obligaciones subordinadas; v. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior; vi. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos; vii.

- *Instituciones de banca de desarrollo*. Son entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de la LIC¹¹⁸. Estas instituciones son entidades societarias de la administración pública, es decir, empresas de participación estatal mayoritaria, cuyo capital social está representado por certificados de aportación patrimonial, que tienen por objetivo proporcionar el servicio de banca y crédito y el universo de operaciones y servicios que conlleva, de acuerdo a los términos y condiciones que estatuyen las leyes en la materia y sus respectivas leyes orgánicas¹¹⁹.

c) Integración del Sistema Bancario Mexicano

El Sistema Bancario Mexicano está integrado por las siguientes entidades y autoridades:

- Banco de México.
- Instituciones de banca múltiple.
- Instituciones de banca de desarrollo.
- Patronato del Ahorro Nacional. Entidad de fomento del ahorro, mediante la emisión de Bonos del Ahorro Nacional.
- Fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico. Entidades que tiene por objeto canalizar recursos al desarrollo de sectores estratégicos de México. Como ejemplos podemos citar el Fondo nacional de Fomento al Turismo (FONATUR) y los Fideicomisos Instituidos en Relación con la Agricultura (FIRA).

Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente; viii. Operar con valores, entre otros.

¹¹⁸ Artículo 30 de la LIC.

¹¹⁹ De acuerdo con el Artículo 47 de la LIC, las instituciones de banca de desarrollo deberán orientar sus actividades de banca y crédito al objetivo de proporcionar la adecuada atención al correspondiente sector de la economía nacional que les señalan principalmente sus leyes orgánicas.

- Fideicomisos para el desempeño de las funciones del Banco de México. Ejemplo de este tipo de entidades era el Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA).

En lo referente a entidades bancarias del exterior la Secretaría de Hacienda y Crédito Público puede autorizar el establecimiento en el territorio nacional de oficinas de representación de entidades financieras del exterior. Sin embargo estas entidades no pueden llevar a cabo ninguna actividad de intermediación financiera que requiera autorización por parte del Gobierno Federal ¹²⁰. Asimismo, la propia Secretaría puede autorizar el establecimiento en México de sucursales de bancos extranjeros de primer orden (off-shore), cuyas operaciones activas y pasivas podrán efectuarse exclusivamente con residentes fuera del país.

d) Régimen de supletoriedad en materia bancaria

Cada una de las instituciones de crédito, banca múltiple y banca de desarrollo, posee su propio régimen de supletoriedad.

Instituciones de banca múltiple

Utilizan supletoriamente los siguientes cuerpos normativos :

- Ley Orgánica del Banco de México.
- Legislación mercantil.
- Los usos y prácticas bancarios y mercantiles.
- El Código Civil para el Distrito Federal.
- El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de la LIC.

¹²⁰ Las actividades que les está permitidas a esta oficinas de representación son, entre otras, : a) Informar y negociar las condiciones en que se proponga realizar el otorgamiento de créditos u otras operaciones activas; b) Recabar la información necesaria de los acreditados o sujetos de inversión; c) Supervisar la ejecución y desarrollo de las operaciones efectuadas por su conducto; d) Efectuar gestiones de cobranza y demás gestiones y trámites bajo su propia responsabilidad.

Instituciones de banca de desarrollo

Estas instituciones se rigen por su propia ley orgánica y supletoriamente por :

- Ley de Instituciones de Crédito
- Ley Orgánica del Banco de México
- Legislación mercantil
- Los usos y prácticas bancarios y mercantiles
- El Código Civil para el Distrito Federal
- El Código Fiscal de la Federación, para efectos de las notificaciones y los recursos a que se refieren los artículos 25 y 110 de la LIC

e) Instituciones de banca múltiple

Autorización para prestar el servicio de banca y crédito

Toda entidad que desee participar en el Sistema Financiero Mexicano como intermediario financiero bancario deberá obtener en primer término del Gobierno Federal una autorización en forma, que será de carácter intransmisible. Esta será concedida discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la cual será asistida por la opinión del Banco de México (BM) y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV).

Sociedades mercantiles objeto de la autorización para proporcionar el servicio de banca y crédito.

Las entidades que pueden ser objeto de la autorización para figurar como intermediarios financieros bancarios son las sociedades anónimas de capital fijo que tengan por objeto la prestación del servicio de banca y crédito; una duración indefinida; que cuenten con el capital social y el capital mínimo que corresponda y su domicilio social deberá ubicarse dentro del territorio nacional.

Capital social de las instituciones de banca múltiple

El capital social de las instituciones de banca múltiple está constituido por una parte ordinaria y una parte adicional o neutra.

Antes de la reforma de 1998, el capital social ordinario de estas instituciones se integraba por acciones de la serie "A", que representaban cuando menos el 51% de dicho capital. El 49% restante de la parte ordinaria del capital social podía integrarse indistinta o conjuntamente por acciones serie "A" y/o "B" o de libre suscripción.

Las acciones representativas de la serie "A" únicamente podían ser adquiridas por :

- Personas físicas mexicanas.
- Personas morales mexicanas, cuyo capital sea mayoritariamente propiedad de mexicanos. sean efectivamente controladas por los mismos y cumplan los demás requisitos que establezcan las autoridades competentes.
- El Gobierno Federal y el Fondo Bancario de Protección al Ahorro.
- Las sociedades controladoras.
- Los inversionistas institucionales, es decir, las instituciones de seguros y de fianzas; las sociedades de inversión comunes; a los fondos de pensiones o jubilaciones de personal, complementarios a los que establece la Ley del Seguro social y de primas de antigüedad y los demás que autoricen las autoridades competentes.

Las acciones representativas de las series "B" y "L" eran de libre suscripción. Podían ser suscritas en su totalidad por inversionistas extranjeros. Con este supuesto de la ley se dio paso a las alianzas estratégicas, a través del esquema de la coinversión, en el sector de servicios financieros entre instituciones nacionales y extranjeras.

El capital social adicional o neutro está representado por acciones serie "L" o de voto limitado, que podrán emitirse hasta por un monto equivalente al 40% del capital social ordinario.

Las acciones son de igual valor dentro de cada serie y otorgan a sus tenedores los mismos derechos. Deben de pagarse íntegramente en el acto de ser suscritas.

Las acciones serie "L" son de voto limitado y otorgan derecho de voto únicamente en los asuntos que se refieren a cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación. así como cancelación de su inscripción en cualesquiera bolsas de valores.

No pueden participar en el capital social de las instituciones de crédito, personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.

Ahora, el capital ordinario de las entidades de banca múltiple está constituido por acciones de la serie "O". Las acciones "O" y "L" son de libre suscripción. Las personas que adquieran o transmitan acciones de la serie "O" por más del 2% del capital social de un banco, debe de dar aviso ala SHCP.

Diversificación del capital social de las instituciones de banca múltiple

El principio de diversificación de capital dentro de las instituciones bancarias múltiples busca que el control de las mismas esté equilibrado y los accionistas puedan estar equitativamente representados. Igualmente con esto se pretende conservar al sistema de pagos del país bajo el control de mexicanos.

Antes de la reforma de 1998, salvo excepciones autorizadas por la SHCP, ninguna persona física o moral podía adquirir, directa o indirectamente el control de acciones de las series "A" y "B" por más del 5% del capital social de una institución de banca múltiple. Dicha autorización de la autoridad podía permitir que se exceda este límite hasta un máximo del 20%.

Ahora ninguna persona física o moral puede adquirir, directa o indirectamente, el control de acciones de la serie "O" por más del 5% del capital social. La SHCP puede autorizar un porcentaje mayor sin exceder del 20%.

La excepción de esta regla se aplica a :

- El Gobierno Federal.
- Los inversionistas institucionales, siempre y cuando su inversión no exceda en lo individual o en conjunto del 20% del capital social de la institución emisora.
- El Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA) sustituido por el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB).
- Las sociedades controladoras.
- Los accionistas de instituciones de banca múltiple que adquieran acciones en los casos de fusiones aprobadas por la SHCP. Esta autorización es por un periodo de 2 años, sin que la participación total de cada uno de ellos exceda del 20% del capital pagado de la institución correspondiente.
- Las instituciones de banca múltiple que adquieran acciones derivadas de fusiones de las mismas, aprobadas por la SHCP.
- Las instituciones financieras del exterior y las sociedades controladoras filiales que adquieran acciones de cualquier serie, conforme a programas aprobados por la SHCP, con finalidad de convertir a la respectiva institución de banca múltiple en una filial.
- Las instituciones financieras del exterior, sociedades controladoras filiales, sociedades controladoras de grupos financieros e instituciones de banca múltiple, cuando adquieran acciones conforme a programas aprobados por la SHCP, con el objeto de coadyuvar al buen funcionamiento de la institución de banca múltiple, previa autorización de la propia SHCP.

Para adquirir el control ¹²¹ de una institución de banca múltiple es necesario la autorización de la SHCP, quien oírà la opinión del BM y de la CNBV.

¹²¹ Se entiende que un grupo de inversionistas adquiere el control de una institución de banca múltiple cuando sean propietarios del 30% o más de las acciones representativas del capital social de la propia institución, tenga el control de la asamblea general de accionistas y esté en posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros del consejo de administración.

En el caso de que una misma entidad o inversionista extranjero adquiriera el control de una institución de banca múltiple mexicana, es decir si su participación excediera del 20% permitido, operaría una transformación de dicha institución a una institución de banca múltiple filial ¹²².

Cuando se efectúen transmisiones de acciones que excedan de los límites descritos, la SHCP emitirá las sanciones respectivas y ordenará que sean vendidas las que pasen de los mismos a la propia institución emisora. Las acciones así reembolsadas deberán convertirse en acciones de tesorería.

Con base en las reformas de 1998, se deroga la disposición de la LIC en que se impedía la aprobación de programas para la adquisición de instituciones de banca múltiple cuyo capital neto excediera del 6% de la suma del capital neto que alcanzaran en su conjunto este tipo de instituciones.

Capital mínimo de las instituciones de banca múltiple

El capital mínimo de cada una de las instituciones de banca múltiple es la cantidad equivalente al 0.12% de la suma del capital neto que alcancen en su conjunto todas las demás instituciones de banca múltiple al 31 de diciembre del año inmediato anterior. El capital mínimo deberá estar íntegramente pagado.

Administración de las instituciones de banca múltiple

La administración de las instituciones de banca múltiple está a cargo de un consejo de administración y de un director general.

- *Consejo de administración.* Antes de la reforma de 1998 debía estar constituido por consejeros que eran designados de acuerdo a los porcentajes accionarios de la propia institución de banca múltiple, con la aprobación de la Junta de Gobierno de la CNBV. Debían ser 11 como mínimo y podían incrementarse en cantidad, a elección de los accionistas, en múltiplos de dicho número. Su designación se realizaba mediante asamblea

¹²² Ver artículo 45 - I de la LIC

especial por cada serie de acciones. En caso de que fueran 11 los consejeros, los accionistas de la serie "A" podían designar a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que excediera del 50% del capital pagado ordinario, tenían derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designaban a los consejeros restantes. Los accionistas de las citadas series que representaban cuando menos un 10% del capital pagado ordinario de la institución, tenían derecho a designar un consejero de la serie que correspondiera. Por cada consejero propietario se designaba un consejero suplente.

El presidente del consejo se elegía de entre los propietarios de la serie "A" y tenía voto de calidad en caso de empate.

Los consejeros que representaban a la serie "A" debían ser mexicanos o extranjeros residentes en territorio nacional. Los consejeros que representaban a las series "A" y "B" debían ser mexicanos o extranjeros que tuvieran el carácter de inmigrantes residentes en el país.

Ahora, el consejo de administración está integrado hasta por 15 consejeros. Los accionistas que representen cuando menos un 10% del capital pagado ordinario, tienen derecho a designar un consejero. Sólo puede revocarse el nombramiento de los consejeros de minoría, cuando se revoque el de todos los demás. El presidente del consejo debe de elegirse de entre los propietarios y tiene voto de calidad en caso de empate. Por los propietarios se nombrarán suplentes, los cuales podrán suplir indistintamente a cualesquiera de los propietarios, en el entendido de que dentro de cada sesión un suplente sólo puede representar a un propietario.

La mayoría de los consejeros deben de ser mexicanos o extranjeros residentes en el territorio nacional.

- **Director general.** Debe de ser designado por el consejo de administración de la institución de banca múltiple, con la aprobación de la Junta de Gobierno de la CNBV y satisfacer los siguientes requisitos :

- Gozar de reconocida calidad moral.
- Ser ciudadano mexicano.
- Haber prestado por lo menos 5 años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio, cuyo desempeño requiera conocimientos en materia administrativa o financiera

- No tener litigio pendiente con la institución de que se trate.
- No estar sentenciado por delitos patrimoniales; inhabilitado para ejercer el comercio o para desempeñar un cargo en el servicio público o en el sistema financiero mexicano.
- No estar realizando funciones de regulación de las instituciones de crédito.

Antes de la reforma, la vigilancia de las instituciones de banca múltiple estaba a cargo de comisarios y sus respectivos suplentes. Los accionistas de la serie "A" designaban por lo menos a un comisario y en su caso, los accionistas de las series "B" y "L" podían designar cada grupo a otro comisario.

Ahora el órgano de vigilancia de las instituciones de banca múltiple está integrado por lo menos por un comisario designado por los accionistas de la serie "O" y en su caso, un comisario nombrado por los de la serie "L", así como sus respectivos suplentes. El nombramiento de comisarios debe de hacerse en asamblea especial por cada serie de acciones.

Fusiones entre instituciones de banca múltiple

Los acuerdos de fusión entre 2 o más instituciones de banca múltiple que se formalizan a través de las asambleas de accionistas correspondientes, deben de ser autorizados por la SHCP, con la opinión de la CNBV y el propio BM.

Revocación de la autorización para proporcionar el servicio de banca y crédito

La SHCP, oyendo la opinión del BM y de la CNBV, puede revocar a una institución de banca múltiple la autorización para proporcionar el servicio de banca y crédito en los siguientes casos :

- Si no presenta la escritura constitutiva para su aprobación dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de otorgamiento de la autorización, si inicia operaciones sin presentar dicha escritura para su aprobación, si no inicia sus operaciones dentro del plazo de 6 meses a partir de la aprobación de la escritura o si al darse esta última no estuviere pagado el capital mínimo.

- Si no realiza la aportación respectiva al Fondo Bancario de Protección al Ahorro.
- Si arroja pérdidas que afecten su capital mínimo.
- Si a juicio de la SHCP y la CNBV no cumple adecuadamente con las funciones de banca y crédito para las que fue autorizada y no ajusta sus operaciones conforme a la ley.
- Si proporciona información falsa, imprecisa o incompleta, dolosamente a las autoridades financieras.
- Si no registra debidamente todas sus operaciones en su contabilidad
- Si se disuelve, entra en estado de liquidación o quiebra, salvo que el procedimiento respectivo termine por rehabilitación y el BM y la CNBV opinen favorablemente para que continúe con la autorización.
- Si transgrede en forma grave o reiterada las disposiciones legales o administrativas que le son aplicables.
- Cuando la institución no cubra al Instituto para la Protección del Ahorro Bancario las cuotas establecidas.

La revocación de la autorización pone en estado de disolución y liquidación a la institución de banca múltiple de que se trate, sin necesidad del acuerdo de la asamblea de accionistas. La misma debe de publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en dos periódicos de circulación nacional. Asimismo, deberá de inscribirse en el Registro Público de Comercio que corresponda.

f) Instituciones de Banca de Desarrollo

Capital social de las instituciones de banca de desarrollo

El capital social de las instituciones de banca de desarrollo está representado por títulos de crédito denominados certificados de aportación patrimonial, los cuales son nominativos y constituyen 2 series : la serie "A" que representa el 66% del capital social y

sólo puede ser suscrita por el Gobierno Federal y la serie "B" que representa el 34% restante.

Salvo el Gobierno Federal y las sociedades de inversión común ¹²³, ninguna persona física o moral puede adquirir el control de certificados de aportación patrimonial de la serie "B" por más del 5% del capital pagado de una institución de banca de desarrollo.

No pueden participar en el capital social de las instituciones de banca de desarrollo las personas físicas o morales extranjeras ni las sociedades mexicanas en cuyos estatutos no figure cláusula de exclusión de extranjeros.

Capital mínimo de las instituciones de banca de desarrollo

El capital mínimo de las instituciones de banca de desarrollo está determinado por los lineamientos que al respecto emita la SHCP y una vez determinado debe de estar íntegramente pagado.

Administración de las instituciones de banca de desarrollo

Estas instituciones se encuentran administradas por un consejo directivo y un director general.

- **Consejo directivo.** La designación de los consejeros se lleva a cabo de acuerdo a la ley orgánica de cada institución de banca de desarrollo. No podrán ser consejeros el director general y los servidores públicos de la institución que ocupen cargos con las 2 jerarquías administrativas inferiores a la de aquél. Este órgano es el que dirige a la institución con base en los lineamientos que conforme a lo dispuesto en la ley establezca el Ejecutivo Federal por conducto de la SHCP.

- **Director general.** El director general es designado por el Ejecutivo Federal a través del Secretario de Hacienda y Crédito Público y debe de cumplir con los mismos requisitos

¹²³ De acuerdo al artículo 33 de la LIC la SHCP puede autorizar que entidades de la administración pública federal y los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios adquieran certificados de la serie "B" en una proporción mayor al 5% del capital social.

exigidos para los directores de las instituciones de banca múltiple. Tiene como principal responsabilidad llevar a cabo los objetivos y actividades que le encomienda el consejo directivo.

La vigilancia de estas instituciones está a cargo de 2 comisarios nombrados uno por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo y otro por la Comisión Consultiva, organismo integrado por los titulares de los certificados de la serie "B" distintos del Gobierno Federal.

g) Filiales ¹²⁴ de instituciones financieras del exterior

Marco conceptual ¹²⁵

- *Filial de institución financiera del exterior.* Es una sociedad mexicana autorizada para organizarse y operar conforme a la LIC como institución de banca múltiple o sociedad financiera de objeto limitado y en cuyo capital participe una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial ¹²⁶.

- *Institución financiera del exterior.* Es una entidad financiera constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales.

- *Sociedad controladora filial.* Es una sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad controladora en los términos de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y en cuyo capital participe una institución financiera del exterior.

Marco jurídico

Estas entidades financieras se rigen por las disposiciones previstas en los instrumentos jurídicos internacionales correspondientes, por la LIC y demás leyes del

¹²⁴ De igual forma son designadas como *subsidiarias*.

¹²⁵ Ver artículo 45 - A de la LIC.

¹²⁶ También pueden operar como Agrupaciones Financieras o como Casas de Bolsa

Sistema Financiero Mexicano y por las reglas para el establecimiento de filiales que expida la SHCP con la opinión del BM y de la CNBV.

Autorización para organizarse y operar como filial

La autorización para poder operar como filial de alguna institución financiera del exterior es otorgada, de manera discrecional por la SHCP, quién se asiste por la opinión del BM y de a CNBV. Estas autorizaciones son intransmisibles. Estas entidades pueden realizar las mismas operaciones que las instituciones de banca múltiple o las sociedades financieras de objeto limitado, salvo que el instrumento jurídico internacional aplicable establezca algún tipo de restricción.

Para poder ser accionista de una filial, la institución financiera del exterior debe de realizar en el país en que esté constituida el mismo tipo de operaciones que la filial de que se trate esté facultada para realizar en México. En el caso de las inversiones de una sociedad controladora filial en el capital de una filial, se seguirán los lineamientos establecidos en al Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y en las demás disposiciones aplicables.

Las filiales no pueden establecer sucursales o subsidiarias fuera del territorio nacional.

Capital social de las filiales

La estructura accionaria del capital social de las filiales está integrada por acciones de la serie "F", que deben de representar por lo menos el 51% del mismo. Estas acciones sólo pueden ser adquiridas por una sociedad controladora filial o, indirectamente, por una institución financiera del exterior, salvo el caso de transmisión de acciones en garantía o propiedad al FOBAPROA (ahora Instituto para la Protección al Ahorro Bancario), tratándose de acciones representativas del capital social de las instituciones de banca múltiple filiales.

El otro 49% del capital social se integra indistinta o conjuntamente por acciones serie "F" y/o "B" (igual régimen que las acciones serie "O"). Dentro de cada serie, las acciones

son de igual valor, confieren a sus tenedores los mismos derechos y deben pagarse íntegramente en efectivo en el acto de suscripción.

Como parte de las reformas de 1998, la institución financiera del exterior, propietaria de las acciones serie "F" de una institución de banca múltiple filial, no quedará sujeta a los límites establecidos respecto a la participación en el capital social de una banca múltiple, respecto de su tenencia de acciones serie "B".

Inversión en instituciones de banca múltiple

La SHCP puede autorizar a las instituciones financieras del exterior, a las sociedades controladoras filiales o a las filiales, la adquisición de acciones representativas del capital social de una institución de banca múltiple o de una sociedad financiera de objeto limitado de acuerdo con los siguientes requisitos :

- La institución financiera del exterior, la sociedad controladora filial o la filial, deberá adquirir acciones que representen cuando menos el 51% del capital social.
- Deberán modificarse los estatutos sociales de la institución de banca múltiple o de la sociedad financiera de objeto limitado, cuyas acciones sean objeto de enajenación.
- Si el adquirente es una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial que ya sea propietaria de acciones representativas del capital social de una filial, deberá fusionar ambas instituciones de banca múltiple o sociedades financieras de objeto limitado, a efecto de controlar solamente una filial del mismo tipo.
- Cuando el adquirente sea una filial deberá fusionarse con la institución de banca múltiple o sociedad financiera de objeto limitado que haya sido adquirida.
- En el caso de instituciones de banca múltiple, la suma del capital de la institución adquirida y del capital de la institución de banca múltiple filial adquirente, o en cuyo capital participe mayoritariamente la institución financiera del exterior o la sociedad controladora filial adquirente, no podrá exceder del límite de capital que en su caso se haya establecido en el tratado o acuerdo internacional aplicable, salvo que la SHCP lo autorice.

Lo anterior no es aplicable en el caso de instituciones financieras del exterior, sociedades controladoras filiales, sociedades controladoras de grupos financieros e instituciones de banca múltiple, cuando adquieran acciones conforme a programas aprobados por la SHCP, con el objeto de coadyuvar al buen funcionamiento de la institución de banca múltiple, previa autorización de la propia SHCP.

Administración de las instituciones de banca múltiple filiales

La administración de las instituciones de banca múltiple filiales está a cargo de un consejo de administración y de un director general.

- *Consejo de administración.* Antes de la reforma de 1998, estaba constituido por consejeros que eran designados de acuerdo a los porcentajes accionarios de la propia institución de banca múltiple filial. Debían ser 11 como mínimo y podían incrementarse en cantidad, a elección de los accionistas, en múltiplos de dicho número. Su designación se realizaba mediante asamblea especial por cada serie de acciones. En caso de que hubieren sido 11 los consejeros, los accionistas de la serie "F" podían designar a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que excedía del 50% del capital pagado, tenían derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designaban a los consejeros restantes.

Los accionistas de las citadas series que representaban cuando menos un 10% del capital pagado de la institución, tenían derecho a designar un consejero de la serie que correspondiera. Por cada consejero propietario se designaba un consejero suplente. El director general (no necesariamente tenía que ser ciudadano mexicano) y la mayoría de los consejeros de una filial debían de residir en México.

El presidente del consejo se elegía de entre los propietarios de la serie "F" y tenía voto de calidad en caso de empate.

Ahora, el consejo de administración de las instituciones de banca múltiple filiales está integrado hasta por 15 consejeros. Su nombramiento debe de hacerse en asamblea especial por cada serie de acciones. A las asambleas que se reúnan con tal fin, así como las que tienen como propósito designar comisarios se les aplican las disposiciones para las asambleas ordinarias previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Los accionistas de la serie "F" designan a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que exceda del 50% del capital pagado, tienen derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designarán a los consejeros restantes.

Tratándose de las sociedades financieras de objeto limitado filiales, y las instituciones de banca múltiple filiales 99% de capital extranjero, el número de consejeros se estima libremente sin que sea inferior a 5.

La vigilancia de las instituciones de banca múltiple está a cargo de comisarios y sus respectivos suplentes. Los accionistas de la serie "F" designan por lo menos a un comisario y en su caso, los accionistas de las series "B" pueden designar a otro comisario. La elección del director general se hace de conformidad con los lineamientos aplicables a las entidades de banca múltiple.

h) Operaciones de las instituciones de crédito

Las operaciones que realizan las instituciones de crédito se clasifican en 3 tipos :

- *Operaciones pasivas.* A través de este tipo de operaciones las entidades financieras bancarias captan o reciben recursos del público. Mediante las mismas se adquiere un adeudo (suma principal y/o accesorios financieros) que se traduce en un pasivo.

- *Operaciones activas.* Mediante las mismas, el banco coloca créditos o presta dinero de los ahorradores o de otras fuentes al público, generando un activo a su favor.

- *Operaciones de servicios o neutras.* Este tipo de operaciones hacen referencia al soporte que una entidad bancaria brinda a cualquier usuario dentro del marco de actividades permitido por la ley.

De acuerdo con el artículo 46 de la LIC, las instituciones de crédito sólo pueden realizar las operaciones siguientes :

1.- Recibir depósitos bancarios de dinero :

- A la vista.

- Retirables en días preestablecidos.
 - De ahorro.
 - A plazo o con previo aviso.
- 2.- Aceptar préstamos y créditos.
 - 3.- Emitir bonos bancarios.
 - 4.- Emitir obligaciones subordinadas.
 - 5.- Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior.
 - 6.- Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos.
 - 7.- Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.
 - 8.- Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito.
 - 9.- Operar con valores en los términos de las disposiciones de la LIC y de la Ley del Mercado de Valores.
 - 10.- Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas, en los términos de la LIC.
 - 11.- Operar con documentos mercantiles por cuenta propia.
 - 12.- Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisa, incluyendo reportos sobre estas últimas.
 - 13.- Prestar servicios de cajas de seguridad.

- 14.- Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes.
- 15.- Practicar las operaciones ed fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y llevar a cabo mandatos y comisiones.
- 16.- Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles.
- 17.- Actuar como representante común de los tenedores de títulos de crédito.
- 18.- Hacer servicios de caja y tesorería relativo a títulos de crédito por cuenta de las emisoras.
- 19.- Llevar la contabilidad y los libros de actas y de registro de sociedades y empresas.
- 20.- Desempeñar el cargo de albacea
- 21.- Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias.
- 22.- Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito.
- 23.- Adquirir los bienes muebles o inmuebles necesarios para la realización de su objeto y enajenarlos cuando corresponda
- 24.- Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.

Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas, que realizan las instituciones de crédito, se sujeta a los lineamientos de la Ley Orgánica del Banco de México

i. Diversificación de riesgos

Las instituciones de banca múltiple deben de diversificar los riesgos en cada operación que efectúan. Al efecto la SHCP, oyendo la opinión del BM y de la CNBV, determina mediante reglas generales :

- Los porcentajes máximos de los pasivos a cargo de una institución que correspondan a obligaciones directas o contingentes en favor de una misma persona, entidad o grupo de personas que de acuerdo con las mismas reglas deben considerarse para estos efectos como un solo acreedor
- Los límites máximos del importe de las responsabilidades directas y contingentes incluyendo las inversiones en títulos representativos de capital, de una misma persona, entidad o grupo de personas que por sus nexos patrimoniales o de responsabilidad, constituyan riesgos comunes para una institución de crédito.

ii. Operaciones pasivas

Entre las principales operaciones pasivas que llevan a cabo las instituciones de crédito se encuentran :

La recepción de depósitos bancarios de dinero

Este tipo de operación son prácticamente la principal fuente de captación de las entidades financieras bancarias. En virtud del contrato de depósito una persona transmite al banco la propiedad o la posesión de un bien mueble o inmueble, quedando el banco obligado a guardarlo y a restituirlo en las condiciones y en la fecha convenida ¹²⁷. La LIC los dividen en :

- **Depósitos a la vista.** El titular puede retirar en cualquier momento la totalidad o parte de lo que depositó. Este tipo de depósito ha evolucionado a lo que se conoce como depósito en cuenta corriente.

¹²⁷ Dávalos Mejía. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II..., ob. cit., p. 228.

- **Depósitos retirables en días preestablecidos.** En estas operaciones, el depositante dispone de su dinero o bienes en las fechas pactadas con anterioridad con el banco correspondiente.

- **Depósitos de ahorro.** Estos consisten en depósitos de dinero con interés capitalizable. Se comprueban con las anotaciones en la libreta especial que los bancos deben proporcionar gratuitamente a los depositantes. Estos depósitos pueden estar sujetos a límites de disposición por parte del depositante, o los mismos pueden optar por las características de los depósitos a la vista.

- **Depósitos a plazo o con previo aviso** ¹²⁸. Mediante el depósito a plazo, el banco se compromete a pagar al depositante un interés fijo, durante un plazo fijo, sobre el monto de la cantidad depositada. Durante dicho plazo, el depositante no puede disponer de su depósito. Tratándose de depósitos con previo aviso, para retirar el depósito, es necesario dar aviso al banco de acuerdo a lo estipulado en el contrato correspondiente.

En la práctica, también existen los siguientes :

- **Depósitos con fines de inversión.** Las mesas de dinero constituyen un ejemplo de este tipo de depósitos ¹²⁹. Este tipo de operaciones no se traducen estrictamente en depósitos simples, sino que conllevan otras de diferente carácter como : mandatos, enajenaciones de valores y comisiones mercantiles. A través de las mismas, el depositante entrega al banco dinero u otros títulos fungibles y lo autoriza para que el mismo los aplique para la adquisición de valores y los administre hasta que el depositante solicite el retiro correspondiente.

- **Depósitos de títulos o documentos para su conservación o administración.** Cuando el depósito de títulos o documentos es para su simple conservación , el banco cumple con la sola custodia de los mismos en favor y beneficio del depositante. En el depósito de títulos o documentos para su administración, el banco lleva a cabo las diligencias y operaciones necesarias para la conservación de los derechos que aquellos otorguen al depositante.

¹²⁸ Están representados por certificados de depósito que son títulos de crédito y producen acción ejecutiva respecto a la emisora correspondiente.

¹²⁹ Algunos tratadistas definen a las mesas de dinero no como operaciones pasivas, sino como operaciones de servicio de las instituciones de crédito

- **Depósitos de bienes muebles y valores en cajas de seguridad.** Esta operación de depósito también es considerada como de servicio. A través de la renta de cajas de seguridad, el banco recibe en depósito bienes muebles y valores del depositante, quien puede disponer de los mismos en el horario, las fechas y bajo las condiciones que se plasmen en el contrato respectivo.

- **Depósitos de dinero como pago en consignación.** Estos depósitos se realizan en los bancos para que los mismos sirvan de constancia al depositante en el cumplimiento de una obligación de terminada.

La aceptación de préstamos o créditos

Las entidades bancarias pueden hacerse de recursos económicos optando por solicitar préstamos o créditos al público o a otras instituciones acreditadas por las leyes correspondientes para efectuarlos.

La emisión de bonos bancarios

Los bonos bancarios y sus cupones son títulos de crédito que representan la participación individual de su tenedor en un crédito colectivo a cargo del banco emisor de esos títulos ¹³⁰. Mediante estos instrumentos de captación, el banco puede disponer de los recursos de los inversionistas a cambio de restituírseles en el plazo y las condiciones pactadas. Se emiten en serie mediante declaración unilateral de voluntad de la emisora que se hace constar ante la CNBV ¹³¹ y deben de contener :

- La mención de ser bonos bancarios y títulos al portador.
- Lugar y fecha en que se suscriban.
- Nombre y firma de la emisora.
- El importe de la emisión y el valor de cada bono.
- El tipo de interés que en su caso devengarán
- Los plazos para el pago de intereses y de capital.

¹³⁰ Ruiz Torres, Humberto. *"Elementos de Derecho Bancario"*. McGraw - Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., Serie Jurídica, 1a ed. México, 1997. p. 13.

¹³¹ Esto constituye la denominada *acta de emisión de los bonos bancarios*.

- Condiciones y formas de amortización.
- Lugar de pago único.
- Términos y condiciones del acta de emisión.

El banco debe de mantener los bonos en alguna institución para el depósito de valores y entregar a los titulares de los mismos, constancias de sus tenencias.

La emisión de obligaciones subordinadas

Las obligaciones subordinadas y sus cupones son títulos de crédito con características similares a las de los bonos bancarios. Se llaman subordinadas porque en ellas, en caso de liquidación del banco emisor, el pago se hará a prorrata (en partes proporcionales) después de cubrir todas las demás deudas de la institución, pero antes de repartir el haber social a los titulares de las acciones o de los certificados de aportación patrimonial ¹³².

El carácter de *subordinado* radica en el orden para liquidar las cantidades que representan dichas obligaciones a cada uno de sus titulares en caso de que exista incumplimiento de pago del emisor. Es decir, las obligaciones subordinadas establecen una garantía (el capital social) y una prelación de crédito diferente a las demás obligaciones.

Otras diferencias existentes entre los bonos bancarios y las obligaciones subordinadas son :

- La autorización para emitir las la otorga el Banco de México.
- Se puede designar un representante común de los tenedores de las obligaciones.
- Estos títulos pueden emitirse en moneda nacional o extranjera.

¹³² Ruiz Torres, Humberto, *ob. cit.*, p. 13.

Depósitos constituidos por las instituciones de crédito en otras similares y entidades financieras del exterior

En estas operaciones, las instituciones de crédito actúan como depositantes, principalmente para materializar las siguientes operaciones :

Servicios de compensación y transferencia de fondos

A través de los mismos, se concreta una parte muy importante del sistema o proceso de pagos en nuestro país. Estas operaciones tienen como fundamento legal El Reglamento del Servicio de Compensación por Zona y Nacional del Banco de México. Como ejemplo común de documentos o títulos relacionados con este servicio tenemos a los cheques y a los giros bancarios a la vista emitidos con cargo a otras instituciones u otras plazas de la República ¹³³.

Operaciones de inversión

A través de las mismas, las instituciones de crédito canalizan los depósitos para la adquisición de valores o para la materialización de inversiones.

Operaciones de comercio exterior

Para el apoyo de las operaciones relativas al comercio exterior de bienes y servicios, los bancos pueden celebrar con otras instituciones del exterior cuentas de correspondencia o contratos recíprocos de crédito o realizar directamente los depósitos correspondientes en la institución financiera del exterior en donde el cliente solicita al mismo colocar los fondos para su utilización.

¹³³ Carvallo Yáñez, Erick. *"Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano; Teoría y Práctica Jurídica de las Agrupaciones Financieras, las Instituciones de Crédito y las Casas de Bolsa"*. Editorial Porrúa, S.A., 2a ed. México, 1997. p. 72.

iii. Operaciones activas

Estas operaciones resultan de la colocación de los depósitos y demás operaciones pasivas, en el mercado crediticio para su disposición por la demanda del público. Siendo estas operaciones, las generadoras del diferencial de ganancia de las entidades bancarias, tiene que ser realizadas con un gran profesionalismo, para reducir los riesgos inherentes a las mismas. Por lo mismo, la legislación dicta una serie de lineamientos mínimos que deben de observar las instituciones de crédito al otorgar cualquier tipo de créditos, mismos que son :

- *Estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión.*
- *Estimar los plazos de recuperación de los mismos.*
- *Estimar las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados.*
- *Estimar la calificación administrativa y moral de los propios acreditados.*
- *Evaluar las garantías por cada operación*
- *Evaluar los regímenes de amortización*

Con el propósito de evitar que las entidades bancarias optaran por operaciones de alto riesgo en materia de refinanciamiento de préstamos o créditos, en el caso de que el acreditado se encontrara en insolvencia o sujeto a concurso, suspensión de pagos o quiebra, éstas podrán modificar el plazo, tasa y demás características del crédito, cuando el consejo de administración, a propuesta del responsable del área de crédito, apruebe los nuevos términos del financiamiento, debiendo analizar un estudio que soporte la viabilidad del proyecto, o bien, el análisis de suficiencia de la fuente de recursos con los que se atenderán las obligaciones contraídas. Para el otorgamiento de recursos adicionales se requerirá autorización expresa del consejo. Lo anterior, reduce los riesgos de la multiplicación de la cartera vencida.

Dentro de las operaciones activas más importantes, llevadas a cabo por las instituciones de crédito se encuentran las siguientes :

Operación de descuento ¹³⁴

El descuento consiste en una operación de crédito que llevan a cabo las instituciones bancarias y consiste en la adquisición en propiedad de títulos de crédito, valores y/o documentos mercantiles de distintas clases, de cuyo valor nominal se descuenta una suma equivalente a los intereses que devengaría tal cantidad entre la fecha en cual se recibe y la de su vencimiento ¹³⁵.

Otorgamiento de préstamos o créditos

Para el análisis de estas operaciones bancarias de carácter activo, mismas que a su vez constituyen un género de los contratos mercantiles y también podría decirse que civiles, es preciso evaluar los conceptos de apertura de crédito y mutuo o préstamo.

- **Apertura de crédito.** La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 291, define a la apertura de crédito como la operación en virtud de la cual, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

En síntesis, a través de la apertura de un crédito, el banco se compromete con el cliente a otorgarle hasta un determinado monto de dinero para la materialización de sus fines.

La apertura de crédito puede manifestarse a través de :

- Apertura de crédito simple; esto es cuando la operación de crédito termina, en el momento en que el acreditado dispone totalmente del mismo.

¹³⁴ Es considerado como antecedente del contrato de factoraje.

¹³⁵ Dávalos Mejía. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II..., ob. cit., p. 354.

- Apertura de crédito en cuenta corriente; esto es cuando el acreditado lleva a cabo remesas sobre las cantidades suministradas de una determinada línea de crédito y disponga del saldo a su favor con relación al límite de la misma.

- **Préstamos.** Partiendo de la definición del contrato de mutuo del Código Civil para el Distrito Federal ¹³⁶, el préstamo bancario consiste en la operación mediante la cual la entidad bancaria se obliga a transferir una determinada suma de dinero al cliente, quien se obliga a restituirla con los intereses y contraprestaciones que ambas partes acuerden. En esta operación, el banco pone prácticamente en una sola exhibición, a disposición de su cliente, la totalidad del monto autorizado.

iv. Principales operaciones y/o instrumentos de crédito

Entre las principales aperturas de crédito y préstamos encontramos :

Carta de crédito

A través de este documento mercantil una determinada institución de crédito consigna órdenes de pago giradas por el acreditado para que otra entregue al tenedor de la misma las cantidades de dinero en él descritas, hasta por los montos pactados.

Las cartas de crédito deben de expedirse en favor de persona determinada; no son negociables; deben de expresar la o las cantidades de dinero a disponer hasta por el límite que se señale en la misma.

Crédito documentario o crédito confirmado

En esencia, este tipo de créditos se otorgan como obligación directa del acreditante hacia un tercero. En operaciones comerciales a través de esta operación, el banco acreditante se obliga a pagar a un tercero (el vendedor) una suma de dinero por cuenta del

¹³⁶ Artículo 2384, ver también el artículo 2393 del mismo Código.

acreditado (el comprador), a condición de que el tercero exhiba al banco documentos relativos a las mercancías en tránsito ¹³⁷.

Crédito de habilitación o avío

A través del contrato de habilitación o avío el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito ministrado por el banco, en la adquisición de las materias primas y materiales y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa.

Crédito refaccionario

Mediante este instrumento jurídico, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito principalmente en la adquisición de bienes de capital necesarios para el fomento de la empresa del acreditado.

Reporto bancario

Por este instrumento el banco (reportador) adquiere por una determinada suma de dinero la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al acreditado (reportador) la propiedad de otros títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio.

Crédito quirografario

En esta operación, el crédito se confiere al acreditado tomando como garantía únicamente su firma, sin que medie garantía alguna de otro tipo.

¹³⁷ Ruíz Torres, Humberto, *ob. cit.*, p. 14.

Crédito prendario

Este tipo de crédito opera con garantía otorgadas por el acreditado de tipo mueble. Por lo general, el mismo bien por el cual se solicita el crédito, es sobre el cual se constituye la prenda o garantía.

Crédito hipotecario

Recibe esta denominación porque la entidad bancaria otorga el crédito contra la garantía inmobiliaria que proporciona el acreditado.

Operaciones con tarjeta de crédito

Esta operación parte de la existencia de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, mediante el cual, el propio banco ante el cual se abrió, se obliga a expedir a favor del acreditado la tarjeta de crédito correspondiente y realizar los pagos de las disposiciones que hubiere realizado este último a través de la misma, cubriendo a la institución crediticia las cantidades pactadas.

Otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito y expedición de cartas de crédito

Aceptación de títulos de crédito

A través de esta operación el banco recibe o firma títulos de crédito, asumiendo en su caso la obligación de pagarlos por cuenta del acreditado.

Endoso de títulos de crédito

Mediante esta operación el acreditado transmite al banco la propiedad y/o derechos derivados de los títulos de crédito materia de la misma. El endoso puede realizarse de alguna de las siguientes maneras :

- En propiedad
- En procuración
- En garantía
- En administración

Aval

Los bancos pueden fungir como obligados solidarios en la emisión de títulos de crédito por parte del acreditado.

Carta de crédito

A través de esta operación el banco asume obligaciones de pago por cuenta de su acreditado ante terceros.

Operaciones con valores ¹³⁸

De acuerdo a la LIC, las instituciones de crédito pueden llevar a cabo operaciones con toda clase de títulos y documentos caracterizados como valores por las leyes respectivas. Esto pueden realizarlo de 2 maneras :

- Por cuenta propia; cuando el propio banco es el que adquiere para sí los valores.
- Por cuenta de terceros; cuando el banco efectúa las operaciones por órdenes del cliente.

Sin embargo, el artículo 106 de la LIC, en su fracción IV señala que a las instituciones de crédito se les está prohibido operar sobre los títulos representativos de su capital, salvo cuando se trate de operaciones referentes a la adquisición transitoria de sus

¹³⁸ El artículo 3 de la Ley del Mercado de Valores designa como *valores* a las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa, incluyéndose los títulos de crédito y otros documentos nacionales o extranjeros, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital de personas morales, que sean objeto de oferta pública o de intermediación en el mercado de valores.

acciones, aumentos o disminuciones de acciones de instituciones de banca de desarrollo y cuando se otorguen acciones en garantía al FOBAPROA (IPAB) ¹³⁹.

Organización y transformación de sociedades mercantiles

Estas actividades de coinversión o inversión de capital de riesgo consisten en apalancar empresas o participar en el desempeño de las mismas, mediante la suscripción y/o conservación de un determinado porcentaje de su capital social o partes de interés de las mismas. La LIC establece los siguientes tipos de inversiones :

- Las realizadas por las instituciones de banca múltiple, previa autorización de la SHCP, en empresas que les presten servicios complementarios, auxiliares en su administración o en la realización de su objeto y en sociedades inmobiliarias que sean propietarias o administradoras de bienes destinados a sus oficinas.
- Las realizadas por las instituciones de crédito, previa autorización de la SHCP, para adquirir títulos representativos del capital social de entidades financieras del exterior.
- Las realizadas por las instituciones de banca múltiple previa autorización de la SHCP con la opinión del BM y de la CNBV, en el capital social de sociedades de inversión, sociedades operadoras de éstas, administradoras de fondos para el retiro y sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro.
- Las realizadas por las instituciones de banca múltiple previa autorización de la SHCP con la opinión del BM y de la CNBV, cuando no forman parte de grupos financieros, en el capital social de organizaciones auxiliares de crédito e intermediarios financieros no bancarios que no sean casas de bolsa, instituciones y sociedades mutualistas de seguros e instituciones de fianzas
- Las realizadas para adquirir títulos representativos del capital social de sociedades distintas a las señaladas en los 2 párrafos anteriores, de acuerdo con los siguientes lineamientos :

¹³⁹ Carvallo Yáñez, Erick, *ob. cit.*, p. 105.

- Hasta el 5% del capital pagado de la emisora.

- Más del 5% y hasta el 15% del capital pagado de la emisora, durante un plazo que no exceda de 3 años, periodo que pueden ser ampliado por la SHCP, previo acuerdo de la mayoría de los consejeros.

- Porcentajes y plazos mayores cuando se trate de empresas que desarrollen proyectos nuevos de larga maduración o realicen actividades susceptibles de fomento, previa autorización de la SHCP, quien oír la opinión del BM.

El importe total que un banco realice de conformidad con estos lineamientos, no debe de exceder más del 5% de los recursos captados del público en el mercado nacional. En ningún caso las instituciones de banca múltiple pueden realizar inversiones en títulos representativos del capital de sociedades que, a su vez, tengan el carácter de accionistas en la propia institución o en la sociedad controladora de ésta. Esta restricción también es aplicable a las inversiones en títulos representativos del capital de sociedades controladas por dichos accionistas o que los controlen.

Operaciones con documentos mercantiles

Las entidades bancarias pueden realizar todas aquellas operaciones mercantiles que sin ir más allá de las estipuladas en el artículo 46 de la LIC, sean necesarias para el cumplimiento de su objeto social.

v. Operaciones de servicios

Entre las principales operaciones de servicios que efectúan las entidades bancarias encontramos :

Servicios de intermediación con oro, plata y divisas

Además de los valores y mercancías permitidos por la LIC y la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, los bancos pueden comerciar por cuenta propia o de terceros

con piezas (monedas y lingotes) de oro y plata que se encuentren en buen estado, así como con monedas y billetes de curso legal de otros países, así como toda clase de valores, títulos y documentos de crédito del exterior denominados en moneda extranjera.

Servicio de cajas de seguridad

Las entidades bancarias pueden proporcionar a sus clientes el servicio de cajas de seguridad, consistente en compartimientos para el depósito de bienes, valores, títulos y demás documentos que cada institución permita, que se encuentran bajo la custodia o guarda de las mismas y a disposición de aquellos en los términos y condiciones previamente pactados.

Servicios de expedición de cartas de crédito prepagadas, para hacer efectivos créditos y para realizar pagos por cuenta de clientes

Los bancos tienen utilizar diferentes medios para realizar el pago a terceros por cuenta de sus clientes; entre las más importantes figuran :

- Las cartas de crédito prepagadas. En estas el cliente deposita en la institución de crédito el importe de la carta de crédito correspondiente para que a su vez ésta pague en su nombre a través de sus sucursales o corresponsales, a los terceros que éste designe.
- La recepción del pago en sus sucursales de los créditos que tenga que liquidar el cliente o usuario a diferentes terceros.

En lo referente a hacer efectivos créditos, las entidades bancarias lo pueden realizar por cuenta propia o en sustitución de acreedores, mediante la vía judicial (juicios ejecutivos y/o ordinarios mercantiles y juicios hipotecarios) o la vía extrajudicial (cobranza, mediación y/o arbitraje comercial).

Servicios de fiduciario y de representación

Mediante el contrato de fideicomiso una persona (fideicomitente) destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria. De acuerdo con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sólo pueden ser instituciones fiduciarias aquellas expresamente autorizadas por la LIC.

Operar como fiduciario consiste una de los servicios más importantes que ofrecen las instituciones de crédito. El fideicomiso se ha vuelto una herramienta de gran utilidad para la actividad comercial debido a la sencillez de operación y a su versatilidad como instrumento jurídico, ya que puede ser utilizado con fines de administración, de garantía, de inversión, entre otros.

Los servicios de representación se realizan típicamente a través de los contratos de mandato o de comisión mercantil, mediante los cuales la institución de crédito lleva a cabo en nombre y cuenta del cliente, una serie de actos jurídicos que le son encomendados por el mismo, para la consecución de fines lícitos.

Servicios de custodia o administración de valores, títulos y/o de documentos mercantiles

Mediante la prestación de estos servicios, la institución de crédito puede llevar a cabo la custodia o guarda, es decir la conservación material de valores, títulos o de documentos mercantiles, o en el caso de la administración de los mismos, el banco tendrá como obligación practicar los actos ¹⁴⁰ necesarios para la conservación de los derechos que los mismos otorgan al depositante.

Servicios de representación común de tenedores de títulos de crédito

En este rubro cobra especial relevancia lo estipulado por el artículo 216 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) en el sentido de que para representar

¹⁴⁰ Los actos de administración pueden ser de 2 clases : Patrimoniales (principalmente cobros de cantidades, primas, intereses, etc...) y Corporativos (participación en asambleas de accionistas, amortización de títulos, suscripción de acciones y obligaciones, etc...)

al conjunto de los tenedores de obligaciones, se designará un representante común que podrá no ser obligacionista.

Aunque este artículo literalmente hace referencia a la denominación tenedores de obligaciones, dicha figura es análoga a la de tenedores de títulos de crédito.

El representante común de los obligacionistas o de los tenedores de otros títulos obra como mandatario de éstos y tendrá entre otras obligaciones y facultades las siguientes :

- Comprobar los datos contenidos en el balance de la sociedad emisora que se formule para efectuar la emisión.
- Comprobar, en su caso, la existencia de contratos referentes a la adquisición o construcción de bienes sobre los cuales complementariamente se formuló la emisión.
- Comprobar la existencia y el valor de los bienes dados en prenda o hipotecados en garantía de la emisión.
- Cerciorarse de la debida constitución de la garantía.
- Obtener la oportuna inscripción del acta de emisión en el Registro Público de la Propiedad y Comercio del sitio en donde se encuentren los bienes hipotecados y/o el del domicilio social de la emisora.
- Recibir y conservar los fondos relativos como depositario y aplicarlos al pago de los bienes adquiridos o de los costos de construcción en los términos que señale el acta de emisión, cuando el importe de la emisión o una parte de él, deban ser destinados a la adquisición o construcción de bienes.
- Autorizar las obligaciones o títulos que se emitan.
- Ejercitar todas las acciones o derechos que al conjunto de obligacionistas o tenedores de títulos corresponda por el pago de los intereses o del capital debidos o por virtud de las garantías señaladas para la emisión.

- Convocar y presidir la asamblea general de obligacionistas o de tenedores de títulos y ejecutar sus decisiones.
- Asistir a las asambleas generales de accionistas de la sociedad emisora.
- Otorgar, en nombre del conjunto de los obligacionistas o de los tenedores de títulos, los documentos o contratos que con la sociedad emisora deban celebrarse.

Servicio de caja y tesorería relativo a títulos de crédito por cuenta de las emisoras

Mediante estos servicios, el banco funge como un intermediario más que un representante o mandatario de la emisión de títulos, valores u obligaciones que las empresas colocan para allegarse fondos. La institución presta servicios integrales de caja y tesorería a la persona o sociedad emisora a cambio de una determinada contraprestación. La recolección y entrega de fondos se verifica sin que el banco comprometa recursos propios.

Servicios de contabilidad y administrativos a empresas

A través del desempeño de estos servicios, los bancos pueden fungir como despacho de contadores o como secretarios de los consejos de administración de las sociedades o empresas. Estas operaciones se materializan con la entrega de éstos de sus libros de contabilidad y registros corporativos.

Servicios de sindicatura

Las entidades bancarias podrán desempeñarse como síndicos encargados de la quiebra o suspensión de pagos de una persona o sociedad. De igual forma, podrán asumir el proceso de liquidación judicial o extrajudicial de sociedades mercantiles, de bienes sujetos a concurso o de herencias.

Dentro de otro tipo de servicios que ofrecen los bancos de manera relevante encontramos : Servicios de albacea (administración de bienes de una determinada sucesión) y servicios de avalúos

i) Prohibiciones, sanciones administrativas y delitos

La LIC en su articulado estatuye un catálogo de prohibiciones, sanciones administrativas y delitos que van dirigidos tanto a las entidades bancarias, sus funcionarios y personal, como a cualquier tercero que directa o indirectamente tenga algún tipo de relación con un banco o con los supuestos señalados en la propia Ley.

Entre las prohibiciones sobresalen :

- Ninguna persona física o moral, podrá captar directa o indirectamente recursos del público en el territorio nacional, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, obligándose a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados ¹⁴¹.
- Salvo excepciones, las palabras banco, crédito, ahorro, fiduciario u otras que expresen ideas semejantes en cualquier idioma, por las que pueda inferirse el ejercicio de la banca y del crédito, no podrán ser usadas en el nombre de personas morales y establecimientos distintos de las instituciones de crédito y demás entidades autorizadas.

Además, los bancos no pueden :

- Dar en garantía sus propiedades.
- Celebrar operaciones y otorgar servicios con su clientela en los que se pacten condiciones y términos que se aparten de manera significativa de las condiciones de mercado prevaleciente en el momento de su otorgamiento, de las políticas generales de la institución y de las sanas prácticas y usos bancarios.

¹⁴¹ Se exceptúan de este supuesto legal a las instituciones de crédito autorizadas para operar como tales, intermediarios financieros autorizados, a los emisores de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e intermediarios, bajo los lineamientos legales y a las sociedades financieras de objeto limitado debidamente autorizadas.

- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la institución sus funcionarios y empleados.
- Otorgar fianzas o cauciones.
- Operar sobre los títulos representativos de su capital, salvo en los casos que marca la Ley.
- Comerciar con mercancías de cualquier clase.
- Adquirir con recursos provenientes de sus pasivos títulos, valores o bienes.
- Otorgar créditos o préstamos con garantía de sus pasivos, de acciones de entidades financieras o sociedades controladoras de grupos financieros.
- Celebrar operaciones bancarias activas o pasivas por un plazo mayor de 20 años.

Las sanciones administrativas son impuestas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y éstas pueden ser :

- Multas
- Clausuras
- Suspensión de operaciones

Contra las sanciones cabe el recurso de revocación ante dicha entidad gubernamental

Entre los delitos encontramos :

- Practicar operaciones de captación, colocación y de servicios en contravención a lo dispuesto por la LIC.
- Realizar operaciones fraudulentas que ocasionen quebranto al patrimonio de las instituciones bancarias.
- No destinar el importe de los créditos a los fines pactados.

- La omisión o alteración en el registro de operaciones.
- Operar con recursos, derechos o bienes que representen el producto de un probable delito.

j) Protección de los intereses del público

Este capítulo de la LIC versa sobre los diversos sistemas que inciden en la protección, salvaguardas y garantías de seguridad jurídica con las que cuentan, tanto los bancos como sus respectivos clientes en todo lo concerniente al servicio de banca y crédito.

Los rubros que se comprenden en este apartado son :

- *El secreto bancario*
- *Revisión de contratos de adhesión*
- *Unidades institucionales de atención al cliente*
- *Procedimientos judiciales y extrajudiciales para la solución de controversias en materia bancaria*
- *Mecanismos de prevención y protección al ahorro*

i. El secreto bancario

La LIC estipula que los bancos no pueden proporcionar información a terceros de las operaciones y servicios con sus clientes salvo en los casos que la misma u otros cuerpos normativos señalen, o cuando se trate de dar noticias de los mismos al depositante, deudor, titular o beneficiario que corresponda, a sus representantes legales o a quienes tenga otorgado poder para disponer o intervenir de la operación o servicio respectivo.

Las excepciones a este principio se dan cuando la información bancaria la solicite :

- La autoridad judicial federal o local en virtud de providencias dictadas en juicio en el que el titular sea parte o acusado.
- Las autoridades hacendarias federales y/o la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

- Cuando se trate de posibles adquirentes de cartera de las instituciones y a los inversionistas por porcentajes significativos de capital de bancos o de las sociedades controladoras de grupos en que se incluya a un banco, a fin de que esas personas tengan acceso previo a la información detallada sobre dichas instituciones así como de la cartera por adquirir ¹⁴².

- La Procuraduría General de la República y el Ministerio Público Federal.

- El Banco de México ¹⁴³.

La LIC hace especial mención al secreto bancario relativo a las operaciones de fideicomiso, comisiones o mandato, el cual consiste en que solamente el fideicomitente o el fideicomisario, el comitente o el mandante y/o sus representantes legales están autorizados para manejar la información derivada de este tipo de operaciones con la institución bancaria. Sólo podrá el banco compartir información cuando se trate de juicios relacionados con éstas personas.

De igual manera, la LIC menciona específicamente otra excepción al secreto bancario, al referirse a las medidas que las autoridades adopten y a los manuales de operación de las instituciones de crédito ¹⁴⁴, para prevenir y detectar los actos u operaciones con recursos, derechos o bienes que procedan o representen el producto de un probable delito, conocidos éstos como "operaciones de lavado de dinero" ¹⁴⁵.

Esta serie de medidas se traducen en la obligación de las instituciones bancarias de presentar ante las autoridades hacendarias (Procuraduría Fiscal de la Federación) reportes

¹⁴² Ruiz Torres, Humberto, *ob. cit.*, p. 18.

¹⁴³ Los bancos deben de proporcionar al Banco de México los informes del Servicio Nacional de Información de Crédito Bancario.

¹⁴⁴ Ver artículo 115 de la LIC y el Decreto mediante el cual se reforman diversas leyes de carácter financiero, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1997.

¹⁴⁵ Ver artículo 400 bis del Código Penal para el Distrito Federal.

sobre las "operaciones sospechosas" ¹⁴⁶ y las "operaciones relevantes" ¹⁴⁷ que realicen sus clientes o usuarios ¹⁴⁸.

ii. Revisión de contratos de adhesión

La LIC otorga a la CNBV la facultad de revisar los contratos de adhesión que utilicen las instituciones de crédito para la formalización de relaciones comerciales con sus clientes en sus actividades pasivas, activas y de servicios. A través de esta revisión, se garantiza al público en general que los instrumentos bancarios aprobados, cuentan con las condiciones suficientes de seguridad y legalidad que determinan las leyes en la materia.

La misma ley define al contrato de adhesión como un instrumento elaborado unilateralmente por una institución bancaria, que conste en documentos de contenido uniforme en los que se establezcan los términos y condiciones aplicables a las operaciones y servicios que celebre la propia institución.

iii. Unidades institucionales de atención al cliente

Con el propósito de orientar a sus clientes, las instituciones de crédito deberán de acondicionar módulos de atención para atender consultas y reclamaciones de sus usuarios.

Estos módulos se sujetarán a los siguiente :

- El titular del módulo deberá tener facultades suficientes para representar y obligar al banco.
- Contarán con personal en cada Estado en que el banco tenga sucursales u oficinas.

¹⁴⁶ Aquella operación que realice una persona física o moral y que pueda ubicarse en los términos del párrafo segundo del artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, en razón al monto, frecuencia, tipo y naturaleza de la operación; al lugar, región o zona en que se efectúe; a los antecedentes y a la actividad de la persona física o moral; así como a los criterios contenidos en los manuales de operación que los bancos deberán formular y registrar ante la SHCP.

¹⁴⁷ La que se realice en cualquier instrumento monetario por un monto igual o superior al equivalente a 10 mil dólares, en moneda nacional o en cualquier otra de curso legal.

¹⁴⁸ García Moreno, Víctor Carlos. "Lavado Internacional de Dinero" (artículo).

- Deberán de responder por escrito la consulta o queja del usuario en un plazo de 30 días hábiles contado a partir de la fecha de recepción de la misma.
- El titular del módulo deberá de rendir semestralmente al consejo de administración del banco, un informe de las consultas y quejas recibidas. Este documento también se presentará ante la CNBV.

iv. Procedimientos judiciales y extrajudiciales para la solución de controversias en materia bancaria

En el caso de que sucedan diferencias o algún tipo de controversias de carácter estrictamente mercantil entre las instituciones bancarias y sus usuarios en el desarrollo de cualquier clase de operación o prestación de un determinado servicio, ambas partes podrán elegir entre resolver sus disputas ante los tribunales federales o locales, o intentar la vía extrajudicial para resolver las mismas, mediante los procedimientos alternativos de solución de controversias que propone la CNBV o los que pacten las partes con sujeción a las leyes de la materia.

Vía judicial

A través de esta vía, las partes pueden acceder a todos aquellos procedimientos ante los tribunales federales o locales que las leyes les faculten. En materia bancaria destacan o son de común acceso los siguientes :

Juicio ordinario mercantil

Hace referencia a todas aquellas contiendas entre partes, de carácter mercantil que el Código de Comercio no señala para ventilarse en juicio ejecutivo o especial.

Juicio ejecutivo mercantil

El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución ¹⁴⁹, es decir, ellos mismos son prueba preconstituida de una obligación. El juicio ejecutivo mercantil persigue el propósito de obtener el pago inmediato y llano del crédito demandado, o bien, que se pronuncie una sentencia condenatoria de los bienes que aseguren el pago del citado crédito.

Juicio especial mercantil

El juicio especial mercantil es el regulado de manera específica por las leyes de índole comercial.

Juicios mercantiles internacionales

Hace referencia a todas aquellas disputas entre nacionales o extranjeros y la ejecución y tramitación de actuaciones procesales entre diferentes ordenamientos jurídicos.

Vía extrajudicial

Esta vía tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes para decidir el tipo de procedimiento a utilizar por ambas para la solución de una determinada controversia de carácter mercantil. Principalmente tenemos las siguientes figuras :

¹⁴⁹ De acuerdo al artículo 1391 del Código de Comercio traen aparejada ejecución : I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable; II. Los instrumentos públicos; III. La confesión judicial del deudor; IV. Los títulos de crédito; V. Las pólizas de seguros; VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro; VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor y VIII. Los demás documentos que por disposición legal tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

La mediación

La mediación es un procedimiento para solucionar disputas, en el cual las partes guiadas por un tercero presentan alternativas de solución al problema existente y ellas mismas son las que escogen la mejor para ambas.

La conciliación

La conciliación es un procedimiento para solucionar controversias en el cual las partes presentan su diferencia a un tercero, que no solamente se limita a guiar el procedimiento, sino también es el que propone la solución al conflicto.

El procedimiento mercantil convencional

Este procedimiento es el que libremente pactan las partes ante el tribunal para la solución de la controversia correspondiente. Para su validez, las reglas de este procedimiento se deben de formalizar en escritura pública, póliza ante corredor o ante el juez que conozca de la demanda y se respeten las formalidades esenciales del procedimiento.

El arbitraje comercial

Este procedimiento se basa en que es un tercero o terceros imparciales constituidos en un tribunal arbitral quienes deciden la controversia planteada por las partes, de acuerdo a reglas previamente pactadas o señaladas.

Los procedimientos de solución de controversias de la CNBV

Los usuarios del servicio de banca y crédito pueden a su elección presentar sus reclamaciones ante la CNBV o hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes de la Federación o del orden común. En caso de que el usuario opte por recurrir primero a resolver su controversia ante la CNBV, la misma ofrece una serie de opciones o medios de solución de disputas que están constituidos por los siguientes procedimientos :

Procedimiento conciliatorio

En caso de que los usuarios de los bancos opten por presentar sus reclamaciones derivadas de una relación comercial con una determinada entidad bancaria ante la CNBV, se desahogará como primera etapa un procedimiento conciliatorio entre las partes, coordinado por dicha autoridad. La sustanciación de esta conciliación es forzosa para la institución bancaria una vez iniciada la misma por el cliente. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción.

Cuando las diferencias sean derivadas de la operación de fideicomisos, la CNBV sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios.

La CNBV puede suplir las deficiencias en las reclamaciones en beneficio del usuario. Asimismo desechará las reclamaciones que sean notoriamente improcedentes y aquellas de las que esté conociendo la autoridad judicial.

Fases de la conciliación :

- 1) Las reclamaciones se presenta por escrito ante la propia CNBV o a través de sus delegaciones regionales.
- 2) Con el propósito de tener los elementos para emitir una acertiva propuesta de conciliación la autoridad le requerirá a la institución bancaria un informe del asunto correspondiente, que deberá de ser presentado en la fecha que determine la propia CNBV para la junta de avenencia.
- 3) La CNBV cita a las partes para averirlas tomando en cuenta los elementos proporcionados por las mismas. Esta cita sólo podrá diferirse una sola vez.
- 4) Si la institución de crédito no presenta el informe en la junta de avenencia o no lo rinde en la forma requerida, la Comisión puede diferir la junta y solicitarle las aclaraciones que estime necesarias.
- 5) En caso de que el reclamante no comparezca ni justifique su ausencia en un plazo de diez días hábiles, contado a partir de la fecha de celebración de la junta respectiva, se entenderá

que no desea la conciliación, dándose por concluido el procedimiento respectivo, quedando a salvo sus derechos para hacerlos valer ante los tribunales competentes.

6) En caso de que las partes no concilien sus intereses, la CNBV las invitará a que la nombren arbitro o para que ella misma les proponga otros árbitros y los escojan. El compromiso se debe de hacer constar en un acta que se levante ante la CNBV.

7) En caso de que sea la institución bancaria la que decline el arbitraje y la CNBV estime procedente la reclamación del usuario, ésta podrá entregar al mismo un dictamen técnico que contenga su opinión sobre el asunto, para que lo haga valer ante los tribunales competentes, los que deberán tomarlo en cuenta para mejor proveer en el procedimiento respectivo.

8) Las delegaciones regionales pueden tramitar la etapa conciliatoria y en su caso el procedimiento arbitral escogido.

Procedimiento arbitral

Arbitraje de amigable composición

En este tipo de arbitraje la CNBV o los árbitros que las partes escojan, tendrán plena libertad para resolver en conciencia y con buena fe, sin sujeción a reglas específicas, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento, los puntos de controversia fijados por las partes. La resolución o laudo arbitral que emita la CNBV sólo admitirá aclaración de la misma.

Arbitraje de estricto derecho

En el arbitraje de estricto derecho, las partes convencionalmente establecen las reglas del procedimiento, mismas que tendrán que acatar la propia CNBV o los árbitros designados. En caso de omisiones o "lagunas" se aplica supletoriamente el Código de Comercio.

Las resoluciones emitidas por la CNBV durante el desarrollo del procedimiento sólo admitirán como recurso el de revocación y el laudo dictado sólo podrá ser impugnado en juicio de amparo.

El incumplimiento o desacato de los bancos a los requerimientos o resoluciones emitidos por la CNBV como resultado de los procedimientos ventilados ante la misma serán sancionados con multa administrativa por cantidad equivalente de cien a mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Las instituciones de crédito contarán con un lapso de tiempo de quince días hábiles contados a partir de la notificación del laudo arbitral correspondiente para cumplimentarlo; en caso contrario la CNBV les impondrá a una multa de hasta tres veces el importe de lo condenado, si éste fuera cuantificable o hasta cinco mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal si no lo fuere.

Las notificaciones en el juicio arbitral de estricto derecho se hacen a las partes por cédula fijada en los estrados de la CNBV o de la delegación regional correspondiente, excepción hecha del traslado de la reclamación, de la demanda, de la citación a la junta conciliatoria y del laudo, que tiene que hacerse personalmente o por correo certificado con acuse de recibo. Las notificaciones surten sus efectos al día siguiente a aquél en que se efectúan.

Cuando alguna de las partes faltare al cumplimiento de lo convenido en la conciliación o a lo dictado por la CNBV a través del laudo arbitral correspondiente, la afectada podrá auxiliarse del poder judicial para la ejecución de los puntos resolutivos de la controversia.

v. Mecanismos de prevención y protección al ahorro

Antes de las reformas de 1998 y con el propósito de salvaguardar los recursos de los depositantes y el evitar problemas financieros que pudieran presentar las instituciones de crédito¹⁵⁰, el Banco de México disponía de un fideicomiso denominado Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA), mediante el cual se obligaba a los bancos a participar

¹⁵⁰ Con excepción de la deuda subordinada y los préstamos interbancarios.

en el mismo a través de la aportación de recursos y que entre otros fines eran destinados para la realización de operaciones preventivas tendientes a garantizar el cumplimiento de obligaciones a cargo de dichas instituciones, objeto de protección expresa del Fondo.

Para que las instituciones de banca múltiple pudieran recibir apoyos preventivos, debía de garantizarse el pago puntual y oportuno del apoyo, con acciones representativas del capital social de la propia institución, con valores gubernamentales o cualquier otro bien, que a juicio del fiduciario satisficiera la garantía requerida.

El Comité Técnico del Fondo estaba constituido por representantes tanto del Banco de México, como de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Esta figura fue sustituida por el denominado Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.

II. Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (LGOAAC) ¹⁵¹

a) Objetivo

La LGOAAC tiene como objetivo regular la organización y funcionamiento de las organizaciones auxiliares del crédito, así como el ejercicio de las actividades auxiliares del crédito.

Las organizaciones auxiliares del crédito (OAC) son aquellas sociedades anónimas (exceptuándose las sociedades de ahorro y préstamo) autorizadas para realizar una serie de actividades que coadyuvan en la intermediación del crédito y no de modo fundamental en la captación y colocación de recursos del público.

¹⁵¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985.

b) Sujetos

Las OAC se rigen por sus estatutos y por esta Ley. Se consideran OAC las siguientes:

- Almacenes generales de depósito.
- Arrendadoras financieras.
- Sociedades de ahorro y préstamo.
- Uniones de crédito.
- Empresas de factoraje financiero.
- Las demás entidades que otras leyes consideren como tales.

Como actividad auxiliar del crédito (AAC) se considera a la compraventa habitual y profesional de divisas.

c) Autorización para operar como OAC

Para poder operar como almacén general de depósito, arrendadora financiera, sociedad de ahorro y préstamo o empresa de factoraje financiero, se requiere autorización de la SHCP, quién deberá escuchar la opinión de la CNBV y del BM. En el caso de las uniones de crédito, se requiere autorización de la CNBV.

Sólo estas entidades autorizadas pueden utilizar las palabras organización auxiliar del crédito, almacén general de depósito, arrendadora financiera, sociedad de ahorro y préstamo, unión de crédito, empresa de factoraje financiero, casa de cambio u otras que expresen ideas semejantes en cualquier idioma. La Ley exceptúa de esta prohibición a las asociaciones de las OAC o de las sociedades que se dediquen a AAC, siempre que no realicen operaciones sujetas a autorización.

d) Disposiciones de aplicación general

Con excepción de las sociedades de ahorro y préstamo, tanto las casas de cambio como las OAC deben de constituirse bajo la forma de sociedades anónimas, con una duración indefinida.

Las entidades financieras del exterior, así como las personas físicas y morales extranjeras podrán participar en el capital pagado de los almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero y casas de cambio.

La inversión mexicana debe de mantener el control de las empresa. La inversión extranjera debe de hacerse constar en una serie especial de acciones y no podrá rebasar el 49% del capital pagado de la misma.

No pueden participar en el capital social de las OAC ni en el de las casas de cambio :

- Personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.
- OAC y casas de cambio, salvo excepciones de la SHCP.
- Instituciones de fianzas o sociedades mutualistas de seguros.

Cada accionista o grupo de accionistas que representen por lo menos un 15% del capital pagado de una sociedad tiene derecho a designar un consejero.

El número de administradores de las OAC y casas de cambio no puede ser inferior a cinco, salvo el caso de las uniones de crédito en que no debe de ser inferior a siete y en ambos casos actuarán bajo un consejo de administración

e) Diversificación del capital social de las OAC y de las casa de cambio

Al igual que en el caso de las instituciones de banca múltiple, la LGOAAC determina una diversificación del capital social de dichas entidades de la siguiente forma :

Ninguna persona física o moral podrá adquirir directa o indirectamente mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, el control de acciones por más del 10% del capital pagado de una OAC o de una casa de cambio. Se exceptúan de lo anterior :

- El Gobierno Federal.
- Las instituciones de crédito, de seguros y casas de bolsa.

- Las sociedades controladoras
- Los accionistas de OAC y de casas de cambio que adquieran acciones conforme a lo previsto en programas aprobados por la SHCP, conducentes a la fusión de dichas sociedades, a quienes la mencionada Secretaría podrá otorgar excepcionalmente la autorización correspondiente, por un plazo no mayor de dos años.
- Las OAC y casas de cambio, cuando adquieran acciones conforme a lo previsto en programas aprobados por la SHCP conducentes a la fusión de las mismas.
- Las instituciones financieras del exterior o las sociedades controladoras filiales que adquieran acciones de cualquier serie, conforme a programas aprobados por la SHCP, con la finalidad de convertir a la respectiva organización auxiliar del crédito o casa de cambio, en una filial.

Excepcionalmente la SHCP o en su caso la CNBV podrán autorizar que una persona pueda ser propietaria del más del 10% del capital pagado de una OAC o casa de cambio, siempre y cuando dicha persona no tenga relación directa con otros socios o que esto motive una concentración indebida de capital.

Por otra parte, la SHCP oyendo la opinión de la CNBV y del BM, determinará durante el primer trimestre de cada año, los capitales mínimos necesarios para constituir nuevas OAC y casas de cambio, así como para mantener en operación a los que ya estén autorizados. Los capitales mínimos deben de estar totalmente suscritos y pagados.

f) Régimen de supletoriedad de la LGOAAC

Son supletorios de la LGOAAC :

- Las leyes mercantiles.
- Los usos mercantiles.
- El derecho común.

g) Almacenes generales de depósito

Concepto

Los almacenes generales de depósito son aquellas OAC que tienen por objeto el almacenamiento, guarda o conservación, manejo, control, distribución o comercialización de bienes o mercancías bajo su custodia o que se encuentren en tránsito, amparados por certificados de depósito y el otorgamiento de financiamientos con garantía de los mismos.

Estas OAC también pueden realizar procesos de incorporación de valor agregado, así como la transformación, reparación y ensamble de las mercancías depositadas. Lo anterior lo podrán hacer solamente los almacenes facultados para recibir mercancías destinadas al régimen de depósito fiscal.

Entre otras de sus funciones tenemos :

- Certificar la calidad y valorar los bienes y mercancías.
- Empacar y envasar los bienes y mercancías recibidos en depósito.
- Otorgar financiamientos con garantía de bienes o mercancías almacenados en bodegas de su propiedad o en bodegas arrendadas que administren directamente y que estén amparados con bonos de prenda, así como sobre mercancías en tránsito amparadas con certificados de depósito.
- Obtener préstamos y créditos de instituciones de crédito y de seguros y fianzas.
- Emitir obligaciones subordinadas y demás títulos de crédito para su colocación entre el público inversionista.
- Prestar servicios de depósito fiscal.

Funcionamiento

Los almacenes generales de depósito reciben los bienes y mercancías de los comerciantes y emiten a dicho titular un certificado de depósito, que consiste en un título de crédito que representa las mercancías depositadas.

Como anexo a estos certificados de depósito se pueden expedir también los bonos de prenda, el cual es un documento que sirve al titular de los bienes y mercancías para obtener financiamientos con la garantía específica sobre los bienes depositados, de los mismos almacenes generales de depósito o de otras instituciones financieras.

Clases

Estas OAC pueden ser de tres clases :

- Los que se destinan a recibir en depósito bienes o mercancías de cualquier clase y realicen las demás actividades a que se refiere la LGOAAC, con excepción del régimen de depósito fiscal y otorgamiento de financiamientos.
- Los que además de estar facultados para realizar las actividades descritas en el párrafo anterior, lo están también para recibir mercancías destinadas al régimen de depósito fiscal.
- Los que además de estar facultados para las actividades descritas, otorguen financiamientos.

Las bodegas en que prestan sus servicios estas OAC pueden ser :

- Propias. Estos locales a su vez pueden estar en arrendamiento o en habilitación.
- Habilitadas. Son locales que forman parte de las instalaciones del depositante o de otro tercero, que el almacén general de depósito toma a su cargo para operarlos como bodegas y efectuar en ellos sus servicios
- Arrendadas.

Los almacenes generales de depósito pueden actuar como corresponsales de instituciones de crédito, así como de otros almacenes generales de depósito o de empresas de servicios complementarios a éstos, nacionales o extranjeros, en operaciones relacionadas con las que le son propias.

Prohibiciones

A los almacenes generales de depósito les está prohibido :

- Operar con sus propias acciones, salvo excepciones.
- Recibir depósitos bancarios de dinero.
- Otorgar fianzas o cauciones.
- Adquirir bienes, mobiliario o equipo no destinado a sus oficinas o actividades propias de su objeto social. En el caso de que llegaren a adquirir bienes que no deben de mantener en sus activos, deberán venderlos en los plazos que marca la ley.
- Realizar operaciones con oro, plata y divisas.
- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores del almacén general de depósito, los funcionarios y empleados que señala la propia LGOAAC.

h) Arrendadoras financieras

Concepto

Las arrendadoras financieras son aquellas OAC que tiene como objeto realizar operaciones mediante las cuales se obligan a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubre el valor de la adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las

opciones terminales siguientes : 1) La compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición; 2) A prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, pagando una renta inferior a los pagos periódicos que venía haciendo y 3) A participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero y 4) Cualquier otro que convengan ambas partes y autorice la SHCP.

Funcionamiento

Mediante un contrato de arrendamiento financiero celebrado entre la arrendadora financiera y el cliente comienza la operación. La arrendadora adquiere los bienes que le solicita el cliente, para lo cual el arrendatario debe de :

- Seleccionar al proveedor, fabricante o constructor.
- Autorizar los términos, condiciones y especificaciones que se contengan en el pedido, identificando y describiendo los bienes que se adquirirán.

Generalmente, la arrendataria queda obligada a conservar en buen estado, darles mantenimiento y llevar a cabo las reparaciones necesarias a los bienes materia del arrendamiento financiero.

Prohibiciones

A las arrendadoras financieras les está prohibido :

- Operar con sus propias acciones, salvo excepciones.
- Recibir depósitos bancarios de dinero.
- Otorgar fianzas o cauciones.
- Adquirir bienes, mobiliario o equipo no destinado a sus oficinas o actividades propias de su objeto social. En el caso de que llegaren a adquirir bienes que no deben de mantener en sus activos, deberán venderlos en los plazos que marca la ley. Cuando se trate de bienes que las

arrendadoras financieras hayan recuperado por incumplimiento de las arrendatarias, podrán ser dados en arrendamiento financiero a terceros, si las circunstancias lo permiten. En caso contrario deberán venderse.

- Realizar operaciones con oro, plata y divisas.

- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la arrendadora financiera, los funcionarios y empleados que señala la propia LGOAAC.

i) Sociedades de ahorro y préstamo

Concepto

Las sociedades de ahorro y préstamo son personas morales con personalidad jurídica y patrimonio propios, de capital variable no lucrativas que tienen por objeto la captación de recursos exclusivamente de sus socios, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando la sociedad obligada a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. La colocación de dichos recursos únicamente podrán hacerla entre los propios socios o en inversiones en beneficio mayoritario de los mismos.

Funcionamiento

Las sociedades de ahorro y préstamo no son sociedades anónimas pero se constituyen por órganos similares y el capital social está constituido por partes sociales en lugar de acciones.

La denominación que adopte debe de ir seguida de la palabras "Sociedad de Ahorro y Préstamo"

La administración y vigilancia esta a cargo de una asamblea general de socios, a un consejo de administración, a un gerente general, a un comité de vigilancia y demás órganos que determinen la propia asamblea de socios o la SHCP.

El capital social que debe ser variable, está integrado por partes sociales, las cuales son de igual valor y confieren a sus socios los mismos derechos. Deben de estar totalmente pagadas en el acto de suscripción. Las partes sociales sólo pueden ser adquiridas por personas físicas y por aquellas que determine la SHCP. Cada socio tiene derecho sólo a una parte social y cada una confiere derecho a un voto.

Prohibiciones

A las sociedades de ahorro y préstamo les está prohibido :

- Recibir depósitos a la vista en cuenta de cheques.
- Dar en garantía sus propiedades.
- Dar en prenda o negociar de cualquier manera los títulos o valores de su cartera crediticia, salvo excepciones.
- Operar sobre los títulos representativos de su capital.
- Celebrar operaciones en las que se pacten condiciones y términos que se aparten significativamente de las condiciones que de manera general viene aplicando la sociedad de ahorro y préstamo.
- Otorgar fianzas o cauciones.
- Participar en el capital de otra sociedad de ahorro y préstamo y de cualquier entidad financiera.
- Conceder créditos distintos de los de su objeto social

j) Uniones de crédito

Concepto

Las uniones de crédito son sociedades anónimas de capital variable, cuyos socios pueden ser personas físicas o morales y tiene por objeto colocar créditos entre aquellos grupos de personas o sociedades con determinadas características en su límite o capacidad económica, actividad preponderante, forma de operar o para financiar operaciones de difícil realización para las entidades bancarias.

Estas entidades desarrollan principalmente las siguientes actividades :

- Facilitar el uso de crédito a sus socios y prestar su garantía o aval en los créditos que contraten sus socios.
- Recibir préstamos exclusivamente de sus socios, de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas del país o de entidades financieras del exterior así como de sus proveedores.
- Emitir títulos de crédito para su colocación entre los inversionistas, excepto obligaciones subordinadas de cualquier tipo.
- Practicar con sus socios operaciones de descuento, préstamo y crédito de toda clase, reembolsables a plazos congruentes con los de las operaciones pasivas que celebren.
- Descontar, dar en garantía o negociar los títulos de crédito y afectar los derechos provenientes de los contratos de financiamiento que realicen con sus socios o de las operaciones autorizadas a las uniones de crédito, con las personas de las que reciban financiamiento, así como afectar en fideicomiso irrevocable los títulos de crédito y los derechos provenientes de los contratos de financiamiento que celebren con sus socios a efecto de garantizar el pago de las emisiones efectuadas.
- Recibir de sus socios depósitos de dinero

Funcionamiento

Las uniones de crédito operarán en las ramas económicas en que se ubiquen las actividades de sus socios.

Son sociedades anónimas de capital variable en las que para la transmisión de las acciones se requiere la autorización de su consejo de administración.

En los contratos de crédito de habilitación o avío, el acreditante se reservará el derecho de negociar, afectar en garantía o endosar a entidades financieras del país, los títulos que expida el acreditado por las disposiciones que vaya efectuando y se obligará, en su caso, a rescatarlos del crédito.

Las operaciones de crédito que practiquen con sus socios, deberán estar relacionadas directamente con las actividades de las empresas o negocios de éstos y deberán tener las garantías que sean propias de cada tipo de crédito.

Las uniones de crédito no pueden prestar el servicio de chequera. Los depósitos de sus socios sólo pueden ser retirados mediante recibos, órdenes de pago o cualquier otro documento, no negociable.

Prohibiciones

A las uniones de crédito les está prohibido :

- Operar con sus propias acciones.
- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la unión de crédito, los funcionarios y empleados que señala la propia LGOAAC.
- Realizar operaciones de descuento, préstamo o crédito de cualquier clase con personas que no sean socios de la unión, excepto con las personas expresamente autorizadas, con excepción de instituciones de crédito, de seguros y de fianzas y de sus proveedores.
- Emitir cualquier clase de valores, salvo las acciones de la unión y los títulos de crédito que emita para su colocación entre el público inversionista.
- Entrar en sociedades de responsabilidad ilimitada y explotar por su cuenta: minas, plantas metalúrgicas, fincas rústicas y establecimientos mercantiles o industriales, salvo los casos de las transformaciones industriales que realice y el aprovechamiento de los beneficios de los productos obtenidos o elaborados por sus socios, o bien, cuando los reciban en pago de crédito o en garantía de los ya concertados.
- Comerciar con mercancías de cualquier género, salvo de los frutos o productos e insumos obtenidos o elaborados por sus socios o por terceros.

- Adquirir derechos reales que no sean de garantía, muebles e inmuebles distintos a los permitidos para las uniones de crédito, excepto los que reciban en pago de créditos o por adjudicación.
- Otorgar fianzas, garantías o cauciones o avales, salvo que sean en favor de sus socios y de las operaciones que les son autorizadas.
- Aceptar o pagar letras de cambio o cualquier otro documento en descubierto.
- Realizar operaciones a futuro de compraventa de oro y divisas extranjeras.
- Hacer operaciones de reporto de cualquier clase.

k) Empresas de factoraje financiero

Concepto

Las empresas de factoraje financiero son aquellas empresas que tienen por objeto dotar de liquidez a sus clientes mediante el intercambio de recursos por derechos de crédito no vencidos a favor de los mismos, a cambio de un precio convenido.

Entre sus principales actividades encontramos :

- Celebrar contratos de factoraje financiero.
- Obtener préstamos o créditos de instituciones de crédito. de seguros y de fianzas.
- Emitir obligaciones subordinadas y demás títulos de crédito para su colocación entre el público inversionista.
- Descontar, dar en garantía o negociar los títulos de crédito o derechos de crédito provenientes de los contratos de factoraje financiero.
- Constituir depósitos a la vista y a plazo en instituciones de crédito y adquirir valores.

- Adquirir acciones de sociedades que se organicen exclusivamente para prestarles servicios.
- Prestar servicios de administración y cobranza de derechos de crédito.

Funcionamiento

Las empresas de factoraje financiero pueden pactar con sus clientes en los respectivos contratos de factoraje, cualquiera de las siguientes modalidades :

- Que el cliente no quede obligado a responder por el pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero.
- Que el cliente quede obligado solidariamente con el deudor a responder del pago de los derechos de crédito transmitidos a la empresa de factoraje financiero.

La administración y cobranza de los derechos de crédito deberá de realizarse por la propia empresa de factoraje financiero, sin embargo, la SHCP fijará los requisitos y las condiciones para que lo anterior pueda llevarse a cabo a través de terceros.

Previamente a la formalización del contrato de factoraje financiero, la empresa de factoraje podrá celebrar :

- Contratos de promesa de factoraje.
- Contratos con los deudores de derechos de crédito, constituidos a favor de sus proveedores de bienes y servicios, comprometiéndose a adquirir dichos derechos para el caso de aceptación de los propios proveedores.

Objeto del contrato de factoraje financiero

Son objeto del contrato de factoraje financiero aquellos derechos de crédito y sus accesorios, no vencidos, resultado de la proveeduría de bienes, de servicios o de ambos, documentados en :

- Facturas.
- Contrarecibos.
- Títulos de crédito.
- Cualquier otro documento.

Estos deben de estar denominados en moneda nacional o extranjera.

Prohibiciones

A las empresas de factoraje financiero les está prohibido :

- Operar con sus propias acciones, salvo excepciones.
- Recibir depósitos bancarios de dinero.
- Otorgar fianzas o cauciones.
- Adquirir bienes, mobiliario o equipo no destinado a sus oficinas o actividades propias de su objeto social. En el caso de que llegaren a adquirir bienes que no deben de mantener en sus activos, deberán venderlos en los plazos que marca la ley.
- Realizar operaciones con oro, plata y divisas.
- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la empresa de factoraje financiero, los funcionarios y empleados que señala la propia LGOAAC.
- Enajenar los derechos de crédito de un contrato de factoraje financiero al mismo cliente del que los adquirió, o a empresas vinculadas con éste o integradas con él en un mismo grupo.
- Adquirir derechos de crédito a cargo de subsidiarias, filiales, controladoras o accionistas de las propias empresas de factoraje financiero, con excepción de la adquisición de instrumentos financieros emitidos por las instituciones de crédito.

D) Filiales ¹⁵² de instituciones financieras del exterior

Marco conceptual ¹⁵³

- **Filial.** Es una sociedad mexicana autorizada para organizarse y operar conforme a la LGOAAC como organización auxiliar del crédito o casa de cambio y en cuyo capital participe una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial.
- **Institución financiera del exterior.** Es una entidad financiera constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales.
- **Sociedad controladora filial.** Es una sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad controladora en los términos de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y en cuyo capital participe una institución financiera del exterior.

Marco jurídico

Estas entidades financieras se rigen por las disposiciones previstas en los instrumentos jurídicos internacionales correspondientes, por la LGOAAC y demás leyes del Sistema Financiero Mexicano y por las reglas para el establecimiento de filiales que expida la SHCP con la opinión de la CNBV.

Autorización para organizarse y operar como filial

La autorización para poder operar como filial de alguna institución financiera del exterior en la modalidad de almacén general de depósito, arrendadora financiera, sociedades de ahorro y préstamo, empresa de factoraje financiero y casa de cambio, es otorgada, de manera discrecional por la SHCP, quién se asiste por la opinión del BM y de a CNBV; o autorización de la CNBV cuando se trata de uniones de crédito. Estas autorizaciones son intransmisibles. Estas entidades pueden realizar las mismas operaciones que las OAC o las

¹⁵² De igual forma son designadas como *subsidiarias*.

¹⁵³ Ver artículo 45 Bis I de la LGOAAC.

casas de cambio, salvo que el instrumento jurídico internacional aplicable establezca algún tipo de restricción.

Para poder ser accionista de una filial, la institución financiera del exterior debe de realizar en el país en que esté constituida el mismo tipo de operaciones que la filial de que se trate esté facultada para realizar en México. En el caso de las inversiones de una sociedad controladora filial en el capital de una filial, se seguirán los lineamientos establecidos en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y en las demás disposiciones aplicables.

Capital social de las filiales

La estructura accionaria del capital social de las filiales está integrada por acciones de la serie "F", que deben de representar por lo menos el 51% del mismo. Estas acciones sólo pueden ser adquiridas por una sociedad controladora filial o, directa o indirectamente, por una institución financiera del exterior.

El otro 49% del capital social se integra indistinta o conjuntamente por acciones serie "F" y/o "B". Dentro de cada serie, las acciones son de igual valor, confieren a sus tenedores los mismos derechos y deben pagarse íntegramente en el acto de suscripción.

Inversión en OAC o en casas de cambio

La SHCP puede autorizar a las instituciones financieras del exterior, a las sociedades controladoras filiales o a las filiales, la adquisición de acciones representativas del capital social de una OAC o de una casa de cambio de acuerdo con los siguientes requisitos :

- La institución financiera del exterior, la sociedad controladora filial o la filial, deberá adquirir acciones que representen cuando menos el 51% del capital social.
- Deberán modificarse los estatutos sociales de la OAC o de la casa de cambio, cuyas acciones sean objeto de enajenación.
- Si el adquirente es una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial que ya sea propietaria de acciones representativas del capital social de una filial del mismo

tipo, deberá fusionar ambas OAC o casas de cambio, a efecto de controlar solamente una filial del mismo tipo.

- Cuando el adquirente sea una filial deberá fusionarse con la OAC o casa de cambio que haya sido adquirida.
- No les está permitido a las filiales el establecimiento de sucursales o subsidiarias fuera del territorio nacional.

m) Administración de las OAC o casas de cambio filiales

La administración de las OAC o casas de cambio filiales está a cargo de un consejo de administración y de un director general.

- *Consejo de administración.* Está constituido por consejeros que son designados de acuerdo a los porcentajes accionarios de la propia OAC o casa de cambio filial. Deben de ser cinco como mínimo y la mayoría debe de residir en México. Su designación se realiza mediante asamblea especial por cada serie de acciones.

Los accionistas de la Serie "B" tiene derecho a nombrar cuando menos a un consejero

El presidente del consejo se elige de entre los propietarios de la serie "F" y tiene voto de calidad en caso de empate. Los directores generales deben de residir en territorio nacional.

La vigilancia de las OAC o casas de cambio filiales está a cargo de comisarios y sus respectivos suplentes. Los accionistas de la serie "F" designan por lo menos a un comisario y en su caso, los accionistas de las series "B" pueden designar a otro comisario.

n) Disposiciones comunes de las OAC y de las casas de cambio

- *Obligaciones subordinadas.* Las obligaciones subordinadas que emitan las arrendadoras financieras, los almacenes generales de depósito y las empresas de factoraje financiero serán

títulos de crédito a cargo de estas emisoras, obligatoriamente convertibles a capital. Podrán tener anexos cupones para el pago de intereses. Podrán ser emitidos en moneda nacional o extranjera. En cada emisión se deberán señalar los derechos y obligaciones del representante común de los tenedores de obligaciones. No es aplicable a estos representantes lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para los representantes comunes de obligacionistas.

- *Delimitación de funciones.* Las OAC y las casas de cambio no pueden utilizar denominaciones iguales o semejantes, actuar de manera conjunta, ni ofrecer servicios complementarios con otros intermediarios financieros, salvo en los casos previstos en la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, en la LIC y en la Ley del Mercado de Valores 154.

- *Hipotecas.* Las hipotecas constituidas en favor de las OAC sobre la unidad completa de una empresa debe de comprender todos los elementos materiales y derechos afectos a la explotación considerados en su unidad. Como acreedores de las hipotecas pueden oponerse a la venta o enajenación de parte de los elementos materiales y/o derechos y a la fusión con otras empresas, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

- *Descuento de cartera.* Las OAC sólo pueden descontar su cartera en instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal y organizaciones auxiliares del crédito del mismo tipo.

o) Revocación de la autorización para operar como OAC o casa de cambio

La SHCP después de haber escuchado la opinión de la CNBV y en el caso de las uniones de crédito ésta misma, podrán cancelar la autorización para operar como OAC a los almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras y empresas de factoraje financiero en los siguientes casos :

- Si la sociedad respectiva no presenta el testimonio de la escritura constitutiva para su aprobación dentro del término de cuatro meses de otorgada la autorización, o si no inicia sus

¹⁵⁴ Artículo 49 de la LGOAAC

operaciones dentro del plazo de tres meses a partir de la aprobación de la escritura, o si al constituir la sociedad no estuviere suscrito y pagado el capital que determine la SHCP.

- Si no mantiene el capital mínimo pagado previsto en la LGOAAC.
- Si participan en su capital social personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, o si establece la OAC con las mismas, relaciones evidentes de dependencia.
- Si hicieren gestiones por conducto de una cancillería extranjera.
- Si efectúan operaciones contrarias a lo dispuesto por la LGOAAC.
- Si se disuelven, liquidan o quiebran.

En el caso de las sociedades de ahorro y préstamo se podrá revocar la autorización correspondiente cuando :

- Si la sociedad respectiva no presenta el testimonio de la escritura constitutiva para su aprobación dentro del término de cuatro meses de otorgada la autorización, o si no inicia sus operaciones dentro del plazo de tres meses a partir de la aprobación de la escritura, o si al constituir la sociedad no estuviere suscrito y pagado el capital que determine la SHCP.
- Si efectúan operaciones contrarias a lo dispuesto por la LGOAAC.
- Si se disuelven, liquidan o quiebran.

p) Actividades auxiliares del crédito

La única actividad auxiliar del crédito que prevé la LGOAAC es la compraventa y cambio habitual y profesional de divisas ¹⁵⁵, operación que es efectuada a través de las casas de cambio. Para desempeñarse como tal, es necesario contar con la autorización de la SHCP, quien oír la opinión del BM y de la CNBV.

¹⁵⁵ El concepto divisas comprende : 1.- Billetes y monedas extranjeras, 2.- Depósitos bancarios, 3.- Títulos de crédito y toda clase de documentos de crédito sobre el exterior y denominados en moneda extranjera, así como en general, los medios internacionales de pago.

No se requerirá autorización cuando la operación la realicen las instituciones bancarias y las casas de bolsa y las operaciones siguientes :

- Compra y venta de billetes, así como piezas acuñadas en metales comunes con curso legal en el país de emisión.
- Compra y venta de cheques de viajero denominados en moneda extranjera.
- Compra y venta de piezas metálicas acuñadas en forma de moneda.
- Compra de documentos a la vista denominados y pagaderos en moneda extranjera, a cargo de entidades financieras hasta por un monto equivalente no superior a los tres mil dólares por documento.

q) Disposiciones de aplicación general

Las sociedades anónimas que operen como casas de cambio deben de ajustarse a las siguientes disposiciones :

Su objeto social debe de ser exclusivamente la realización en forma habitual y profesional de las operaciones siguientes :

- Compra de cobranzas de documentos a la vista denominados y pagaderos en moneda extranjera, a cargo de entidades financieras, sin límite de documento.
- Venta de documentos a la vista y pagaderos en moneda extranjera que las casas de cambio expidan a cargo de instituciones de crédito del país, sucursales y agencias en el exterior de estas últimas o bancos del exterior.
- Compra y venta de divisas mediante transferencias de fondos sobre cuentas bancarias.
- Las demás que autorice el BM.

La SHCP oyendo la opinión de la CNBV dictará disposiciones de carácter general para prevenir y detectar en las organizaciones auxiliares del crédito y casas de cambio, actos

u operaciones con recursos, derechos o bienes que procedan o representen el producto de un probable delito.

r) Revocación de la autorización para operar como casa de cambio

La SHCP oyendo al BM y a la CNBV podrá declarar la revocación de la autorización para operar a las casas de cambio cuando :

- Si no presentan el testimonio de la escritura constitutiva para su aprobación dentro del término de cuatro meses de otorgada la autorización o si no inicia sus operaciones dentro del plazo de tres meses a partir de la aprobación de la escritura o si al constituir la sociedad no estuviere suscrito y pagado el capital que determine la SHCP.
- Si no mantiene el capital mínimo pagado previsto en la LGOAAC.
- Si efectúa operaciones en contravención a la LGOAAC.
- Si se disuelve, liquida o quiebra.

s) Prohibiciones

A las casas de cambio les está prohibido :

- Operar con sus propias acciones, salvo excepciones.
- Recibir depósitos bancarios de dinero.
- Otorgar fianzas o cauciones.
- Adquirir bienes inmuebles y mobiliario o equipo no destinado a sus oficinas o actividades propias de su objeto social.
- Realizar operaciones no autorizadas.

- Celebrar operaciones en virtud de las cuales resulten o puedan resultar deudores de la casa de cambio, los funcionarios y empleados que señala la propia LGOAAC.

t) Protección de los intereses del público

Este capítulo al igual que su semejante de la LIC, versa sobre los diversos sistemas que inciden en la protección y garantías de seguridad jurídica con las que cuentan, tanto las OAC y casas de cambio, como sus respectivos clientes en todo lo concerniente a la prestación de los servicios auxiliares de crédito.

Procedimientos judiciales y extrajudiciales para la solución de controversias en materia de organismos auxiliares del crédito y casas de cambio

En caso de reclamación en contra de una OAC o una casa de cambio con motivos de las operaciones y servicios que presten, los reclamantes pueden, a su elección presentarla ante la CNBV o ante los tribunales locales o federales competentes.

Los procedimientos de solución de controversias de la CNBV

Estas opciones o medios de solución de controversias son :

Procedimiento conciliatorio

En caso de que los usuarios de las OAC y casas de cambio opten por presentar sus reclamaciones derivadas de una determinada relación comercial ante la CNBV, se desahogará como primera etapa un procedimiento conciliatorio entre las partes, coordinado por dicha autoridad. La sustanciación de esta conciliación es forzosa para la OAC o casa de cambio una vez iniciada la misma por el cliente.

En el caso de las uniones de crédito, en las operaciones de comercialización, la CNBV sólo conocerá de las diferencias que se susciten con sus propios socios. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción.

Fases de la conciliación :

- 1) Las reclamaciones se presenta por escrito ante la propia CNBV o a través de sus delegaciones regionales.
- 2) Con el propósito de tener los elementos para emitir una acertiva propuesta de conciliación la autoridad le requiere a la OAC o casa de cambio un informe del asunto correspondiente, mismo que tiene que presentar en la fecha que se designe para celebrar la junta de avenencia y que sólo se podrá diferir una sola vez.
- 3) La CNBV cita a las partes para averirlas tomando en cuenta los elementos proporcionados por las mismas. En caso de que las partes no concilien sus intereses, la CNBV las invitará a que la nombren árbitro. El compromiso se hace constar en un acta que se levante ante la propia CNBV.
- 4) Las delegaciones regionales pueden tramitar la etapa conciliatoria y en su caso el procedimiento arbitral escogido, debiendo al efecto presentar los proyectos de laudos que formulen a la consideración de la CNBV, la que emitirá el laudo correspondiente.

Procedimiento arbitral

- *Arbitraje de Amigable Composición.* En este tipo de arbitraje la CNBV tendrá plena libertad para resolver en conciencia y con buena fe, sin sujeción a reglas específicas, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento, los puntos de controversia fijados por las partes. Las partes aportarán los elementos de prueba necesarios en que fundamenten sus pretensiones y excepciones. La resolución o laudo arbitral que emita la CNBV sólo admitirá aclaración de la misma.
- *Arbitraje de Estricto Derecho.* En el arbitraje de estricto derecho, las partes convencionalmente establecen las reglas del procedimiento, mismas que tendrá que acatar la propia CNBV. En caso de omisiones o "lagunas" se aplican supletoriamente los códigos de Comercio y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Las resoluciones emitidas por la CNBV durante el desarrollo del procedimiento sólo admitirán como recurso el de revocación y el laudo dictado sólo podrá ser impugnado en juicio de amparo.

El incumplimiento o desacato de las OAC o casas de cambio a los requerimientos o resoluciones emitidos por la CNBV como resultado de los procedimientos ventilados ante la misma serán sancionados con multa administrativa por cantidad equivalente de cien a mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Las OAC o casas de cambio contarán con un lapso de tiempo de quince días hábiles contados a partir de la notificación del laudo arbitral correspondiente para cumplimentarlo; en caso contrario la CNBV les impondrá a una multa de hasta tres veces el importe de lo condenado, si éste fuera cuantificable o hasta diez mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal si no lo fuere.

Cuando alguna de las partes faltare al cumplimiento de lo convenido en la conciliación o a lo dictado por la CNBV a través del laudo arbitral correspondiente, la afectada podrá auxiliarse del poder judicial para la ejecución de los puntos resolutivos de la controversia.

Las notificaciones en el juicio arbitral de estricto derecho se hacen a las partes por cédula fijada en los estrados de la CNBV o de la delegación regional correspondiente, excepción hecha del traslado de la reclamación, de la demanda, de la citación a la junta conciliatoria y del laudo, que tienen que hacerse personalmente o por correo certificado con acuse de recibo. Las notificaciones surten sus efectos el día siguiente al que se efectúan.

La caducidad de la instancia operará de pleno derecho cualquiera que sea el estado del juicio arbitral desde el emplazamiento hasta antes de la expresión de los alegatos, si transcurridos ciento ochenta días hábiles, contados a partir de la notificación del último acuerdo arbitral, no hubiere promoción de cualquiera de las partes.

III. Ley para Regular las Agrupaciones Financieras (LRAF) ¹⁵⁶

Este cuerpo normativo surgió como una necesidad del proceso de modernización del Sistema Financiero Mexicano, ante los retos de competitividad y capacidad de respuesta de las entidades financieras en un mercado cada vez abierto y globalizado. Desde el año de 1970 se fueron consolidando las bases para redefinir la actuación de los agentes crediticios frente a la cada vez más compleja y dinámica demanda de los respectivos usuarios. Finalmente, en 1990 se institucionalizaron las agrupaciones financieras, a través de la presente Ley. De esta manera existe una unión estratégica de entidades financieras bancarias y entidades financieras no bancarias con el propósito de crear vínculos patrimoniales y operativos, en beneficio del cliente, del prestador del servicio y del propio Sistema Financiero Mexicano.

a) Objeto

La LRAF tiene como objeto regular las bases de organización y funcionamiento de los grupos financieros; establecer los términos bajo los cuales habrán de operar, así como la protección de los intereses de quienes celebren operaciones con los integrantes de dichos grupos ¹⁵⁷.

b) Delimitación de funciones

Las entidades financieras no deben de utilizar denominaciones iguales o semejantes a las de otras entidades financieras; actuar de manera conjunta; ofrecer servicios complementarios ni ostentarse en forma alguna como integrantes de grupos financieros, salvo que los mismos se encuentren debidamente constituidos. Lo anterior se exceptúa cuando así lo dispongan las leyes de la materia.

¹⁵⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de julio de 1990.

¹⁵⁷ Artículo 1 de la LRAF.

c) Régimen de supletoriedad de la LRAF

Se aplican supletoriamente a la LRAF :

- La legislación mercantil.
- Los usos y prácticas mercantiles.
- El Código Civil para el Distrito Federal.
- El Código Fiscal de la Federación

d) Constitución e integración de grupos financieros

Para poder constituirse como grupo financiero se requiere autorización de la SHCP la cual será otorgada de manera discrecional, oyendo la opinión del BM y según corresponda, en virtud de los integrantes del grupo que pretenda constituirse, de las Comisiones Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas o del Sistema para el Ahorro para el Retiro. La autorización es intransmisible.

Los grupos financieros están integrados por :

- Una sociedad controladora ¹⁵⁸.
- Entidades financieras (almacenes generales de depósito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, casas de cambio, instituciones de fianzas, instituciones de seguros, sociedades financieras de objeto limitado, casas de bolsa, instituciones de banca múltiple, sociedades operadoras de sociedades de inversión o administradoras de fondos para el retiro.).

El grupo financiero se puede formar con cuando menos dos tipos diferentes de las entidades financieras siguientes : instituciones de banca múltiple, casas de bolsa e instituciones de seguros. En caso de que el grupo no incluya a dos de las mencionadas entidades, debe de contar por lo menos con tres tipos diferentes de las entidades financieras citadas anteriormente, que no sean sociedades de inversión o administradoras de fondos para el retiro.

¹⁵⁸ También conocida como holding company.

Las entidades financieras que forman parte de los grupos financieros pueden :

- Actuar de manera conjunta frente al público, ofrecer servicios complementarios y ostentarse como integrantes del grupo de que se trate.
- Usar denominaciones iguales o semejantes que las identifiquen frente al público como integrantes de un mismo grupo, o bien conservar la denominación que tenían antes e formar parte de dicho grupo, en todo caso deben de añadirle las palabras "Grupo Financiero" y la denominación del mismo.
- Llevar a cabo operaciones de las que le son propias a través de oficinas y sucursales de atención al público de otras entidades financieras integrantes del grupo.

Dentro del grupo financiero, las entidades financieras no pueden realizar operaciones propias a través de las oficinas de la controladora.

e) Incorporación, fusión, disolución y separación de entidades financieras y grupos financieros

La incorporación de una nueva entidad a un grupo ya constituido, la fusión de dos o más grupos, así como la fusión de dos o más entidades participantes en un mismo grupo, o de una entidad financiera con cualquier sociedad, así como la separación de alguno de los integrantes de un grupo así como la disolución de éstos, requiere autorización de la SHCP, quien debe de escuchar la opinión del BM y según corresponda de las Comisión respectiva.

f) Revocación de la autorización para operar como grupo financiero

Cuando la sociedad controladora dentro de un grupo financiero, o cualquier entidad financiera integrante del mismo, incumplan con las disposiciones legales de la LRAF y de normas que de ella emanen, la SHCP oyendo la opinión del BM y según corresponda de las Comisión respectiva, podrá revocar al autorización para operar como grupo financiero. Al revocarse la autorización, los integrantes deben dejar de ostentarse como miembros del grupo respectivo.

g) Sociedades controladoras

Concepto

Las sociedades controladoras de un grupo financiero son aquellas sociedades anónimas que tienen por objeto controlar la administración de todos los integrantes del grupo, mediante la adquisición de acciones emitidas por los mismos.

Funcionamiento

La sociedad controladora debe de ser propietaria de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el 51% del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo financiero. Debe de tener la posibilidad de nombrar a la mayoría de los miembros de los respectivos consejos de administración.

No puede realizar operaciones que sean propias de las entidades financieras que constituyen el grupo financiero. La duración de la controladora debe de ser indefinida.

Sus estatutos sociales y el convenio de responsabilidades respectivo, así como sus modificaciones, deben de ser autorizadas por la propia SHCP, oyendo la opinión del BM y según corresponda de las Comisión respectiva.

Capital social

El capital social de las sociedades controladoras está constituido por una parte ordinaria y podrá estar también integrado por una parte adicional.

Antes de la reforma de 1998, el capital social ordinario se integraba por acciones de la serie "A" que representaban cuando menos el 51% del mismo. El 49% restante podía integrarse indistinta o conjuntamente por acciones de la series "A" y/o "B".

Las acciones representativas de la serie "A" sólo podían adquirirse por :

- Personas físicas mexicanas.
- Personas morales mexicanas, cuyo capital sea mayoritariamente propiedad de mexicanos, sean efectivamente controladas por los mismos y cumplan los demás requisitos que establezca la SHCP.
- El Fondo Bancario de Protección al Ahorro y el Fondo de Apoyo al Mercado de Valores.
- Los inversionistas institucionales. Son inversionistas institucionales : las instituciones de seguros y fianzas (únicamente cuando inviertan sus reservas técnicas); las sociedades de inversión comunes y las especializadas de fondos para el retiro; los fondos de pensiones o jubilaciones de personal, complementarios a los que establece la Ley del Seguro Social y de primas de antigüedad y demás que la SHCP autorice.

El capital social adicional estará representado por acciones de la Serie "L", que podrán emitirse hasta por un monto equivalente al 40% del capital social ordinario, previa autorización de la CNBV.

Las acciones de las series "B" y "L" son de libre suscripción.

Las acciones de la Serie "L" son de voto limitado y otorgan derecho de voto únicamente en los asuntos relativos a cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación, así como cancelación de su inscripción en cualesquiera bolsas de valores.

Ahora, el capital social ordinario de las sociedades controladoras se integra por acciones de la serie "O".

Las acciones representativas de la serie "O" y "L" son de libre suscripción.

No pueden participar en el capital social de las controladoras :

- Las personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad.
- Entidades financieras del país, incluso las que formen parte del respectivo grupo, salvo cuando actúen como inversionistas institucionales.

Diversificación del capital social

Antes de la reforma de 1998, salvo excepciones autorizadas por la SHCP, ninguna persona física o moral podía adquirir, directa o indirectamente el control de acciones de las series "A" y "B" por más del 5% del capital social de una sociedad controladora. Dicha autorización de la autoridad podía permitir que se excediera este límite hasta un máximo del 20%.

Ahora, las personas que adquieran o transmitan acciones de la serie "O" por más del 2% del capital social de una sociedad controladora deben de dar aviso a la SHCP.

Ninguna persona física o moral puede adquirir, directa o indirectamente, el control de acciones de la serie "O" por más del 5% del capital social de una sociedad controladora. La SHCP puede autorizar un porcentaje máximo del 20%.

La excepción de esta regla se aplica a :

- Los inversionistas institucionales, siempre y cuando su inversión no exceda en lo individual o en conjunto del 20% del capital social de la sociedad emisora.
- El Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA) y al Fondo de Protección y Garantía prevista en la Ley del Mercado de Valores, haciendo alusión al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.
- A las personas que adquieran acciones conforme a programas aprobados por la SHCP, conducentes a la fusión de grupos financieros.
- A las propias controladoras cuando adquieran acciones de otra controladora, conforme a lo previsto en programas aprobados por la SHCP, conducente a la fusión de las mismas.
- Las instituciones financieras del exterior que adquieran acciones de cualquier serie, conforme a programas aprobados por la SHCP, con finalidad de convertir a la respectiva sociedad controladora en una sociedad controladora filial.
- A las instituciones financieras del exterior, sociedades controladoras filiales o sociedades controladoras, cuando adquieran acciones conforme a programas aprobados por la SHCP,

con el objeto de coadyuvar al buen funcionamiento de una sociedad controladora, previa autorización de la propia Secretaría, quien la otorgará discrecionalmente.

Para adquirir el control de una sociedad controladora es necesario la autorización de la SHCP, quien oír la opinión del BM y de la Comisión respectiva..

Cuando se efectúen transmisiones de acciones que excedan de los límites descritos, la SHCP emitirá las sanciones respectivas y ordenará que sean vendidas las que pasen de los mismos a la propia sociedad emisora. Las acciones así reembolsadas deberán convertirse en acciones de tesorería. Si no pueden ser colocadas en el público inversionista, la controladora procederá a reducir su capital hasta por el monto de las acciones no colocadas, mediante la extinción de las mismas.

Administración de las sociedades controladoras

La administración de las sociedades controladoras está a cargo de un consejo de administración o directivo y de un director general.

- *Consejo de administración o directivo.* Antes de la reforma de 1998, estaba constituido por consejeros que eran designados de acuerdo a los porcentajes accionarios de la propia sociedad. Debían ser once como mínimo y podían incrementarse en cantidad, a elección de los accionistas, en múltiplos de dicho número. Su designación se realizaba mediante asamblea especial por cada serie de acciones. En caso de que fueren 11 los consejeros, los accionistas de la serie "A" podían designar a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que excediera del 50% del capital pagado ordinario, tenían derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designaban a los consejeros restantes. Los accionistas de las citadas series que representaban cuando menos un 10% del capital pagado ordinario de la sociedad, tenían derecho a designar un consejero de la serie que correspondiera. Por cada consejero propietario se designaba un consejero suplente.

El presidente del consejo se elegía de entre los propietarios de la serie "A" y tenía voto de calidad en caso de empate.

Los consejeros que representaban a la serie "A" debía ser mexicanos o extranjeros residentes en territorio nacional.

Ahora, El consejo de administración está integrado hasta por 15 consejeros. Los accionistas que representen cuando menos un 10% del capital pagado ordinario de la sociedad tienen derecho a designar un consejero. Sólo podrá revocarse el nombramiento de los consejeros de minoría, cuando se revoque el de todos los demás.

El presidente del consejo debe de elegirse de entre los propietarios y tiene voto de calidad en caso de empate. Por los propietarios se nombran suplentes, los cuales pueden suplir indistintamente a cualquier propietario, en el entendido de que dentro de cada sesión un suplente sólo podrá representar a un propietario.

- **Director general.** Debe de ser designado por el consejo de administración o directivo de la sociedad controladora y satisfacer los siguientes requisitos :

- Gozar de reconocida calidad moral.
- Ser ciudadano mexicano.
- Haber prestado por lo menos 5 años sus servicios en puestos de alto nivel decisorio
- No tener litigio pendiente con la sociedad de que se trate., cuyo desempeño requiera conocimientos en materia administrativa o financiera
- No estar sentenciado por delitos patrimoniales; inhabilitado para ejercer el comercio o para desempeñar un cargo en el servicio público o en el sistema financiero mexicano.

Los nombramientos de los consejeros y director general de las sociedades controladoras, surtirán sus efectos previa aprobación que por acuerdo de su Junta de Gobierno otorgue la Comisión que supervise a la misma.

La mayoría de los consejeros deben de ser mexicanos o extranjeros residentes en territorio nacional.

h) Filiales de instituciones financieras del exterior

Marco conceptual¹⁵⁹

- ***Filial.*** Es una sociedad mexicana autorizada para organizarse y operar conforme a la ley correspondiente como almacén general de depósito, arrendadora financiera, empresa de factoraje financiero, casa de cambio, institución de fianzas, institución de seguros, sociedad financiera de objeto limitado, casa de bolsa, institución de banca múltiple, sociedad operadoras de inversión o administradora de fondos para el retiro.

- ***Institución financiera del exterior.*** Es una entidad financiera constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales.

- ***Sociedad controladora filial.*** Es una sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad controladora en los términos de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y en cuyo capital participe una institución financiera del exterior.

Marco jurídico

Las sociedades controladoras filiales se rigen por las disposiciones previstas en los instrumentos jurídicos internacionales correspondientes, por la LRAF y demás leyes del Sistema Financiero Mexicano y por las reglas para el establecimiento de filiales que expida la SHCP con la opinión del BM, de la CNBV y de la CNSF.

Autorización para organizarse y operar como sociedad controladora filial

La autorización para poder constituir una sociedad controladora filial y operar como grupo financiero es otorgada, de manera discrecional por la SHCP, quién se asiste por la opinión del BM y de la Comisión respectiva, según las entidades integrantes de la misma. Estas autorizaciones son intransmisibles. Estas entidades pueden realizar las mismas

¹⁵⁹ Ver artículo 27 - A de la LRAF.

operaciones que las sociedades controladoras, salvo que el instrumento jurídico internacional aplicable establezca algún tipo de restricción.

Capital social

La estructura accionaria del capital social de las sociedades controladoras filiales está integrada por acciones de la serie "F", que deben de representar por lo menos el 51% del mismo.

El otro 49% del capital social se integra indistinta o conjuntamente por acciones serie "F" y/o "B". Dentro de cada serie, las acciones son de igual valor, confieren a sus tenedores los mismos derechos y deben pagarse íntegramente en efectivo en el acto de suscripción.

Las acciones de la serie "F" solamente pueden ser adquiridas por instituciones financieras del exterior, salvo las excepciones que marque la Ley. Las acciones de la serie "B" se rigen por lo dispuesto para las acciones serie "O". La institución financiera del exterior propietaria de las acciones serie "F" no queda sujeta a los límites establecidos respecto de su tenencia de acciones serie "B".

Las acciones de la Serie "F" sólo pueden ser enajenadas con la autorización de la SHCP.

Inversión en acciones representativas de capital social

La SHCP puede autorizar a las instituciones financieras del exterior o a las sociedades controladoras filiales, la adquisición de acciones representativas del capital social de una sociedad controladora de un grupo financiero y a las sociedades controladoras filiales de una entidad financiera en cuyo capital participen mayoritariamente mexicanos, de acuerdo con los siguientes requisitos :

- La institución financiera del exterior o la sociedad controladora filial, deberá adquirir acciones que representen cuando menos el 51% del capital social de la sociedad controladora, institución de banca múltiple, institución de seguros, casa de bolsa o

especialista bursátil o cuando menos el 99% del capital social de las demás entidades financieras, según sea el caso.

- Deberán modificarse los estatutos sociales de la sociedad controladora o entidad financiera mexicana, cuyas acciones sean objeto de enajenación.

- Si el adquirente es una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial que ya sea propietaria de acciones representativas del capital social de una sociedad controladora filial o entidad financiera filial, deberá fusionar ambas sociedades o entidades, a efecto de controlar solamente una entidad financiera filial del mismo tipo, o de una sola sociedad controladora filial.

Lo establecido no es aplicable en el caso de las instituciones financieras del exterior, sociedades controladoras filiales o sociedades controladoras, cuando adquieran acciones conforme a programas aprobados por la SHCP, con el objeto de coadyuvar al buen funcionamiento de una sociedad controladora, previa autorización de la propia Secretaría, quien la otorgará discrecionalmente.

Las sociedades controladoras filiales no pueden emitir obligaciones subordinadas, salvo para que sean adquiridas por la institución financiera del exterior propietaria de las acciones representativas del capital social de la sociedad controladora filial emisora. Tampoco pueden establecer sucursales o subsidiarias fuera del México.

Administración de las sociedades controladoras filiales

La administración de las sociedades controladoras filiales está a cargo de un consejo de administración o directivo y de un director o directores generales.

- *Consejo de administración o directivo.* Antes de la reforma de 1998, estaba constituido por consejeros que eran designados de acuerdo a los porcentajes accionarios de la propia sociedad. Debían ser 11 como mínimo y podían incrementarse en cantidad, a elección de los accionistas, en múltiplos de dicho número. Su designación se realizaba mediante asamblea especial por cada serie de acciones. En caso de que fueren 11 los consejeros, los accionistas de la serie "F" podían designar a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que

excediera del 50% del capital pagado, tenían derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designaban a los consejeros restantes.

Los accionistas de las citadas series que representaban cuando menos un 10% del capital pagado de la sociedad, tendían derecho a designar un consejero de la serie que correspondiera. Por cada consejero propietario se designaba un consejero suplente. El director general (no necesariamente tenía que ser ciudadano mexicano) y la mayoría de los consejeros de una filial debían de residir en México.

Ahora, el consejo de administración de las sociedades controladoras filiales está integrado hasta por 15 consejeros. Su nombramiento debe de realizarse en asamblea especial por cada serie de acciones.

Los accionistas de la serie "F" designarán a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que exceda del 50% del capital pagado, tienen derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designarán a los consejeros restantes.

En caso de que una institución financiera del exterior sea propietaria de acciones que representen por lo menos el 99% del capital social de la sociedad controladora filial, podrá determinar libremente el número de consejeros, el cual en ningún caso podrá ser inferior a cinco.

El presidente del consejo se elige de entre los propietarios de la serie "F" y tiene voto de calidad en caso de empate.

La vigilancia de las sociedades controladoras filiales está a cargo de comisarios y sus respectivos suplentes. Los accionistas de la serie "F" designan por lo menos a un comisario y en su caso, los accionistas de las series "B" pueden designar a otro comisario.

i) Protección de los bienes del público

Los mecanismos para la protección de los bienes del público en operaciones de los grupos financieros están representados por :

Convenio de responsabilidad**Apoyos preventivos del FOBAPROA y del FAMEVAL (antes de la reforma de 1998)****j) Convenio de responsabilidad**

A través de este instrumento la sociedad controladora se obliga con cada una de las entidades financieras integrantes del grupo financiero respectivo a :

- Responder subsidiaria e ilimitadamente del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades financieras integrantes del grupo, correspondientes a las actividades que le sean propias a cada una de ellas, aún respecto de aquellas contraídas por dichas entidades con anterioridad a su integración al grupo.
- Responder ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades.

Las entidades financieras que constituyen el grupo no responden de las pérdidas de la sociedad controladora, ni de las de los demás participantes del mismo.

k) Apoyos preventivos del FOBAPROA y del FAMEVAL

Antes de la reforma de 1998, los apoyos preventivos del Fondo Bancario de Protección al Ahorro y del Fondo de Apoyo al Mercado de Valores (ahora IPAB) constituían recursos que se ponían a disposición de las sociedades controladoras en caso de desajustes en sus estados financieros.

Para tener acceso a estos recursos las controladoras debían otorgar bienes que garantizarían el pago o reembolso de la disposición correspondiente. De la misma forma, éstas podían otorgar acciones representativas de su capital social como garantía.

IV. Ley del Banco de México (LBM) ¹⁶⁰

a) Objetivo

Este cuerpo normativo tiene como finalidad establecer el marco legal del desarrollo de actividades de la Banca Central de nuestro país.

El Banco de México o Banco Central es una persona jurídica de derecho público con carácter autónomo que tiene como finalidad esencial proveer a la economía del país de moneda nacional, procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la misma, promover el sano desarrollo del sistema financiero ¹⁶¹ y propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos.

Esta entidad tiene a su cargo el manejo de las políticas monetaria y cambiaria. La política monetaria es la determinación del monto y manejo del crédito del Banco de México y la cantidad de dinero en circulación ¹⁶².

La política cambiaria es la determinación de los precios a los cuales el Banco de México está dispuesto a comprar divisas ¹⁶³.

b) Funciones del Banco de México

El Banco de México además de las funciones anteriormente descritas, desempeñará las siguientes actividades :

- Regular la emisión y circulación de la moneda, la intermediación, los servicios financieros y los sistemas de pagos.

¹⁶⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de diciembre de 1993. Esta Ley es reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁶¹ Este rubro comprende las funciones de la Banca Central como autoridad dentro del Sistema Financiero Mexicano.

¹⁶² Ruiz Torres, Humberto, *ob. cit.*, p. 134.

¹⁶³ *Idem*, p. 134.

- Operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia. El Banco Central puede recibir depósitos de las entidades bancarias y otorgarles crédito.
- Prestar servicios de tesorería al Gobierno Federal y actuar como agente financiero del mismo. Mediante esta función el Banco Central administra la cuenta corriente de la Tesorería de la Federación.
- Fungir como asesor del Gobierno Federal en materia económica y financiera.
- Participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera internacional o que agrupen a bancos centrales.

c) Emisión y circulación monetaria

Corresponde privativamente a la Banca Central la emisión de billetes y la acuñación de moneda metálica.

Mediante esta función, dicha entidad establece normas para abastecer al mercado de instrumentos generales de cambio y pago que se requieren diariamente en el país. Corresponde a la Junta de Gobierno del Banco de México autorizar las órdenes de acuñación de moneda y de emisión de billetes.

d) Operaciones de la Banca Central

La Banca Central está facultada para realizar las siguientes actividades ¹⁶⁴:

- Operar con valores.
- Otorgar crédito al Gobierno Federal, a las instituciones de crédito, al Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (antes de la reforma de 1998 a los fondos bancarios de protección al ahorro y de apoyo al mercado de valores), a los organismos de cooperación

¹⁶⁴ Artículo 7 de la LBM.

financiera, a otros bancos centrales y a personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

- Constituir depósitos en instituciones de crédito o depositarias de valores, del país o del extranjero.

- Adquirir valores emitidos por organismos financieros internacionales o personas morales domiciliadas en el exterior.

- Emitir bonos de regulación monetaria.

- Recibir depósitos bancarios de dinero del Gobierno Federal, de entidades financieras del país y del exterior, de fideicomisos públicos de fomento económico, de instituciones para el depósito de valores, así como de entidades de la Administración Pública Federal y de organismos de cooperación financiera, de otros bancos centrales y de personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.

- Obtener créditos de organismos de cooperación financiera, de otros bancos centrales, de personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera y de entidades financieras del exterior, exclusivamente con propósitos de regulación cambiaria.

- Efectuar operaciones con divisas, oro y plata, incluyendo reportos.

- Actuar como fiduciario cuando por ley se le asigne esa encomienda, o bien tratándose de fideicomisos cuyos fines coadyuven al desempeño de sus funciones o de los que el propio banco constituya para cumplir obligaciones laborales a su cargo.

- Recibir depósitos de títulos o valores, en custodia o en administración del Gobierno Federal, de entidades financieras del país y del exterior, de instituciones para el depósito de valores, así como de entidades de la Administración Pública Federal y de organismos de cooperación financiera, de otros bancos centrales y de personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera. También puede recibir depósitos de otros efectos del Gobierno Federal.

e) Operaciones crediticias y de valores con el Gobierno Federal

La Banca Central no debe de prestar valores al Gobierno Federal ni adquirirlos de éste, excepto cuando se trate de adquisiciones de valores a cargo del propio gobierno y se cumpla con lo siguiente ¹⁶⁵:

- Las adquisiciones queden correspondidas con depósitos en efectivo no retirables antes del vencimiento, que dicho gobierno constituya en el banco con el producto de la colocación de los valores referidos, cuyos montos, plazos y rendimientos sean iguales a los de los valores objeto de la operación respectiva, o bien,
- Las adquisiciones correspondan a posturas presentadas por el banco en las subastas primarias de dichos valores.

Las funciones de agente financiero que ejerce el Banco de México en lo concerniente a la emisión y colocación de valores representativos de la deuda interna del Gobierno Federal, así como el servicio de la misma, es exclusivo de dicha entidad.

El Banco de México sólo podrá dar crédito al Gobierno Federal mediante el ejercicio de la cuenta corriente que lleve la Tesorería de la Federación.

Los financiamientos que el Banco de México otorga a las entidades bancarias, sea por el otorgamiento de crédito o a través de la adquisición de valores, sólo puede tener por finalidad la regulación monetaria. Estos están garantizados por los depósitos de dinero y de valores que las instituciones de crédito tienen en el propio Banco.

f) La reserva internacional y el régimen cambiario

La Banca Central cuenta con una reserva de activos internacionales que sirve para mantener la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional mediante la

¹⁶⁵ Artículo 9 de la LBM.

compensación de desequilibrios entre los ingresos y egresos de divisas ¹⁶⁶ del país. Dicha reserva se constituye con :

- Las divisas y el oro, propiedad del Banco Central, que se hallen libres de todo gravamen y cuya disponibilidad no esté sujeta a restricción alguna.
- La diferencia entre la participación de México en el Fondo Monetario Internacional y el saldo del pasivo a cargo del Banco por el mencionado concepto, cuando dicho saldo sea inferior a la citada participación.
- Las divisas provenientes de financiamientos obtenidos con propósitos de regulación cambiaria.

La determinación del monto de la reserva no comprende las divisas pendientes de recibir por operaciones de compraventa contra moneda nacional y se deben de restar los pasivos de la Banca Central en divisas y oro, excepto los que sean a plazo mayor de seis meses y los correspondientes a políticas de regulación cambiaria.

Las divisas que forman parte de esta reserva son :

- Billetes y monedas metálicas extranjeras.
- Los depósitos, títulos, valores y demás obligaciones pagaderas fuera del territorio nacional, considerados de primer orden en los mercados internacionales, denominados en moneda extranjera y a cargo de gobiernos de países distintos de México, de organismos financieros internacionales o de entidades del exterior, siempre que sean exigibles a plazo no mayor de seis meses o de amplia liquidez.
- Créditos a cargo de bancos centrales, exigibles a plazo no mayor de seis meses cuyo servicio esté al corriente.
- Los derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional.

¹⁶⁶ De acuerdo con el artículo 20 de la LBM, el término *divisas* comprende : billetes y monedas metálicas extranjeras, depósitos bancarios, títulos de crédito y toda clase de documentos de crédito sobre el exterior y denominados en moneda extranjera, así como en general, los medios internacionales de pago.

El Banco de México actúa en materia cambiaria a través de la Comisión de Cambios, órgano que se encuentra constituido por los siguientes funcionarios :

- Secretario de Hacienda y Crédito Público.
- Subsecretario de Hacienda y Crédito Público.
- Otro subsecretario de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (Designado por el Secretario de Hacienda y Crédito Público).
- El Gobernador del Banco de México.
- Dos miembros de la Junta de Gobierno. (Designados por el Gobernador del BM).

Las sesiones de esta Comisión son presididas por el Secretario de Hacienda y Crédito Público. El funcionario que preside la sesión tiene voto de calidad en caso de empate. La Comisión de Cambios está Facultada para :

- Autorizar la obtención de los créditos para regulación cambiaria.
- Fijar criterios a los que debe de sujetarse el Banco de México en sus facultades regulatorias en materia de operaciones con divisas, oro y plata dentro del Sistema Financiero Mexicano.
- Establecer los lineamientos respecto del manejo y la valuación de la reserva internacional.

g) Fundamento jurídico del Banco de México como autoridad dentro del Sistema Financiero Mexicano

La Banca Central podrá expedir disposiciones y criterios sólo cuando tengan por propósito la regulación monetaria o cambiaria, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del sistema de pagos o la protección de los intereses del público. Las disposiciones y/o criterios deben de ser de aplicación general, pudiendo referirse a uno o varios tipos de intermediarios, a determinadas operaciones o a ciertas zonas o plazas ¹⁶⁷.

El Banco de México puede imponer multas a los intermediarios financieros por las operaciones activas, pasivas o de servicios, que realicen en contravención a la LBM o a las disposiciones que dicha entidad expida.

¹⁶⁷ Artículo 24 de la LBM

h) Gobierno y vigilancia del Banco de México

La administración de la Banca Central de nuestro país está a cargo de :

- Gobernador.

- Junta de Gobierno. Está integrada por cinco miembros, dentro de los cuales el Ejecutivo Federal designa al Gobernador del Banco quien preside la misma Junta y los demás miembros se constituyen en Subgobernadores.

Requisitos para ser miembro de la junta de gobierno

Para ser miembro de la Junta de Gobierno se requiere :

- Ser ciudadano mexicano y no tener más de sesenta y cinco años cumplidos en la fecha de inicio del periodo durante el cual desempeñará su cargo.

- Gozar de reconocida competencia en materia monetaria, así como haber ocupado por lo menos durante cinco años cargos de alto nivel en el Sistema Financiero Mexicano o en las dependencias, organismos o instituciones que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera. Para la designación de dos de los cinco miembros de la Junta de Gobierno no será necesario satisfacer los requisitos previstos en el párrafo anterior, pero en todo caso deberá tratarse de profesionales distinguidos en materia económica, financiera o jurídica. Ninguno de estos dos miembros podrá ser nombrado Gobernador antes de haber cumplido tres años en su cargo.

- No haber sido sentenciado por delitos intencionales; inhabilitado para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público o en el Sistema Financiero Mexicano; ni removido con anterioridad del cargo de miembro de la Junta de Gobierno, salvo que esto último hubiere sido resultado de incapacidad física ya superada.

Periodos de funciones

El Gobernador del Banco de México dura seis años en su cargo. El periodo comienza el primero de enero del cuarto año calendario del periodo correspondiente al Presidente de la República.

Los Subgobernadores duran ocho años en su cargo. Sus periodos son escalonados, sucediéndose cada dos años e iniciándose el primero de enero del primer, tercer y quinto año del periodo del Ejecutivo Federal.

Las personas que ocupen esos cargos podrán ser designadas miembros de la Junta de Gobierno más de una vez.

Sesiones de la Junta de Gobierno

El Gobernador o cuando menos dos de los Subgobernadores pueden convocar a reunión de la Junta de Gobierno, cuyas sesiones deberán de celebrarse con la asistencia de por lo menos tres de sus miembros. Las resoluciones requieren para su validez del voto aprobatorio de la mayoría de los presentes, Quien presida la sesión tendrá voto de calidad en caso de empate. El Secretario y el Subsecretario de Hacienda y Crédito Público pueden convocar a reunión de la Junta de Gobierno.

Facultades de la Junta de Gobierno

La Junta de Gobierno tiene entre otras las siguientes facultades ¹⁶⁸:

- Autorizar las órdenes de acuñación de moneda y de fabricación de billete.
- Resolver sobre el otorgamiento de crédito al Gobierno Federal.
- Fijar las políticas y criterios conforme a los cuales el Banco realice sus operaciones.
- Determinar las características de los valores a cargo del Gobierno Federal que el Banco emita.

¹⁶⁸ Ver artículo 46 de la LBM.

- Establecer las políticas y criterios conforme a los cuales se expidan las normas del Banco de México en su carácter de autoridad.
- Aprobar el Reglamento Interior del Banco.

Facultades del Gobernador

Al Gobernador de la Banca Central le corresponden entre otras, las siguientes actividades :

- La administración del Banco de México y la representación legal del mismo.
- Ejecutar los acuerdos de la Junta de Gobierno y ed la Comisión de Cambios.
- Ser el enlace entre el Banco y la Administración Pública Federal.
- Nombrar y remover al personal del Banco.
- Designar y remover a los apoderados y delegados fiduciarios.
- Designar a los Subgobernadores que deban desempeñar cargos o comisiones en representación del Banco.

i) Vigilancia

Los auditores externos del Banco de México serán elegidos por el Secretario de Hacienda y Crédito Público con la aprobación de la Comisión de Vigilancia de la Contaduría Mayor de Hacienda. La contratación del auditor externo no puede hacerse por periodos mayores de cinco años.

El auditor debe de enviar al Ejecutivo Federal y al Congreso de la Unión copia de los dictámenes que presente a la Junta de Gobierno y un informe sobre el ejercicio del presupuesto de gasto corriente e inversión física.

j) Prohibiciones

Al Banco Central se le está prohibido :

- Otorgar garantías.

- Adquirir o arrendar inmuebles que no requiera para el desempeño de sus funciones.
- Adquirir títulos representativos del capital de sociedades, salvo que se trate de empresas que le presten servicios necesarios o convenientes a la realización de sus funciones.

k) Régimen de supletoriedad

Se aplican supletoriamente a la LBM los siguientes cuerpos normativos :

- La LIC.
- La legislación mercantil.
- Los usos bancarios y mercantiles.
- El Código Civil para el Distrito Federal.

V. Ley del Mercado de Valores (LMV) ¹⁶⁹

a) Objetivo

Esta Ley tiene por objeto regular la oferta pública ¹⁷⁰ de valores ¹⁷¹, la intermediación en el mercado de éstos, las actividades de las personas que en él intervienen, el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y las autoridades y servicios en materia de mercado de valores.

b) Intermediación en el mercado de valores

La intermediación en el Mercado de Valores es la realización habitual de :

- Operaciones de correduría, de comisión u otras, tendientes a poner en contacto la oferta y demanda de valores.

¹⁶⁹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de enero de 1975.

¹⁷⁰ De acuerdo al artículo 2 de la LMV se considera *oferta pública* la que se hace por algún medio de comunicación masivo o a persona indeterminada para suscribir, enajenar o adquirir títulos o documentos de crédito.

¹⁷¹ Son *valores* las acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa. Artículo 3 de la LMV.

- Operaciones por cuenta propia con valores emitidos o garantizados por terceros, respecto de las cuales se haga oferta pública.
- Administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros.

c) Régimen de supletoriedad de la LMV

Son supletorios de la LMV :

- Las leyes mercantiles.
- Los usos bursátiles y mercantiles.
- El Código Civil para el Distrito Federal.
- El Código Federal de Procedimientos Civiles.

d) Registro Nacional de Valores e Intermediarios

El Registro Nacional de Valores e Intermediarios es el órgano público a cargo de la CNBV, en el cual tienen que registrarse todos aquellos valores e intermediarios que deseen participar en el mercado de valores. Consta de tres secciones : 1.- Valores, 2.- Intermediarios y 3.- Especial ¹⁷².

Se exceptúan de registro los siguientes valores, intermediarios y operaciones :

- Valores emitidos por las instituciones de crédito representativos de un pasivo a su cargo cuando su colocación no implique oferta pública.
- Las operaciones de correduría u otras tendientes a poner en contacto la oferta y demanda de valores cuando sean generalizadas por sociedades operadoras de sociedades de inversión.

¹⁷² Como ejemplo de valores que se registran en esta sección especial encontramos a los emitidos en México o por personas morales mexicanas para sus suscripción o venta en el extranjero.

- Las operaciones por cuenta propia con valores emitidos o garantizados por terceros y la administración y manejo de carteras de valores propiedad de terceros llevadas a cabo por personas facultadas por la LMV u otras.

- Las operaciones con valores que sin constituir oferta pública, tengan por objeto la suscripción o transferencia de proporciones importantes del capital de empresas, la fusión, escisión o transformación de sociedades, así como la correduría de documentos que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de propiedad o de participación en el capital social de personas morales y la intermediación de títulos o valores emitidos en el extranjero.

Toda la propaganda o información sobre valores está sujeta a la previa autorización de la CNBV.

e) Casas de bolsa y especialistas bursátiles

Estos son los intermediarios autorizados por la CNBV para operar como tales en el mercado de valores. Para este fin, deben de registrarse en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios satisfaciendo, entre otros, los siguientes requisitos :

- Constituirse como sociedades anónimas.

- Tener íntegramente pagado el capital mínimo.

- No podrán participar en su capital social : a) Casas de bolsa o especialistas bursátiles, b) Personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad, c) Instituciones de crédito, salvo cuando lo hagan con el carácter de fiduciarias en fideicomisos cuyos beneficiarios sean personas que puedan ser accionistas de los intermediarios en el mercado de valores, d) Instituciones de seguros o de fianzas, organizaciones auxiliares del crédito, casas de cambio, ni sociedades de inversión, e) Otras personas morales con excepción de las sociedades controladoras y las demás personas morales que autorice la CNBV y f) Accionistas que sean propietarios del 10% o más del capital de los emisores cuyos valores operen con carácter de especialistas, así como los miembros del consejo de administración y directivos de los propios emisores.

- Tener miembros del consejo de administración, directivos y apoderados para celebrar operaciones con el público de nacionalidad mexicana, o tener el carácter de inmigrado; tener solvencia moral ¹⁷³, económica, capacidad técnica y administrativa; garantizar su manejo mediante fianza y no realizar operaciones que contravengan la propia LMV.
- Presentar un programa general de funcionamiento.
- Adquirir una acción de bolsa de valores y una acción de institución para el depósito de valores.
- Participar en el Fondo de Apoyo al Mercado de Valores.

La autorización para registro de las casas de bolsa la otorga discrecionalmente la SHCP, a propuesta de la CNBV y para la inscripción de los especialistas bursátiles, la autorización corresponde discrecionalmente a la propia CNBV.

La escritura constitutiva y estatutos de estas sociedades, así como sus modificaciones, tienen que ser aprobados por la CNBV.

Capital social

El capital social de estas sociedades esta constituido por una parte ordinaria y podrá también estar constituido por una parte adicional.

Antes de la reforma de 1998, el capital social ordinario estaba formado por acciones de las serie "A". que representaban cuando menos el 51% de dicho capital. El 49% restante de la parte ordinaria se podía integrar indistinta o conjuntamente por acciones de las series "A" y/o "B".

Ahora, el capital social ordinario de las casa de bolsa y especialistas bursátiles se integra por acciones de la serie "O".

¹⁷³ Se entiende que se carece de solvencia moral cuando se esté inhabilitado para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión, en el servicio público o en el Sistema Financiero Mexicano.

El capital social adicional está formado por acciones de la Serie "L", que pueden emitirse hasta por un monto equivalente al 40% del capital social ordinario, previa autorización de la CNBV.

Las acciones representativas de las series "O" y "L" son de libre suscripción.

Las acciones de la serie "A" sólo podían adquirirse por :

- Personas físicas y morales mexicanas, cuyo capital sea mayoritariamente propiedad de mexicanos, sean efectivamente controladas por los mismos y cumplan con los demás requisitos que establezca la SHCP.
- El Fondo de Apoyo al Mercado de Valores.

Las acciones de las Series "B" y "L" eran de libre suscripción, incluyendo entidades financieras del exterior.

Las acciones de la serie "L" son de voto limitado y otorgan derecho de voto únicamente en los asuntos relativos a cambio de objeto, fusión, escisión, transformación, disolución y liquidación, así como su cancelación de su inscripción en cualesquiera bolsa de valores.

Las acciones son de igual valor y dentro de cada serie confieren a sus tenedores los mismos derechos. Deben de mantenerse en depósito en alguna de las instituciones para el depósito de valores.

Administración

Estas entidades son administradas por un consejo de administración y por directivos. Antes de la reforma de 1998, el consejo de administración estaba integrado por once consejeros o sus múltiplos. Ahora, el consejo de administración está integrado hasta por 15 consejeros. Se eligen mediante asamblea especial por cada serie de acciones.

Si se integraba por once miembros los accionistas de las serie "A" designaban a seis consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que exceda el 50% del capital pagado

ordinario tenían derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designaban a los consejeros restantes.

Los accionistas que representen cuando menos un 10% del capital pagado ordinario, tendrán derecho a designar un consejero.

El presidente el consejo de administración se elige de entre los propietarios y tiene voto de calidad en caso de empate. Por los consejeros propietarios se nombran suplentes. La mayoría de los consejeros deben de ser mexicanos o extranjeros residentes en territorio nacional.

Diversificación del capital social

Las personas que adquieran o transmitan acciones de la serie "O" por más del 2% del capital social de una casa de bolsa o especialista bursátil, deben de avisar a la CNBV.

Antes de la reforma de 1998, la CNBV debía autorizar la adquisición del control del 10% o más de acciones de las series "A" y "B" del capital social de una casa de bolsa o de un especialista bursátil.

Ahora ninguna persona física o moral puede adquirir, directa o indirectamente el control de acciones de la serie "O" por más del 5% del capital social de una casa de bolsa o de un especialista bursátil. La CNBV puede autorizar un porcentaje mayor sin exceder el 20%.

Se exceptúan de lo anterior :

- La adquisición de acciones que realicen las sociedades controladoras de grupos financieros, así como instituciones financieras del exterior y sociedades controladoras filiales.
- Los accionistas de casas de bolsa fusionantes o fusionadas.
- Las personas que adquieran acciones conforme a la previsto en programas aprobados por la CNBV, conducentes a la fusión de casas de bolsa o especialistas bursátiles, a quienes excepcionalmente la citada Comisión podrá otorgarles la autorización relativa, con carácter

temporal, por un plazo no mayor de 5 años, sin que la participación total de cada una de ellos excede del 30% del capital social de la casa de bolsa de que se trate.

- Las instituciones financieras del exterior que adquieran acciones de cualquier serie, conforme a programas aprobados por la SHCP, con la finalidad de convertir la respectiva casa de bolsa en una casa de bolsa filial.
- Las instituciones financieras del exterior, sociedades controladoras filiales, sociedades controladoras de grupos financieros, casas de bolsa o especialistas bursátiles, cuando adquieran acciones conforma a programas aprobados por la SHCP con el objeto de coadyuvar al buen funcionamiento de una casa de bolsa o especialista bursátil, previa autorización de la propia Secretaría, quien la otorgará discrecionalmente.

Los límites descritos se aplican a la adquisición del control por parte de personas que la CNBV considere para estos efectos como una sola persona.

Actividades de las casas de bolsa

Entre las actividades más importantes que pueden llevar a cabo las casas de bolsa se encuentran :

- Actuar como intermediarios en el mercado de valores. Actividad típica de intermediación que realizan estas sociedades, al poner en contacto la oferta pública de valores con la demanda de los mismos por parte de los inversionistas.
- Recibir fondos por concepto de las operaciones con valores que se les encomienden. Es práctica común que el cliente ponga a disposición de la casa de bolsa los saldos (recursos) de cuentas para que a través de los mismos se realicen los movimientos de cargo o abono según corresponda al tipo de operación bursátil, de acuerdo a las instrucciones o términos pactados en el respectivo contrato de intermediación o prestación de servicios.
- Prestar asesoría en materia de valores. Mediante esta actividad, las casas de bolsa a través de sus ejecutivos, proporcionan a solicitud del cliente, una asesoría integral en materia bursátil y de valores, que acerca al mismo la información necesaria para un favorable manejo en las operaciones que realice o que planea realizar.

- Recibir préstamos o créditos de instituciones de crédito o de organismos de apoyo al mercado de valores. Los recursos obtenidos tienen que ser destinados exclusivamente a las actividades que le son propias a las casas de bolsa o para preservar su estabilidad financiera y asegurar el cumplimiento de sus obligaciones con los clientes,

- Conceder préstamos o créditos para la adquisición de valores con la garantía de éstos. A través de esta función, las casas de bolsa otorgan financiamientos a sus clientes para adquirir valores o financiar cuentas por cobrar. Los valores que se adquieran por este medio deben de quedar como garantía de pago en poder de la casa de bolsa acreditante (contrato de caución bursátil). En estas operaciones también pueden intervenir las instituciones de crédito.

- Celebrar reportos y préstamos sobre valores. Por estas operaciones las casas de bolsa proporcionan o adquieren liquidez transmitiendo la propiedad de determinados valores restituibles, a cambio del pago de un determinado premio o precio.

- Actuar como fiduciarias. Esta operación da existencia a los fideicomisos bursátiles cuyo objeto son valores o la adquisición de los mismos.

- Realizar operaciones por cuenta propia que faciliten la colocación de valores o que coadyuven a dar mayor estabilidad a los precios de éstos o que procuren mejorar las condiciones de liquidez en el mercado, así como una mayor diversificación de las transacciones. Este rubro hace referencia a las operaciones mediante las cuales la casa de bolsa compra o vende por sí misma valores de renta variable a través de la bolsa de valores con el objeto de facilitar su colocación, coadyuvar a dar mayor estabilidad a sus precios y a reducir los márgenes de intermediación. También se comprenden las operaciones mediante las cuales la casa de bolsa compra o vende por sí misma valores de renta variable de o a la posición de su clientela, con el objeto de proveer de liquidez al mercado. Finalmente se hace referencia a las operaciones de compraventa de valores de renta variable que una casa de bolsa lleva a cabo por sí misma con financiamiento de instituciones de crédito; operaciones a plazo y a futuro; transacciones en mercados del exterior; emisiones de títulos opcionales y operaciones de compraventa de acciones que realice para mantener coberturas de emisiones de títulos opcionales.

- Proporcionar servicios de guarda y administración de valores.

- Actuar como representantes comunes de obligaciones y tenedores de otros valores, títulos o documentos. En la emisión de valores, títulos de crédito y obligaciones existe el deber por ley de designar un representante común de tenedores.
- Emitir obligaciones subordinadas de conversión obligatoria a títulos representativos de su capital social.
- Invertir en el capital de administradoras de fondos para el retiro y sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro.

Actividades de los especialistas bursátiles

Entre las actividades más importantes que pueden llevar a cabo los especialistas bursátiles se encuentran :

- Actuar como intermediarios por cuenta propia o ajena, respecto de los valores en que se encuentren registrados como especialistas en la bolsa de valores de que sean socios.
- Recibir préstamos o créditos de instituciones de crédito o de organismos de apoyo al mercado de valores.
- Celebrar reportos y préstamos sobre valores.
- Mantener en guarda y administración sus valores.
- Invertir en títulos representativos del capital social de entidades financieras del exterior.
- Realizar operaciones por cuenta propia respecto de los valores en que sean especialistas, que faciliten la colocación de los mismos o que coadyuven a dar mayor estabilidad a los precios de éstos o que procuren mejorar las condiciones de liquidez en el mercado, así como una mayor diversificación de las transacciones.

f) El secreto bursátil

El artículo 25 de la LMV establece que los intermediarios bursátiles no pueden dar noticia de las operaciones que realizan o en las que intervengan, salvo las que les solicite el cliente de cada uno de éstos o sus representantes legales o quien tenga poder para intervenir en ellos.

Dicha prohibición no se aplica a las noticias que proporcionen a la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el cliente sea parte o acusado, o la suministrada a las autoridades competentes.

g) Filiales de instituciones financieras del exterior

La SHCP puede autorizar el establecimiento de oficinas de representación de casas de bolsa del exterior. Estas oficinas no pueden realizar en el mercado nacional ninguna actividad de intermediación financiera que requiera autorización del Gobierno Federal, ni proporcionar información o hacer gestión o trámite alguno para este tipo de operaciones.

Marco conceptual ¹⁷⁴

- ***Filial***. Es una sociedad mexicana inscrita en la Sección de Intermediarios del Registro Nacional de Valores e Intermediarios y en cuyo capital participa una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial.
- ***Institución financiera del exterior***. Es una entidad financiera constituida en un país con el que México haya celebrado un tratado o acuerdo internacional en virtud del cual se permita el establecimiento en territorio nacional de filiales.
- ***Sociedad controladora filial***. Es una sociedad mexicana autorizada para constituirse y operar como sociedad controladora en los términos de la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y en cuyo capital participe una institución financiera del exterior.

¹⁷⁴ Ver artículo 28 BIS-1 de la LMV.

Marco jurídico

Estas entidades financieras se rigen por las disposiciones previstas en los instrumentos jurídicos internacionales correspondientes, por la LMV y demás leyes del Sistema Financiero Mexicano y por las reglas para el establecimiento de filiales que expida la SHCP con la opinión de la CNBV.

Autorización para organizarse y operar como filial

Para ser inscrita en la Sección de Intermediarios y poder operar como filial, se requiere autorización que es otorgada, de manera discrecional por la SHCP, a propuesta de la CNBV, tratándose de casas de bolsa y por la propia CNBV, en el caso de especialistas bursátiles. Estas autorizaciones son intransmisibles. Estas entidades pueden realizar las mismas operaciones que las instituciones registradas en la Sección de Intermediarios, salvo que el instrumento jurídico internacional aplicable establezca algún tipo de restricción.

Para poder ser accionista de una filial, la institución financiera del exterior debe de realizar en el país en que esté constituida el mismo tipo de operaciones que la filial de que se trate esté facultada para realizar en México. En el caso de las inversiones de una sociedad controladora filial en el capital de una filial, se seguirán los lineamientos establecidos en al Ley para Regular las Agrupaciones Financieras y en las demás disposiciones aplicables.

Las filiales no pueden establecer sucursales o subsidiarias fuera del territorio nacional.

Capital social de las filiales

La estructura accionaria del capital social de las filiales está integrada por acciones de la serie "F", que deben de representar por lo menos el 51% del mismo. Estas acciones sólo pueden ser adquiridas por una sociedad controladora filial o por una institución financiera del exterior, salvo las excepciones que marca la Ley.

El otro 49% del capital social se integra indistinta o conjuntamente por acciones serie "F" y/o "B" (mismo régimen aplicado a la serie "O"). Dentro de cada serie, las acciones son de igual valor, confieren a sus tenedores los mismos derechos.

La institución financiera del exterior o la sociedad controladora filial propietaria de las acciones serie "F" de una casa de bolsa, no quedará sujeta a los límites establecidos con respecto de su tenencia de acciones serie "B".

Inversión en agentes bursátiles

La SHCP puede autorizar a las instituciones financieras del exterior o a las sociedades controladoras filiales, la adquisición de acciones representativas del capital social de una sociedad inscrita en la Sección de Intermediarios de acuerdo con los siguientes requisitos :

- La institución financiera del exterior o la sociedad controladora filial deberá adquirir acciones que representen cuando menos el 51% del capital social.
- Deberán modificarse los estatutos sociales del agente bursátil, cuyas acciones sean objeto de enajenación.
- Si el adquirente es una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial que ya sea propietaria de acciones representativas del capital social de una filial, deberá fusionar ambos agentes bursátiles, a efecto de controlar solamente una filial del mismo tipo.

Lo anterior no es aplicable en el caso de instituciones financieras del exterior, sociedades controladoras filiales, sociedades controladoras de grupos financieros, casas de bolsa o especialistas bursátiles, cuando adquieran acciones conforme a programas aprobados por la SHCP con el objeto de coadyuvar al buen funcionamiento de una casa de bolsa o especialista bursátil, previa autorización de la propia Secretaría, quien la otorgará discrecionalmente.

Administración de las filiales

La administración de las filiales está a cargo de un consejo de administración y por sus directivos.

- *Consejo de administración.* Antes de la reforma de 1998, estaba constituido por consejeros que eran designados de acuerdo a los porcentajes accionarios de la propia filial. Debían ser 11 como mínimo y podían incrementarse en cantidad, a elección de los accionistas, en múltiplos de dicho número. Su designación se realizaba mediante asamblea especial por cada serie de acciones. En caso de que fueran 11 los consejeros, los accionistas de la serie "F" podían designar a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que excediera del 50% del capital pagado, tenían derecho a designar un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designaban a los consejeros restantes.

Los accionistas de las citadas series que representaban cuando menos un 10% del capital pagado de la filial, tenían derecho a designar un consejero de la serie que correspondiera. Por cada consejero propietario se designaba un consejero suplente.

El presidente del consejo se elige de entre los propietarios de la serie "F" y tiene voto de calidad en caso de empate. Los directivos, apoderados para celebrar operaciones con el público y apoderados operadores de las filiales (que no necesariamente tienen que ser ciudadanos mexicanos) y la mayoría de los consejeros de una filial deben de residir en México.

Ahora, el consejo de administración de las filiales está integrado hasta por 15 consejeros. Su nombramiento debe hacerse en asamblea especial por cada serie de acciones. Los accionistas de la serie "F" designan a 6 consejeros y por cada 10% de acciones de esta serie que exceda del 50% del capital pagado, tienen derecho a designar a un consejero más. Los accionistas de la serie "B" designarán a los consejeros restantes.

En caso de que una institución financiera del exterior o una sociedad controladora filial sea propietaria de acciones que representen por lo menos el 99% del capital social de una filial, podrá determinar libremente el número de consejeros, el cual en ningún caso podrá ser inferior a cinco.

La vigilancia de las filiales está a cargo de comisarios y sus respectivos suplentes. Los accionistas de la serie "F" designan por lo menos a un comisario y en su caso, los accionistas de las series "B" pueden designar a otro comisario.

h) Las bolsas de valores

Las bolsas de valores son sociedades anónimas de capital variable que gozan de concesión para operar como tales y que tienen por objeto facilitar las transacciones con valores y procurar el desarrollo del mercado respectivo, a través de las actividades siguientes:

- Establecer locales, instalaciones y mecanismos que faciliten las relaciones y operaciones entre la oferta y la demanda de valores.
- Proporcionar y mantener a disposición del público información sobre los valores inscritos en bolsa y los listados en el sistema internacional de cotizaciones de la propia bolsa, sobre sus emisores y las operaciones que en ella se realicen.
- Hacer publicaciones sobre las materias señaladas.
- Velar por el estricto apego de las actividades de sus socios a las leyes de la materia.
- Certificar las cotizaciones en bolsa.

La concesión para operar como bolsa de valores es otorgada discrecionalmente por la SHCP oyendo al BM y a la CNBV. No se puede autorizar más de una bolsa por cada plaza.

Disposiciones generales

Para su constitución, las bolsas de valores deberá observar los siguientes requisitos :

- El capital social sin derecho a retiro deberá ser íntegramente pagado y no podrá ser inferior al que se establezca en la concesión correspondiente.

- Las acciones sólo podrán ser suscritas por casas de bolsa o especialistas bursátiles.
- Cada socio sólo podrá tener una acción.
- El número de socios no puede ser inferior a veinte.
- El número de administradores no será menor de cinco y actuarán constituidos en consejo de administración. En los consejos de administración de las bolsas de valores, el número de integrantes que representen a casas de bolsa y especialistas bursátiles no habrá de rebasar el 50% de los consejeros designados, debiendo recaer los demás nombramientos en personas de reconocido prestigio profesional que a su vez no desempeñen al mismo tiempo cargos, empleos o comisiones en casas de bolsa, especialistas bursátiles, o en sociedades controladoras o entidades financieras de grupos financieros en las que participen intermediarios en el mercado de valores.
- El derecho a operar en bolsa es exclusivo e intransferible de sus socios.

Para que los valores operen en la bolsa es necesario que :

- Estén inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- Que los emisores soliciten su inscripción en la bolsa.
- Que satisfagan los requisitos del reglamento interior de la bolsa respectiva.

Las bolsas de valores están facultadas para suspender la cotización de valores, cuando se produzcan condiciones desordenadas u operaciones no conformes a sanos usos o prácticas de mercado, dando aviso tanto a la CNBV y a los emisores ¹⁷⁵. También podrán, previa autorización de la CNBV, suspender o cancelar la inscripción de valores, cuando éstos o sus emisores dejen de satisfacer los requisitos que señalan las leyes correspondientes.

¹⁷⁵ En caso de que la suspensión de cotizaciones se prolongue por más de 5 días hábiles será necesario la autorización de la CNBV.

i) Instituciones para el depósito de valores

Las instituciones para el depósito de valores son sociedades anónimas de capital variable que gozan de concesión para operar como tales y que tienen por objeto el servicio de depósito de valores consistente en la guarda, administración, compensación, liquidación y transferencia de valores de conformidad con la LMV.

Este servicio es de interés público y se realiza mediante concesión que otorga discrecionalmente la SHCP oyendo la opinión de la CNBV. Sólo puede operar una por plaza.

Disposiciones generales

Para la constitución de las instituciones para el depósito de valores se requiere, entre otros requisitos :

- El capital social sin derecho a retiro deberá estar íntegramente pagado y no podrá ser inferior al que establezca la SHCP.
- Sólo podrán ser socios de éstas el BM, las casas de bolsa, los especialistas bursátiles, bolsas de valores, instituciones de crédito y compañías de seguros y fianzas.
- Cada socio sólo puede tener una acción.
- El número de socios no puede ser inferior a veinte.
- El número de sus consejeros no será menor de once y actuarán constituidos en consejo de administración.
- El acta constitutiva y sus estatutos, así como sus modificaciones deben de ser aprobados por la SHCP.

Servicios de las instituciones para el depósito de valores

Entre las principales funciones de las instituciones para el depósito de valores se encuentran :

- El servicios de depósito de valores, títulos o documentos a que sea aplicable el régimen de la LMV, que reciban de casas de bolsa, especialistas bursátiles, bolsas de valores, instituciones de crédito, de seguros y fianzas, de sociedades de inversión y de sociedades operadoras de éstas últimas, así como de entidades financieras del exterior.
- La administración de los valores que se les entreguen en depósito.
- El servicio de transferencia, compensación y liquidación sobre operaciones que se realicen respecto de los valores materia de los depósitos en ellas constituidos.
- Llevar a solicitud de las sociedades emisoras, el registro de sus acciones y realizar las inscripciones correspondientes.

Secreto bursátil relacionado con las instituciones para el depósito de valores

Estas entidades no pueden dar noticia de los depósitos y demás operaciones, sino al depositante, a sus representantes legales, o a quien acredite tener interés legítimo; salvo cuando las pidiere la autoridad judicial en virtud de providencia dictada en juicio en el que el depositante o beneficiario sea parte o acusado, o a las autoridades competentes ¹⁷⁶.

j) Solución de controversias

En caso de que existan diferencias entre las instituciones para el depósito de valores y sus depositantes, éstas podrán ser sometidas, a petición de las partes, al procedimiento arbitral que administra la CNBV. El laudo arbitral que emita la CNBV solamente podrá ser impugnado mediante el juicio de amparo. Las demás resoluciones admitirán como único recurso el de revocación.

¹⁷⁶ Artículo 72 de la LMV.

Procedimientos para proteger los intereses del público inversionista

La LMV propone principalmente en dos rubros la protección de los intereses del público inversionista, a saber :

Procedimientos de solución de controversias ante la CNBV.

Participación de los agentes bursátiles en el Fondo de Apoyo al Mercado de Valores (FAMEVAL)

Procedimientos de solución de controversias ante la CNBV

Estos procedimientos se dividen en :

- *Conciliación*

- *Arbitraje*

- *de amigable composición*

- *de estricto derecho*

En caso de que surja alguna controversia entre la casa de bolsa o especialista bursátil y sus clientes, la LMV da a escoger a éstos últimos para ejercitar su acción ante tribunales o presentar su reclamación ante la propia CNBV. Por el contrario, los agentes bursátiles están obligados a primero desahogar su reclamación ante la CNBV antes de acudir a los tribunales competentes para la sustanciación del procedimiento correspondiente, salvo el caso de reconvencción.

Es así, como a través de la reclamación ante la CNBV se inicia con los procedimientos para la solución de controversias citados.

Conciliación

Etapas de la conciliación ¹⁷⁷:

- 1) El reclamante debe de presentar mediante escrito por duplicado ante la CNBV su reclamación, precisando la materia de la controversia. Con la copia del escrito de reclamación se correrá traslado a la otra parte. La CNBV podrá solicitar que la reclamación sea aclarada. La presentación de la misma interrumpe la prescripción a que se encuentren sujetas las acciones de carácter civil o mercantil que sean procedentes.
- 2) La otra parte, dentro del término de nueve días hábiles, contado a partir de aquél en que sea notificada, rendirá un informe por escrito y en duplicado a la CNBV, en el que contestará los hechos a que se refiere la reclamación. La CNBV puede pedir que se amplíe dicha contestación a la reclamación. La falta del informe cuando corresponda rendirlo al inversionista se entenderá como no aceptación de la conciliación.
- 3) La CNBV citará a las partes a una junta de avenencia que se realizará dentro de los treinta días contados a partir de la fecha de presentación de la reclamación y si por cualquier circunstancia la junta no puede celebrarse, se hará dentro de los ocho días siguientes. Si no comparece el inversionista reclamante, sin causa justificada, se entenderá que no desea la conciliación y que es su voluntad no someter sus diferencias a juicio arbitral, siendo improcedente presentar nueva reclamación sobre el mismo caso.
- 4) El procedimiento conciliatorio se tendrá por agotado si cualquiera de las partes no concurre a la junta de avenencia, si al concurrir a la junta relativa argumentan su voluntad de no conciliar, o bien si concilian sus diferencias. La CNBV levantará acta en la que se hará constar cualquiera de estas circunstancias y la terminación del procedimiento de conciliación.
- 5) El incumplimiento de un agente bursátil a los acuerdos dictados por la CNBV dentro del procedimiento conciliatorio, se sancionará por la propia Comisión con multa administrativa de cien a tres mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

¹⁷⁷ Artículo 87 de la LMV.

Arbitraje ¹⁷⁸

En caso de que las partes en conflicto no alcancen una conciliación sobre los temas materia de la disputa, la CNBV las invitará a que voluntariamente y de común acuerdo designen para resolver su controversia a alguno de los árbitros que les proponga la misma, quedando a elección de las partes que el juicio arbitral sea en amigable composición o de estricto derecho.

El compromiso de someter sus diferencias mediante cualquiera de los procedimientos arbitrales citados, se hará contar en el acta en que se da por concluida la conciliación.

Procedimiento arbitral en amigable composición :

Las partes deben de fijar ante el árbitro los puntos materia del arbitraje. El árbitro propondrá a las partes las reglas para la sustanciación del juicio, respecto de las cuales las partes deberán manifestar su conformidad. No habrá incidentes y la resolución sólo admitirá aclaraciones de la misma, a instancia de parte, presentada dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación. El árbitro resolverá en conciencia, sin sujeción a formalidades especiales, pero observando las esenciales del procedimiento.

Procedimiento arbitral de estricto derecho :

- 1) Este procedimiento se debe de apegar al que convencionalmente determinen las partes mediante pacto celebrado ante el árbitro, fijando las reglas para tal efecto; aplicándose supletoriamente el Código de Comercio, salvo el artículo 1419 ¹⁷⁹; a falta de disposición de dicho Código, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 2) Las notificaciones relativas al traslado de la reclamación, a la citación a la junta de avenencia, de la demanda y del laudo, deben de hacerse personalmente o por correo certificado con acuse de recibo y surtirán efectos al día siguiente de su notificación.

¹⁷⁸ *Idem.*

¹⁷⁹ Este artículo se refiere al cómputo de plazos dentro del procedimiento arbitral.

Con independencia de lo anterior, en el compromiso arbitral de estricto derecho rigen los siguientes términos :

- a. Nueve días tanto para la presentación de la demanda, a partir del día siguiente de la celebración del compromiso arbitral, así como para producir la contestación a partir del día siguiente del emplazamiento a juicio.
- b. El árbitro dentro de los nueve días siguientes al vencimiento del último plazo señalado en el inciso anterior, dictará acuerdo fijando el término que crea suficiente para el ofrecimiento, admisión, recepción y desahogo de las pruebas, no pudiendo exceder de cuarenta días.
- c. Diez días comunes a las partes para formular alegatos.
- d. Diez días para los demás casos.

Los términos son improrrogables y se computan en días hábiles y las notificaciones que no sean personales se harán a las partes en la forma convenida en el pacto arbitral y empezará a surtir sus efectos al día siguiente de que se realicen. Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que acuse rebeldía, seguirá el procedimiento su curso y se tendrá por perdido el derecho que dentro de ellos debió ejercitarse.

- 3) El árbitro puede allegarse todos los elementos de juicio que estime necesarios.
- 4) El laudo arbitral sólo admite aclaración a instancia de parte, misma que debe de presentarse dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación. Todas las demás resoluciones admitirán como único recurso el de revocación.
- 5) El laudo que condene a un agente bursátil le otorgará para su cumplimiento un plazo de quince días hábiles a partir de su notificación. Cuando el laudo sea impugnado conforme a la legislación aplicable y la resolución judicial que lo confirme haya causado estado, persistiéndose en su incumplimiento, la CNBV impondrá al agente bursátil una multa hasta por el importe de lo condenado; en caso de incumplimientos reiterados la propia CNBV podrá suspender o proponer a la SHCP que se cancele la inscripción correspondiente del agente en la Sección de Intermediarios.

En caso de que alguna de las partes no cumpliera con lo convenido u ordenado mediante laudo arbitral, la afectada podrá asistirse de los tribunales competentes para la debida ejecución de lo resuelto.

Requisitos para ser designado árbitro por la CNBV :

Para fungir como árbitro designado por la CNBV se requiere :

- Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos.
- No tener menos de treinta y cinco años cumplidos el día de su designación.
- Poseer título profesional de licenciado en derecho, registrado ante la autoridad competente.
- Tener cuando menos cinco años de práctica legal en el mercado de valores.
- Haber residido en el país durante los últimos tres años anteriores a su designación.
- Gozar de buena reputación y de honorabilidad comprobada.

k) Participación de los agentes bursátiles en el Fondo de Apoyo al Mercado de Valores (FAMEVAL)

Antes de la reforma de 1998, tanto las casas de bolsa como los especialistas bursátiles debían participar en el mecanismo preventivo y de protección al mercado de valores denominado Fondo de Apoyo al Mercado de Valores. Este funcionaba a través de un fideicomiso que administraba el Banco de México y que tenía por finalidad preservar la estabilidad financiera de los participantes en el mismo, así como procurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los agentes bursátiles con su clientela.

Para que los agentes bursátiles pudieran recibir los apoyos preventivos del FAMEVAL debían garantizar el pago de los mismos con acciones representativas de su capital social, con valores gubernamentales o cualquier otro bien que a juicio del fiduciario cubriera la garantía.

Los agentes bursátiles estaban obligados a cubrir cuotas ordinarias y extraordinarias al Fondo. En caso de que éste necesitara más recursos podía acceder a financiamientos. Podía recibir aportaciones de personas distintas a las casas de bolsa y especialistas bursátiles.

El comité técnico del FAMEVAL estaba constituido por representantes de la SHCP, del BM y de la CNBV.

De acuerdo con el artículo décimo noveno transitorio, de la Ley de Protección al Ahorro Bancario, las referencias hechas al FOBAPROA y al FAMEVAL en leyes, reglamentos, resoluciones, oficios, inscripciones y convenios referentes a la administración y funcionamiento de esos fideicomisos, se entenderán hechas al IPAB, quedando incluidas las relativas a programas de apoyo a deudores.

4.- Concepto, estructura y funcionamiento de otras entidades que forman parte del Sistema Financiero Mexicano

Con el propósito de lograr una mejor comprensión de los elementos constitutivos del sistema financiero y su interacción en la actividad comercial, a continuación se analizan las restantes entidades que, en su carácter de "bancarias" o de "no bancarias"¹⁸⁰, completan la estructura de los servicios financieros en México.

a) Sociedades financieras de objeto limitado (SOFOL)

Estas sociedades fueron creadas para cubrir la demanda de crédito en nichos específicos del mercado, atendiendo a la actividad comercial y giros especiales del público inversionista. Estas entidades fueron introducidas en el sistema bancario - LIC, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de junio de 1992.

Las sociedades financieras de objeto limitado son sociedades anónimas debidamente autorizadas por la SHCP para fungir como tales, que tienen por objeto la captación de recursos provenientes exclusivamente de la colocación de instrumentos inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y el otorgamiento de créditos para la actividad o sector para el cual le es concedida la autorización correspondiente¹⁸¹.

¹⁸⁰ El maestro Acosta Romero define a los *intermediarios financieros no bancarios* como aquellas sociedades anónimas mercantiles sujetas a normas de derecho público administrativo y mercantil, autorizadas por las autoridades hacendarias para realizar una serie de actividades que coadyuvan en la intermediación del crédito, aunque en particular, no realizan en estricto sentido operaciones de banca.

¹⁸¹ Estas entidades tiene limitantes en lo referente a las operaciones pasivas y las operaciones activas que pueden realizar.

De la misma forma estas entidades deben de, entre otros requisitos :

- Contar con participación mayoritaria mexicana en su capital social.
- Someter a la aprobación de la SHCP, su escritura constitutiva y las modificaciones que se realicen sobre la misma.
- El capital social mínimo fijo debe de estar totalmente suscrito y pagado y es el equivalente al 25% del importe del capital mínimo que se determine para las instituciones de banca múltiple.
- Están administradas por un consejo de administración y un cuerpo directivo. Los consejeros y funcionarios deben de poseer conocimientos en la materia administrativa o financiera.

b) Administradoras de fondos para el retiro (AFORES)

Las administradoras de fondos para el retiro surgen como consecuencia de un cambio en la política de seguridad social en México, con el propósito de eficientizar al sistema de pensiones y generar ahorro interno.

Estas administradoras son sociedades anónimas de capital variable que se dedican de manera exclusiva, habitual y profesional a administrar las cuentas individuales de los trabajadores y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de las leyes de seguridad social, así como a administrar sociedades de inversión.

Las AFORES tienen como objeto, entre otras actividades, las siguientes :

- Abrir, administrar y operar las cuentas individuales de los trabajadores inscritos de conformidad con las leyes de seguridad social.
- Recibir de los institutos de seguridad las cuotas y aportaciones correspondientes a las cuentas individuales de los trabajadores de conformidad con la leyes de seguridad social, así como recibir de los trabajadores o patrones las aportaciones voluntarias.

- Individualizar las cuotas y aportaciones de seguridad social, así como los rendimientos derivados de la inversión de las mismas.
- Prestar servicios de administración a las sociedades de inversión.
- Entregar los recursos a la institución de seguros que el trabajador o sus beneficiarios hayan elegido, para la contratación de rentas vitalicias o del seguro de sobrevivencia.

Para su constitución y operación requieren, entre otros requisitos, los siguientes :

- Autorización que de manera discrecional compete otorgar a la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR), oyendo la opinión de la SHCP.
- La escritura constitutiva de estas sociedades y sus modificaciones se deben de someter a la autorización de la CONSAR.
- Tener íntegramente suscrito y pagado su capital mínimo.
- Deben de ser administradas por un consejo de administración formado y sus administradores serán cinco como mínimo.
- Los miembros del consejo de administración, el director general y el contralor normativo debe de ser autorizado por la CONSAR.
- El capital social está formado por acciones de la Serie "A" que representan cuando menos el 51% del mismo. El 49% restante puede integrarse indistinta o conjuntamente por acciones de las Series "A" y/o "B". Las acciones de la Serie "A" únicamente pueden ser adquiridas por : Personas físicas mexicanas y personas morales mexicanas, cuyo capital sea mayoritariamente propiedad de mexicanos y sean efectivamente controladas por los mismos. Las acciones representativas de la Serie "B" son de libre suscripción. No pueden participar en el capital social de las AFORES personas morales extranjeras que ejerzan funciones de autoridad. La participación de las instituciones financieras del exterior en el capital social de las AFORES, será de conformidad con lo establecido en los acuerdos internacionales y en las disposiciones que emita la SHCP.

- Ninguna personas física o moral puede adquirir el control de las acciones de las Series "A" o "B" por más del 10% del capital social de la AFORE de que se trate. Sin embargo, la propia CONSAR puede autorizar un porcentaje mayor.

- Ninguna AFORE puede tener más del 20% de participación en el mercado de los sistemas de ahorro para el retiro.

- Las AFORES en su consejo de administración contarán con consejeros independientes, que serán expertos en materia financiera, económica, jurídica o de seguridad social y no deberán tener ningún nexo patrimonial con las administradoras, ni vínculo laboral con los accionistas que detenten el control o con los funcionarios de dichas administradoras. Los asuntos que deben de contar con el voto aprobatorio de estos consejeros independientes son :1.- El programa de autorregulación de la administradora; 2.- Los contratos que la administradora celebre con las empresas con las que tenga nexos patrimoniales o de control administrativo y 3.- Los contratos tipo que las administradoras celebren con los trabajadores y sobre las modificaciones a los prospectos de información.

c) Sociedades de inversión especializadas en fondos para el retiro (SIEFORES)

Las SIEFORES son entidades administradas y operadas por las AFORES y tienen por objeto exclusivo invertir los recursos provenientes de las cuentas individuales de los trabajadores que reciban en los términos de las leyes de seguridad social.

Para su constitución y operación requieren, entre otros requisitos, los siguientes :

- Autorización que de manera discrecional compete otorgar a la CONSAR, oyendo la opinión de la SHCP.

- Deben de contar con un comité de inversión que tendrá por objeto determinar la política y estrategia de inversión y la composición de los activos de la sociedad.

- Deben de operar con valores y documentos a cargo del Gobierno Federal y aquellos que se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

- El 100% de su activo debe de estar representado por efectivo y valores.

- La cartera de valores de las SIEFORES estará integrada por los siguientes instrumentos :
 1.- Instrumentos emitidos o avalados por el Gobierno Federal; 2.- Instrumentos de renta variable; 3.- Instrumentos de deuda emitidos por empresas privadas; 4.- Títulos de deuda emitidos, aceptados o avalados por instituciones de banca múltiple o de banca de desarrollo; 5.- Títulos cuyas características específicas preserven su valor adquisitivo conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor y 6.- Acciones de otras sociedades de inversión , excepto SIEFORES.

d) Sociedades de inversión ¹⁸²

Las sociedades de inversión son aquellas sociedades anónimas de capital variable que tienen por objeto la adquisición de valores y documentos seleccionados de acuerdo al criterio de diversificación de riesgos ¹⁸³, con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social entre el público inversionista.

Para su constitución y operación requieren, entre otros requisitos, los siguientes :

- Autorización que de manera discrecional compete otorgar a la CNBV. Las autorizaciones son intransmisibles y se referirán a alguno de los siguientes tipos de sociedades : 1.- Sociedades de inversión comunes, 2.- Sociedades de inversión en instrumentos de deuda y 3.- Sociedades de inversión de capitales.

- Son administradas mediante un consejo de administración con un mínimo de cinco consejeros.

- La estrategia de inversión y composición de activos de la sociedad de inversión es determinada por un comité de inversiones.

- Su escritura constitutiva así como sus modificaciones deben de ser aprobadas por la CNBV.

¹⁸² Estas sociedades encuentran su fundamento en la Ley de Sociedades de Inversión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de enero de 1985.

¹⁸³ De acuerdo con este principio, las sociedades de inversión deben de realizar sus inversiones en diferentes instrumentos bursátiles.

- Salvo excepciones, ninguna persona física o moral puede ser propietaria del 10% o más de su capital pagado.
- Pueden ser administradas por sociedades operadoras. Los servicios que prestan estas sociedades pueden ser realizados igualmente por casas de bolsa e instituciones de crédito
- Las instituciones financieras del exterior y las sociedades controladoras filiales pueden constituir sociedades de inversión o sociedades operadoras de éstas.

e) Instituciones de seguros ¹⁸⁴

Las instituciones de seguros son aquellas sociedades anónimas de capital fijo o variable que reúnen bienes y servicios con la finalidad de colocar en el mercado contratos por los cuales se obligan a reparar un daño, resarcir a quien lo sufra o bien indemnizar por la actualización del riesgo previsto ¹⁸⁵.

Las autorizaciones para operar como institución de seguros las otorga de manera discrecional la SHCP y se refieren a una o más de las siguientes operaciones de seguro :

- Vida.
- Accidentes y enfermedades (accidentes personales, gastos médicos y salud).
- Daños (responsabilidad civil y riesgos profesionales, marítimo y transportes, incendio, agrícola y animales, automóviles, crédito, diversos, terremotos y otros riesgos catastróficos y los especiales que declare la SHCP).

También se puede obtener autorizaciones para realizar operaciones de reaseguro y reafianzamiento o para poder constituir organizaciones auxiliares de seguros ¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Estas instituciones encuentran su fundamento en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de agosto de 1935.

¹⁸⁵ Ruiz Torres, Humberto, *ob. cit.*, p. 105.

¹⁸⁶ Las *organizaciones auxiliares de seguros* son sociedades formadas por instituciones de seguros autorizadas con objeto de prestar a cierto sector de la actividad económica un servicio de seguros de manera habitual, a nombre y por cuenta de dichas instituciones aseguradoras, o celebrar en representación de las mismas, los contratos de reaseguro o coaseguro necesarios para la mejor distribución de los riesgos. Se entiende por *coaseguro* la participación de dos o más

Entre otras funciones que ejercen estas entidades se encuentran :

- Realizar refinanciamientos y reafianzamientos ¹⁸⁷.
- Constituir e invertir las reservas de capital que marca la ley.
- Puede actuar como fiduciario.
- Efectuar operaciones de descuento y redescuento.
- Otorgar préstamos o créditos.
- Operar con valores y documentos mercantiles.

Para su constitución y operación requieren, entre otros requisitos, los siguientes :

- Acompañar al proyecto de escritura constitutiva un plan de actividades que contemple como mínimo el capital social inicial, ámbito geográfico y programas de operación técnica, colocación de seguros y organización administrativa.
- El número de sus consejeros no puede ser inferior de cinco y actuarán constituidos en consejo de administración. Estos funcionarios deben de contar con amplios conocimientos y experiencia en materia financiera o administrativa.
- Su escritura constitutiva y cualquier modificación a la misma debe de ser sometida a la aprobación de la SHCP.
- Pueden ser de capital total o mayoritariamente mexicano o de capital total o mayoritariamente extranjero en cuyo caso se les considerará como filiales de instituciones financieras del exterior. Pueden participar en el capital de instituciones de seguros mexicanas entidades aseguradoras, reaseguradoras o reafianzadoras y demás personas físicas y morales del exterior que autorice la SHCP. La inversión mexicana siempre deberá mantener la facultad de determinar el manejo de la institución y su control efectivo.

empresas de seguros en un mismo riesgo, en virtud de contratos directos realizados por cada una de ellas con el asegurado. Se entiende por *reaseguro*, el contrato en virtud del cual una empresa de seguros toma a su cargo total o parcialmente un riesgo ya cubierto por otra o el remanente de daños que exceda de la cantidad asegurada por el asegurador directo.

¹⁸⁷ El *reafianzamiento* es el contrato por el cual una institución de fianzas, de seguros o de reaseguro debidamente facultada conforme a la ley o reafianzadoras extranjeras, se obligan a pagar a la institución reafianzada, en la proporción correspondiente, las cantidades que ésta deba cubrir al beneficiario de su fianza. *Ver* artículo 114 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

- La SHCP puede autorizar el establecimiento en México de oficinas de representación de reaseguradoras extranjeras. Dichas oficinas sólo pueden actuar a nombre y por cuenta de sus representadas para aceptar o ceder responsabilidades en reaseguro.
- La adquisición del control del 10% o más de acciones representativas del capital pagado de una institución de seguros debe de someterse a la previa autorización de la SHCP.

f) Sociedades mutualistas de seguros ¹⁸⁸

Son entidades sin fines de lucro en las que se agrupan personas que actúan libre y voluntariamente para constituir fondos de ayuda económica que se asignan a través de una colaboración espontánea, cuya finalidad es el auxilio de sus miembros en caso de necesidades presentes o futuras ¹⁸⁹.

Las autorizaciones para operar como sociedad mutualista de seguros las otorga de manera discrecional la SHCP.

Estas sociedades realizan entre otras, las siguientes funciones :

- Las de seguro, con excepción de los contratos de seguros relativos a las pensiones derivados de leyes de seguridad social.
- Constituir depósitos en instituciones de crédito
- Efectuar descuentos y redescuentos.
- Operar con documentos mercantiles.
- Otorgar préstamos o créditos.
- Operar con valores.

Para su constitución y operación requieren, entre otros requisitos, los siguientes :

- El objeto social se debe de limitar a su funcionamiento como sociedad mutualista de seguros.

¹⁸⁸ Estas sociedades encuentran su fundamento en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de agosto de 1935.

¹⁸⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano". (tomo P - Z). Serie E. Varios, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. p. 2981.

- Operan bajo un consejo de administración.
- La responsabilidad social de los mutualizados se limita a cubrir su parte proporcional en los gastos de gestión de la sociedad, salvo lo relacionado con los ajustes totales de siniestros.
- Cuando se practican operaciones de vida el número de mutualizados no debe de ser inferior a trescientos.
- No pueden participar en forma alguna en estas entidades gobiernos o dependencias oficiales extranjeros, entidades financieras del exterior o agrupaciones de personas extranjeras físicas o morales.
- Su escritura constitutiva y cualquier modificación a la misma debe de ser sometida a la aprobación de la SHCP.

g) Procedimientos para la solución de controversias en materia de seguros

La Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros comprende dos tipos de procedimientos para solucionar las disputas que resulten de la actividad comercial en este rubro. Estos procedimientos son los siguientes :

Procedimientos ante la CNSF

- Conciliación
- Arbitraje
 - en amigable composición
 - de estricto derecho

Procedimientos judiciales

Procedimientos ante la CNSF

Conciliación

Cuando surja una reclamación contra una institución o sociedad mutualista de seguros, se estará a lo siguiente :

- 1.- Se debe de agotar el procedimiento conciliatorio ante la CNSF.
- 2.- El reclamante debe de presentar un escrito ante la CNSF con el que se correrá traslado a la empresa de que se trate. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción de la acción correspondiente.
- 3.- La CNSF requerirá a la empresa de seguros para que presente antes o en el momento de la junta de avenencia un informe contestando todos los hechos de la reclamación. La falta de presentación del mismo no puede ser causa para suspender o diferir dicha junta y ésta debe de darse por concluida el día señalado para su celebración. En caso de que no se pueda verificar la junta en la fecha establecida para ello, la misma se realizará dentro de los diez días hábiles siguientes. Si la empresa no presenta el informe se hará acreedora a una sanción de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.
- 4.- La CNSF podrá por sí misma o a petición del reclamante, exigir a la empresa de seguros que proporcione más información con relación a la reclamación en la misma junta de avenencia o dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la celebración de la misma. En este caso se diferirá la junta requiriendo a la empresa para que en la nueva fecha presente el informe adicional. En caso de que no lo haga se le sanciona con la multa citada.
- 5.- Al concluir la junta de avenencia, la CNSF ordenará a la empresa de seguros que dentro de los diez días hábiles siguientes, constituya e invierta una reserva técnica específica para obligaciones pendientes de cumplir, cuyo monto no deberá de exceder la suma asegurada.
- 6.- La junta de avenencia se realizará dentro de los veinte días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la reclamación. Si no comparece el reclamante se entenderá que no desea la conciliación y que es su voluntad no someter sus diferencias al arbitraje de la Comisión. En el caso de que la empresa de seguros no comparezca, se hará acreedora a una multa de doscientos a trescientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, pudiéndosele citar cuantas veces sea necesario, a menos que el reclamante solicite que se dejen a salvo sus derechos y la reincidencia se puede castigar con una multa hasta del doble de la ya impuesta. En la junta de avenencia la empresa de seguros puede argumentar la imposibilidad de conciliar y de someterse al arbitraje de la CNSF.
- 7.- En caso de que en la junta de avenencia se dejen a salvo los derechos del reclamante, éste debe de acreditar ante la CNSF, dentro de los ciento veinte días naturales siguientes haber

presentado su demanda y en caso de no hacerlo, la empresa de seguros puede cancelar bajo su responsabilidad la constitución de la reserva técnica específica. La empresa de seguros debe de reconstituir esta reserva dentro de los diez días hábiles siguientes al en que se le emplace a juicio.

8.- Durante la junta de avenencia se exhorta a las partes a conciliar sus intereses y si no llegaren a algún acuerdo para finalizar su controversia, la CNSF las invitará para que voluntariamente y de común acuerdo la designe árbitro, en amigable composición o de estricto derecho. El compromiso correspondiente se hará constar mediante un acta que se levanta ante la citada Comisión.

9.- Las delegaciones regionales de la Comisión tramitan el procedimiento conciliatorio y en su caso el procedimiento arbitral hasta la formulación del proyecto del laudo.

Arbitraje

Arbitraje en amigable composición

En este tipo de procedimiento arbitral las partes facultan a la propia CNSF para que la misma pueda resolver libremente los puntos controvertidos que ellas mismas fijan, estableciéndose además las etapas, formalidades o términos a que se sujetará el arbitraje.

Arbitraje de estricto derecho

1.- En este tipo de arbitraje las partes facultan a la CNSF a resolver la controversia planteada con apego a las disposiciones legales aplicables y determinar las etapas, formalidades y términos a que se sujetará el mismo, los cuales no excederán de los siguientes plazos :

a. Nueve días para la presentación de la demanda contados a partir del día siguiente al de la celebración del compromiso y el mismo plazo para realizar la contestación, contado a partir del día siguiente a aquél en que surta efecto la notificación, debiendo acompañar a dichos escritos el documento o documentos en que se funde la acción y las excepciones y defensas

correspondientes y aquellos que puedan servir como prueba a su favor. Sólo les serán admitidos con posterioridad los que comprende el Código de Comercio.

b. Contestada la demanda o transcurrido el término para hacerlo se dictará auto abriendo el juicio a prueba durante un plazo de cuarenta días, de los cuales los primeros diez serán para su ofrecimiento y los treinta restantes para su desahogo. En todo caso se tendrán como pruebas todas las constancias que integren el expediente, aunque no hayan sido ofrecidas por las partes. Los exhortos y oficios se entregan a la parte que haya ofrecido la prueba correspondiente para que los haga llegar a su destino. la oferente de la prueba tiene la obligación de gestionar su diligencia.

c. Diez días comunes a las partes para formular alegatos.

2.- Transcurridos los términos fijados, sin necesidad de que se acuse rebeldía, continuará el procedimiento y se tendrá por perdido el derecho que debió ejercitarse. Los términos son improrrogables, se computan en días hábiles y empiezan a contarse a partir del día siguiente a aquél en que surten efectos las notificaciones respectivas. se aplica supletoriamente en orden, el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

3.- Opera la caducidad de la instancia si no existe promoción de parte por un lapso de más de noventa días contado a partir de la notificación de la última actuación.

4.- La CNSF puede allegarse todos los elementos necesarios para resolver la disputa, para lo cual contará con el apoyo de las autoridades administrativas y el poder judicial. Solamente se limitarán las pruebas prohibidas por la ley y las contrarias a la moral.

5.- El laudo arbitral y las resoluciones que ponen fin a los incidentes de ejecución, sólo admiten como medio de defensa el juicio de amparo. Las partes puede solicitar la aclaración del laudo dentro de las setenta y dos horas siguientes a su notificación. Las demás resoluciones que conforme al Código de Comercio admitan apelación o revocación, pueden impugnarse en el juicio arbitral mediante el recurso de revocación.

6.- Si el laudo arbitral condena a la institución, ésta cuenta con un lapso de quince días hábiles a partir de su notificación para cumplirlo. La CNSF ejecutará el laudo mandando a efectuar el pago a la persona en cuyo favor se hubiere dictado el mismo, con cargo a la

reserva que se haya constituido. En caso de negativo u omisión la CNSF en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo de quince días citado, ordenará el remate de los valores invertidos.

7.- Los convenios celebrados ante la propia CNSF tienen el carácter de una sentencia ejecutoria y pueden ser ejecutados por la misma.

Procedimiento judicial

En materia de procedimientos judiciales, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros propone una serie de reglas procesales complementarias a las ordenamientos adjetivos aplicables, para desahogar los mismos atendiendo la naturaleza de las disputas en este rubro.

Es importante destacar lo citado por el artículo 136 de dicha ley que establece que los tribunales no pueden dar entrada a demanda alguna contra una empresa de seguros si el actor en ella no afirma bajo protesta de decir verdad que ante la CNSF se agotó el procedimiento conciliatorio correspondiente. En cualquier momento que aparezca que no se agoto este procedimiento debe de sobreseerse la instancia e imponer al actor las costas originadas por el procedimiento. La omisión del procedimiento conciliatorio en la vía administrativa constituye una excepción dilatoria que puede interponerse por la empresa de seguros demandada.

h) Instituciones de fianzas ¹⁹⁰

Las instituciones de fianzas son sociedades anónimas de capital fijo o variable, que tienen como función principal la de garantizar por sus fiados o clientes el cumplimiento de las obligaciones que contraigan con terceros.

Las autorizaciones para operar como institución de fianzas o para operar exclusivamente el reafianzamiento las otorga de manera discrecional la SHCP ¹⁹¹.

¹⁹⁰ Estas instituciones encuentran su fundamento en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1950.

Estas instituciones realizan entre otras, las siguientes funciones :

- Las fianzas, el reafianzamiento y el cofianzamiento ¹⁹².
- Constituir e invertir reservas.
- Actuar como fiduciario.
- Operaciones de descuento y redescuento.
- Otorgar préstamos o créditos.
- Operar con valores.

Las instituciones de fianzas deben de tener suficientemente garantizada la recuperación y comprobar en cualquier momento las garantías ¹⁹³ con que cuenten, cualquiera que sea el monto de las responsabilidades que contraigan mediante el otorgamiento de fianzas.

Para su constitución y operación requieren, entre otros requisitos, los siguientes :

- Acompañar al proyecto de escritura constitutiva un plan de actividades que contemple como mínimo el capital social inicial, ámbito geográfico y programas de operación técnica, colocación de fianzas y organización administrativa.
- La adquisición del control del 10% o más de acciones representativas del capital pagado de una institución de fianzas debe de someterse a la previa autorización de la SHCP.
- El capital social de las instituciones de fianzas puede ser mayoritaria o totalmente mexicano. Cuando el capital social sea mayoritariamente extranjero se considerarán como filiales.
- Sus administradores no podrán ser menos de cinco y deben de constituirse en consejo de administración.

¹⁹¹ También necesitan autorización de la SHCP para constituirse y operar las *organizaciones auxiliares de fianzas*, que son consorcios formados por instituciones de fianzas con objeto de prestar a cierto sector de la actividad económica un servicio de fianzas de manera habitual, a nombre y por cuenta de dichas instituciones afianzadoras, o de celebrar en representación de las mismas, contratos de reafianzamiento o cofianzamiento.

¹⁹² El *cofianzamiento* es el contrato mediante el cual dos o más instituciones de fianzas otorgan fianzas ante un beneficiario, garantizando por un mismo o diversos montos e igual concepto, a un mismo fiado. *Ver* artículo 116 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

¹⁹³ Las *garantías de recuperación* pueden ser : 1.- Prenda, hipoteca o fideicomiso; 2.- Obligación solidaria; 3.- Contrafianza o 4.- Afectación en garantía en los términos de ley.

- Su escritura constitutiva y las modificaciones a la misma tienen que ser aprobadas por la SHCP.

i) Procedimientos especiales para la solución de controversias

La Ley Federal de Instituciones de Fianzas propone para la solución de controversias los siguientes procedimientos :

Reclamación directa ante la institución de fianzas

Procedimiento ante la CNSF

Procedimiento judicial

Procedimientos convencionales

Reclamación directa ante la institución de fianzas

Los beneficiarios de fianzas deben de presentar sus reclamaciones derivadas de las pólizas respectivas directamente ante la institución de fianzas.

Este procedimiento se constituye por las siguientes etapas :

1.- Los beneficiarios de las fianzas deben de presentar sus reclamaciones por escrito y debidamente documentadas directamente ante la institución de fianzas respectiva. La sola presentación de la reclamación a la institución de fianzas interrumpe la prescripción de las obligaciones a su cargo.

2.- A partir de que sea presentada la reclamación, la institución contará con un plazo de quince días naturales para solicitar al beneficiario información y/o documentación relacionada con la fianza motivo de la controversia. El beneficiario tiene igualmente quince días naturales para proporcionar la información y/o documentación requerida y de no hacerlo en dicho término, se tendrá por integrada la reclamación. La misma consecuencia traerá el que la institución no ejercite este derecho.

3.- Una vez integrada la reclamación la institución contará con un plazo de treinta días naturales, contados a partir de la fecha en que sea consumada dicha integración para declarar la procedencia o la improcedencias del pago.

4.- Si la institución determina que procede parcialmente la reclamación podrá hacer el pago de lo que reconozca dentro del plazo de treinta días naturales descrito en el inciso anterior. Si el pago se hace después de este plazo, la institución deberá de cubrir los intereses correspondientes. En este caso el beneficiario está obligado a recibir el pago, sin perjuicio de ejercer sus derechos para reclamar la diferencia por las vías legales que decida.

5.- Si el beneficiario de la fianza no está conforme con la resolución de la institución puede dejar a salvo sus derechos para acudir a las instancias que considere pertinentes, con el propósito de solucionar la controversia.

En caso de que la institución de fianzas no de contestación a la reclamación que se le presente o exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante puede a su elección hacer valer sus derechos ante la CNSF o los tribunales competentes, así como optar por los procedimientos convencionales que establece la ley.

Procedimiento ante la CNSF

Los procedimientos que se realizan ante la CNSF son :

- **Conciliación**
- **Arbitraje en amigable composición**

Conciliación

En caso de que el beneficiario de la fianza decidiera presentar su reclamación ante la CNSF, debe de desahogar en primer término un procedimiento conciliatorio ante la misma,

siendo éste obligatorio para la institución de fianzas ¹⁹⁴. Se desarrolla de la siguiente manera:

1.- El reclamante debe de presentar el escrito correspondiente ante la CNSF para que la misma le corra traslado a la institución de fianzas en un plazo de diez días naturales contados a partir de la fecha en que es presentada la reclamación. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción de las acciones legales correspondientes.

2.- Una vez recibida la reclamación, la institución contará con un plazo de diez días naturales para rendir un informe por escrito a la CNSF, mediante el cual se de respuesta a cada uno de los hechos de la misma. En caso de no presentar este informe, la institución será acreedora de una sanción de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. La institución puede solicitar a la CNSF que cite al fiado a la junta de avenencia o conciliación respectiva.

3.- La CNSF citará a las partes y en su caso al fiado a una junta de avenencia, que se realizará dentro de los veinte días naturales contados a partir de la fecha de presentación de la reclamación. Si la junta no se pudiere celebrar en la fecha indicada, se verificará dentro de los ocho días naturales siguientes. En la junta la institución hará el pago de la reclamación o en su defecto presentará el informe correspondiente. Si no comparece el reclamante se entenderá que no desea la conciliación. Si la que no comparece es la institución se le multará por conducto de la propia CNSF por un monto de 200 a 300 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal y bajo este supuesto se volverá a citar a las partes hasta que acuda la institución. Si a partir de la segunda citación ésta no asiste su reincidencia se podrá castigar con multa hasta del doble de la ya impuesta. Si el fiado es el que no comparece se podrá desahogar la junta de avenencia.

4.- Si las partes no pudieren conciliar sus intereses la CNSF las invitará a que voluntariamente y de común acuerdo la designen árbitro. El convenio correspondiente se hace constar mediante un acta que se levanta ante la citada CNSF.

¹⁹⁴ Al respecto, la jurisprudencia señala : "*SEGUROS, LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE. ARTICULOS 135 Y 136. SU INTERPRETACION. La Ley General de Instituciones de Seguros no obliga a designar a la Comisión como árbitro, sino solamente a ocurrir ante ella, la que procurará conciliar los intereses y si no lo logra, ni es designada árbitro, se puede recurrir a los Tribunales.*" Sexta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXII, Cuarta Parte, pág. 142. Amparo directo 7334/60. La Californiana, Compañía General de Seguros, S.A. 5 de octubre de 1966, 5 votos. Ponente : Enrique Martínez Ulloa.

Arbitraje en amigable composición

En caso de que las partes acepten el procedimiento arbitral ante la CNSF, el mismo se desarrolla de la siguiente manera :

- 1.- En el convenio en que se pacte el juicio arbitral ante la CNSF las partes fijarán los puntos a resolver mediante el mismo y previa opinión de la Comisión se determinarán las etapas y demás formalidades de dicho procedimiento. Las delegaciones regionales de la CNSF tramitarán tanto la conciliación como el procedimiento de arbitraje.
- 2.- La CNSF puede allegarse todos los elementos necesarios para resolver la disputa, para lo cual contará con el apoyo de las autoridades administrativas y el poder judicial. Solamente se limitarán las pruebas prohibidas por la ley y las contrarias a la moral.
- 3.- El laudo arbitral sólo admite como medio de defensa el juicio de amparo. Las partes puede solicitar la aclaración del laudo dentro de las setenta y dos horas siguientes a su notificación. Las demás resoluciones que conforme al Código de Comercio admitan apelación o revocación, pueden impugnarse en el juicio arbitral mediante el recurso de revocación.
- 4.- En el caso de que no exista promoción de parte durante un lapso de más de noventa días, contado a partir de la notificación de la última actuación, operará la caducidad de la instancia.
- 5.- Si el laudo arbitral condena a la institución, ésta cuenta con un lapso de quince días hábiles a partir de su notificación para cumplirlo. La CNSF ejecutará el laudo mandando a efectuar el pago a la persona en cuyo favor se hubiere dictado el mismo. En caso de negativo u omisión la CNSF en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo de quince días citado ordenará el remate de los valores invertidos conforme a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

Procedimiento judicial

En lo referente a la solución de controversias en materia de fianzas ante las autoridades judiciales, la Ley Federal de Instituciones de Fianzas propone una serie de reglas

procesales para desahogar los procedimientos que se ventilen ante los tribunales competentes, señalando como supletorios en materia adjetiva a los códigos de Comercio y Federal de Procedimientos Civiles.

Los reclamantes pueden elegir libremente entre llevar los asuntos que les correspondan ante tribunales locales o federales.

Procedimientos convencionales

Dentro de las reglas procesales mencionadas en el inciso anterior, el legislador incluyó en el artículo 103 Bis la posibilidad de remitir las controversias entre las partes a procedimientos convencionales que las mismas pacten voluntariamente como es el caso del arbitraje comercial, distinto al administrado por la propia CNSF.

Dicho artículo establece que las instituciones de fianzas pueden convenir libremente con el solicitante, fiado, obligado solidario o contrafiador procedimientos convencionales ante tribunales o árbitros para resolver sus disputas y la forma de hacer efectivas las garantías de recuperación a favor de la afianzadora. De la misma forma, los derechos y obligaciones de la afianzadora frente al beneficiario de las pólizas pueden sujetarse a procedimientos convencionales para su efectividad.

Este precepto también señala que para llevar a cabo estos procedimientos será necesario que las partes se sujeten a lo establecido en el Código de Comercio relativo a los juicios mercantiles y demás leyes que resulten aplicables adoptando las siguientes modalidades :

- El procedimiento convencional ante tribunales o mediante arbitraje se puede pactar en los propios contratos de solicitud de fianza que suscriban las instituciones con el fiado, o en su caso con el solicitante, los obligados solidarios o contrafiadores, o en documentos por separado, ratificados ante notario o corredor públicos, o ante la CNSF.
- Se puede pactar también el procedimiento convencional en cualquier estado del juicio ante el juez que conozca de la demanda que se hubiere interpuesto o durante el procedimiento seguido ante la CNSF.

- Los tribunales y en su caso la CNSF se deben de ajustar al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado y a petición de las mismas darán por terminados el juicio o el procedimiento arbitral iniciado.
- El procedimiento convencional establecido podrá acordarse por separado con el fiado o con cualesquiera de los obligados solidarios o contrafiadores, sin que surta efecto para los que no lo hubieren celebrado.
- En lo relativo a los procedimientos convencionales con los beneficiarios de las fianzas, bastará que consten en el texto de las propias pólizas de fianza o en documentos adicionales a las mismas. Se considerarán aceptados los procedimientos convencionales por parte del beneficiario cuando la institución de fianzas de que se trate no reciba negativa de observaciones a los mismos dentro del plazo de diez días naturales contados a partir de la fecha en que el beneficiario hubiere recibido la póliza de fianza y en su caso los documentos adicionales a la misma en que se contenga el procedimiento convencional a que se sujetará la reclamación de la fianza.
- Las instituciones de fianzas al recibir la reclamación de sus pólizas por parte del beneficiario, tienen que hacerlo del conocimiento del fiado o en su caso del solicitante, obligados solidarios o contrafiadores, haciéndoles saber el momento en que se vence el plazo establecido en la ley, en las pólizas de fianza o en los procedimientos convencionales celebrados con los beneficiarios, para resolver o inconformarse en contra de la reclamación.
- El fiado, solicitante, obligados solidarios y contrafiadores están obligados a proporcionar a la afianzadora todos los elementos y/o documentación necesarios para determinar la procedencia o improcedencia de la reclamación. Cuando se considere que la reclamación es total o parcialmente procedente, tendrán la obligación de proveer a la institución de fianzas las cantidades necesarias para que ésta haga el pago de lo que se reconozca al beneficiario.
- Si la afianzadora no reciba la documentación o los pagos, puede decidir si paga la reclamación presentada por el beneficiario y en este caso, el fiado, solicitante, obligados solidarios o contrafiadores están obligados a reembolsar a la institución de fianzas lo que a ésta le corresponda, sin que puedan oponérsele las excepciones que el fiado tuviera frente a su acreedor. El fiado conservará sus derechos, acciones y excepciones frente a su acreedor para demandar la improcedencia del pago hecho por la afianzadora y los daños y perjuicios que con esto le hubiere causado.

- En los procedimientos para la solución de controversias que propone la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las instituciones que regula, al ser requeridas o demandadas por el acreedor, pueden denunciar la disputa al deudor principal para que éste rinda las pruebas que crea convenientes. En caso de que no salga a juicio para este propósito, le perjudicará la sentencia que se pronuncie contra la institución de fianzas.

j) Autoridades y entidades que ejercen atribuciones en el Sistema Financiero Mexicano

Dentro de nuestro sistema financiero existen diversas dependencias u entidades que ejercen atribuciones en materia regulatoria relacionadas con las operaciones y servicios que llevan a cabo las entidades financieras bancarias y las entidades financieras no bancarias. Estas son :

Congreso de la Unión

Resulta indudable que el propio Poder Legislativo Federal, compuesto por la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados es un factor de gran importancia en materia regulatoria en lo que respecta al sistema financiero. Como consecuencia de su actividad, éste figura como uno de los principales formadores de los cuerpos normativos que rigen las actividades en materia de comercio de bienes y servicios. Este órgano legislativo tiene una injerencia especial en lo referente a la creación, modificación y estructuración de todo el ordenamiento jurídico nacional, particularmente sobre el marco legislativo de carácter financiero, por ser éste de materia federal, así como de los distintos rubros que comprende sus facultades en materia económica y financiera, destacando los siguientes preceptos constitucionales :

Artículo 71 constitucional

"El derecho de iniciar leyes o decretos compete :

I. Al Presidente de la República.

II. A los diputados y senadores al Congreso de la Unión..."

Este precepto de nuestra Carta Magna hace referencia al procedimiento de formación de leyes en materia federal. Para ello, faculta tanto al Presidente de la República, como a los senadores y diputados individualmente considerados, para que propongan iniciativas o proyectos de cuerpos normativos o modificaciones a los ya existentes.

Artículo 73 constitucional

"El Congreso tiene facultad :

...X. Para legislar en toda la República sobre..., comercio, ...intermediación y servicios financieros...

...XVIII. Para establecer casa de moneda, fijar las condiciones que ésta deba tener, dictar reglas para determinar el valor relativo de la moneda extranjera...

...XXIX - A. Para establecer contribuciones :

3o. Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros...

...XXIX - D. Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social...

XXIX - E. Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios..."

Siendo una función característica del Poder Legislativo Federal la elaboración de leyes con sus características de generales, abstractas e impersonales, este precepto señala, como anteriormente se había revisado, las materias en la que está plenamente facultado para legislar. Con lo anterior, se cumple con el principio federal de distribución de competencia entre la Federación y los Estados de la República Mexicana, reservando para estos un amplio campo para la elaboración de cuerpos normativos de aplicación local.

Se concede al Congreso de la Unión la posibilidad de legislar en las materias económica, de planeación y desarrollo económico, así como en la tributaria, por considerarlas estratégicas y de esencial importancia para el país en su conjunto. Esta "federalización legislativa" en estos campos económico - financieros fue creciendo a medida que nuestra economía fue incorporándose al proceso de globalización o internacionalización de los mercados.

Artículo 76 constitucional

"Son facultades exclusivas del Senado :

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal, con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del despacho correspondiente rindan al Congreso; además aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión..."

Artículo 89 constitucional

"Las facultades y obligaciones del Presidente de la República son las siguientes :

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia...

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado..."

Artículo 123 constitucional

Apartado A

"...El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán :

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo :

...XXXI. La aplicación de las leyes del trabajo corresponde a las autoridades de los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, pero es de la competencia exclusiva de las autoridades federales en los asuntos relativos a :

a) Ramas industriales y servicios :

...22. Servicios de banca y crédito..."

Apartado B

"...Entre los Poderes de la Unión , el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores :

...XIII bis.- El Banco Central y las entidades de la Administración Pública Federal que formen parte del sistema bancario mexicano regirán sus relaciones laborales con sus trabajadores por lo dispuesto en el presente apartado..."

Este precepto establece la naturaleza dual del régimen laboral que deben de adoptar los funcionarios y empleados que presten sus servicios dentro del Sistema Financiero Mexicano.

Artículo 133 constitucional

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Los tres preceptos constitucionales anteriormente analizados, se encuentran relacionados entre sí por ser la columna vertebral de la política en materia internacional de México. Dentro de las facultades que tiene el titular del Poder Ejecutivo Federal está la de poder celebrar tratados, acuerdos o convenios internacionales en aquellas materias y rubros que se consideren prioritarios para la Nación en su conjunto. Es por esto, que la propia Constitución Política faculta al Senado y no a la Cámara de Diputados, para aprobar los instrumentos internacionales que le someta el Presidente de la República, siendo de esta forma como todas las entidades federativas pueden participar en la adopción de nuevas normas que serán ley suprema de toda la unión.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público

La Administración Pública Federal, según dicta el artículo 90 constitucional es centralizada y paraestatal. Como parte de la Administración Pública Centralizada encontramos a las Secretarías de Estado y a los Departamentos Administrativos. Las Secretarías de Estado son entidades de derecho público que auxilian directamente al titular del Poder Ejecutivo Federal¹⁹⁵.

A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público compete el diseño, desarrollo, supervisión y orientación de la política económica, financiera y tributaria del país, en lo que respecta a sus facultades como órgano de la Administración Pública Federal. Específicamente, en materia regulatoria le corresponde aplicar, ejecutar e interpretar para efectos administrativos los cuerpos normativos de carácter financiero, así como emitir las disposiciones que complementen o doten de operatividad a los mismos.

Entre sus principales funciones en materia financiera y regulatoria se encuentran ¹⁹⁶:

- Dirigir la integración del Plan Nacional de Desarrollo, la formulación del Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo y del Programa Operativo Anual de Financiamiento de la Administración Pública.

¹⁹⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo P - Z), ob. cit., p. 2875.

¹⁹⁶ Grupo Asesor México, S.C. "Sistema Financiero Mexicano", ob. cit. p. 32

- Proponer lineamientos al Gobierno Federal en materia financiera, fiscal, crediticia, monetaria, cambiaria y de precios y tarifas de bienes y servicios públicos.
- Dirigir la formulación de políticas y programas de la banca de desarrollo y de los fideicomisos de fomento económico.
- Participar en la formulación de las reglas relacionadas con la promoción, constitución, regulación, sanción, captación y asignación de recursos del sistema financiero y de todas las entidades que lo constituyen.
- Resolver los asuntos legales que las disposiciones que rigen al sistema financiero le atribuyen.
- Planear, coordinar, evaluar y vigilar al sistema financiero y a las entidades que lo constituyen dentro de su competencia.

Banco de México

Esta entidad de derecho público ejerce sus funciones de autoridad dentro del sistema financiero en su carácter de Banca Central. Tiene como finalidades principales : regular la emisión y circulación de moneda; regular el mercado cambiario nacional y la política de tasas de interés; regular la intermediación y los servicios financieros y fungir como agente financiero del gobierno federal.

Entre sus actividades regulatorias más importantes se encuentran :

- Regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación, los servicios financieros y los sistemas de pagos.
- Expedir disposiciones relativas a la regulación monetaria o cambiaria, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del sistema de pagos o la protección de los intereses del público. Estas disposiciones deben de ser de aplicación general, pudiendo referirse a uno o varios tipos de intermediarios, a determinadas operaciones o a ciertas zonas o plazas. Las sanciones que imponga el Banco de México tienen como objetivo la

preservación de las normas de orden público establecidas en la propia ley que lo regula y en todas aquellas en que se prevea su intervención ¹⁹⁷.

- Determinar las condiciones en que las instituciones de crédito deben de canjear y retirar los billetes y las monedas metálicas en circulación.
- Determinar las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito, así como las de crédito, préstamo o reporto que celebren los intermediarios bursátiles y de los servicios fiduciarios, mandatos o comisiones de los mismos y de las instituciones de seguros y fianzas.
- Regular el servicio de transferencias de fondos a través de instituciones de crédito y de otras empresas que lo presten de manera profesional.

Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Esta Comisión es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica y facultades ejecutivas que tiene como objeto principal supervisar ¹⁹⁸ y regular a las entidades financieras distintas a las relacionadas con los seguros y las fianzas, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo del sistema financiero en su conjunto, en protección de los intereses del público. De la misma forma, supervisa y regula las operaciones de las personas físicas y demás personas morales que lleven a cabo dentro del sistema financiero.

Entre otras de sus funciones regulatorias sobresalen :

- Emitir la regulación prudencial a que se sujetan las entidades financieras.
- Dictar normas de registro de operaciones.
- Fijar reglas para la estimación de los activos.

¹⁹⁷ Ver artículo 24 de la Ley del Banco de México.

¹⁹⁸ La función de supervisión comprende el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia, prevención y corrección.

- Expedir normas respecto a la información que deben proporcionarle periódicamente las entidades financieras.
- Emitir disposiciones sobre las actividades de los auditores.
- Dar atención a las reclamaciones que presenten los usuarios de las entidades financieras.
- Emitir disposiciones sobre la constitución y operación de las entidades financieras.
- Intervenir administrativa o gerencialmente a las entidades financieras con el objeto de suspender, normalizar o resolver las operaciones que pongan en peligro su solvencia, estabilidad o liquidez o como resultado de la violación de la ley.
- Imponer multas y sanciones por violaciones a la ley de la materia.

Comisión Nacional de Seguros y Fianzas

La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y crédito Público que tiene como objeto principal la inspección y vigilancia de las entidades relacionadas con operaciones de seguros y fianzas. Entre sus principales funciones regulatorias se encuentran :

- Imponer sanciones administrativas por infracciones a la ley de la materia.
- Fungir como órgano de consulta de la SHCP en materia de seguros y fianzas.
- Emitir disposiciones sobre la constitución y operación de las entidades aseguradoras y de fianzas.
- Emitir la regulación prudencial a que se sujetan las entidades aseguradoras y de fianzas.
- Intervenir administrativa o gerencialmente a las entidades aseguradoras o de fianzas con el objeto de suspender, normalizar o resolver las operaciones que pongan en peligro su solvencia , estabilidad o liquidez o como resultado de la violación de la ley.

- Dar atención a las reclamaciones que presenten los usuarios de las entidades aseguradoras y de fianzas.

Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro

Este órgano desconcentrado de la SHCP, dotado de autonomía técnica y facultades ejecutivas tiene como principal objetivo la coordinación, regulación, supervisión y vigilancia de los sistemas de ahorro para el retiro ¹⁹⁹ y de las entidades que los constituyen ²⁰⁰.

Entre sus principales facultades regulatorias se encuentran :

- Expedir disposiciones de carácter general relativas a la operación de sistemas de ahorro para el retiro.
- Emitir la regulación prudencial a que se sujetan los participantes y los sistemas de ahorro para el retiro.
- Imponer multas y sanciones por violaciones a la ley de la materia.
- Recibir y tramitar las reclamaciones que formulen los usuarios.

Bolsa Mexicana de Valores

Aunque esta sociedad anónima carece de las características formales para designarla como autoridad, en la práctica financiera y bursátil desempeña ciertas actividades que la colocan como entidad reguladora dentro del sistema financiero. Es decir, esta entidad complementa las funciones de supervisión y vigilancia que efectúa la propia CNBV, sobre

¹⁹⁹ Los sistemas de ahorro para el retiro son definidos como aquellos regulados por las leyes de seguridad social que vigilen que las aportaciones de los trabajadores, patrones y del Estado sean manejados a través de cuentas individuales propiedad de los trabajadores, con el fin de acumular saldos, mismos que se aplicarán con fines de previsión social o para la obtención de pensiones o como complemento de éstas.

²⁰⁰ Las entidades que los conforman son : 1.- Administradoras de fondos para el retiro, 2.- Sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro y 3.- Empresas operadoras de la base de datos nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.

todo en lo relativo a la observancia del reglamento interno y de operaciones de la bolsa de valores.

Entre estas funciones destacan :

- Llevar a cabo el control administrativo de las operaciones bursátiles.
- La supervisión y vigilancia de las actividades y operaciones de las empresas emisoras y de los agentes bursátiles.

k) Semblanza de las reforma legales al Sistema Financiero Mexicano propuestas en el año de 1998

Como parte de la estrategia que el Gobierno Federal tuvo que implementar en respuesta al difícil entorno macroeconómico, consecuencia de la *cuasi recesión* económica mundial de 1997 y 1998, así como para resolver en definitiva el asunto de los activos del FOBAPROA, se propusieron las siguientes adecuaciones normativas al Sistema Financiero Mexicano :

- Expedición de la Ley de Protección al Ahorro Bancario.
- Expedición de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.
- Diversas modificaciones a las Leyes del Banco de México, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores y para Regular las Agrupaciones Financieras.

i. Ley de Protección al Ahorro Bancario ²⁰¹

²⁰¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999. Como parte del dictamen de este cuerpo normativo se determinó lo siguiente : 1.- El FOBAPROA mantiene sus operaciones para administrar el programa de capitalización y compra de cartera, a fin de que se concluyan las auditorías ordenadas por la Cámara de Diputados. Este programa consistió en la compra, por parte del gobierno, de cartera crediticia emproblemada a las entidades financieras bancarias. Los bancos recibieron pagarés emitidos por el FOBAPROA avalados por el Gobierno Federal y también sus accionistas inyectaron capital para sanear a las instituciones. Las auditorías deben de terminar en un plazo máximo de 6 meses contados a partir de la entrada en vigor de la Ley; 2.- El Instituto de Protección al Ahorro Bancario, sujeto a la condición de que se verifiquen las auditorías correspondientes, asume la titularidad de las operaciones de los programas de saneamiento, adquisiciones, fusiones y liquidación de bancos. Estas operaciones de saneamiento se dieron como

Objetivos

La Ley de Protección al Ahorro Bancario tiene como objetivos establecer el sistema de protección al ahorro bancario, regular los apoyos que por este motivo se destinen a las entidades financieras de banca múltiple y determinar las bases de organización y operación del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario.

Supletoriedad normativa

A esta Ley se aplican supletoriamente los siguientes ordenamientos :

- La Ley de Instituciones de Crédito.
- La Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
- El Código de Comercio.
- La Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB) ²⁰²

Este Instituto será el encargado de administrar el sistema de protección al ahorro bancario, así como asumir y, en su caso, pagar en forma subsidiaria, las obligaciones que se encuentren *garantizadas a cargo de las entidades bancarias*, con base en determinados límites y condiciones ²⁰³. Este organismo es de carácter descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

resultado de la intervención de entidades bancarias por su precaria situación financiera, insolvencia y/o administración irregular. En ocasiones el gobierno se hizo dueño temporal de los bancos y posteriormente los vendió a inversionistas, en otras, procedió a su liquidación; 3.- El Instituto asumirá los créditos otorgados por el Banco de México al FOBAPROA y al FAMEVAL, debiéndose convenir los términos y condiciones para que tales financiamientos se vayan extinguiendo sin cargo a dicho Instituto, en la medida en que los resultados del Banco así lo permitan, sin afectar su capital y reservas; 4.- A fin de concluir los programas de saneamiento financiero y la liquidación de las operaciones de los fondos citados, el Instituto dispondrá de las 3/4 partes de las cuotas que le paguen las entidades bancarias, los provenientes de la recuperación de sus activos y aquellos derivados de los costos que al efecto se hayan convenido asuman las instituciones apoyadas y 5.- Anualmente el Gobierno Federal asignará una partida del Presupuesto de Egresos de la Federación para saldar los compromisos y pasivos generados principalmente por el FOBAPROA.

²⁰² Para los efectos del presente trabajo, es importante resaltar, que con base en la fracción XVI del artículo 68 de la Ley del IPAB, *éste organismo puede convenir en resolver sus controversias a través del juicio arbitral.*

²⁰³ Entre las operaciones y actos de carácter mercantil que puede realizar el Instituto destacan : 1.- La suscripción de títulos de crédito de los bancos que apoye; 2.- La celebración de contratos de asociación en participación; 3.- La constitución de fideicomisos; 4.- La realización de operaciones de crédito; 5.- La celebración de todos aquellos contratos

Su patrimonio se constituye por : 1.- Las cuotas de las entidades bancarias, 2.- Los productos y rendimientos derivados de las operaciones que realice, 3.- Los intereses, rentas, plusvalías y demás utilidades que obtenga de sus inversiones, 4.- Los recursos provenientes de financiamientos, 5.- Los bienes muebles e inmuebles que adquiera y 6.- Demás recursos que reciba.

La administración del Instituto estará a cargo de una Junta de Gobierno y de un Secretario Ejecutivo. La Junta de Gobierno se integra por 7 vocales constituidos por : El Secretario de Hacienda y Crédito Público, el Gobernador del Banco de México, el Presidente de la CNBV y 4 vocales designados por el Ejecutivo Federal y aprobados por las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Senadores y en sus recesos, por la misma proporción de integrantes de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión. Los tres primeros vocales deben de señalar suplentes. La Junta de Gobierno será presidida por el Secretario de Hacienda y Crédito Público y en su ausencia por su suplente. Las resoluciones se toman por el voto mayoritario de los presentes.

Las actividades del Instituto serán vigiladas por : 1.- Cualquiera de las Cámaras o alguna de sus comisiones, podrán citar a comparecer al Secretario Ejecutivo cuando se analice un negocio u operación concerniente a las actividades del Instituto, 2.- Por un comisario y un auditor externo designado por el Ejecutivo Federal, 3.- La vigilancia realizada por la Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados y 4.- La vigilancia realizada por el contralor interno.

Obligaciones garantizadas

Las obligaciones garantizadas por el sistema citado son : depósitos, préstamos y créditos, mismos que se especifican en las fracciones I y II del artículo 46 de la LIC. En caso de liquidación, suspensión de pagos o quiebra de una banca múltiple el Instituto procederá a pagar las obligaciones garantizadas de conformidad con determinados límites y condiciones²⁰⁴.

mercantiles necesarios para el cumplimiento de su objeto, y 6.- Someterse a arbitrajes para la solución de controversias, entre otros.

²⁰⁴ Las operaciones que a continuación se mencionan no serán garantizadas por el Instituto : 1.- Las obligaciones a favor de entidades financieras, nacionales o extranjeras; 2.- Las obligaciones a favor de cualquier sociedad que forme parte del grupo financiero al cual, en su caso, pertenezca el banco; 3.- Los pasivos documentados en títulos negociables, así como los títulos emitidos al portador; 4.- Las obligaciones o depósitos a favor de accionistas, miembros del consejo

En los casos de liquidación, suspensión de pagos o quiebra de una institución de crédito, se procederá al pago de las obligaciones garantizadas. El monto a pagar a cada persona se calculará en unidades de inversión. El Instituto pagará el saldo de las obligaciones garantizadas, considerando el monto del principal y sus accesorios, hasta por una cantidad equivalente a las 400 mil unidades de inversión por persona física o moral, cualquiera que sea el número y clase de dichas obligaciones a su favor y a cargo de un mismo banco.

El pago de estas obligaciones debe de realizarse en moneda nacional, utilizando para la respectiva conversión el valor de la unidad de inversión vigente en la fecha en que se efectúe el pago.

Al emitir el pago de las obligaciones garantizadas, el Instituto se subroga en los derechos de cobro, en la liquidación, suspensión de pagos o quiebra de la institución. Estos derechos de cobro tendrán preferencia sobre aquellos correspondientes al saldo no cubierto por el propio Instituto de las obligaciones garantizadas.

Las personas afectadas por el incumplimiento del banco respectivo, podrán optar entre recibir el pago de sus obligaciones garantizadas directamente por el Instituto, o podrá reclamar la totalidad de las mismas al propio banco. El saldo de las obligaciones no cubiertas por el Instituto deberá de ser reclamado directamente al banco deudor.

Cuotas

Las instituciones de banca múltiple deben de pagar cuotas ordinarias y extraordinarias, de carácter obligatorio al Instituto. La suma de cuotas ordinarias y extraordinarias no puede exceder, en un año, del 8 al millar sobre el importe total de las operaciones pasivas de las instituciones bancarias.

Contra el cobro de las cuotas no procede medio de defensa alguno ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

de administración y de funcionarios de los dos primeros niveles jerárquicos del banco de que se trate, así como apoderados generales con facultades administrativas y gerentes generales, y 5.- Las operaciones que no se hayan sujetado a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, así como a las sanas prácticas y usos bancarios, en las que exista mala fe del titular y las relacionadas con actos u operaciones ilícitas.

Apoyos y programas para el saneamiento financiero de las instituciones de banca múltiple

El Instituto podrá por sí mismo o a petición de la CNBV, otorgar apoyos financieros para proveer de liquidez o sanear a un determinado banco. Los apoyos podrán otorgarse mediante la suscripción de acciones y obligaciones subordinadas, asunción de obligaciones, otorgamiento de créditos o la adquisición de bienes.

Los apoyos procederán si :

- Se justifique la viabilidad de la entidad bancaria.
- Se determine como más conveniente mantener en operación al banco que pagar las obligaciones garantizadas adeudadas.

Los apoyos financieros provendrán de los propio recursos del Instituto o de los créditos que el mismo concerte.

Los apoyos de liquidez que proporcione el Instituto se sujetarán a las siguientes directrices :

- No pueden exceder en su plazo de 6 meses, término que puede ser prorrogado una sola vez.
- Supervisión del programa de saneamiento por parte del Instituto a través de inspecciones.
- Las obligaciones de la institución crediticia en lo referente al pago puntual de los apoyos financieros quedará garantizado con las acciones con derecho a voto pleno representativas del capital social ordinario de la misma, misma que serán abonadas a la cuenta que tenga el Instituto en una institución para el depósito de valores.

A su vez, el Instituto se podrá coordinar con la propia CNBV para verificar la situación contable y financiera de la institución bancaria objeto del apoyo financiero.

En tanto no se cumplan los compromisos adquiridos por el apoyo para el saneamiento financiero de la institución bancaria, el ejercicio de los derechos patrimoniales y corporativos inherentes a las acciones representativas del capital corresponden al Instituto.

La garantía otorgada al Instituto con base en el apoyo financiero se considerará de interés público y preferente a cualquier derecho constituido sobre dichos títulos (acciones). En caso de que la institución bancaria no cumpliera con sus obligaciones derivadas del apoyo financiero otorgado por el Instituto, éste podrá adjudicarse la garantía constituida. Las acciones del banco pasarán de pleno derecho a la titularidad del Instituto. Los anteriores accionistas únicamente podrán impugnar el valor de adjudicación. En caso de controversia, los accionistas, a través de un representante común, en coordinación con el propio Instituto nombrarán a un tercero para que éste determine el valor contable de las citadas acciones.

En caso de que el banco requiera ser capitalizado, el Instituto en ejercicio de los derechos corporativos de las acciones dadas en garantía deberá :

- Aplicar las partidas positivas de capital contable de la institución de crédito a la absorción de pérdidas de la misma.
- Reducir el capital social y realizar un aumento que suscribirá y pagará el mismo.
- Brindar a los anteriores accionistas la oportunidad de adquirir acciones conforme a los porcentajes de que eran titulares.

En el caso de que los recursos del Instituto no sean suficientes para hacer frente a los apoyos financieros requeridos, la Junta de Gobierno informará inmediatamente al Ejecutivo Federal y podrá contratar financiamientos cuyos montos en ningún caso excederán del 6% cada 3 años, de los pasivos totales de las instituciones que haya publicada la CNBV en el mes inmediato anterior. La Cámara de Diputados proveerá en un ramo específico del Presupuesto de Egresos de la Federación, a propuesta del Ejecutivo Federal, la asignación de recursos requerida por el Instituto para hacer frente a las obligaciones garantizadas y a los financiamientos contratados.

Administración cautelar ²⁰⁵

A través de esta actividad, se la otorgan facultades al Instituto para que se constituya como administrador único del banco intervenido, substituyendo a la asamblea general y al consejo de administración. La Junta de Gobierno del Instituto será la que nombre al administrador. Esta administración tendrá lugar cuando el Instituto apoye financieramente al banco que hubiere requerido este tipo de apoyos.

Liquidación, suspensión de pagos y quiebra de las instituciones de banca múltiple

El Instituto desempeñara funciones de liquidador o síndico en los bancos que se encuentren en situación de liquidación, suspensión de pagos o de quiebra. El Instituto puede determinar la disolución y la liquidación de las instituciones de crédito o solicitar la suspensión de pagos o la declaración de quiebra de las mismas. Además de las directrices señaladas en esta Ley, se deberán de observar la Ley General de Sociedades Mercantiles y la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Bienes ²⁰⁶

El Instituto debe de administrar y enajenar los bienes de las instituciones de crédito objeto del apoyo financiero. La enajenación de los bienes puede realizarse a través de subasta o de licitación públicas.

²⁰⁵ Este tipo de intervención es distinta a las ejercitadas por la CNBV en la forma de intervención administrativa o intervención gerencial.

²⁰⁶ Por bienes se entiende : 1.- Las acciones de instituciones de banca múltiple, casas de bolsa y de otras sociedades, de las cuales sean titulares el FOBAPROA y el FAMEVAL; 2.- Los derechos fideicomisarios de los que sea titular el FOBAPROA para recibir el producto de la recuperación de los créditos que se designaron en los convenios celebrados con los bancos dentro del programa de capitalización y saneamiento bancario; 3.- Los demás bienes y derechos de que sean titulares el FOBAPROA y el FAMEVAL; 4.- Los créditos, derechos y otros bienes de los cuales sean titulares o propietarios las instituciones de banca múltiple y demás sociedades referidas en el inciso 1.- y 5.- Los demás bienes y derechos de cualquier naturaleza relacionados con la administración y conclusión de los programas mencionados.

Sanciones

Entre las sanciones que puede imponer el Instituto a los bancos destacan :

- **Infracción por no proporcionar la información y la documentación que se le requiere de conformada con la Ley.**
- **Infracción por no cubrir en tiempo y forma sus respectivas cuotas.**
- **Infracción por rehusarse, impedir u obstaculizar el ejercicio de las facultades que la ley le otorga al propio Instituto.**

Para la aplicación de estas sanciones se debe de seguir el procedimiento señalado en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

ii. Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros ²⁰⁷

Objeto

Esta Ley tiene como objetivo principal la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros que prestan entidades públicas y privadas, así como el regular la organización y funcionamiento de la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CNDUSF).

Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CNDUSF)

Esta Comisión es un órgano público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, encargado de al protección y defensa de los derechos e intereses de los clientes del sistema financiero. Contará con delegaciones regionales o, en su caso, estatales o locales.

²⁰⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999. Esta Ley es derogatoria de las disposiciones que facultaban a la CNBV, a la CNSF y a la CONSAR para atender reclamaciones (que derivaran en procedimientos de conciliación y de arbitraje) o recursos de los usuarios o entidades del Sistema Financiero Mexicano.

Entre sus objetivos más importantes destacan : Promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios del sistema financiero, actuar como conciliador o árbitro en los conflictos que éstos sometan a su jurisdicción y promover la equidad en las relaciones comerciales entre éstos y las entidades financieras.

Objetivo de la CNDUSF

Esta Comisión se encuentra facultada para :

- Con base en su autonomía técnica, dictar resoluciones y laudos arbitrales.
- Aplicar sanciones.
- Atender y resolver consultas y reclamaciones.
- Sustanciar los procedimientos conciliatorios y arbitrales.
- Brindar asesoría legal a los usuarios del sistema financiero en las controversias entre éstos y las entidades financieras, que se entablen ante tribunales y respecto de controversias con prestatarios que no formen parte del sistema financiero siempre y cuando se trate de conductas tipificadas como usura y se haya presentado denuncia penal.
- Coadyuvar con otras autoridades en materia financiera para lograr una relación equitativa en las operaciones entre entidades financieras y sus usuarios.
- Emitir recomendaciones a las autoridades federales y locales, así como a las entidades financieras para el cumplimiento de las leyes en la materia.
- Elaborar estudios de derecho comparado relacionados con las materias de su competencia.
- Orientar y asesorar a las entidades financieras sobre las necesidades de los usuarios.
- Revisar y proponer a las entidades financieras modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por éstas para la prestación de sus servicios.

- Solicitar, con el consentimiento por escrito del usuario, la información y los reportes de crédito necesarios para el desarrollo de los procedimientos de conciliación y de arbitraje.
- Aplicar las sanciones y medidas de apremio sobre las que esté facultada.

Administración de la CNDUSF

La Comisión se encuentra administrada por una Junta de Gobierno y un Presidente (designado por el Secretario de Hacienda y Crédito Público). La Junta se integra con un representante de la SHCP (preside la Junta de Gobierno), del BM, de la CNBV, de la CNSF, de la CONSAR, 3 representantes del Consejo Consultivo Nacional y el presidente quien asistirá con voz pero sin voto. Cada integrante contará con un suplente, quien deberá tener el nivel inmediato inferior. Asimismo, la Junta designará a un secretario y a un prosecretario.

Como auxiliar de la Comisión, funcionará un Consejo Consultivo Nacional para la Protección de los Intereses de los Usuarios, así como los demás consejos consultivos regionales, estatales o locales.

Registro de Prestadores de Servicios Financieros y de la información a los usuarios

La Comisión tendrá a su cargo el Registro de Prestadores de Servicios Financieros. Para conformar la base de datos respectiva, esta entidad se apoyará en los servidores públicos encargados de las autorizaciones de operaciones y actividades de instituciones financieras y en éstas mismas. La Comisión también se encargará de difundir entre lo usuarios la información relativa a los distintos servicios que ofrecen las instituciones financieras, así como los programas que se otorguen en beneficio de los mismos. De igual forma, la Comisión podrá proporcionar información a las entidades financieras acerca de las reclamaciones por parte de los usuarios acerca de los servicios que ofrecen, así como de las necesidades de nuevos productos que pudieran solicitar dichos usuarios.

Procedimientos de conciliación y de arbitraje

Presentación de reclamaciones

La Comisión está facultada para actuar como conciliador en las controversias que surjan entre entidades financieras y sus clientes.

Tratándose de controversias fiduciarias, la Comisión sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios.

La Comisión no conocerá de las reclamaciones derivadas de las variaciones de las tasas de interés que se pacten entre el usuario y la entidad financiera cuando sean consecuencia de condiciones macroeconómicas adversas, así como de aquellos casos que sean derivados de políticas internas o contractuales de las entidades financieras y que no sea notoriamente gravosas o desproporcionadas para los clientes.

La Comisión puede rechazar de oficio las reclamaciones que sean notoriamente improcedentes.

Las reclamaciones que la Comisión reciba de los clientes deben de realizarse a través de comparecencia del mismo, en forma escrita, o por cualquier otro medio idóneo, cumpliendo con los siguientes requisitos :

- Nombre y domicilio del reclamante.
- Nombre y domicilio del representante o persona que promueva en su nombre, así como el documento en que conste dicha atribución.
- Descripción del servicio que se reclama y relación sucinta de los hechos que motivan la reclamación.
- Nombre y domicilio de la entidad financiera contra la que se formula la reclamación.
- Documentación que ampare al contratación del servicio que origina la reclamación.

Las reclamaciones pueden ser presentadas de manera conjunta por los usuarios que presenten problemas comunes con una o varias instituciones financieras, debiendo elegir uno o varios representantes formales comunes.

Las reclamaciones deben de presentarse dentro del término de 3 meses a partir de que se suscite el hecho que la produce. La reclamación se interpondrá en la Comisión o a través de sus delegaciones ²⁰⁸.

La sola presentación de la reclamación en los términos de Ley interrumpe la prescripción de acciones procesales, durante el lapso de tiempo que dure el procedimiento ante la Comisión.

La Comisión tiene que notificar a la entidad financiera que corresponda de la reclamación presentada en su contra, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la misma, anexando copia de la documentación aportada por el cliente, señalando fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, con apercibimiento de sanción económica en caso de no asistir.

Conciliación

El procedimiento conciliatorio es el siguiente ²⁰⁹ :

- 1.- La Comisión cita a las partes a la junta de conciliación a realizarse dentro de los 20 días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que se reciba la reclamación ²¹⁰.
- 2.- La entidad financiera debe de rendir un informe por escrito que presentará antes o en el mismo día de la junta. En dicho documento se debe de responder de manera razonada a todos y cada uno de los hechos a que haga referencia la reclamación correspondiente. De oficio o a petición del usuario, la Comisión puede solicitar a la entidad financiera que extienda su informe o proporcione información adicional, en la propia junta de conciliación o dentro de los 5 días hábiles anteriores a la celebración de la misma. Si es necesario, la Comisión puede diferir la junta.

²⁰⁸ El procedimiento conciliatorio a diferencia del arbitral, si puede desarrollarse completamente ante las delegaciones de la Comisión.

²⁰⁹ En el caso de controversias relativas a seguros y fianzas, se seguirán los procedimientos conciliatorios y arbitrales de conformidad a lo establecido en las leyes que los comprenden.

²¹⁰ Si el usuario no asiste a la junta y no presenta justificante dentro de los 10 días hábiles siguientes, se le tendrá por desistido de la reclamación y no podrá volverla a presenta ante la Comisión otra vez.

3.- La falta de presentación del informe ²¹¹ no es causa para suspender o diferir la junta y ésta debe darse por concluida el día de su celebración, salvo que a juicio de la Comisión no pudiera celebrarse en el día indicado, teniendo que verificarse dentro de los 5 días hábiles siguientes.

4.- En la junta de conciliación la Comisión tratará de que las partes resuelvan su controversia, en caso de que no lo hicieren, las invitará a que voluntariamente y de común acuerdo la designan árbitro ²¹². En caso de convenir en el arbitraje se hará constar el mismo en el acta respectiva, en caso contrario se dejarán a salvo los derechos de ambas partes.

5.- Si las partes llegaren a una conciliación, la misma se asentará en el acta correspondiente ante la Comisión. Antes de firmar dicho documento, la Comisión deberá de explicar al usuario los alcances del acuerdo. En caso de que se mantenga firme el convenio, éste se firmará fijándose un plazo para su cumplimiento.

6.- La carga de la prueba respecto del cumplimiento del acuerdo corresponde la entidad financiera y en caso de omisión, se hará acreedora a las sanciones que procedan.

7.- Terminadas las audiencias conciliatorias, independientemente de su resultado, la Comisión ordenará a la entidad financiera que registre la reclamación como pasivo contingente dando aviso de ella, en su caso, a la CNBV, a la CNSF o a la CONSAR. Ese registro contable podrá ser cancelado por la entidad financiera, bajo su estricta responsabilidad si 180 días naturales después de su constitución el reclamante no somete ante jurisdicción alguna su reclamación ²¹³.

²¹¹ La falta de presentación del informe hace tener por cierto lo manifestado por el usuario o cliente, independientemente de las sanciones que deban de aplicarse a la entidad financiera por dicha omisión.

²¹² Sea esto de estricto derecho o en amigable composición.

²¹³ Una vez que la entidad financiera acredite ante la Comisión el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del convenio conciliatorio, ésta ordenará que cancele el registro del correspondiente pasivo contingente.

Arbitraje

Arbitraje en amigable composición

A través de este tipo de procedimiento arbitral, las partes facultan a la Comisión para que resuelva la reclamación en conciencia, a verdad sabida y buena fe guardada. Tanto la materias a resolverse mediante el arbitraje como las formalidades del procedimiento deben de fijarse de común acuerdo previa opinión de la Comisión.

Arbitraje de estricto derecho

Mediante este proceso, las partes facultan a la Comisión para que resuelva la controversia con estricto apego a las disposiciones legales aplicables y determinarán conjuntamente los aspecto adjetivos del correspondiente arbitraje con base en los plazos y bases siguientes :

- 1.- 5 días para la presentación de la demanda, contados a partir del día siguiente al de la celebración del compromiso.
- 2.- 5 días para producir la contestación, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación, debiendo acompañar las partes a dichos escritos el documento o documentos en que se funde la acción y las excepciones o defensas correspondientes. así como aquellos que puedan servir como prueba a su favor. Sólo serán aceptados los presentados con posterioridad conforme a la previsto por el Código de Comercio ²¹⁴.
- 3.- Contestada la demanda o transcurrido el lapso para hacerlo, se dictará auto abriendo el juicio a prueba durante un plazo de 15 días, de los cuales los primeros 5 serán para su ofrecimiento y los 10 restantes para su desahogo.

²¹⁴ El Código de Comercio se aplica supletoriamente al procedimiento arbitral, con excepción del artículo 1235 ("Cuando la confesión no se haga al absolver las posiciones, sino al contestar la demanda o en cualquier otro acto del juicio, no siendo en la presencia judicial, el colitigante podrá pedir y deberá decretarse la ratificación. Hecha ésta, al confesión queda perfecta.") y a falta de disposición en dicho Código, se aplicará el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a excepción del artículo 617 ("El compromiso será válido aunque no se fije término del juicio arbitral y, en este caso la misión de los árbitros durará 60 días. El plazo se cuenta desde que se acepte el nombramiento. ").

- 4.- Los exhortos y oficios se entregarán a la parte que haya ofrecido la prueba correspondiente para que los haga llegar a su destino.
- 5.- 8 días comunes a las partes para formular alegatos.
- 6.- Una vez concluidos los términos aludidos, sin necesidad de que se acuse rebeldía, el arbitraje continuará y se tendrá por perdido el derecho que debió ejercitarse.
- 7.- Los términos son improrrogables, se computarán en días hábiles y en todo caso empezarán a contarse a partir del día siguiente a aquél en que surtan efecto las notificaciones respectivas ²¹⁵.
- 8.- En caso de que no exista promoción de las partes por un lapso de más de 60 días contado a partir de la notificación de la última actuación, operará la caducidad de la instancia.

La Comisión tendrá la facultad de allegarse toda la información que considere necesaria para resolver el litigio, pudiéndose valer de terceros o de documentos en posesión de terceros.

El laudo arbitral y las resoluciones que pongan fin a los incidentes de ejecución, sólo admitirán como medio de defensa el juicio de amparo indirecto. Las partes pueden sin embargo, solicitar aclaración del laudo dentro de las 72 horas siguientes a su notificación. Todas las demás resoluciones dictadas en el procedimiento arbitral que conforme al Código de Comercio admitan apelación o revocación, podrán impugnarse en el juicio arbitral mediante el recurso de revisión, que deberá de resolverse por el árbitro designado en un plazo no mayor a 48 horas.

En caso de que el laudo sea condenatorio para la entidad financiera, ésta tendrá un lapso de 5 días hábiles contado a partir de la notificación, para el cumplimiento del laudo respectivo.

²¹⁵ En lo no previsto por la Ley, se aplica supletoriamente, para efectos de las notificaciones, el Código Fiscal de la Federación.

Corresponde a la Comisión la ejecución del laudo que se pronuncie para lo cual mandará en su caso que se pague a la persona en cuyo favor se hubiere dictado el laudo. Los convenios celebrados ante la Comisión tienen el carácter de una sentencia ejecutoria.

Para el desempeño de sus facultades, la Comisión podrá emplear las siguientes medidas de apremio : multas y auxilio de la fuerza pública.

Para el cumplimiento del laudo, el juez competente requerirá a la entidad financiera deudora para que compruebe dentro de 72 horas haber pagado las prestaciones a que hubiere sido condenada, y en caso de omitir la comprobación, el juez ordenará a la Comisión le imponga una multa, la cual será hasta por el importe de la condenada, sin perjuicio de que ordene a la propia entidad financiera a que pague a la contraparte. La entidad financiera debe de cumplir con el requerimiento que le haga el tribunal dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que lo reciba.

Orientación jurídica y defensa legal de los usuarios

La Comisión está facultada para proporcionar defensoría legal gratuita a los usuarios. Para lo anterior, la Comisión contará con personal para brindar los servicios de orientación jurídica y de defensoría legal.

Este servicio se proporciona a aquellos usuarios que no estén en posibilidad económica de contratar servicios jurídicos privados. Los defensores mientras desempeñen tal función solamente podrán dedicarse a actividades docentes relacionadas con el ámbito jurídico.

En contra de las resoluciones de la Comisión dictadas fuera del procedimiento arbitral, se puede interponer por escrito el recurso de revisión.

**" ARBITRAJE COMERCIAL; SU APLICACION
AL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO "**

CAPITULO SEGUNDO :

Arbitraje Comercial

Arbitraje Comercial

1.- Concepto jurídico de arbitraje 216

El arbitraje es un proceso jurídico heterocompositivo al cual pueden acceder dos o más partes libremente ²¹⁷ y por consenso, sean de naturaleza pública o privada, con el propósito de dirimir todas sus diferencias o parte de ellas, derivadas de la relación de hecho o de derecho que vincule a éstas, en el presente o en el futuro y que sean susceptibles de ser objeto de dicho proceso, mediante la sustanciación del mismo con base en determinadas reglas que los involucrados se proporcionen, que elijan del ordenamiento legal o de instituciones especializadas, facultando discrecionalmente a un tercero o terceros denominados árbitros para emitir una resolución que la o las resuelva, misma que será obligatoria, vinculativa y oponible a terceros.

²¹⁶ Cfr. ARBITRAJE en : Flores García, Fernando. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo A - CH). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. p. 198; Encyclopaedia Britannica, Inc. *"The New Encyclopaedia Britannica"* (Macropaedia volume 1). Encyclopaedia Britannica, Inc. 15th edition. London, 1975. p. 1074; Garrone, José Alberto. *"Diccionario Jurídico Abeledo - Perrot"* (tomo I). Abeledo - Perrot, 1a ed. Argentina, 1986. p. 179; Enciclopedia de México, S.A. *"Enciclopedia de México"* (tomo I). Enciclopedia de México, S.A., 4a ed. México, 1978. p. 694; Editorial Francisco Seix, S.A. *"Nueva Enciclopedia Jurídica"* (tomo II). Editorial Francisco Seix, S.A., 1a ed. España, 1983. p. 795; Valentín Budic, Domingo. *"Diccionario del Comercio Exterior"*, Ediciones Depalma, 3a ed. Argentina, 1991. p. 10; Driskill, S.A. *"Enciclopedia Jurídica Omeba"* (tomo XVII). Driskill, S.A. Argentina, 1990. p. 221; Espasa - Calpe, S.A. *"Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana"* (tomo V). Espasa - Calpe, S.A. España, 1958. p. 1244; Dodd; Mead and Company. *"The New International Encyclopaedia"* (volume I). Dodd, Mead and Company. U.S.A., 1906. p. 712; North - Holland. *"Encyclopedia of Public International Law"* (volume one) North - Holland. Amsterdam, 1992. p. 215; Fagan, Wayne I. *"An Overview of International Commercial Arbitration, Introductory - Entry Level Course"*. Documento presentado en el Seminario *"Abogados de las Américas"*, realizado los días 7 y 8 de diciembre de 1995 en la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac del Norte, en México, Distrito Federal; Briseño Sierra, Humberto. *"Sobre Arbitraje Estudios"*. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1a ed. México, 1995. p. 45 - 49; Zamora Sánchez, Pedro. *"Arbitraje Comercial Internacional"*, Ediciones Numancia, S.A., 1a ed. México, 1992. p. 15; Ovalle Favela, José. *"Derecho Procesal Civil"*. HARLA, S.A. de C.V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, 4a ed. México, 1991. p. 350; Gozaini, Osvaldo Alfredo. *"Notas y Estudio sobre el Proceso Civil"*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G : Estudios Doctrinales, Núm. 155, 1a ed. México, 1994. p. 18; Gómez Lara, Cipriano. *"Teoría General del Proceso"*. HARLA, S.A. de C.V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, 8a ed. México, 1990. p. 32 - 35 y Marzorati, Osvaldo J. *"Derecho de los Negocios Internacionales"*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina, 1993. p. 591.

²¹⁷ Excepción hecha del arbitraje obligatorio. Este tipo de arbitraje no está comprendido en nuestra legislación. El análisis de este trabajo se concentra en la figura del arbitraje voluntario.

2.- Estructura y elementos del arbitraje

De la anterior definición se distinguen los elementos que constituyen la estructura del arbitraje, los cuales son :

a) Proceso jurídico heterocompositivo. El arbitraje es un equivalente jurisdiccional previsto en el ordenamiento jurídico, mediante el cual, un tercero, actuando con carácter de autoridad u de particular, decide sobre la pretensión de cada una de las partes involucradas en una determinada controversia.

Esta institución es comprendida por distintos cuerpos normativos, entre otros por :

- Tratado de Libre Comercio de América del Norte :

Art. 2022.- *"1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio..."*

- Código de Comercio :

Art. 1415.- *"Las disposiciones del presente título se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional..."*

- Código Federal de Procedimientos Civiles :

Art. 569.- *Las sentencias, los laudos arbitrales privados los de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables..."*

- Ley de Instituciones de Crédito :

Art. 120, fracc. II.- *"...Si en la junta no se logra la conciliación de las partes, la Comisión ²¹⁸ las invitará a que de común acuerdo designen árbitro, ya sea a la propia Comisión o a quien ésta les proponga, quedando a elección de las mismas que el juicio arbitral sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho..."*

- Ley del Mercado de Valores :

Art. 87, inciso e).- *"En la junta de aveniencia se exhortará a las partes a conciliar sus intereses, y si esto no fuera posible, la Comisión ²¹⁹ las invitará a que voluntariamente y de común acuerdo designen para resolver su controversia a alguno de los árbitros que les proponga la Comisión, quedando a elección de las mismas que el juicio arbitral sea en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho."*

- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal :

Art. 609.- *"Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral."*

b) Partes. Aquellas personas físicas o morales ²²⁰ de naturaleza pública o privada que, como centros de imputación de derechos y obligaciones, se encuentran legitimadas ²²¹ y

²¹⁸ Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

²¹⁹ Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

²²⁰ El artículo 25 del Código Civil para el Distrito Federal, define como personas morales a las siguientes : "I. La Nación, los Estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas; VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley; VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736."

²²¹ De acuerdo con el maestro Cipriano Gómez Lara, la legitimación es la autorización conferida por la ley, en virtud de que un determinado sujeto de derecho se ha colocado en un supuesto normativo y tal autorización implica el facultamiento para desarrollar determinada actividad o conducta. Por capacidad debe de entenderse la aptitud de una persona física o moral para poder ser sujeto de derechos y obligaciones, y en su caso, ejercerlos.

capacidades ²²² para convenir por sí mismas o a través de un representante o apoderado legal, una cláusula o un compromiso para resolver sus disputas presentes o futuras a través de un procedimiento arbitral.

c) Proceso pactado libremente y por consenso. Uno de los fundamentos característicos del arbitraje como proceso extrajudicial para la solución de controversias, radica en la libertad jurídica que el ordenamiento asegura a los individuos, tanto como para designar dicha jurisdicción, como para caracterizar el proceso correspondiente. Dentro de ese ámbito de libertad jurídica, la voluntad de los particulares, crea válidamente relaciones normativas obligatorias de carácter adjetivo.

Lo anterior faculta a las partes para decidir, en la medida que no lo prohíban las leyes, el proceso o el método para solucionar sus conflictos que consideran más adecuado ²²³, además de regular el mismo mediante la elaboración de normas *ad - hoc* que las mismas se proporcionen, observando en todo momento las formalidades esenciales que todo proceso debe de seguir para evitar la violación de derechos y garantías individuales, o sometiéndose a las reglas emitidas por el Estado u otras entidades, nacionales o internacionales, de naturaleza pública o privada.

²²²En el rubro de capacidad para someterse al procedimiento arbitral, los artículos 612, 613 y 614 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF) establecen respectivamente : *"Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios. 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 estableció cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitros, se hará siempre con intervención judicial, como se previno en los medios preparatorios a juicio arbitral."* *"Los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplimentar el compromiso o cláusula compromisoria pactados por el autor. En este caso, si no hubiere árbitro nombrado se hará necesariamente con intervención judicial."* *"Los síndicos de los concursos sólo pueden comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores."*

²²³ En nuestro ordenamiento jurídico, esta capacidad de las partes para elegir el procedimiento para solucionar una controversia que consideren más adecuado, se encuentra sustentado entre otros preceptos normativos por los siguientes : Art. 6 del Código Civil para el Distrito Federal : *"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."* Art. 609 del CPCDF : *"Las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral."*, Artículo 1051 del Código de Comercio (CC) : *"El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral. La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia..."*

En lo concerniente a la característica consensual de este proceso, el sometimiento al mismo tiene que ser convenido por unanimidad de las partes directamente involucradas en la disputa materia el arbitraje. La esencia misma del acto jurídico por el que se pacta este sometimiento, exige de las partes que lo otorgan su pleno y total consentimiento, sin el cual éste sería inexistente.

d) Arbitrabilidad de la materia controvertida. Para poderse someter a un proceso arbitral, las partes tienen que revisar si la materia sobre la cual versa la disputa o la controversia misma, puede ser objeto de la obligación de arbitrar, es decir, si el asunto o la diferencia puede ser resuelta a elección de los involucrados, sean estos personas de derecho público o de derecho privado, ante una instancia arbitral, que se constituya con todos los elementos de un arbitraje, sea éste de carácter administrativo, institucional o privado, nacional o internacional. La arbitrabilidad es la característica que hace susceptible de valer a la materia de la obligación objeto del arbitraje.

La determinación de la arbitrabilidad tiene distintos enfoques según sea analizada por la aplicación de la ley, por las propias partes, por el tribunal arbitral, por la autoridad administrativa y la judicial y por la diferenciación entre la arbitrabilidad de una disputa y el reconocimiento de las actuaciones de un determinado proceso arbitral, nacional o internacional ²²⁴.

- **Arbitrabilidad por la aplicación de la ley.** En este primer caso, es el propio ordenamiento jurídico, incluyéndose los tratados o cualquier otro tipo de instrumentos jurídicos internacionales de los que México forme parte ²²⁵, el que detalla o señala el que una disputa derivada de una determinada materia pueda someterse a arbitraje. Para el análisis de este rubro citaremos algunos artículos de distintos cuerpos normativos que prevén este supuesto de arbitrabilidad :

²²⁴ El maestro Silva comenta en su libro "*Arbitraje Comercial Internacional en México*", que es importante distinguir entre los litigios arbitrables y el reconocimiento de un litigio ya arbitrado.

²²⁵ Existe una disposición en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en inglés, United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, que respeta a la ley nacional, al estipular que la misma no afectará a ninguna otra ley del Estado contratante, en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se pueden someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de esa Ley Modelo.

El artículo 227 de la Ley de la Propiedad Industrial señala lo siguiente :

"Son competentes los tribunales de la Federación para conocer de los delitos a que se refiere este capítulo (delitos en materia de propiedad industrial), así como de las controversias mercantiles y civiles y de las medidas precautorias que se susciten con motivo de la aplicación de esta ley. Cuando dichas controversias afecten sólo intereses particulares, podrán conocer de ellas a elección del actor, los tribunales del orden común, sin perjuicio de la facultad de los particulares de someterse al procedimiento de arbitraje."

Por otra parte, el precepto 219 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece :

"En el caso de que surja alguna controversia sobre los derechos protegidos por esta ley, las partes podrán someterse a un procedimiento de arbitraje, el cual estará regulado conforme a lo establecido en este capítulo, sus disposiciones reglamentarias y, de manera supletoria, las del Código de Comercio."

Claramente observamos que el legislador faculta a las partes para que, en el caso de la materia de propiedad intelectual, puedan a su elección recurrir al arbitraje para solucionar sus conflictos.

Como ejemplo de un señalamiento de la ley, en este caso sobre la imposibilidad de someter a arbitraje algunas materias, se encuentra el precepto 615 del CPCDF, el cual determina específicamente algunos rubros que no pueden ser objeto de este tipo de procesos, a saber :

"No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios :

- I. El derecho de recibir alimentos;*
- II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias;*
- III. Las acciones de nulidad de matrimonio;*
- IV. Los concernientes al estado civil de las personas, con la excepción contenida en el artículo 339 ²²⁶ del Código Civil;*

²²⁶ Este artículo señala que puede existir arbitramiento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo de matrimonio.

V. Los demás en que lo prohíba expresamente la ley."

Otro interesante supuesto de controversia arbitrable lo indica el artículo 2732 del Código Civil para el Distrito Federal, abarcando el tema de las reglas que deben de aplicarse para determinar la cuota que en las ganancias corresponde al socio industrial de una sociedad civil, mismo que establece :

"Si alguno de los socios contribuye sólo con su industria, sin que ésta se hubiere estimado, ni se hubiere designado cuota que por ella debiera recibir, se observarán las reglas siguientes :

...IV.- Si son varios los socios industriales y están en el caso de la fracción II. Llevarán entre todos la mitad de las ganancias y la dividirán entre sí por convenio y a falta de éste, por decisión arbitral."

En materia internacional, existen diversos instrumentos jurídico suscritos por México, en los que se prevé al arbitraje como un medio para la solución de controversias.

En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte se determina primordialmente al arbitraje, sea este en la forma de paneles institucionales o a través de arbitrajes consensados por las partes en disputa, como el método idóneo para la resolución de controversias de carácter comercial.

Entre los preceptos más importantes que en el TLCAN hacen referencia al arbitraje se encuentra :

Artículo 2022. Medios Alternativos para la Solución de Controversias

"1.- En la mayor medida posible, cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio..."

Este párrafo del artículo citado, muestra como la intención de las tres países contratantes fue la promoción de este tipo de procesos como vías idóneas para resolver las disputas comerciales, principalmente por que a través del mismo, las partes de distinta nacionalidad y por lo tanto sometidas a distintos ordenamientos jurídicos, pueden encontrar

en los mismos una alternativa de seguridad jurídica que les ofrezca en la atención de disputas derivadas de operaciones comerciales equidad, profesionalismo, rapidez, confianza y honestidad. Otro de los factores que le dio gran importancia a estos procesos, fue que éstos ofrecen una especie de tercer cuerpo normativo (entre el derecho anglosajón y el derecho de tradición romanista) fácilmente asimilable por los nacionales de los tres países involucrados, por su orientación como herramienta del comercio nacional e internacional.

Otro ejemplo de instrumento internacional del que México forma parte y comprende al arbitraje como procedimiento para la solución de controversias comerciales, es el Acuerdo General para el Comercio de Servicios (GATS). Este acuerdo tiene como meta regular, en el marco de la Organización Mundial de Comercio, el intercambio de los servicios en general.

A través de uno de sus órganos, en este caso la Unidad para la Solución de Controversias, se administran los sistemas para resolver diferencias dentro del contexto del GATS. Específicamente, esta entidad realiza toda la operación del Entendimiento para la Solución de Controversias, documento que norma o proporciona los lineamientos mínimos para realizar consultas o negociaciones y/o arbitrajes.

- *Arbitrabilidad determinada por las partes.* Aún en el caso de que la ley permita que una disputa derivada de cierta materia pueda arbitrarse, los interesados directamente en la controversia pueden optar con anterioridad de que ésta suceda (a través de la cláusula compromisoria) o una vez iniciada (a través del compromiso arbitral), la parte de la misma que deberá someterse al proceso arbitral y la que se sustanciará ante otro tipo de instancias, sean judiciales o administrativas.

A este respecto, a través del artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el ordenamiento jurídico interno, reconoce plenamente esta libertad de las partes, al estipular que en el compromiso (arbitral) éstas designarán el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral ²²⁷.

²²⁷ Es recomendable que la cláusula o el convenio arbitral sean lo más amplio posibles, sobre todo en las materias que serán objeto del arbitraje. Lo anterior, reduce la posibilidad de que la autoridad judicial presuma que, o la voluntad de las partes no era someterse plenamente al arbitraje, o de plano, la materia de la disputa no es arbitrable.

- *Arbitrabilidad determinada por el tribunal arbitral* ²²⁸. En ocasiones es el árbitro o árbitros quienes tiene que decidir si la disputa sometida ante ellos para su resolución es arbitrable o no lo es. Esto sucede en aquellos casos en que tanto la ley nacional como la internacional no especifica concretamente que instancia es la que debe de decidir la viabilidad de ventilar un caso determinado ante tribunales arbitrales y son los mismos quienes con base en la ley, especialmente la *lex mercatoria*, deben de declarar procedente la demanda que se les presente.

En el artículo 1432 del Código de Comercio, relativo a la competencia del tribunal arbitral, encontramos una referencia a este caso de determinación de la arbitrabilidad por el propio tribunal arbitral como una de las funciones inherentes a su cargo. El artículo determina lo siguiente:

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

Claramente observamos como el legislador remite en esta ocasión al propio árbitro a juzgar sobre este tipo de excepciones, que conllevan el análisis de los elementos de validez de este proceso, entre ellos, la arbitrabilidad de la disputa.

- *Arbitrabilidad determinada por la autoridad administrativa y por la autoridad judicial*. Generalmente sucede en la función de estas autoridades para aplicar el derecho para resolver una disputa. Tratándose de la autoridad administrativa, existen determinadas materias en las que ella, dentro de su actividad reglamentaria, o erigiéndose como árbitro, es la que determina la procedencia de la demanda arbitral. Como ejemplo de esta arbitrabilidad se encuentra lo que señala el artículo 15 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas :

"...Sólo podrá pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquellas controversias que determine la Secretaría (SHCP), mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos de pleno derecho..."

²²⁸ (arbitral tribunal)

En el caso de la arbitrabilidad determinada por la autoridad judicial ésta proviene de las resoluciones que las mismas emiten conforme a derecho.

El artículo 611 del CPCDF determina en materia de la arbitrabilidad relacionada con la autoridad judicial lo siguiente :

"El compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante juez, cualquiera que sea la cuantía."

Cuando el compromiso arbitral se pacte ante una autoridad judicial, la misma tiene la facultad para determinar si la materia objeto del proceso es o no arbitrable, y por lo tanto sancionar el acta respectiva u oponerse a la misma.

De la misma forma, al resolver la autoridad judicial sobre la excepción o el incidente de incompetencia que se intente con motivo de la existencia de un convenio arbitral, dicha autoridad puede calificar la arbitrabilidad de la controversia sometida al arbitraje.

En materia de la existencia de un arbitraje, refiriéndose a parte a la totalidad de las actuaciones realizadas, los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio, así como le primer párrafo del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), estatuyen una serie de supuestos en los que se deja a la decisión del juez competente la arbitrabilidad de la controversia materia del laudo atacado.

El Código de Comercio determina que el laudo arbitral puede ser anulado por el juez competente, si éste comprueba que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

Por otra parte, la citada Convención determina que, el juez competente puede, de acuerdo al ordenamiento jurídico, reconocer la arbitrabilidad de un arbitraje y hacer valer el laudo correspondiente, si considera que las partes tiene derecho a exigirlo y ello no afecta el orden público.

- Diferenciación entre la arbitrabilidad de una disputa de carácter internacional y el reconocimiento de las actuaciones y de la ejecución de un determinado proceso arbitral internacional.

De acuerdo con el maestro Silva, resulta importante el análisis de este tema relacionado con la arbitrabilidad, ya que en el terreno internacional, el mismo adquiere una relevancia de tal magnitud que relaciona a numerosos instrumentos internacionales, así como a diversos ordenamientos jurídicos internos en materia de arbitraje, específicamente en el tema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

Puede darse el caso de que las disputas sobre una determinada materia a nivel de acuerdo o tratado internacional sea arbitrable, es decir como operación efectuada en el ámbito internacional, y en el derecho interno de alguno de los países que la suscriben no lo sea y viceversa. Al darse el reconocimiento del laudo arbitral correspondiente y por lo tanto considerar procedente su ejecución, derivado el mismo de una controversia entre nacionales de las naciones miembros de ese instrumento jurídico, la arbitrabilidad de ese proceso estará calificada tanto por el ordenamiento jurídico interno, como por el convenio internacional respectivo que norma directamente la relación jurídica entre esos comerciantes de distinta nacionalidad, dejando a la discreción del juez competente²²⁹ del lugar en donde se solicita el respectivo reconocimiento y la ejecución de laudo arbitral, la decisión o calificación de arbitrabilidad definitiva.

De acuerdo con nuestra ley, no solamente el laudo arbitral puede ser anulado en caso de comprobarse que según la ley mexicana, el proceso arbitral de donde se deriva, no debería de existir por ser la materia de la controversia inarbitrable, sino también, en materia de reconocimiento y ejecución de estas decisiones del tribunal arbitral, el artículo 1462 del Código de Comercio estatuye lo siguiente :

²²⁹ La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América en materia de leyes federales y arbitrabilidad de disputas, especialmente de carácter internacional, ha determinado favorecer en presunciones legales a la existencia del procedimiento arbitral en caso de vaguedad en la redacción de la cláusula o del compromiso arbitral correspondiente. Inclusive, la política judicial en ese país permite que aunque algunas materias internamente no son arbitrables, si lo pueden ser, si son objeto de un arbitraje de carácter internacional. La aplicación de esta presunción a favor de la existencia del arbitraje comercial internacional está soportada principalmente en cuatro premisas : 1.- La existencia de una cláusula o convenio arbitral escrito, en el que se pacte que el objeto de la disputa se someterá a un procedimiento arbitral; 2.- Que esta cláusula o convenio sitúe al procedimiento arbitral en el territorio de un Estado miembro de la Convención de Nueva York; 3.- Que la disputa se derive de una relación comercial y 4.- Que la relación comercial tenga relación con el Estado del que es originaria la contraparte.

"Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando :

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

A mayor abundamiento sobre este tema, el artículo 1463 del mismo ordenamiento determina que :

"Si se solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución de laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes..."

Dentro del rubro que se analiza, destaca la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, misma que derivó de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional. Este instrumento jurídico internacional, del cual México forma parte ²³⁰, surgió para normar y hacer obligatorios tanto el reconocimiento, como la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se solicita el reconocimiento y la ejecución de dichos laudos y que tuvieran su origen en controversias entre personas físicas o morales. También se aplica a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución.

Esta Convención, establece un principio de reciprocidad que faculta a los Estados contratantes a declarar que dicho instrumento se aplicará únicamente al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante y que de la misma forma sólo se aplicará a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

En ese sentido, reafirma la autonomía o discrecionalidad de los tribunales nacionales de cada Estado contratante sobre la decisión de la arbitrabilidad de una determinada

²³⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 22 de junio de 1971.

controversia, al permitir que los mismos reconozcan la sentencia arbitral y concedan su ejecución, de conformidad con las normas adjetivas vigentes internas del territorio donde la sentencia sea invocada ²³¹.

La Convención de Nueva York introduce el concepto de "*trato nacional*" a la arbitrabilidad y por lo tanto al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales al ordenar que a los laudos arbitrales de carácter internacional no se les debe de imponer condiciones más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los que se aplican al reconocimiento o a la ejecución de los laudos arbitrales nacionales.

El artículo V, inciso 2, fracciones a y b, de la Convención de Nueva York, hace mención sobre el reconocimiento y la ejecución del laudo de manera similar a los preceptos estudiados del Código de Comercio :

"...2.- También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba :

a. Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b. Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Otros de los instrumentos internacionales que en materia de arbitraje tiene una gran relevancia es la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 ²³², comúnmente reconocida como la Convención de Panamá. Esta convención surge en el seno de la Organización de Estados Americanos, de la cual México es miembro.

Dentro de su articulado se destaca que las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tienen fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. su ejecución o reconocimiento puede exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes

²³¹ Ver párrafo primero, artículo VII de la Convención de Nueva York.

²³² Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de abril de 1976.

procesales del país donde se ejecuten y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

De igual forma que lo hacen tanto el Código de Comercio, como la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá faculta a las autoridades de cada Estado en donde se solicita tanto el reconocimiento como la ejecución de un determinado laudo arbitral para denegar ambos, si comprueba que de acuerdo a la ley interna la controversia no es arbitrable o si el reconocimiento y la ejecución del laudo es contraria al orden público del mismo Estado.

Como parte importante de la arbitrabilidad relacionada con el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales, el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) aporta la siguientes determinaciones :

Art. 569.- "Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial²³³ y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidos²³⁴ en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte...

²³³ Resulta curioso como el legislador al elaborar el apartado del CFPC relativo a la cooperación procesal internacional, específicamente sobre la ejecución de sentencias, eliminó el atributo de "comercial" a los arbitrajes privados, siendo que por otra parte México es Estado contratante de diversas convenciones y tratados en los que se incluye en el capítulo de solución de controversias al arbitraje comercial internacional.

²³⁴ A tal efecto, el artículo 571 del CFPC estipula que las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones : I.- Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en este código en materia de exhortos provenientes del extranjero; II.- Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real; III.- Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este código; IV.- Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas; V.- Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra; VI.- Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiere dictado sentencia definitiva; VII.- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México y VIII.- Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos. No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos.

...Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros produzcan en el territorio nacional, estarán regidos por lo dispuesto en el Código Civil, por este código y demás leyes aplicables."

Artículo 570.- "Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros se cumplirán coactivamente en la república, mediante homologación ²³⁵ en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte."

El mismo código estipula que, en caso de que un laudo extranjero no pueda tener plena eficacia, el tribunal competente puede admitir su eficacia parcial, a petición de la parte.

En general, la arbitrabilidad es un elemento esencial para la validez del proceso arbitral que, en casos internacionales, puede llegar a confrontar al árbitro o árbitros, al juez del lugar donde se desarrolló el arbitraje y al juez del lugar en donde se solicita el reconocimiento y la ejecución del propio laudo.

De acuerdo a determinadas reglas procedimentales internacionales, el tribunal arbitral tiene libertad para escoger el cuerpo normativo con base en el cual decidirá la arbitrabilidad del objeto del proceso correspondiente. Sin embargo, cuando las partes hacen esta determinación legal para aplicarla como calificadora de la validez de la cláusula o del compromiso, se dota al proceso de una mayor fundamentación y seguridad.

La multiplicidad de leyes que en un determinado momento pueden llegar a definir o determinar la arbitrabilidad de un proceso arbitral internacional han generado ciertos precedentes de gran trascendencia que se clasifican en los siguientes ²³⁶ :

²³⁵ El incidente de homologación correspondiente es apelable en ambos efectos, si se denegare la ejecución de laudo arbitral y en el efecto devolutivo si se concediere. Ni el tribunal de primera instancia, ni el de apelación pueden examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye el mismo, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico interno.

²³⁶ Ver Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan. "International Chamber of Commerce Arbitration". Oceana Publications, Inc., ICC Publishing, S.A., Second Edition. U.S.A. 1994. p. 81 - 94.

- Contratos contra la moral, normas obligatorias y normas irrenunciables

Si un árbitro o tribunal arbitral decide que el objeto de una determinada relación contractual o extracontractual materia del proceso arbitral a desarrollarse, es contrario a la moral, o a ciertas normas obligatorias o de carácter irrenunciable, puede declarar nulo de pleno derecho al arbitraje, o tenerlo por no puesto, y por lo tanto rehusarse a conocer del mismo. En este caso el árbitro o el tribunal arbitral pudiere llegar a exigir algunas obligaciones a las partes, basándose en la autonomía de la cláusula compromisoria.

- Modificación e interpretación de contratos

En ciertas operaciones de comercio internacional, las partes pueden llegar a otorgar al tribunal arbitral facultades suficientes para decidir sobre situaciones de hecho o de derecho sobre las cuales la autoridad judicial no puede actuar. Esto puede suceder, cuando la materia del arbitraje es la adaptabilidad de un contrato a nuevas condiciones que no existían al momento de celebrarlo. A través de la modificación del clausulado o de la interpretación del instrumento jurídico, el tribunal arbitral decide y pone fin a la controversia²³⁷.

- Conductas ilícitas

Existen casos en los que parte de las controversias a arbitrar las constituye la conducta ilícita, fraudulenta, dolosa o negligente derivada de cualquiera de los sujetos del contrato. Las cláusulas o convenios arbitrales que las contemplen deben de elaborarse de manera detallada, tratando de cubrir la mayoría de los supuestos extracontractuales acorde con la naturaleza de la operación comercial.

²³⁷ Este tipo de arbitraje cada vez adquiere una mayor relevancia en el comercio internacional. En muchas ocasiones, las partes de un contrato no desean terminar la relación comercial, sino adaptar la misma a circunstancias no contempladas en el momento de elaborar el clausulado respectivo. Es recomendable que cuando se desee otorgar este tipo de facultades al tribunal arbitral, se especifique en la cláusula o convenio las materias sobre las que surtirán efectos las mismas.

- Materias de interés público

Existen ciertas materias de interés público que por la vocación comercial de las mismas, en diversas ocasiones son materia de intercambios internacionales. En estas situaciones, diversos ordenamientos jurídicos internos, dotan a dichas materias de cierta arbitrabilidad, cuando las disputas que se sometan al proceso arbitral afecten solamente intereses de particulares, Tal es el caso de la Ley de Propiedad Industrial que determina en su artículo 227 :

"Son competentes los tribunales de la Federación para conocer de los delitos a que se refiere este capítulo, así como de las controversias mercantiles y civiles y de las medidas precautorias que se susciten con motivo de la aplicación de esta ley.

Cuando dichas controversias afecten sólo intereses particulares, podrán conocer de ellas a elección del actor, los tribunales del orden común, sin perjuicio de la facultad de los particulares de someterse al procedimiento de arbitraje."

La propiedad industrial es una materia de interés público al versar sobre el acervo intelectual de los sujetos que la misma ley protege. El otorgamiento de registros, patentes o reservas a favor de sus titulares y/o autores no es materia del proceso arbitral. Sin embargo, el derecho pecuniario que tiene todo titular de cualquier tipo de propiedad intelectual para celebrar contratos de licencia o explotación sobre la misma, hace posible el introducir el arbitraje en este tipo de materias, al afectar, en este caso, intereses particulares de naturaleza mercantil.

- Boicot comercial

Puede surgir que la materia de un arbitraje es una operación prohibida por una determinada legislación nacional para evitar el boicot comercial. Los precedentes en estos casos son a favor del arbitraje, exceptuando aquellos en que la totalidad del objeto representa una violación contundente al ordenamiento jurídico de referencia.

- Orden público de la comunidad internacional ²³⁸

Sobre los precedentes en materia de arbitraje, en los que se han determinado como arbitrables a nivel internacional algunos casos en los que para determinadas legislaciones nacionales no lo son, ha evolucionado una serie de principios que con el tiempo han constituido lo que se denomina orden público de la comunidad internacional. No todos los arbitrajes internacionales sobre materias no arbitrables para el derecho interno, son combatibles, pero si lo son todos aquellos que versen sobre alguna materia o controversia que afecte directamente normas o principios del orden público de la comunidad internacional ²³⁹.

La tendencia en las legislaciones nacionales de todos aquellos países firmantes de las diversas convenciones y tratados internacionales sobre arbitraje comercial es la de facilitar y favorecer a este procedimiento de solución de controversias, colocándolo o aproximándolo, en materia de obligatoriedad y coercibilidad, a los procedimientos judiciales tradicionales. Esto ha comenzado en el área internacional, disminuyendo los obstáculos que pudieren llegar a presentar los ordenamientos jurídicos internos sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en controversias comerciales internacionales. En lo que respecta al arbitraje comercial como procedimiento para sustanciar controversias comerciales internas, se han aumentado en la legislación nacional las materias que pueden ser objeto de arbitraje y se le han otorgado mayores facultades a los árbitros en su función.

e) Normas aplicables. Dentro de este rubro, se distinguen principalmente seis tipos de normas que se relacionan con el arbitraje :

Normas aplicables a la legitimación y capacidad de las partes para someterse a un arbitraje. Las reglas que determinan la legitimación procesal y la capacidad de goce y de ejercicio de las partes son sumamente importantes para determinar la plena validez del proceso arbitral.

²³⁸ Para definir el alcance de este concepto, es preciso distinguirlo del de *orden público internacional*, el cual hace referencia a una excepción en la aplicación de la norma extranjera, cuando la misma afecta el orden público de un determinado país. El *orden público de la comunidad internacional* hace referencia al conjunto de disposiciones, principios, usos y costumbres, que mantienen la armonía en las relaciones y compromisos de carácter internacional.

²³⁹ Esto viene a sustentar el creciente apoyo de las legislaciones nacionales al arbitraje comercial internacional, al permitir este tipo de procedimiento como medio de solución de controversias en materia que internamente no lo son, constituyendo una norma más de la llamada *lex mercatoria*.

Normas aplicables a la cláusula o convenio arbitral. Se relacionan con los elementos que deben tenerse presentes al momento de decidir por el arbitraje como medio de solución de controversias, para que esta decisión de las partes no sea afectada o declarada nula o inexistente.

Normas aplicables al fondo de la materia a arbitrar. Estas hacen referencia a las normas de carácter sustantivo que las partes de común acuerdo ²⁴⁰, el tribunal arbitral o la autoridad judicial en su caso, pueden señalar como rectoras para resolver la controversia.

Normas aplicables al desarrollo del procedimiento arbitral. Las partes pueden optar, dependiendo el tipo de arbitraje que escojan, entre distintos reglamentos de instituciones privadas nacionales e internacionales, así como normas adjetivas referentes al procedimiento arbitral estipuladas dentro de la legislación nacional, o inclusive, desarrollar ellas mismas los términos y condiciones para desahogar dicho procedimiento, sujetándose a las formalidades esenciales plasmadas en la Constitución y en los distintos cuerpos normativos de carácter procedimental. Es importante tomar en cuenta dentro de este tipo de normas, aquellas que garanticen : 1.- El reconocimiento de autonomía en el proceso arbitral nacional e internacional; 2.- Una mínima intervención de la autoridad judicial durante el procedimiento correspondiente y 3.- Que el arbitraje se desarrolle observando los principios de alguna convención o tratado internacional en la materia.

Normas aplicables al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. En materia de arbitrajes internacionales, es fundamental señalar específicamente dos cuestiones normativas para la plena eficacia de los efectos de un procedimiento arbitral : 1.- A que tratado o convención internacional en materia arbitral están suscritas los países de los que son nacionales las partes y 2.- Si la legislación nacional de las mismas es congruente con las normas relativas a la institución arbitral.

Normas aplicables al conflicto de leyes. Estas normas sirven para coordinar congruentemente la aplicación de todas las leyes mencionadas anteriormente citadas, sea en un arbitraje nacional o en uno de carácter internacional.

²⁴⁰ En ocasiones las partes al designar este tipo de normas pueden encontrarse con limitaciones derivadas de leyes imperativas o irrenunciables o políticas públicas que pueden anular la relación contractual. Otra limitación puede consistir en la falta de relación entre la materia de la que derivó la disputa y la ley que las partes eligieron para resolver el fondo del asunto. Es recomendable que se estipule en la cláusula o en el convenio arbitral, que en caso de que la ley escogida para atender el fondo del asunto no sea la más idónea para el mismo, el árbitro o el tribunal arbitral podrán ejercer sus facultades para designar la o las correctas.

f) Arbitro o tribunal arbitral. Las partes involucradas en el arbitraje pueden optar entre delegar la conducción del procedimiento a una sola persona o árbitro, o a más de una, que se constituirían en el tribunal arbitral. Los requisitos para poder fungir como árbitro y sus facultades correspondientes, varían dependiendo de la norma adjetiva que se determine para aplicar al caso materia de arbitraje. Sus decisiones finales se denominan laudos y tiene los mismos efectos que una sentencia judicial ²⁴¹, con la excepción de que, en la mayoría de los casos, no admiten recurso alguno. En caso de que alguna de las partes se niegue a cumplir con las decisiones o laudos del árbitro o del tribunal arbitral, éstos pueden auxiliarse de la autoridad judicial para llevar a cabo las diligencias correspondientes.

3.- Concepto de Arbitraje Comercial

Partiendo del concepto jurídico de arbitraje, anteriormente presentado, tomamos los elementos para definir una variante de este procedimiento de solución de controversias que se aplica al ámbito estrictamente mercantil ²⁴². El arbitraje que es utilizado para dirimir controversias relativas o derivadas de un acto de comercio ²⁴³ o de la actividad de un sujeto o sujetos considerados como comerciantes ²⁴⁴, a nivel nacional o internacional, es el arbitraje comercial.

²⁴¹ De acuerdo con el maestro Gómez Lara, los efectos principales de la sentencia son : 1.- La cosa juzgada, es decir la declaración definitiva de que un determinado asunto se encuentra resuelto y la imposibilidad de las partes para someter el mismo a otra instancia; 2.- La ejecución forzosa o coactiva del fallo, misma que significa que, independientemente de la voluntad de la parte condenada, la autoridad judicial tiene la potestad y el imperio para hacer cumplir en su totalidad (vía de apremio) la decisión emitida en un determinado procedimiento y 3.- Las costas procesales.

²⁴² El art. 1049 señala : "Son juicios mercantiles los que tienen por objeto ventilar y decidir las controversias que conforme a los artículos 4, 75 y 76 se deriven de los actos comerciales."

²⁴³ El maestro Góngora Pimentel define al acto de comercio como la expresión de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos dentro del ámbito de la realidad reservada a la regulación de la legislación mercantil. Con relación a este tema, el maestro Barrera Graff argumenta que la existencia de dichos actos se encuentra sujeta principalmente al o a los sujetos que intervienen en su creación; al propio objeto; a la forma que reviste el acto y al fin o motivo de la voluntad humana que lo motiva.

²⁴⁴ El Código de Comercio define a los comerciantes como aquellas personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria; las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles y las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio. De la misma forma se considera comerciante a la personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio. Finalmente se concluye con que toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse y a quienes las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo. En el territorio nacional los extranjeros son libres para ejercer el comercio, de acuerdo a lo pactado con sus respectivas naciones y las sociedades legalmente constituidas en el extranjero, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal, pueden ejercer el comercio sujetándose a las leyes de la materia. El artículo 1050 del Código de Comercio establece que, cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles. En lo concerniente a los actos de

4.- Concepto de Arbitraje Comercial Internacional

El arbitraje comercial internacional es un proceso arbitral para resolver disputas derivadas de relaciones comerciales internacionales, de naturaleza contractual o extracontractual, cuya caracterización depende de los siguientes factores :

- 1.- La operación comercial debe de ser internacional.
- 2.- Las partes al momento de celebrar la cláusula o convenio arbitral, deben de tener sus establecimientos en diferentes Estados.
- 3.- Si uno de los siguientes lugares está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos :

- El lugar del arbitraje.

- El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial .

- El lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

- 4.- Las partes convengan expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje esté relacionada con más de un Estado.

5.- Principales antecedentes históricos del arbitraje en México

Para comprender mejor la evolución legislativa que ha tenido la institución arbitral, debemos citar como unos de los antecedentes más remotos del arbitraje en nuestro país, cuerpos normativos de gran influencia en España como lo fueron : El Fuero Juzgo ²⁴⁵, el Fuero Real, las Siete Partidas, La Nueva y la Novísima Recopilación contenían dispositivos

comercio, éstos se encuentran enunciados en el artículo 75 del Código de Comercio, en caso de duda, la naturaleza comercial del acto es determinada por el juez competente. Para este ordenamiento no son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

²⁴⁵ Este cuerpo normativo disponía en la Ley XIII, Título L, Libro II, la posibilidad de que las partes escogieran a dos o tres hombres buenos para que fuesen jueces en una determinada controversia.

referentes a la designación de avenidores, de árbitros y de arbitradores. Se regulaba también el compromiso arbitral y otros pormenores en relación con el laudo y la ejecución del mismo. Las leyes de Indias, juntamente con la legislación de la Metrópoli, formaban prácticamente el derecho positivo de las colonias españolas en América²⁴⁶.

Destacan dentro de Las Siete Partidas de Alfonso X (1263), particularmente, la Tercera Partida, en su Título XVIII, en que hace referencia tanto al compromiso o acuerdo arbitral²⁴⁷, como a la figura del árbitro. Igualmente, se hace una referencia a esta figura en el Título IV, mencionándolos en la clasificación que hace de los jueces. En otros apartados se mencionan temas tan diversos como la arbitrabilidad de los litigios, la capacidad de las partes para comprometer, requisitos para ser árbitro, ejecución y cumplimiento de los laudos, entre otros.

La ley 4, título 21, libro IV de la Recopilación preveía el compromiso antes o después del juicio público, existiera o no sentencia y aunque estuviera pasada en autoridad de cosa juzgada sabiéndolo los interesados. La Novísima Recopilación hizo referencia en la materia arbitral respecto de las prohibiciones para ejercer esa función por parte de los oidores y alcaldes de las Audiencias y para establecer el plazo en que deberían los jueces comunes ejecutar los laudos²⁴⁸.

Continúa el proceso arbitral vigente durante todo el Virreinato y es, hasta la Constitución expedida por las Cortes de Cádiz (1812) en la que a través del Capítulo II relativo a la Administración de Justicia en lo Civil, se declara formalmente como un medio de solución de controversias :

Art. 280.- *"No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes."*

Para esta Constitución eran españoles las personas que por ambas líneas traían su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y estaban vecinados en cualquier pueblo de los mismos dominios.

²⁴⁶ Siqueiros, José Luis. *"El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada"*. Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, Colección Varia Jurídica, y Miguel Angel Porrúa Librero Editor, 1a ed. México, 1992. p. 8.

²⁴⁷ La ley 106 del Título XVIII de la Tercera Partida versaba : *"Contiendas tiene entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores y la carta de tal avenencia llámanla compromiso..."*

²⁴⁸ Briseño Sierra, Humberto. *"Sobre Arbitraje, Estudios"...* ob. cit., p. 326 - 341.

Art. 281.- *"La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar."*

Art. 282.- *"El alcalde de cada pueblo ejercerá en él el oficio de conciliador y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto."*

Art. 283.- *"El alcalde con dos hombres buenos, nombrados uno por cada parte, oirá al demandante y al demandado, se enterará de las razones en que respectivamente apoyen su intención y tomará, oído el dictamen de los dos asociados, la providencia que le parezca propia para el fin de terminar el litigio sin más progreso, como se terminará en efecto, si las partes se aquietan con esta decisión extrajudicial."*

Art. 284.- *"Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleito ninguno."*

Como se puede observar, a nivel constitucional constituyó un capítulo sumamente vanguardista, refiriéndose lo misma a la constitución del tribunal arbitral como a la obligación de desahogar la instancia conciliatoria antes de intentar cualquier otro tipo de acción. Comprendía también la facultad de las partes para otorgar los efectos de cosa juzgada a la sentencia arbitral, renunciando previamente al derecho de apelar la decisión del juez árbitro correspondiente.

Aún después de la Independencia de México, permanecen varios principios de legislación española dentro de nuestro ordenamiento jurídico, conservándose la figura arbitral como método para la solución de controversias.

En 1822, el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano comprendía una breve referencia a la institución arbitral mediante su artículo 58 :

Art. 58.- *"Los consulados ²⁴⁹, mientras subsistan, sólo deberán ejercer el oficio de jueces conciliadores en asuntos mercantiles; y podrán también hacer el de árbitros por convenio de las partes."*

²⁴⁹ Se constituyeron como tribunales especiales de priores y cónsules diputados, para conocer de las controversias entre comerciantes.

Posteriormente, en el marco de la Constitución de 1824, en su Título V relativo al Poder Judicial de la Federación se contemplaba lo siguiente :

Art. 155.- *"No se podrá entablar pleito alguno en lo civil ni en lo criminal, sobre injurias, sin hacer constar haberse intentado legalmente el medio de la conciliación."*

Art. 156.- *"A nadie podrá privarse el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio."*

Esta Carta Magna, conserva a nivel constitucional la facultad de las partes de resolver sus disputas a través de este equivalente jurisdiccional. Inclusive mantiene la atinada disposición relativa a la obligación de las partes para desahogar en primera instancia, una conciliación sobre la materia de la disputa, antes de intentar cualquier otra acción de la que tuvieran derecho a ejercitar.

Por otra parte, establecía en la fracción III del artículo 112 :

"El Presidente no podrá ocupar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso o aprovechamiento de ella; y si en algún caso fuere necesario, para un objeto de conocida utilidad general, tomar la propiedad de un particular o corporación, no lo podrá hacer sin previa aprobación del Senado y en sus recesos, del consejo de gobierno, indemnizando siempre a la parte interesada a juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno..."

El constituyente incluye la figura del arbitraje mixto, ya que el gobierno no deja de actuar como autoridad en un acto de expropiación y el particular afectado genera un vínculo con éste al determinar conjuntamente la indemnización correspondiente.

Más tarde, la Ley Quinta, de las Leyes Constitucionales de 1836, relativa al Poder Judicial de la República Mexicana, establecía en sus artículos 39 y 40, respectivamente :

"Todos los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes."

"Para entablar cualquier pleito civil o criminal, sobre injurias puramente personales, debe intentarse antes el medio de la conciliación. La ley arreglará la forma con que debe procederse en estos actos, los casos en que no tenga lugar y todo lo demás relativo a esta materia."

Se mantiene al arbitraje como medio de solución de controversias, limitándolo al campo de las injurias personales. Lo mismo acontece con el proceso conciliatorio.

En materia de procesos arbitrales derivados de controversias de derecho público y de derecho privado, suscitadas entre gobiernos y/o personas físicas extranjeras y México, se tienen importantes antecedentes, como el derivado de la Guerra de los Pasteles en 1838.

Desde 1832 la representación diplomática de Francia constantemente presentaba ante el gobierno de México, quejas y reclamaciones de sustanciosas indemnizaciones a favor de nacionales franceses radicados en México, que se decían víctimas de atropellos y de denegación de justicia. En respuesta, el propio gobierno mexicano atendía las reclamaciones canalizándolas a desahogarse en los correspondientes procedimientos, sin embargo los diplomáticos franceses no se conformaban del todo.

Ante esta situación, México propuso en 1837 a la representación diplomática de Francia, someter las inconformidades pendientes de resolver ante un panel de agentes de ambos países, y en caso de que éstos no pudieran ponerse de acuerdo se proponía que resolviera en definitiva, en funciones de árbitro, el propio rey de Gran Bretaña

Lo anterior fue ignorado, procediéndose por parte de Francia a bloquear los puertos mexicanos, e iniciándose la intervención armada contra la fortaleza de San Juan de Ulúa en 1838. Fue hasta el año de 1839 que México signó un tratado con Francia, para resolver vía arbitraje parte de las reclamaciones consecuencia del bloqueo y de la guerra, consistiendo en el derecho de nuestro país a la restitución o indemnización por sus buques y sus cargamentos apresados por los franceses. Además, se comprendió en este proceso la cuestión si mexicanos y franceses tenían derecho a indemnización por hechos de esa guerra. Finalmente, en 1844, a través de un laudo firmado por la reina de Gran Bretaña, se resolvió que por mediar un estado de guerra entre ambas naciones no procedían las restituciones ni compensaciones reclamadas.

En el mismo año de 1839, se firmó un convenio con los Estados Unidos para resolver vía arbitraje todas las reclamaciones de norteamericanos contra la República Mexicana ²⁵⁰. Nuevamente, debido al difícil estado en que se encontraba México como nación que acababa de terminar su guerra de independencia, debilitado, dividido y acosado por las potencias mundiales, decidió proponer en 1837 a Estados Unidos, un arbitraje para resolver todas las reclamaciones que aquél país le manifestaba, con el propósito de minimizar las posibilidades de verse inmerso en otra guerra más. Después de la confrontación bélica con Francia, con base al convenio de solución de controversias, ambos países convinieron en constituir un junta de comisionados nombrados por los mismos, y en caso de no llegar a acuerdo se sometería la disputa a la decisión final de un árbitro ²⁵¹ o del representante que éste señalara, y en defecto de ambas opciones se señalarían otras opciones de árbitros

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la H. Junta Legislativa en 1843, comprendían en su Título IX exactamente los mismos supuestos sobre arbitraje y conciliación abarcados por las Leyes Constitucionales de 1836

El Tratado de Paz o Tratado de Guadalupe Hidalgo firmado con los Estados Unidos en 1848 con motivo de la guerra de 1847, en la que México perdió el territorio de Texas, se refería al arbitraje para solucionar conflictos entre ambos países.

El Código de Comercio de 1854, denominado Código Lares, comprendía en su articulado al procedimiento arbitral.

En el año de 1856, el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, derivado del Plan de Ayutla y decretado por el Presidente Comonfort, comprendía en su Sección Quinta, relacionada con las Garantías Individuales, concretamente en el rubro de seguridad, lo siguiente:

Art. 60.- "Toda diferencia que se suscite sobre asuntos de interés privado, será decidida, o por árbitros que las partes elijan, o por los jueces y tribunales establecidos con generalidad y por leyes anteriores al hecho de que proceda la obligación, sin que las autoridades políticas puedan avocarse el conocimiento de una causa civil o criminal,

²⁵⁰ Zorrilla, Luis G. "Los Casos de México en el Arbitraje Internacional". Editorial Porrúa, S.A., 2a ed. México, 1981. p. 218.

²⁵¹ En este caso, el árbitro nombrado fue el Rey de Prusia.

abrirla de nuevo, ni mezclarse en su sustanciación o decisión. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los negocios que se refieran a lo contencioso administrativo, que serán arreglados por una ley especial."

En este cuerpo normativo, la arbitrabilidad se aplicaba a todos aquellos asuntos que se relacionaban con intereses estrictamente privados. Este permitía considerar al arbitraje como un proceso alternativo de solución de controversias, al lado de los sistemas judiciales tradicionales.

Posteriormente, ningún otro cuerpo normativo de carácter constitucional (Constitución de 1857, Leyes de Reforma, Estatuto del Imperio y Constitución de 1917) se refirió al arbitraje como los antecedentes citados.

Como consecuencia de las numerosas reclamaciones que quedaban pendientes entre México y los Estados Unidos, derivadas del Tratado de Guadalupe Hidalgo, en 1868 se crea una comisión arbitral mixta entre ambos países, para resolver reclamaciones de sus ciudadanos en contra de los gobiernos respectivos. Además de esta comisión mixta se comprendía la figura del árbitro para aquellas disputas en las que no hubiera acuerdo, y, en su defecto, se escogía a una persona por sorteo para tales fines²⁵². Dentro de los casos más sobresalientes que revisó esta comisión se encuentra el de los obispos Tadeus Amat y Joseph Alemany, conocido como el del Fondo Piadoso de las Californias. Este caso involucraba un fondo económico constituido desde la época de La Colonia para financiar las misiones y conversión de los habitantes de las Californias al catolicismo. Los obispos reclamaban el pago de intereses que según ellos les correspondían de dicho fondo. El laudo fue condenatorio para México. El asunto del fondo se extendió hasta el año de 1902, firmándose un nuevo tratado de arbitraje entre México y los Estados Unidos. El desarrollo del procedimiento se realizó ante la Corte Internacional de Arbitraje de La Haya, resultando el laudo nuevamente desfavorable para México.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1872, facultaba a las partes en conflicto, para someter el mismo a un proceso arbitral. De la misma forma, hacía referencia a que el compromiso arbitral se podía celebrar antes del juicio y después de la sentencia, independientemente del estado en que se

²⁵² Los funcionarios electos debían de resolver los conflictos planteados conforme al derecho público, la justicia y la equidad. Las decisiones eran finales y definitivas.

encontrara. Más adelante se complementaron las disposiciones en esta materia (1880), constituyéndose el capítulo del arbitraje en el Código de Procedimientos de 1884.

En 1888 se crea con el Gobierno de Guatemala una comisión mixta para resolver controversias entre ciudadanos y gobernantes de ambos países, designando a un árbitro para aquellos casos en los que no existiera resolución por dicho órgano.

La incorporación de la figura arbitral en los códigos procesales, influyó para su incorporación o interpretación como tal en el Código de Comercio de 1889.

En 1895 se firma otro convenio con Guatemala para resolver reclamaciones de mexicanos, por actos de sus autoridades ejecutados en México durante el tiempo que trabajó la Comisión Internacional de Límites. La fórmula para desahogar los procedimientos era similar a la del convenio de 1888.

Posteriormente, en 1897, se firmó otro convenio con los Estados Unidos para resolver vía arbitraje, los conflictos derivados del caso Oberlander y Messenger. En este asunto relativo a la extraterritorialidad de la persecución de delitos, el laudo fue favorable a México.

La firma del convenio para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales, que estipulaba la creación de la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en la Haya, se verificó en 1899 ²⁵³. Los países miembros se comprometían a respetar los laudos arbitrales y a someter a arbitraje las controversias que no se hubiesen podido solucionar por la vía diplomática, con excepción de aquellas cuya resolución vía arbitral hubiese podido afectar sus intereses vitales, independencia, honor nacional, o jurisdicción interna.

En 1902 fue firmado el Tratado Interamericano de Arbitraje ²⁵⁴. Durante el mismo año, se firma otro importante instrumento de arbitraje con España, para someter a arbitraje todas las controversias que pudieran surgir entre ambos países y/o entre sus nacionales y que no pudieran ser resueltas por medios diplomáticos.

²⁵³ Esto, durante los trabajos de la Conferencia de Paz de la Haya.

²⁵⁴ Zorrilla, Luis G., *ob. cit.*, p. 219.

En 1903, México firma un convenio con Venezuela para resolver controversias entre nacionales y gobernantes de ambos países, en el cual se menciona al arbitraje como vía para dicho fin. De la misma forma, ese mismo año, se adhiere junto con otros países, a un protocolo de arbitraje para resolver con Venezuela, la prioridad de pago de créditos vencidos. Los casos se desarrollarían ante el Tribunal de Arbitraje de la Haya.

Durante 1907 se firma con Italia un tratado de arbitraje para resolver las controversias entre ambos países y/o entre sus nacionales que no pudiesen resolverse por la vía diplomática. En ese mismo año, México firma la convención de arbitraje²⁵⁵ que viene a reemplazar a la de 1899²⁵⁶.

Un año más tarde, en 1908 se firma otro tratado con los Estados Unidos para resolver vía arbitraje las cuestiones que no se pudiesen resolver por la vía diplomática. Se le consideró una ampliación del instrumento de 1848.

En 1909 se realiza el arbitraje con Francia para resolver la propiedad de la Isla de la Pasión o Clipperton. El árbitro de este litigio, Víctor Manuel III, Rey de Italia, dictó el laudo a favor de Francia²⁵⁷.

En ese mismo año se celebra un convenio de arbitraje con Brasil para someter ante el Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya, los casos que no pudiendo ser arreglados por la vía diplomática tuvieran carácter jurídico.

En 1910, con el objetivo de resolver el asunto del territorio de El Chamizal, fue pactado con los Estados Unidos, un tratado que encargaba a una comisión arbitral la atención del litigio. La determinación a la que se llegó en aquél arbitraje, fue sancionada en definitiva por los presidentes López Mateos y Kennedy en 1963.

Nuevamente en 1923 se firma un convenio con los Estados Unidos de América para resolver vía de arbitraje las reclamaciones de ciudadanos norteamericanos contra México,

²⁵⁵ Segunda Conferencia de La Haya.

²⁵⁶ Zorrilla, Luis G., *ob. cit.*, p. 221.

²⁵⁷ En este tipo de arbitrajes los países involucrados se comprometían a acatar fielmente los laudos arbitrales, siendo estos nulos sólo en los casos en que se probara que el árbitro se hubiera excedido en sus poderes; que hubiere cometido prevaricato, o aparecieran pruebas supervenientes, esenciales para resolver el fondo del asunto.

siempre que no tuvieran como causa el movimiento de revolución de 1910 a 1920 y reclamaciones de mexicanos contra este país.

México celebró distintas convenciones para el arreglo vía arbitraje de reclamaciones de nacionales de otros países por hechos ocurridos durante el periodo de la Revolución de 1910 a 1920, entre los que destacan :

- Con Estados Unidos, firmada en 1923.
- Con Francia, firmada en 1924.
- Con Alemania, firmada en 1925.
- Con España, firmada en 1925.
- Con Gran Bretaña, firmada en 1926.
- Con Italia, firmada en 1927.
- Con Bélgica, firmada en 1927.

En 1928, se firma con Colombia un tratado para someter a arbitraje las controversias que no pudieran resolverse por la vía diplomática.

En 1929 se firma el Tratado General de Arbitraje Interamericano y Protocolo de Arbitraje Progresivo ²⁵⁸.

En 1931, el Reglamento de la Ley de Monopolios estatúa el arbitraje institucional por parte de las Secretarías de Industria y Comercio y la del Trabajo y Previsión Social. En 1932, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, otorga el carácter de actos prejudiciales a las reglas para la preparación del juicio arbitral y le concede al compromiso el mismo valor si éste fuera otorgado en escrito privado o ante fedatario público. Igualmente, se otorga al laudo arbitral características de título ejecutivo.

En 1935, la Ley General de Instituciones de Seguros comprendió a la figura de la conciliación y a la institución arbitral. La Ley de Cámaras de Comercio de 1941, facultaba a las mismas para arbitrar. Un año más tarde, la Ley de Propiedad Industrial hace referencia al arbitraje. En 1945 sucede lo mismo con la Ley de Profesiones, facultando a los Colegios para realizar arbitrajes. En materia de propiedad intelectual, este tema es abarcado,

²⁵⁸ Zorrilla, Luis G., *ob. cit.*, p. 225.

incluyéndose el procedimiento conciliatorio, por la Ley Federal del Derecho de Autor, y por la Ley de la Comisión para la Protección del Comercio Exterior, ambas de 1956.

A nivel internacional, resulta importante destacar la vigencia en nuestro país de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York en 1958, a partir del año de 1971. La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera remitía ciertas controversias al arbitraje privado. En 1975 la Ley Federal de Protección al Consumidor otorgaba a la propia Procuraduría facultades para fungir como árbitro ²⁵⁹. Posteriormente, en 1976 entró en vigor la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En 1982, la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, introduce la conciliación y el arbitraje. En 1985, las reformas a dicha ley vuelven a introducir estos procedimientos de solución de controversias.

La Ley Federal del Registro de Transferencia de Tecnología preveía el proceso arbitral como medio de solución de controversias en la materia. Entre 1988 y 1989 se llevaron a cabo las reformas en los Códigos Federal de Procedimientos Civiles y en el de Comercio, para adecuarlos en lo concerniente al temas de arbitraje nacional e internacional.

La Ley de Instituciones de Crédito de 1990 incluye a los procedimientos conciliatorio y al arbitral. En 1992 entra en vigor un convenio bilateral entre México y España sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil.

En 1993, se realizan otras modificaciones y adiciones al Código de Comercio, básicamente tomando como referencia en su totalidad a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte, vigente a partir de 1994, introdujo diversos sistemas de solución de controversias a través del arbitraje comercial.

²⁵⁹ Definidas en 1976.

Sin embargo, no obstante la adecuación de numerosos cuerpos normativos sustantivos y adjetivos (códigos de procedimientos civiles de los Estados y diversas legislaciones federales) en todo el territorio de la República Mexicana favoreciendo al arbitraje, la Constitución vigente, continúa sin prever textualmente referencia alguna a ésta figura heterocompositiva. Una de las razones para esta falta de adecuación legislativa, ha sido el argumento contractualista de considerar al arbitraje, primordialmente como un medio de solución de controversias que existe en función de la autonomía de la voluntad de las partes relacionadas en una determinada disputa, ignorando o subestimando la institución procesal que realmente es, tanto a nivel nacional, como internacional ²⁶⁰.

6.- Naturaleza jurídica del arbitraje

La naturaleza jurídica del arbitraje ha constituido uno de los temas más debatidos a nivel doctrina en el marco de la ciencia del derecho. Esta característica que envuelve al tema en cuestión, deriva de haber matizado a una institución legal adjetiva por vocación, con tintes de sustantividad, fundamentados en la autonomía de la voluntad y los derechos subjetivos tutelados por el ordenamiento jurídico nacional.

Siguiendo el análisis histórico - legal del arbitraje en nuestro mundo normativo, es fácil comprender la indefinición relativa a su naturaleza jurídica; cuando predominó la tendencia dispositiva, a este proceso se le otorgó una connotación constitucional, y en el momento en que se trató de delimitar la libre disposición de las partes con las tendencias publicistas fue inclusive, ignorada su existencia por el Constituyente de 1917 ²⁶¹. No resulta extraño que en los albores del tercer milenio, en pleno proceso de la integración de las economías y de la globalización de los mercados, vuelva a considerarse, no solamente a nivel nacional, sino también internacionalmente al arbitraje como materia de análisis de la doctrina y la práctica jurídica. Estas tendencias liberalistas, han vuelto a situar al arbitraje como un proceso para la solución de controversias jurídicamente fundamentado, estructurado,

²⁶⁰ Es intrigante como algunas Constituciones del siglo pasado preveían al arbitraje como un medio reconocido para resolver disputas, y el Constituyente de 1917 o el actual legislador, contemporáneo a la época de la globalización de los mercados, ignoró o siga haciéndolo, la urgencia de la inclusión al texto de nuestra Carta Magna, de esta figura procedimental.

²⁶¹ El maestro Gómez Lara narra que el proceso publicista viene a significar la derogación en materia procesal, de los principios dispositivos, de autonomía de la voluntad y de individualismo, precisamente para colocarse en los extremos contrarios de no dispositivismo, limitación de la autonomía de la voluntad y tendencia hacia la protección de intereses sociales o colectivos.

concebido, reconocido y ubicado como una institución del derecho procesal nacional e internacional.

Numerosos son los cuerpos normativos que otorgan este status adjetivo al arbitraje; desde tratados de integración comercial, hasta legislaciones nacionales de carácter federal y local, ubican a esta figura legal como un proceso existente al lado del tradicional sistema judicial, es decir, es ampliamente definido como un equivalente jurisdiccional para resolver controversias derivadas de relaciones contractuales y extracontractuales. Inclusive, organismos de carácter internacional como la Organización de las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial de Comercio y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, lo sitúan como la garantía de seguridad jurídica para las transacciones internacionales, por ser un proceso de solución de controversias mediante el cual se unifican las diferentes tradiciones jurídicas y se profesionaliza la impartición de justicia, satisfaciendo las exigencias de los Estados y de sus connacionales como miembros de la comunidad internacional.

Dentro del sistema jurídico mexicano, existen predominantemente dos teorías que tratan de explicar que el arbitraje es un contrato, derivado de la autonomía de la voluntad de las partes, que es un proceso equivalente al judicial, existente independientemente de la voluntad de los particulares, por ser parte de un derecho positivo adjetivo.

Al revisar la legislación en la materia, es fácil percibir la falta de técnica legislativa para adecuar esta figura a los fundamentos de derecho a los que corresponde por vocación. Sin embargo, sobresale la ubicación del arbitraje en los capítulos o apartados sobre la forma de solucionar controversias, en diversas legislaciones sustantivas y en las propias leyes adjetivas de jurisdicción local y federal.

El auge del arbitraje como un proceso eficaz, equitativo, profesional y dinámico para resolver diferencias, especialmente las derivadas de operaciones de naturaleza comercial, han desplazado a las teorías contractualistas, al conferírseles a los árbitros mayores facultades para ejercer sus funciones aún por encima de las voluntades de las partes y a los jueces la obligación de auxiliar a los mismos en todo aquello que requiera de su potestad coactiva para el correcto desarrollo del proceso arbitral.

Es importante recordar que el arbitraje, a diferencia de la transacción (figura con la que las teorías contractualistas lo asemejan) fue concebido como un proceso

heterocompositivo, paralelo al de naturaleza judicial ²⁶², no autocompositivo ²⁶³, es decir, si bien es cierto que al sometimiento de esta vía procesal para resolver conflictos, se llega a través del acuerdo de voluntades, la solución de éstos la determina un tercero. La voluntad de las partes justifica su razón de ser dentro del arbitraje, no de la forma en que lo hace al participar en la construcción de un negocio jurídico ²⁶⁴, sino como un presupuesto procesal para determinar el medio para arreglar o definir una situación jurídica. Todo proceso heterocompositivo (judicial o extrajudicial) requiere la voluntad de las partes para provocar la función jurisdiccional o la intervención de un tercero ajeno a la relación, provenga ésta de aquellas o de la propia autoridad, pero la conducción del procedimiento mediante el cual se llega a la resolución del conflicto, la lleva este tercero y a las propias partes tiene la obligación de acatar su fallo, independientemente de su voluntad.

Encontramos de esta forma, una clara diferencia entre un negocio jurídico, en donde la voluntad de las partes prácticamente genera y fija la totalidad de los derechos y las obligaciones que derivan del correspondiente vínculo jurídico que las une, con el convenio arbitral, a través del cual las partes voluntariamente se limitan a escoger una vía procedimental para resolver controversias presentes o futuras que derivan de un determinado vínculo jurídico contractual o extracontractual. A través de este acuerdo de voluntades las partes se someten a que los derechos y las obligaciones de ese vínculo jurídico preexistente los determine en forma definitiva un tercero diferente a ellas mismas y por la tanto a su propia voluntad.

²⁶² Existen algunos prestigiados autores como el maestro Gómez Lara que sitúan al arbitraje inclusive como antecedente del proceso estatal jurisdiccional.

²⁶³ En este tipo de procedimientos se prescinde de la función jurisdiccional o de la intervención por parte de un tercero ajeno al conflicto. Son las propias partes las que proponen soluciones a sus conflictos y las aceptan como obligatorias.

²⁶⁴ De acuerdo con el maestro Galindo Garfias, en el negocio jurídico importa el contenido y además la finalidad de la voluntad. Cita como ejemplo típico el contrato de compraventa, en el cual, el comprador paga el precio para adquirir la propiedad del bien que trata de comprar, el vendedor recibe éste con la intención de transmitir al comprador el dominio de la cosa. En estos actos jurídico denominados negocios jurídicos, se encuentran previamente delimitados, prácticamente todos los derechos y las obligaciones que surgen por la relación entre las partes. El acuerdo arbitral -entendiéndose como tal, tanto a la cláusula como al compromiso arbitral- constituye un acto decisorio de jurisdicción o de vía procesal, la dirección de la voluntad de las partes va encaminada a escoger un procedimiento de solución de controversias de los que el Estado les ofrece o a los que les permite someterse, atendiendo la naturaleza del objeto de conflicto. Mediante el acuerdo arbitral las partes no resuelven una conflictiva o determinan derechos u obligaciones esenciales de la relación, como sucede en el caso de la transacción (otro ejemplo de negocio jurídico), solamente especifican el procedimiento a seguir para resolver diferencias presentes o futuras. La manifestación de la voluntad de las partes en el acuerdo arbitral constituye un presupuesto procesal necesario para el sometimiento de un litigio al procedimiento arbitral, no un negocio jurídico en sí.

Como afirma Rojina Villegas, el compromiso o acuerdo de voluntades no define por sí solo el alcance de los derechos disputados o dudosos, pero sí constituye el medio idóneo para obtener ese fin ²⁶⁵.

Por otra parte, cuando no hay acuerdo entre las partes para que surja un arbitraje no significa que la institución arbitral por sí misma deje de existir. Esta especificación procedimental que la ley solicita a las partes, a través de una cláusula en un determinado contrato, o de un convenio ya aparecida una disputa, o como complemento al contrato que las vincula, tiene su razón de ser para que las mismas definan, dentro de las opciones que el propio ordenamiento otorga en determinadas circunstancias, actos u operaciones, que vía consideran (la judicial o la extrajudicial) como la más idónea para el caso concreto.

Esta carácter institucional del arbitraje lo hace propio y reconoce el ordenamiento jurídico al abrir la posibilidad de arbitrar, inclusive una vez comenzado el proceso jurisdiccional. Para las leyes adjetivas el arbitraje se encuentra ahí, para ser utilizado como vía procedimental en el momento en que se desee poner en práctica un determinado derecho subjetivo para provocarlo.

El artículo 610 del CPCDF establece que el compromiso (acuerdo) arbitral puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre.

Claramente el legislador concibe al arbitraje como un proceso extrajudicial para resolver controversias, que en las ocasiones que así lo precisen las partes, puede sustituir totalmente a la vía judicial.

Otro caso de selección de jurisdicción o vía procedimental surge cuando la ley solicita a las partes en determinadas casos referentes a la legislación federal, que definan si optan por la jurisdicción local o federal para sustanciar cualquier conflicto que llegaren a tener. Esta situación, denominada jurisdicción concurrente, tiene su fundamento en la fracción I, del artículo 104 constitucional, en donde se dispone que corresponde a los tribunales federales conocer de todas las controversias de orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de tratados internacionales

²⁶⁵ Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" (Tomo I). Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1985. p. 62. Entendiéndose como medio idónea para lograr ese fin, el que dicho compromiso o acuerdo es un presupuesto *sine qua non* para someter una determinada controversia al procedimiento arbitral.

celebrados por el Estado mexicano, excepto cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, caso en que podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal.

Es de esta manera como la elección de jurisdicción se puede dar cuando se presentan tres requisitos indispensables :

- a) Que el actor o las partes ²⁶⁶ manifiesten su voluntad de someter el caso o la controversia que se suscite, derivada de la aplicación de una ley federal, a los tribunales locales o federales.
- b) Que la controversia sometida afecte estrictamente intereses particulares.
- c) Que una vez escogida la jurisdicción, no la cambie por la otra

a) Tesis contractualistas

Esta tesis postula que el arbitraje posee una naturaleza jurídica de corte consensual, es decir, que deriva de la voluntad de las partes, en ejercicio de la autonomía privada, misma que conlleva la activación de un derecho subjetivo para lograr la solución de una determinada controversia.

A través de un contrato, el arbitraje existe en el mundo jurídico. Generalmente se le denominan contrato procesales, contratos de afirmación de derechos o contratos de eliminación de una incertidumbre jurídica, mismos que consisten en aquellos instrumentos que tienen por fin determinar derechos que hayan sido controvertidos ²⁶⁷. De esta forma se le equipara a la transacción la cual es definida por el artículo 2944 del Código Civil como un

²⁶⁶ No solamente se puede optar por cualquiera de estas dos jurisdicciones, local o federal en el momento en que se adquiere la calidad de actor en un determinado juicio, sino también las partes vinculadas en una específica relación jurídica, pueden llevar a cabo dicha elección con anterioridad, a través del clausulado de un contrato o de un convenio que pacten las mismas. Tal es el caso de la cláusula de jurisdicción que se acostumbra incluir en la gran mayoría de contratos civiles y mercantiles.

²⁶⁷ La ausencia de reglas sobre el procedimiento arbitral en muchos cuerpos normativos de nuestro ordenamiento jurídico llegó a deberse, en la mayoría de los casos, por haber ubicado al arbitraje como un contrato y por lo tanto remitido toda regulación relacionada con el mismo a la ley sustantiva. Error que comienza a eliminarse al modificarse la codificación procesal e inclusive al remitir, dentro de la ley sustantiva, el procedimiento arbitral a los capítulos relativos a los juicios y a la solución de controversias.

contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones ²⁶⁸, terminan ²⁶⁹ una controversia presente o previenen una futura.

Partiendo de este concurso de voluntades, al arbitraje se le ubica como un contrato, entendiéndose como tal a un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Esta definición comprende tres elementos esenciales, a saber :

- **Autonomía de la voluntad.** Deriva de este principio de derecho la libertad de contratación, la posibilidad de los particulares de estipular libremente sus intereses privados en el campo de las obligaciones. Esta libertad conlleva la posibilidad de celebrar el contrato y la de establecer su contenido, con la única limitación que le imponen las normas imperativas o prohibitivas ²⁷⁰.

Como anteriormente se había afirmado, la autonomía de la voluntad de las partes o autonomía privada, faculta a las personas para ejercitar sus derechos subjetivos en la forma que más convenga a sus intereses, en todas aquellas áreas en las que el Derecho no las regula imperativamente. En este caso, los tratadistas consideran al arbitraje como parte de un negocio jurídico, que al igual que otros como el contrato de compraventa o el de prestación de servicios profesionales, se particulariza o ajusta a la propia situación preexistente entre las partes. El derecho a la impartición de justicia, eminentemente un derecho de carácter adjetivo, es traducido como un derecho sustantivo, al adecuar a la vía extrajudicial y heterocompositiva de solución de controversias, como objeto de un contrato. Se considera a la libertad que el Estado concede a los particulares para optar por otra vía procesal distinta a los tribunales ordinarios como forma alternativa de acceso a la impartición de justicia, como parte de un derecho sustantivo que tiene su origen en los espacios que ha dejado abiertos, la propia ley adjetiva.

²⁶⁸ Resulta importante tomar en cuenta que las *recíprocas concesiones* se realizan sobre todos y cada uno de los derechos y obligaciones que derivan del objeto de la disputa para cada una de las partes relacionadas con la misma. Los tribunales españoles han emitido un criterio diferenciador de la transacción con respecto al acuerdo arbitral en el sentido de que, es de esencia en la transacción la reciprocidad de las concesiones, y la misma exige que las partes en el contrato, todas ellas dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, pongan término al pleito comenzado o eviten su provocación, pues su finalidad es eliminar el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica mediante recíprocas concesiones.

²⁶⁹ De acuerdo con el artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal, la transacción tiene respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. La diferencia con el acuerdo arbitral es suficiente, ya que este mismo contrato comprende la fijación de las pretensiones de las partes, las recíprocas concesiones e inclusive una sentencia en forma, todo esto determinado únicamente por las partes, sin la intervención de ningún tercero.

²⁷⁰ Ver Ogayar y Ayllon, Tomás. "*El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*". Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, España. p. 17 - 22.

- **Obligatoriedad del contrato.** Como fuente de obligaciones, el contrato crea una relación vinculativa entre las partes que intervienen en su celebración. Estas deben de someterse a los derechos y obligaciones pactados. Es la voluntad de las partes la que origina la obligatoriedad contractual y ésta se refiere no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencia que de acuerdo a su naturaleza se generen.

Las partes adquieren la obligación de someterse al arbitraje y de acatar el fallo correspondiente aún si este fuera en su propio perjuicio. Nuevamente, esta teoría trata de fundamentar que a través de un acuerdo de voluntades las partes pueden pactar anticipadamente que aceptarían cumplir con una sentencia arbitral adversa y cumplimentarla en todo lo mandado por la misma ²⁷¹.

- **Consensualismo.** Elemento de existencia por excelencia de todo contrato lo constituye el acuerdo o concurso de voluntades. La manifestación de estas voluntades es el presupuesto indispensable para generar, a través de un negocio jurídico, el conjunto de derechos y obligaciones, que forma la esfera jurídica que rodea a las partes.

Es innegable que el arbitraje, a diferencia de los juicios ante autoridad judicial o de arbitrajes forzosos, no constriñe a las partes a sustanciarlo a menos que exista un acuerdo entre las mismas a través del cual expresamente manifiesten su deseo de optar por este medio de solución de controversias para atender el caso correspondiente. El contrato de arbitraje supone la previa aceptación de las partes involucradas en una relación preexistente, para someter sus diferencias a un tribunal arbitral.

El arbitraje conceptualizado como figura contractual, deriva del derecho privado y mediante el mismo se liquida una disputa entre las partes interesadas, tomando como base al situación o relación jurídica preexistente entre las mismas.

²⁷¹ Aquí se tiene otro elemento que muestra la diferencia que existe entre el negocio jurídico y el simple acuerdo de voluntades como presupuesto procesal. Si la dirección de la voluntad de las partes fuera en tal sentido, es decir de concebir al arbitraje como un contrato común y corriente, el ordenamiento jurídico no hubiera previsto facilitar al tribunal arbitral el apoyo de la autoridad judicial para el cumplimiento coactivo del laudo correspondiente, en aquellos casos en que el cumplimiento voluntario haya sido ignorado por alguna de las partes en un arbitraje. La acción intentada sería para la ejecución de la sentencia arbitral, misma que es resultado de un acto decisorio independiente de la voluntad de las partes y es de carácter ejecutivo, eliminando con ello el supuesto de incumplimiento de contrato, ya que si éste se alegara, se tendría que sustanciar a través de un juicio de carácter ordinario, contraviniendo lo estipulado por una norma de naturaleza imperativa.

Al comparar e inclusive equiparar esta figura con el contrato de transacción, alegando que en ambos acuerdos de voluntades predomina la intención de dar solución a una controversia presente o futura, cierta parte de la doctrina estima al convenio arbitral como una variedad de aquella, derivada de la inclusión en la misma del mandato.

En síntesis, esta teoría declara que el arbitraje es de naturaleza contractual, siendo la voluntad de las partes la que lo constituye, así como la que determina las facultades de los árbitros. Con base en la autonomía de la libertad, el ordenamiento jurídico concede a los particulares una facultad para resolver sus diferencias, mediante la designación por ellos del árbitro que debe de pronunciarse sobre el conflicto presentado.

b) Tesis jurisdiccionalistas

Los postulantes de esta tesis consideran al arbitraje como una institución procesal de carácter mixto de la que deriva la denominada jurisdicción convencional ²⁷². Estructuralmente posee todos los elementos de la relación procesal : las partes, el negocio litigioso y el juez o árbitro. A través de este proceso, el Estado ejerce la tutela jurídica de determinados derechos de los particulares y de las propias entidades de derecho público cuando actúan como personas de derecho privado, por conducto de sujetos denominados árbitros a los que la ley adjetiva otorga su existencia y el marco general para el ejercicio de sus facultades y decisiones²⁷³.

El ordenamiento jurídico inviste por medio de normas adjetivas especiales a personas denominadas árbitros, la facultad para decidir sobre el objeto de una determinada

²⁷² La ley alude a este tipo de jurisdicción en el artículo 633 del CPCDF al señalar que la autoridad judicial tendrá facultades jurisdiccionales en todos aquellos actos relativos al arbitraje que no estén comprendidos dentro de la jurisdicción del propio árbitro.

²⁷³ Como ejemplo del reconocimiento que hace la ley adjetiva de la figura del árbitro y de sus facultades citamos el artículo 616 del CPCDF que establece : "...Cuando no se hayan designado los árbitros, se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios." En el capítulo del CPCDF relativo a la preparación del juicio arbitral, el artículo 220 establece : "Cuando en escritura privada o pública sometieren los interesados las diferencias que surjan a la decisión de un árbitro y, no estando nombrado éste, debe prepararse el juicio arbitral por el nombramiento del mismo por le juez." Por su parte el artículo 619 del mismo ordenamiento estipula : "Las partes y los árbitros seguirán en el procedimiento los plazos y las formas establecidos para los tribunales si las partes no hubieren convenido otra cosa. Cualquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiere." Finalmente, el artículo 628 del CPCDF señala : "Los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que en el compromiso o en la cláusula se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia."

controversia que en la mayoría de los casos afecta exclusivamente intereses privados. El arbitraje constituye un procedimiento diseñado por el Estado para garantizar, paralelamente y en coordinación con la autoridad judicial, el ejercicio efectivo del derecho a la justicia que corresponde como garantía jurídica a todos los gobernados.

Es el propio Estado el que tolera el ejercicio de la jurisdicción convencional por parte de los tribunales arbitrales no como una facultad derivada de la voluntad de las partes en conflicto, sino como un apoyo al mismo Poder Judicial, el cual por la tradición jurídica de la división de poderes y los atributos de la autoridad, se ve impedido para incorporar en dicha jurisdicción la facultad coactiva ²⁷⁴. De acuerdo a nuestro marco legal, el procedimiento coactivo es de la exclusividad de las autoridades públicas, la administración y la judicatura ²⁷⁵. A través del proceso arbitral se sustituye a la jurisdicción ordinaria por una jurisdicción especial y excepcional ²⁷⁶.

A la actuación del árbitro o del tribunal arbitral se le concede tal grado de jurisdicción, que al propio laudo arbitral se le equipara a una sentencia judicial, otorgándosele la característica de cosa juzgada ²⁷⁷.

El artículo 1391 del Código de Comercio estipula :

"El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución :

1. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348..."

²⁷⁴ Al parecer, el punto más atacado del arbitraje como institución del derecho procesal, es a la vez el elemento que lo hace atractivo, siendo esto porque las sentencias o laudos arbitrales al carecer de imperio o de la característica coactiva, no pueden ser impugnados por la vía del juicio de amparo.

²⁷⁵ Briseño Sierra, Humberto. *"Sobre Arbitraje Estudios"...* ob. cit., p. 350.

²⁷⁶ Ogayar y Ayllon, Tomás. *"El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral"...* ob. cit., p. 37.

²⁷⁷ Existe cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria. Entre las sentencias que causan ejecutoria por ministerio de ley se encuentran las que no pueden ser recurridas por ningún medio ordinario o extraordinario de defensa; entre las que causan ejecutoria por declaración judicial tenemos : 1.- Las consentidas expresamente por las partes, 2.- Las de que hecha notificación en forma no se interpone recurso en el término de ley, y 3.- Las de que se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y término legales o se desistió de él. El auto en que se declara que una sentencia ha causado o no ejecutoria, no admite más recurso que el de responsabilidad.

En ese mismo sentido, el artículo 4 de la Convención de Panamá determina :

"Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales."

El maestro Briseño Sierra afirma que el talón de Aquiles del arbitraje como proceso es la ejecución del laudo, porque el tribunal arbitral que tiene competencia para sentenciar, carece de la potestad para ejecutar ²⁷⁸. Por lo mismo, en ocasiones es necesario contar con la colaboración del poder judicial para darle plena eficacia al proceso arbitral.

Esta cierta dependencia del arbitraje al órgano judicial, es el factor del cual se valen los detractores de esta tesis al afirmar que no puede considerarse un proceso en forma porque el mismo carece de coercibilidad. Este argumento se debilita al asimilar correctamente la verdadera intención del legislador, quien en aras de suplir una carencia que por lógica jurídica no se le pudo o puede otorgar a una persona que no es autoridad en el sentido formal, colocó ciertas normas que ordenan a los tribunales a auxiliar con su imperio a los árbitros en aquellas diligencias que requieren una observancia o cumplimiento forzoso para alguna de las partes relacionadas con el litigio.

Tal es el caso de los artículos 631, 632, 633 y 634 del CPCDF que señalan respectivamente :

"Los árbitros pueden condenar en costas, daños y perjuicios a las partes y aún imponer multas, pero para emplear los medios de apremio deben ocurrir al juez ordinario."

"Notificado el laudo, se pasarán los autos al juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia. Para la ejecución de autos y decretos se acudirá también al juez de primera instancia..."

²⁷⁸ Dice el maestro Briseño Sierra que la ejecución como potestad judicial es definida como la realización coactiva de la responsabilidad contenida en una sentencia de condena, llevada a cabo por un tercero : ejecutor, actuario o secretario.

"Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro; y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos, el juez designado en el compromiso, a falta de éste, el esté en turno."

"Los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros."

Si bien es cierto, que la falta de coercibilidad en los actos del árbitro o del tribunal arbitral constituye una desventaja del proceso arbitral, esto, de la misma forma, constituye uno de los elementos más atractivos del arbitraje, ya que al no considerársele autoridad a estos juzgadores, y por lo mismo carecer del elemento coactivo en el ejercicio de su jurisdicción, tampoco proceden ante sus actuaciones, salvo en los casos excepcionales ²⁷⁹, los característicos medios de impugnación que son utilizados ante los tribunales judiciales ²⁸⁰ y que en no pocos casos, son origen de numerosas trampas y vicios que desvirtúan la impartición de justicia y la tutela efectiva de los derechos de las partes.

El convenio arbitral, sea cual fuere su origen (cláusula, compromiso, o documento arbitral), sólo constituye un presupuesto procesal del arbitraje ²⁸¹, mediante el cual el orden jurídico exige a las partes que lo suscriben, la determinación de la materia a arbitrar y las características que las mismas deseen imprimir al proceso. En caso de que no lo hicieren así, la norma adjetiva, no la sustantiva, e inclusive el propio árbitro o tribunal arbitral ²⁸², supletoriamente cubren las lagunas y dotan de formato al juicio arbitral correspondiente.

El vínculo jurídico dentro del convenio arbitral se comparte con el tercero ajeno quien decidirá sobre la controversia que se suscite entre las partes. Una vez fijado el objeto del arbitraje, la relación jurídico-procesal se da entre éstas y el árbitro.

²⁷⁹ El artículo 619 del CPCDF señala que las partes pueden renunciar a la apelación. Generalmente los recursos que proceden en un procedimiento arbitral son únicamente 2 : nulidad del laudo y negación en el reconocimiento y la ejecución del laudo.

²⁸⁰ Los medios de impugnación tradicionales se dividen en : a) Recursos y b) Medios de impugnación autónomos procesales. A su vez, los recursos comprenden : 1.- La apelación, 2.- La revocación, 3.- La reposición, 4.- La queja, 5.- la apelación extraordinaria, 6.- La nulidad de actuaciones. Los medios de impugnación autónomos procesales hacen referencia a : 1.- La impugnación de la cosa juzgada y 2.- El juicio de amparo.

²⁸¹ El maestro Fix-Zamudio define a los *presupuestos procesales* como los requisitos o condiciones que deben cumplirse para la iniciación o el desarrollo válido de un proceso.

²⁸² Esto sucede en los casos en que las partes incluyen dentro del conjunto de materias a arbitrar algunas que no lo pueden ser. Aquí, el árbitro o tribunal arbitral pueden proseguir con el arbitraje sobre aquellas materias susceptibles de serlo y desechar del mismo las que la ley prohíbe sustanciar mediante esta vía.

El arbitraje produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio litigioso en un tribunal ordinario ²⁸³. Ambas excepciones hacen referencia a la existencia de un proceso; por su parte la excepción de incompetencia tiene por objeto denunciar la falta del presupuesto procesal consistente en la competencia del órgano jurisdiccional; la excepción de litispendencia tiene por objeto hacer del conocimiento del juez que el litigio planteado por el actor en su demanda, ya está siendo conocido en otro proceso anterior ²⁸⁴.

Lo anterior consiste en otro reconocimiento del arbitraje como institución procesal, ya que solamente un proceso y no un contrato, puede ser materia de estas excepciones procesales.

El artículo 1424 del Código de Comercio señala :

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

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

En este sentido, la Convención de Nueva York establece en el párrafo tercero de su artículo segundo que los tribunales de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un convenio arbitral, deben de remitir a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

El arbitraje comercial debe de ser asimilado como un proceso para la solución de controversias alternativo al que ofrecen los tribunales judiciales, que no es lo mismo que

²⁸³ Cfr. art. 620 CPCDF, art. 1424 del CC, y art. II párrafo tercero de la Convención de Nueva York.

²⁸⁴ Ovalle Favela, José. "Derecho Procesal Civil"...ob. cit., pp. 86 - 89.

alternativo a la jurisdicción, ya que ésta función o atributo es reconocido a los árbitros tanto en la leyes internas como en tratados y demás instrumentos internacionales ²⁸⁵.

Como complemento a los argumentos vertidos en favor de considerar al arbitraje como una institución de la ley adjetiva, se encuentra el hecho de que prácticamente la totalidad de su normatividad se ubica en los capítulos de solución de controversias de las leyes sustantivas que lo mencionan y por supuesto esta figura la designan como juicio ²⁸⁶ y no como contrato, los Códigos de Procedimientos Civiles de los Estados y el propio Código Federal. Igualmente, en este tenor podemos mencionar, que los diversos tratados de los que México es parte y en los que se incluye la figura del arbitraje, éste es señalado como un proceso para la solución de disputas, nunca como un negocio jurídico.

c) Perspectiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Conociendo la actitud del poder judicial, tanto local como federal hacia el arbitraje como figura heterocompositiva, así como la tradición jurídica de nuestro país, no es de extrañarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya adoptado esta tesis como suya, pronunciándolo de la siguiente forma :

"ARBITRAJE. El arbitraje es una convención que la ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares; de este modo, se substituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas permitidas por la ley. El laudo es como los considerandos

²⁸⁵ Un simple análisis del procedimiento de homologación de los laudos arbitrales extranjeros es suficiente para comprobar las facultades jurisdiccionales del árbitro o del tribunal arbitral.

²⁸⁶ El propio CPCDF hace referencia en su Título Quinto, Capítulo IV al tema, *De la preparación del juicio arbitral*.

de la sentencia, en la que el elemento lógico no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el juez formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano del Estado. El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares, etc..., y sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido. a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia. La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen la partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado y no sentencia, y estando desprovisto, por lo mismo, del elemento jurisdiccional de un fallo judicial, no es ejecutable sino hasta que le preste su autoridad algún órgano del Estado que lo mande cumplir. El laudo y el exequatur, deben de ser considerados como complementarios, son dos aspectos de un solo acto jurídico; uno, es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro, consiste precisamente, en esa voluntad formulada por el funcionario provisto de jurisdicción ²⁸⁷..."

Con el propósito de ubicar el sentido de la postura de la Corte, procederemos a analizar las partes esenciales de la misma :

- El arbitraje es un contrato denominado compromiso...

La Corte parte de considerar al arbitraje como una institución de naturaleza contractual²⁸⁸. Confunde al convenio arbitral, presupuesto procesal del arbitraje, con todo el procedimiento heterocompositivo que éste representa. Designa equivocadamente al convenio arbitral como una figura contractual, siendo que éste lejos de ser un negocio jurídico en cuya esencia son manifiestos los aspectos sustantivos o materiales, es simplemente un acuerdo de voluntades para escoger una determinada jurisdicción y para

²⁸⁷ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXVIII, p. 800, Cía. Mexicana de Petróleo "El Aguila", S.A. - 26 de mayo de 1933 - 5 votos.

²⁸⁸ La figura del arbitraje forzoso contradice esta parte de la presente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cfr.* los artículos 9, 10, 11 y 14 transitorios del CPCDF.

caracterizar el procedimiento a seguir en dicha vía, es decir, su contenido hace referencia esencialmente a aspectos puramente adjetivos.

El propio Código de Comercio define al convenio arbitral como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica.

Es el convenio arbitral no un contrato, sino simplemente un acuerdo de voluntades para acceder a la jurisdicción arbitral. El Código de Comercio determina que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, pudiendo ser éste un procedimiento convencional ante tribunales judiciales o un procedimiento arbitral.

La forma de adoptar cualquiera de estos tipos de procedimientos tiene que ser de manera convencional, es decir mediante consentimiento de las partes principales involucradas en una controversia presente o futura.

A través del convenio arbitral las partes crean la obligación de someter sus controversias ante un árbitro o ante un tribunal arbitral, extinguiendo la obligación de presentarse ante cualquier otra jurisdicción; en los contratos únicamente se producen o se transfieren derechos y obligaciones.

- Mediante esta figura se sustituye al proceso con algo que le es afín, en su figura lógica, ya que en uno y otro casos, se decide una contienda mediante un juicio ajeno...

Por otra parte, la Corte afirma que el proceso es sustituido en uno de sus elementos esenciales, por una figura análoga que deriva del propio arbitraje, esto es, el elemento conclusivo resolutivo, en otras palabras la *juditium*, misma que se materializa en la forma de laudo arbitral o sentencia judicial.

Acepta que el árbitro y por lo tanto el arbitraje, poseen dos de los tres elementos de la jurisdicción estatal : a) La *notio*, o capacidad para conocer de un determinado litigio o controversia y b) La *juditium*, o facultad para resolver o decidir la misma. Con lo anterior, destaca en el arbitraje elementos relativos a la propia jurisdicción en sentido amplio, contradiciendo la postura contractualista.

- El árbitro no tiene jurisdicción propia o delegada...

Esta incompleta apreciación se rechaza con lo analizado en el párrafo anterior y con lo determinado en el artículo 633 del CPCDF que señala : *"Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral en lo que se refiere a jurisdicción que no tenga el árbitro; y para la ejecución de la sentencia y admisión de recursos, el juez designado en el compromiso, a falta de éste el que esté en turno."* El artículo en comento señala la supletoriedad que tendrá el órgano judicial con relación a la jurisdicción del propio árbitro.

En el listado de órganos facultados para desempeñar la función jurisdiccional en las materias civil, mercantil, etc... que hace la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en su artículo segundo, se destaca la designación de los árbitros.

Al considerar al presupuesto procesal denominado convenio arbitral como una excepción de litispendencia y de incompetencia, la ley está otorgando al órgano decisorio de la institución arbitral el reconocimiento de su plena función jurisdiccional. De la misma definición de estas excepciones se concluye la anterior afirmación; la excepción de incompetencia reconoce plenamente al árbitro, frente a la autoridad judicial, como el órgano facultado para conocer y por lo tanto decidir o resolver un determinado litigio, es decir, posee la jurisdicción y la competencia necesarias; la excepción de litispendencia reconoce que se está ejercitando una determinada función jurisdiccional por el tribunal arbitral que corresponda, por lo cual a la acción intentada ante la autoridad judicial procede dicha excepción, otorgándose de esta manera por la ley, el pleno reconocimiento de un proceso en forma a la institución arbitral.

Otro aspecto que afirma la jurisdicción de los árbitros es la relativa a la cosa juzgada. El ordenamiento jurídico al otorgar a los laudos arbitrales, en materia civil y mercantil, la categoría de documento que trae aparejada ejecución, está sancionando a la actividad de éstos órganos decisorios con la característica de cosa juzgada, propia de los actos resolutivos definitivos derivados de la función jurisdiccional, inclusive estatal; tal es el caso de la sentencias pronunciadas por los tribunales judiciales que hayan causado ejecutoria, bien sea por ministerio de ley o por declaración judicial.

Con relación al concepto de competencia, entendiéndose ésta como el ámbito de la jurisdicción , el artículo tercero de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal señala :

"Los árbitros no ejercerán autoridad pública, pero de acuerdo con las reglas y restricciones que fija el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, conocerán, según los términos de los compromisos respectivos, del negocio o negocios civiles que les encomienden los interesados. Para que resulten ejecutables sus fallos, éstos deben ser homologados por la autoridad civil correspondiente, sólo en relación con los requisitos inherentes a su formalidad ²⁸⁹."

Nuevamente la ley secundaria reconoce la competencia y por lo tanto la jurisdicción de los árbitros con respecto a la o las controversias señaladas en el convenio arbitral correspondiente. Asimismo, admite la existencia del resultado del ejercicio jurisdiccional llevado a cabo por los árbitros y materializado en el laudo, fallo o sentencia arbitral.

Finalmente, podemos citar en este apartado, la tesis de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la cual se llegó a reconocer al árbitro plena jurisdicción, a saber ²⁹⁰ :

"ARBITROS. El amparo sólo procede contra actos de la autoridad que viole las garantías individuales, según lo dispone la fracción I del artículo 1o. de la Ley de la materia, y aún cuando los árbitros, por ministerio de la ley, tienen la facultad jurisdiccional de resolver los conflictos jurídicos que las partes someten a su consideración y esas resoluciones tienen toda la fuerza de sentencias definitivas, sin embargo éstas no pueden cumplirse mientras el juez del orden común no les preste el apoyo legal que, como autoridad pública debe concederles, en los términos de lo dispuesto por el artículo 5o. de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común. Esta disposición de una manera terminante establece que los árbitros no ejercen autoridad pública y que los tribunales cuando estuvieron dentro de la ley los actos de que se trata les presentarán el apoyo de su autoridad para hacer cumplir las determinaciones que hayan dictado. De esto se infiere que aún cuando los árbitros sean verdaderos jueces de derecho y sus resoluciones

²⁸⁹ De acuerdo con el Profesor José Luis Siqueiros, el juez no debe de examinar el fondo del laudo definitivo, a menos que existiera algún recurso que resultara admisible. El artículo 632 del CPCDF señala : *"Notificado el laudo, se pasarán los autos al juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieren aclaración de sentencia. Para la ejecución de autos y decretos se acudirá también al juez de primera instancia. Si hubiere lugar a algún recurso que fuere admisible, lo admitirá el juez que recibió los autos y remitirá éstos al Tribunal Superior, sujetándose en todos sus procedimientos a lo dispuesto para los juicios comunes."* Este precepto está relacionado con el artículo 619 del propio CPCDF que determina : *"...Las partes podrán renunciar a la apelación. Cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso."*

²⁹⁰ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXII, p. 451, Cía. Petrolera Comercial, S.A. - 26 de mayo de 1931.

produzcan la excepción de cosa juzgada, sin embargo, carecen de imperio para hacer cumplir sus determinaciones, atributo sin el cual, no pueden considerarse como autoridades del orden público y, por ese concepto, la Ley Orgánica respectiva no les reconoce este carácter, siendo improcedentes por lo mismo, los amparos que se intenten contra resoluciones que dicten, mientras la autoridad legalmente constituida no les preste su apoyo."

No solamente afirma esta tesis jurisprudencial que los árbitros son prácticamente jueces de derecho con total función jurisdiccional, sino que también afirma que el laudo tiene toda la fuerza de una sentencia definitiva. Sin razón jurídica alguna, este criterio se transforma radicalmente dos años más tarde ²⁹¹. Decimos sin razón de derecho alguna, porque a la fecha prevalecen los supuestos jurídicos dentro del orden jurídico mexicano para que prevalezca este criterio y no los que subsecuentemente han sido emitidos con respecto a la naturaleza de la institución arbitral y de sus elementos constitutivos.

- Las facultades del árbitro derivan de la voluntad de las partes..

Las partes no determinan directamente las facultades del árbitro, lo único que hacen es elegir la jurisdicción arbitral y caracterizar el procedimiento respectivo, con base en los derechos subjetivos que la ley les otorga para el desarrollo del arbitraje de que se trate. Las facultades esenciales del árbitro o del tribunal arbitral derivan directamente de la ley, aún tratándose de arbitrajes *ad - hoc* o de equidad o amigable composición ²⁹². Es la propia naturaleza de la institución arbitral ²⁹³ y el propio ordenamiento jurídico el que, al permitir la institución arbitral en sus diversas variantes, está previendo las facultades del órgano de decisión en esta figura heterocompositiva, ya sea en la forma de derechos subjetivos de las partes ejercitados con base en la autonomía privada, o rigiendo supletoriamente el procedimiento en caso de que las partes omitan convenir en elementos necesarios para el correcto desarrollo del arbitraje ²⁹⁴.

²⁹¹ Cfr. con tesis de jurisprudencia citada en la p. 44.

²⁹² Si está afirmación no fuera válida, los árbitros que tiene a su cargo arbitrajes forzosos carecerían de toda facultad para conocer y resolver el litigio correspondiente.

²⁹³ El arbitraje, al ser parte de los denominados sistemas heterocompositivos, presupone la existencia de un tercero, quien tendrá y ejercerá las funciones y facultades necesarias para conducir el procedimiento y resolver la controversia planteada.

²⁹⁴ La cuestión de que es el propio ordenamiento jurídico quien directamente determina el procedimiento arbitral con todo y sus elementos constitutivos, aún faltando el consentimiento de las partes sobre éstos últimos se afirma por la siguiente tesis de jurisprudencia : "**JUICIO ARBITRAL. SE CONSIENTEN EXPRESAMENTE LOS PRECEPTOS DE LA**

El árbitro o el tribunal arbitral están facultados por el ordenamiento jurídico para actuar como una autoridad judicial en forma, siendo pocas las diferencias con este órgano entre las que destaca la falta de imperio para ejecutar forzosamente sus resoluciones.

De conformidad con la naturaleza de la institución arbitral, la ley otorga a las partes la oportunidad de caracterizar algunas facultades y funciones del órgano decisorio, inclusive, puede obligarlo a seguir los parámetros que éstas hubieren establecido para el desarrollo del procedimiento, aspectos que difícilmente los podemos apreciar en los procedimientos judiciales. Sin embargo, en los rubros esenciales del procedimiento, el árbitro o el propio tribunal arbitral se erige como la autoridad competente cuyas resoluciones tiene que ser respetadas y acatadas por las partes, independientemente de su consentimiento. Tal es el caso de la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del convenio arbitral, o bien la solicitud de apoyo de otras autoridades para el correcto desarrollo del procedimiento, o inclusive para adoptar medidas que eliminen las causas de nulidad del laudo que invoque cualquiera de las partes ante tribunales judiciales

295

- El laudo es como los considerandos de la sentencia; en la que el elemento lógico no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el juez formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza un órgano del Estado...

Confundiendo aspectos conceptuales, la Corte afirma que el laudo es lo mismo que los considerandos de una sentencia. Simplemente, la definición de uno y otro son totalmente distintas. El laudo arbitral es la vía en que se manifiesta o materializa la decisión emitida por

LEY QUE CONSIGNAN EL JUICIO ARBITRAL, SI EN UN CONTRATO LAS PARTES ACUERDAN, PARA EL CASO DE CONFLICTO, SOMETERSE AL MISMO. Si al celebrar un contrato las partes manifiestan claramente que para el caso de conflicto, se someterán al juicio arbitral, es evidente que en forma expresa consienten los preceptos de la ley que consigna el procedimiento respectivo, pues dicho acto jurídico entraña, por su naturaleza, la máxima expresión de la voluntad." Amparo en revisión 944/91. Martha Villanueva Villegas. 6 de julio de 1992. Mayoría de 3 votos contra el del Ministro Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ausente : Miguel Montes García. Ponente : José Trinidad Lanz Cárdenas. Secretario Arturo García Torres.

²⁹⁵ Este párrafo fortalece la opinión de que la naturaleza jurídica del arbitraje y/o del convenio o acuerdo arbitral, no puede ser la de un contrato, ya que la facultades decisorias que derivan de la figura del árbitro se expresan aún sin el consentimiento de las partes, pudiendo las mismas modificar, o inclusive extinguir los derechos y obligaciones de aquellas, aún en el propio mal llamado *contrato de eliminación de incertidumbre jurídica* o convenio arbitral.

el árbitro o tribunal arbitral, para resolver la controversia que se le somete por convenio de las partes, los considerandos de una sentencia, son aquellos requisitos formales de carácter conclusivo utilizados para la definición de los puntos resolutivos de cualquier sentencia.

La preparación lógica conclusiva y resolutive que llevan a cabo los órganos competentes para conocer y resolver una controversia, sí constituye un acto jurisdiccional. En ella está presente la *notio* y la *juditio*, las cuales se manifiestan o materializan a través de la figura de la sentencia, del laudo o como las partes o el ordenamiento jurídico la denominen. La sentencia y el laudo arbitral son vías de materialización del acto jurisdiccional²⁹⁶. Los considerandos de una sentencia constituyen un acto jurisdiccional. En sí, tanto la sentencia como el laudo son aquellos documentos que emite el tercero imparcial que tiene la obligación de resolver el litigio, a través de los cuales se sintetiza toda la función jurisdiccional desarrollada durante el procedimiento correspondiente.

Por otra parte, efectivamente el árbitro o tribunal arbitral carecen de imperio para hacer cumplir el laudo de manera coactiva, sin embargo, para eso el ordenamiento jurídico obliga a los tribunales judiciales competentes apoyar a dichos órganos decisorios para la ejecución forzosa del laudo correspondiente²⁹⁷. Es decir, la sentencia -laudo- como materialización del acto jurisdiccional, ya existe con todos sus elementos o requisitos, tanto formales como sustanciales²⁹⁸, lo único de que carece el árbitro o el tribunal arbitral es de imperio para ordenar el auto de ejecución de la sentencia o laudo, para lo cual apoya la autoridad judicial. Los órganos del Estado no son las únicas entidades que pueden formular juicios lógicos conclusivos y resolutivos, también lo pueden realizar los propios árbitros

²⁹⁶ El jurista Ovalle Favela citando a Couture afirma que este autor distingue dos significados de la palabra sentencia: como acto jurídico procesal y como documento...Ovalle Favela, José. "Derecho Procesal Civil"...*ob. cit.*, p. 188. Lo anterior confirma la alusión al concepto que se hace en este apartado.

²⁹⁷ El artículo 634 del CPCDF determina : "Los jueces ordinarios están obligados a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros."

²⁹⁸ Si la sentencia es el acto procesal derivado del órgano que ejerce la jurisdicción, a través del cual se decide la controversia planteada, el laudo arbitral es su figura análoga y por lo tanto su estructura debe de ser básicamente la misma que la de la sentencia. De acuerdo con el artículo 82 del CPCDF quedan abolidas las antiguas fórmulas de las sentencias y basta con que el juez apoye sus puntos resolutivos en preceptos legales o principios jurídicos, de acuerdo con el artículo 14 constitucional. Asimismo, el artículo 86 del mismo ordenamiento señala que las sentencias deben de tener el lugar, fecha y juez o tribunal que las pronuncie, los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litiguen y el objeto del pleito. De esta forma es como también se estructuran los laudos arbitrales, inclusive los derivados de arbitrajes en equidad o en amigable composición. En síntesis, tanto las sentencias judiciales como los laudos arbitrales deben de contener por lo menos : los datos de identificación del proceso, relación de hechos y el derecho en los que funde y motive su resolución el juez o el árbitro, los puntos resolutivos y la firma o firmas correspondientes, todo esto en estricto apego a los artículos 14 y 16 constitucionales. A lo anterior debe sumarse el deber del órgano decisorio de emitir su sentencia o laudo de forma congruente con las pretensiones deducidas, abarcando cada una de ellas.

particulares, o inclusive la figura del jurado popular ²⁹⁹. El laudo, entendiéndose como el documento en que se vierte la decisión mediante la cual el tribunal arbitral resuelve, es en sí una forma de materializar el acto jurisdiccional en sentido amplio, careciendo solamente de la característica del imperio o capacidad para hacerlo cumplir forzosamente, ya que es una jurisdicción que deriva de un árbitro y no de un juez del Poder Judicial. Las manifestaciones del concepto jurisdicción en su sentido amplio son aplicables a toda composición de conflictos de intereses, sean estos atendidos por un particular facultado por ley, o por un órgano del Estado. Solamente los órganos del Estado poseen imperio, pero no tienen en exclusividad la capacidad para conocer cualquier litigio y resolver las pretensiones en conflicto que lo constituyen.

Los efectos del laudo arbitral son los mismos que los efectos de la sentencia judicial, a saber :

- 1.- El laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada (título ejecutivo).
- 2.- La parte que resulta favorecida al término del arbitraje posee la actio judicati o facultad para hacer ejecutar el laudo correspondiente.
- 3.- El pago de costas procesales.

La única característica que no posee el laudo arbitral es la de no poder ser ejecutado de manera forzosa por el tribunal arbitral que la emite. Esta característica de la sentencia pronunciada por la autoridad judicial, deriva no de su esencia como vía para manifestar el acto jurisdiccional, aunque traiga aparejada ejecución, sino de la potestad e imperio del órgano que la emite.

Con base en lo anterior, se concluye que la ejecución directa del laudo arbitral o de la sentencia judicial como formas típicas de materialización de los actos jurisdiccionales, no derivan de su esencia, sino de la naturaleza del órgano que las emite. La *executio* no es un elemento esencial de la jurisdicción en su sentido amplio.

Tal y como lo determina el artículo 1346 del CC : *"Debe ejecutar la sentencia el juez que la dictó en primera instancia o el designado en el compromiso en caso de*

²⁹⁹ El jurado popular consiste en un jurado constituido por ciudadanos que, sin ser jueces profesionales o estatales, deciden una determinada controversia en apoyo de la autoridad judicial. Esta figura que ejerce jurisdicción está comprendida en nuestro ordenamiento jurídico en : Fracc. VI, art. 20 constitucional, y en los artículos 2, 64, 65 y 66 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (LOTSJDF), entre otros cuerpos normativos.

procedimiento convencional." Esta disposición señala a la autoridad judicial como única instancia con la potestad e imperio para ejecutar las decisiones materializadas en forma de sentencia, laudo arbitral, o cualquier otra denominación. Tanto la sentencia judicial como el laudo arbitral deben de ser mandadas a ejecutar por la autoridad judicial.

- La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen la partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado y no sentencia...

Cayendo en el mismo argumento de que la jurisdicción es monopolio del Estado, la Corte erróneamente determina que la función jurisdiccional sólo puede ser ejercitada por los órganos del Estado. Con base en los argumentos expuestos con anterioridad diferimos de esta afirmación, agregando que la capacidad de conocer y resolver una controversia es propia de todo sistema heterocompositivo pudiendo ser éste judicial o de cualquier otra naturaleza.

Lo que buscan las partes al someter una controversia ante la autoridad judicial o ante la autoridad arbitral, es la solución de la misma, autorizando el acceso al expediente correspondiente sólo a aquellas personas que se encuentren legitimadas o debidamente autorizadas. La relación entre las partes y el juez o el árbitro es estrictamente entre ellos, terceros ajenos al procedimiento no tienen porqué intervenir en esa relación procesal. La única diferencia es que las audiencias en el procedimiento judicial, en su mayoría son públicas, cuestión que no acontece en el procedimiento arbitral. Sin embargo, el carácter público de las mismas no deriva directamente del procedimiento, sino de la propia naturaleza del recinto en donde tiene su sede el órgano judicial.

7.- Fundamento jurídico del arbitraje

El ordenamiento jurídico nacional hace referencia a la institución arbitral a través de sus sistemas tanto local como federal. En efecto, comenzando por la Constitución (de manera tácita), el Código Federal de Procedimientos Civiles, Código de Comercio y demás

leyes de carácter federal, e incluyéndose en los códigos de procedimientos de las Entidades Federativas, el arbitraje fundamenta su existencia jurídica mediante su manifestación a través de la ley sustantiva y la ley adjetiva.

Haciendo un análisis sobre la sistemática jurídico-legislativa de esta figura procedimental, es clara la falta de uniformidad y dimensionamiento de esta institución como sistema alternativo de solución de controversias mercantiles, civiles, administrativas y en poco tiempo de asuntos en materia fiscal, penal, e inclusive hasta laboral.

El arbitraje fue desestimado por el Constituyente de 1917, al omitir (no prohibir) su plena existencia como vía para la solución de disputas referentes a intereses estrictamente particulares. Las garantías de seguridad jurídica exponen los elementos mínimos que todo proceso debe de contener para considerarse legal y justo. Las formalidades esenciales del procedimiento de cierta forma, constituyen la referencia constitucional al arbitraje. Es, a través de las mismas como este procedimiento encuentra sujeción a la ley (secundaria) para fundamentarse como un equivalente jurisdiccional y por lo tanto formar parte de los instrumentos que el Estado dota a sus gobernados para tutelar sus respectivos derechos y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones. Por otra parte, el artículo 133 constitucional es considerado como otro fundamento o referencia constitucional al arbitraje. Los diversos tratados que en esta materia o relacionados con la misma ha suscrito México son ley suprema de toda la Unión; haciendo su seguimiento de observancia obligatoria, tanto en tribunales locales, como en los tribunales federales.

La ley secundaria, en sus manifestaciones adjetiva y sustantiva, aborda el tema del arbitraje de una manera sumamente improvisada en donde predomina la dispersión legislativa y la falta de técnica legislativa para coordinar a las partes del procedimiento, a las materias susceptibles del mismo, a las facultades de los árbitros y a la intervención del aparato judicial.

La uniformidad de los diversos sistemas de normas arbitrales por materia, contribuiría que este proceso fuera más eficaz en su misión y por lo tanto más demandado y reconocido por los particulares y por el Estado mismo. En este tenor, resulta importante actualizar algunas legislaciones locales relativas al arbitraje, con el propósito de apoyar esta unificación procesal y evitar la remisión a otros ordenamientos.

La legislación referente a la organización y funcionamiento interno de los poderes judiciales local y federal es deficiente en lo que respecta al manejo o actuación de los tribunales ante el proceso arbitral. Se requiere no solamente modernizar dichas leyes orgánicas, sino también capacitar a los funcionarios judiciales en esta materia, con la intención de que lo plasmado en el texto normativo no se contravenga con el criterio o discrecionalidad del aparato de justicia tradicional.

A continuación se enlistan los principales cuerpos normativos que hacen referencia directa o indirecta de la figura jurídica del arbitraje :

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Conferencia de las Naciones Unidas relativa a la Convención de Arbitraje Comercial Internacional sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ³⁰⁰.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Supletoriamente se aplica : El Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial ³⁰¹.

- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Con base en cada capítulo se pueden aplicar supletoriamente :

- a) *El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados;* b) *Las Reglas del Mecanismo Complementario del Centro*

³⁰⁰ Es importante mencionar la relación de todo tratado o convenio internacional con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la Ley General de Tratados en vigor desde 1992, misma que determina ciertos principios que deben tener los convenios de solución de controversias, entre los que destacan : 1.- Igualdad y reciprocidad, 2.- Que se observen las garantías del debido proceso y 3.- Imparcialidad del órgano jurisdiccional. Los métodos más comunes para la solución de controversias de forma extrajudicial son la consulta, la negociación, los buenos oficios, la investigación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

³⁰¹ Vigente desde el primero de enero de 1978. Tiene por antecedente las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976. En aquellos casos en que un arbitraje comercial internacional sea regido por la Convención de Panamá, éste Reglamento puede ser aplicado como si fuera parte del texto de dicho instrumento, con base en el artículo tercero del mismo.

Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; o c) Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL.

- Organización Mundial de Comercio.

- Código de Comercio.

Se aplica supletoriamente al procedimiento arbitral la ley de procedimientos local ³⁰².

- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y demás Entidades Federativas.

- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

- Código Federal de Procedimientos Civiles.

a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

De acuerdo con lo mencionado en páginas anteriores, el marco constitucional del arbitraje es de carácter tácito (lo no prohibido o tolerado está permitido). Lógicamente, el legislador no considero pertinente incluir textualmente en una constitución de corte estatista e inclusive podríamos agregarle el adjetivo socialista, la libertad de las partes para acceder libremente al sistema alternativo de tutela jurídica denominado arbitraje.

Al parecer, remitió su fundamentación a las garantías de igualdad y de seguridad jurídica para cersiorarse de su permanente supervisión estatal, logrando con ello mantener el interés general sobre el particular, evitando que la ignorancia de la ley y de las garantías individuales fuera utilizada en contra del sistema de derecho que urgía prevalecer.

³⁰² La jurisprudencia determina : "*JUICIOS ARBITRALES EN MATERIA MERCANTIL. Tratándose de un procedimiento mercantil convencional, específicamente de árbitros, de acuerdo con los artículos 1051, fracción IX y 1053 del Código de Comercio debe estimarse supletoria la Ley de Procedimientos Civiles local, conforme a la primera de las disposiciones citadas.*" Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CVII, p. 324, Rodríguez Mariano R., 17 de enero de 1951 - 4 votos. Sobre el tema, los artículos 2 y 1063 del CC. señalan respectivamente : "*A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal*", "*Los juicios mercantiles se substanciarán de acuerdo a los procedimientos aplicables conforme este Código, las leyes especiales en materia de comercio y en su defecto por la ley procesal local respectiva.*"

Del análisis del texto de los artículos 13, 14, 16, 17 y 133 constitucionales, se derivan algunas observaciones que consideramos se encuentran relacionadas con la institución arbitral. Estas reflexiones son las siguientes :

1.- Estos preceptos constitucionales aunque clasificados como de igualdad y de seguridad jurídica (excepto el artículo 133 constitucional), son manifestación de los derechos públicos que todo mexicano debe gozar, así como de la tutela jurídica que realiza el Estado en aras de alcanzar una armonía comunitaria fundamentada en el respeto a la ley.

Suele ponerse en entredicho la fundamentación que estos artículos hacen del arbitraje, al afirmar que en ellos mismos se contienen disposiciones que contradicen la base jurídico-constitucional, inclusive la existencia del mismo como institución procesal reconocida por el propio Estado.

Tal es el caso del precepto décimo tercero que en su primer párrafo estatuye :
"Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales..."

En lo referente al significado de leyes privativas la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la tesis de jurisprudencia número 84, afirma lo siguiente : *"Es carácter constante de las leyes que sean de aplicación general y abstracta; es decir, que deben de contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobreviva a esta aplicación y se aplique sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto no sean abrogadas. Una ley que carece de esos caracteres, va en contra del principio de igualdad, garantizado por el artículo 13 constitucional, y aun deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Estas leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de las leyes privativas protege el ya expresado artículo 13 constitucional."*

En lo concerniente a ser juzgado por este tipo de leyes, la suprema Corte ha señalado que *"las personas no pueden ser sentenciadas en aplicación de una ley que no sea de observancia general, y por tanto, para que se viole esa garantía constitucional es preciso que se aplique o trate de aplicarse una disposición que sólo se refiera a determinada persona especialmente."*

No solamente, mediante esta opinión jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se sustenta el carácter adjetivo del arbitraje, sino que además debilita contundentemente la teoría contractualista de esta institución.

Al entender como ley privativa aquella que hace referencia o que se aplica a una determinada persona, o situación de hecho y/o de derecho, careciendo de los elementos esenciales de generalidad, abstracción e impersonalidad, se descarta que el arbitraje sea un proceso improvisado en su totalidad por los particulares o por el mismo Estado, por el solo hecho de considerar que, gran parte del fundamento jurídico del mismo, se encuentra sustentado en la normatividad positiva, prevista en los diversos cuerpos legales de carácter nacional e internacional que lo rigen.

Las leyes sobre esta materia constituyen el marco legal de los procesos arbitrales, la facultad que las mismas otorgan a las partes para particularizarlos conforme al caso concreto, constituyen el ejercicio de un derecho subjetivo para aprovechar los privilegios que de esta institución emanan como un método alternativo al tradicional de solución de controversias. No debe de traducirse la caracterización facultada por el propio ordenamiento jurídico, con la creación de leyes privativas.

Las leyes que le brindan existencia al arbitraje como proceso ahí están, no desaparecen, aun en el caso de que los particulares y el propio Estado continúen optando por el uso del poder judicial para resolver sus conflictos. El proceso arbitral deriva de leyes de aplicación general, abstracta e impersonal.

La propia normatividad en esta materia confirma que el proceso arbitral no es producto de un derecho subjetivo de las partes en conflicto, ya que la autonomía privada o de la voluntad de las partes se encuentra limitada de diversas formas a que la misma sólo puede tener plena validez en aquellas cuestiones en que la ley permite escoger para obtener el mejor provecho de este equivalente jurisdiccional.

Los siguientes artículos del Código de Comercio sustentan los comentarios vertidos a razón de :

Art. 1417.- *"Cuando una disposición del presente título³⁰³ :*

I.- Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una Institución, a que adopte la decisión de que se trate..."

En este precepto, se denota la autorización de la ley para que las partes en determinados casos que la misma decide, determinen según su parecer el permitir la intervención de un tercero ajeno al litigio para que emita su parecer u opinión.

Art. 1429.- *"Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.*

A falta de acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de su constitución o de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad del árbitro o su independencia, o si no posee las cualidades convenidas, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación..."

La continua supletoriedad que el orden legal ejercer sobre la materia arbitral muestra claramente la intención del legislador para que el procedimiento conserve las características esenciales que señalan las leyes adjetivas ordinarias.

Art. 1433.- *"Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas; ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de litigio..."*

En aquellos casos en que las partes omiten caracterizar una determinada etapa del procedimiento arbitral, la norma dictamina la conducta procesal que las mismas deben de acatar.

Art. 1434.- *"Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.*

³⁰³ Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio relativo al arbitraje comercial.

El tribunal arbitral tiene la obligación de estricto derecho para verificar el cumplimiento de las garantías de igualdad y de seguridad jurídica emanadas de la Constitución, así como de todos los principios procesales que se deriven de las mismas.

Art.- 1435.- "Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado..."

El ordenamiento otorga a las partes la libertad para particularizar el procedimiento arbitral de acuerdo con la propia naturaleza de la controversia o situación a resolver, dentro del marco legal que el mismo ofrece a éstas.

Art. 1457.- "Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando :

1.- La parte que intente la acción pruebe que :

...d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviere en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título..."

Claramente se señala la jerarquía de la ley sobre la autonomía de la voluntad de las partes, no con otro propósito sino para que éstas dentro del procedimiento arbitral, gocen de las mismas garantías de seguridad jurídica y de la debida tutela de sus intereses por el marco legal, que gozan los usuarios de la vía jurisdiccional.

Existen disposiciones que son de carácter irrenunciable, sin las cuales fácilmente se cairía en una anarquía jurídica dentro de los procedimientos arbitrales, no tanto debido a la particularización de cada caso o litigio, sino a la ignorancia de la materia jurídica de la que adolecen o pudieran adolecer las partes involucradas, inclusive el propio árbitro o tribunal arbitral.

2.- En lo relativo a los tribunales especiales, el legislador quiso hacer mención a aquellos órganos jurisdiccionales creados exclusivamente para conocer, en un tiempo dado de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de negocios de la misma materia³⁰⁴.

El establecimiento de tribunales judiciales sin apego a lo que dicta el marco constitucional y las correspondientes leyes procesales, así como aquellas que regulan el Poder Judicial, tanto federal como local, daría lugar a la constitución de tribunales especiales y se violaría fragrantemente una garantía individual del gobernado.

Aquellos en contra del arbitraje como proceso para la solución de controversias, estiman que éste constituye un tribunal especial porque su constitución es para un caso en particular y al término del mismo se disuelve. Inclusive, se ha llegado a mencionar que esta razón influyó para no prever textualmente, como sí se hizo en algunas otras, en la Constitución la figura del arbitraje como equivalente jurisdiccional.

Los tribunales arbitrales, otro argumento en contra de la teoría contractual, están debidamente establecidos como lo están los tribunales ordinarios o jurisdiccionales, al momento mismo en que su existencia es prevista en la legislación procesal o adjetiva. El sitio para sustanciar el procedimiento correspondiente, por la propia naturaleza de esta institución, puede ser ubicado en diferentes lados y las personas o funcionarios que lo dirigen, son determinados tanto por las partes, como por los propios árbitros.

Por esto, resulta en segundo término el argumento de que son especiales porque no se encuentran establecidos físicamente en alguna ubicación, lo que en diversas ocasiones, origina que sean concebidos como tribunales momentáneos o pasajeros.

Los tribunales arbitrales existen con anterioridad a cualquier disputa que se presente ante los mismos por virtud y mandamiento de la ley, no por la libre voluntad de las partes. Con base en esto, son tribunales establecidos de acuerdo al ordenamiento jurídico y por consiguiente a la Constitución. Cuando las partes pactan el arbitraje, dan lugar a la constitución del presupuesto procesal necesario para activar esta institución de carácter adjetivo con todos sus elementos, incluyéndose la instalación o mejor dicho la caracterización del órgano decisorio.

³⁰⁴ Ver Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, t. CXI, vol. I, p. 432.

La figura del tribunal arbitral es concebida por el ordenamiento jurídico como el órgano para conocer un número ilimitado de asuntos que tengan la característica principal de ser arbitrables. Un mismo tribunal arbitral puede conocer sucesivamente de diversos casos a la vez, o puede repetir en número e identidad de sus miembros, cuantas veces las partes lo designen. Los tribunales arbitrales tienen competencia legal para conocer de asuntos concretos en número ilimitado. Cualquier litigio arbitrable puede ser competencia de los tribunales arbitrales y resulto por los mismos bajo las modalidades permitidas por el propio ordenamiento jurídico.

De acuerdo con el maestro Burgoa, lo que caracteriza a los tribunales propiamente dichos o generales, así como a cualquier autoridad estatal desde el punto de vista de su capacidad jurídica o competencia en el conocimiento ed un caso concreto, es la permanencia de sus funciones ejecutivas o decisorias y la posibilidad de tener injerencia válidamente en un número indeterminado de negocios singulares que encajen dentro de la situación determinada abstracta constitutiva de su ámbito competencial. El primer carácter implica que la competencia o capacidad de un órgano decisorio general no cesa cuando concluye el conocimiento íntegro de uno o varios casos concretos, sino que se conserva ilimitadamente en tanto una ley no la despoje de sus atribuciones y facultades. La segunda característica significa que la competencia o capacidad decisoria se extiende a todos los casos presentes y futuros que se sometan o puedan someterse a la consideración del órgano estatal ³⁰⁵.

Complementando el análisis de este apartado, la fundamentación jurídica de los tribunales arbitrales se ubica, al igual que parte de la de los tribunales judiciales, en las leyes secundarias de vocación adjetiva. Ningún arbitraje se crea por decreto de la autoridad, sus bases son resultado del proceso legislativo tradicional.

La figura del tribunal arbitral no deja de ser competente o capaz al término de cada arbitraje ³⁰⁶. La identidad o la caracterización de estos tribunales, otorgadas por las partes en ejercicio de la autonomía privada, puede variar pero no las que se derivan del ordenamiento jurídico que son el sustento de su esencia jurídica ³⁰⁷. Los tribunales arbitrales

³⁰⁵ Burgoa, Ignacio. *"Las Garantías Individuales"*. Editorial Porrúa, S.A., 23a ed. México, 1991. p. 287.

³⁰⁶ Lo mismo que un tribunal local no desaparece por el hecho de que resuelva todos los casos que se le presenten, o porque el juez renuncie o sea sustituido por otro, o porque el domicilio de los tribunales se reubique en otra dirección.

³⁰⁷ Entendiéndose como dichas características las concernientes a las facultades mínimas, competencia y estructura de los tribunales arbitrales.

no son órganos decisorios expresamente establecidos para conocer litigios numéricamente limitados.

A manera de reforzamiento de la idea de que los tribunales arbitrales son equivalentes de los tribunales generales, y cuya omisión en el texto constitucional fue de carácter ideológico y no jurídico tenemos los siguientes antecedentes históricos :

- Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 :

Arbitraje :

Art. 280.- *"No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes."*

Tribunales Especiales :

Art. 247.- *"Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley."*

Como se asienta, el Constituyente de Cádiz aceptó la convivencia de tribunales arbitrales con tribunales judiciales.

- Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822 :

Arbitraje :

Art. 58.- *"Los consulados, mientras subsistan, sólo deberán ejercer el oficio de jueces conciliadores en asuntos mercantiles; y podrán también hacer el de árbitros por convenio de las partes."*

Tribunales Especiales :

Art. 56.- *"Ningún mexicano podrá ser juzgado en ningún caso por comisión alguna, sino por el tribunal correspondiente designado por leyes anteriores."*

- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 :

Arbitraje :

Art. 156.- *"A nadie podrá privarse el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, nombrados por ambas partes, sea cual fuere el estado del juicio."*

Tribunales Especiales :

Art. 148.- *"Queda para siempre prohibido todo juicio por comisión y toda ley retroactiva."*

- Leyes Constitucionales de 1836 :

Ley Quinta

Arbitraje :

Art. 39.- *"Todos los litigantes tienen derecho para terminar, en cualquier tiempo, sus pleitos civiles o criminales, sobre injurias puramente personales, por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes."*

Ley Primera

Tribunales Especiales :

Art. 2, inciso V.- *"Son derechos del mexicano :*

...No poder ser juzgado ni sentenciado por comisión ni por otros tribunales que los establecidos en virtud de la Constitución..."

- Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 :

Arbitraje :

Art. 185.- *"Los litigantes tienen derecho para terminar sus pleitos civiles, y los criminales sobre injurias puramente personales. por medio de jueces árbitros, cuya sentencia será ejecutada conforme a las leyes."*

Tribunales Especiales :

Art. 9, fracc. VIII.- *"Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado en sus causas civiles y criminales sino por jueces de su propio fuero, y por leyes dadas y tribunales establecidos con anterioridad al hecho o delito de que se trate..."*

- Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 :

Arbitraje :

Art. 60.- *"Toda diferencia que se suscite sobre asuntos de interés privado, será decidida, o por árbitros que las partes elijan, o por los jueces y tribunales establecidos con generalidad y por leyes anteriores al hecho de que proceda la obligación, sin que las autoridades políticas puedan avocarse el conocimiento de una causa civil o criminal, abrirla de nuevo, ni mezclarse en su sustanciación o decisión. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los negocios que se refieran a lo contencioso administrativo, que serán arreglados por una ley especial."*

Tribunales Especiales :

Art. 58.- *"A nadie puede imponerse una pena si no es por la autoridad judicial competente, en virtud de ley anterior al acto prohibido, y previas las formalidades establecidas por las mismas para todos los procesos; quedando prohibido todo juicio por comisión especial..."*

3.- La garantía de audiencia es otro presupuesto legal al que la institución arbitral se apega por mandato constitucional. El segundo párrafo del artículo 14 constitucional establece lo siguiente : *"...Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades,*

posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

El punto a analizar consiste en las formalidades esenciales del procedimiento. Prácticamente todas las disposiciones que en materia de arbitraje han sido sancionadas para su plena validez en nuestro país, hacen referencia a que independientemente de la libertad que el ordenamiento otorga a las partes, al igual que al árbitro o tribunal arbitral designado, para *armar* su procedimiento arbitral, éstos deben de respetar normas irrenunciables de derecho positivo, como es el caso de la garantía de audiencia y/o del debido proceso.

El debate sobre la calidad de cuasi-autoridad que ejerce el árbitro o el tribunal arbitral frente a las partes dentro de un arbitraje, constituye un aspecto muy relevante para el análisis de esta garantía constitucional. Las características esenciales de los actos de una autoridad propiamente dicha son : la unilateralidad, la imperatividad y la coercibilidad. El árbitro carece del tercer elemento por lo cual tiene que apoyarse en la autoridad judicial para ejecutar determinadas diligencias. Eso no es suficiente para afirmar que las decisiones o resoluciones que emite el tribunal arbitral, en ejercicio de las facultades que las propias partes y la ley le otorgan, dejen de ser obligatorias para éstas, en virtud de carecer el mismo de la potestad para la ejecución forzosa. Esta omisión es a la vez el elemento diferencial en materia de impugnación de actuaciones, ya que si el árbitro o el tribunal arbitral tuviera la potestad coercitiva, entonces sería desventajoso para las partes el no tener la posibilidad de ejercer un medio de impugnación ante las decisiones de esta autoridad, mismas que pueden significar ser condenado a determinados actos de privación ³⁰⁸ de bienes jurídicamente tutelados por la garantía de audiencia como son : la propiedad, la posesión y demás derechos de la persona condenada.

Sería ilógico otorgar a una persona o entidad poderes de autoridad y no proporcionar al gobernado o a la parte correspondiente medios de defensa contra la coercibilidad que éstos pudieran ejercer en su perjuicio, especialmente en contra de las garantías constitucionales que consagra nuestra Carta Magna para todos los individuos. De la misma forma, resultaría imprudente no exigir al procedimiento arbitral y al propio árbitro

³⁰⁸ Los *actos de privación* son definidos por el maestro Burgoa como la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad y se traduce o puede consistir en una merma o menoscabo de la esfera jurídica del gobernado, determinados por el egreso de algún bien, material o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma (desposesión o despojo), así como en la impedición para ejercer un derecho.

el respeto a las formalidades esenciales que todo juicio debe de seguir o contemplar. Esta institución lejos de ser eficaz, colocaría a las partes involucradas en un constante estado de indefensión.

Lo mismo que acontece con el tema de la jurisdicción, se traduce en perjuicio funcional del árbitro en su calidad de cuasi-autoridad. Los destinatarios de esta garantía constitucional son dos sujetos : autoridad y gobernado, mismos que se encuentran vinculados en una relación de supra a subordinación. Ante los actos de la autoridad sobre la esfera jurídica del particular, éste tiene como derecho público, ante la actividad de la misma sobre su persona y sus derechos, la garantía para ser oído y vencido en juicio justo. Aun sin tener la característica coercitiva que daría lugar al uso de medios de impugnación en contra de las actuaciones y de los laudos arbitrales, la institución arbitral es respetuosa de esta garantía constitucional al permitir la procedencia de dos recursos en contra de las faltas a las formalidades esenciales del procedimiento que son : la nulidad del laudo y la negación del reconocimiento o la ejecución del mismo.

Es así como el proceso arbitral se encuentra totalmente supeditado a la ley y en consecuencia a los postulados de la propia Constitución, cumpliendo con los requisitos mínimos que todo proceso debe de contener para no considerarlo fuera de nuestro marco normativo nacional.

4.- Como todo proceso, el arbitral debe de observar un estricto respeto a la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 constitucional, que en su primer párrafo establece : *"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive ³⁰⁹ la causa legal del procedimiento..."* Los actos de molestia ³¹⁰ tanto del árbitro o del tribunal arbitral, como los de la autoridad judicial que auxilie a éstos en sus funciones, deben de estar debidamente fundamentados y motivados, además de cumplir con los siguientes requisitos esenciales : 1.- Que se expresen por escrito; 2.- Que se emitan por la autoridad competente,

³⁰⁹ De acuerdo con el maestro Burgoa, *la fundamentación* se refiere a que los actos que originen la molestia deben de basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice. Esto es consecuencia del principio de legalidad que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite. *La motivación* implica que existiendo una norma jurídica, el caso concreto respecto del que se pretende cometer el acto de autoridad, sea aquél al que alude la disposición normativa fundatoria.

³¹⁰ Los *actos de molestia* son aquellos actos de autoridad que infringen alguna molestia a los particulares, sin privarlos de sus derechos, posesiones o propiedades.

y 3.- Que en el propio documento escrito se funde y motive la causa legal del acto de molestia ³¹¹.

En relación con esta garantía de legalidad y el concepto de autoridad competente, existen dos preceptos legales que equiparan, sin manifestarlo textualmente, al árbitro o tribunal arbitral como tal, a saber :

El artículo 571 del CFPC establece :

"Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones :

...III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este código..."

Por su parte, el artículo 1432 del CC señala :

"El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia..."

Al igual que en el caso de la garantía de audiencia, considerando a las actuaciones del árbitro o del tribunal arbitral como provenientes de una cuasi-autoridad, la ley otorga un medio de defensa a los afectados en su garantía de legalidad mediante el recurso de incompetencia del tribunal arbitral que pueden interponer ante la autoridad judicial indicada.

El concepto de competencia es definido como el ámbito dentro del cual un determinado heterocomponedor ejerce sus funciones. Por otra parte, la jurisdicción, en sentido amplio, se concibe como el poder que se tiene para poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio. La jurisdicción es una especie de *potestad - deber* concedida a un

³¹¹ Existe una opinión doctrinal que en materia de arbitraje comercial internacional, es una práctica común, la que las partes puedan pactar válidamente en sus convenios arbitrales que renuncian a exigir al árbitro o al tribunal arbitral que motive y/o funde parte o la totalidad de las resoluciones que constituyen el laudo correspondiente. De acuerdo con la tradición jurídica mexicana es recomendable pactar en los convenios arbitrales que los laudos sí se funden y motiven. En el caso de arbitrajes *ex aequo et bono*, el ordenamiento jurídico tiene la obligación de respetar la manera en que el árbitro o el tribunal arbitral emiten su resolución, ya que es una figura comprendida como tal en diferentes leyes secundarias nacionales.

determinado órgano para dirimir conflictos, mediante la aplicación de normas sustantivas y adjetivas. Esta potestad se constituye por dos elementos esenciales y un tercero accesorio que varía dependiendo el órgano que la desarrolle ³¹² : a) La *notio*, o capacidad para conocer de un determinado litigio o controversia; b) La *juditium*, o facultad para resolver la misma, y c) El imperio, que se divide en : la *coertio* o facultad para imponer ciertas determinaciones que se dictan durante el procedimiento, y la *executio*, o facultad para ejecutar la decisión que pone fin al asunto. El tribunal arbitral, aunque carezca de este último elemento, ejerce plenamente los dos anteriores que son los esenciales.

A diferencia de las autoridades judiciales, la competencia de los árbitros se limita al aspecto subjetivo de la misma, es decir, a los impedimentos, excusas, y/o recusaciones, dejando a un lado los criterios determinadores de la competencia de carácter objetivo como lo son la materia ³¹³, el territorio, el grado y la cuantía.

5.- El artículo 17 constitucional establece en su texto :

"Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones..."

El derecho a la justicia, comprendido en este artículo, genera a su vez la obligación del Estado de proveer a los gobernados de la infraestructura necesaria para la correcta administración de la misma. Es deber de toda persona de ejercitar su derecho a la justicia a

³¹² El maestro Gómez Lara cita en su obra *"Teoría General del Proceso"*, algunos tipos de jurisdicción que la doctrina concibe, a saber : a) Secular y eclesiástica, b) Común, especial y extraordinaria, c) Civil, penal, contencioso - administrativa, comercial, laboral, etc..., d) Voluntaria y contenciosa, e) Retenida y delegada, f) Propia, *delegada arbitral*, forzosa y prorrogada, g) Acumulativa o preventiva y privativa, y h) Concurrente, entre otras.

³¹³ Sin embargo, puede argumentarse que este criterio objetivo si es determinante, al señalarse como materias que debe de conocer el tribunal arbitral aquellas que son distinguidas como arbitrables, tanto por disposición de la ley, como, en su caso, de la autoridad judicial.

través de los conductos idóneas para ello, los cuales se encuentran representados por órganos y figuras jurídicas tales como procuradurías, ministerios públicos, tribunales judiciales y arbitrales, instrumentos como la transacción, etc...

En lo que respecta al sentido específico del termino "*hacerse justicia*", como es común en la parte dogmática de nuestra Carta Magna, dentro del primer párrafo del artículo citado, el constituyente omitió realizar dicha definición, dejando a la interpretación judicial y/o doctrinaria su real alcance.

Este primer párrafo hace referencia de manera específica ³¹⁴, a que ningún particular puede ejecutar de manera coactiva por sí mismo cualquier determinación que surja de la resolución definitiva de un determinado conflicto. Ante el incumplimiento de lo pactado en una transacción, o de una resolución de un determinado cuerpo decisorio, los particulares o los cuerpos competentes, por carecer de imperio, tiene que apoyarse en los tribunales federales o estatales para hacer cumplir lo que en derecho corresponde a cada uno de ellos, y de estar manera "*hacer justicia*".

Esta plenamente previsto en el ordenamiento jurídico que los tribunales arbitrales carecen de fuerza coactiva para imponer sus resoluciones o mandatos. Para ello, deben de coordinarse con la autoridad judicial competente para ejecutarlos.

Siendo que por su parte, el propio ordenamiento jurídico le otorga el carácter de institución procesal al arbitraje, y por lo tanto de una alternativa de jurisdicción, este precepto menciona que en caso de que las partes opten por la resolución de sus controversias por la vía tradicional, lo podrán hacer con base en lo establecido en el precepto 17 constitucional.

6.- En lo concerniente al arbitraje como una institución procesal de carácter nacional e internacional, encontramos su fundamente de manera textual en el artículo 133 constitucional, mismo que señala lo siguiente : "*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a*

³¹⁴ La concepción de esta idea en sentido amplio versa sobre el deber de los gobernados de acudir a los tribunales previstos por la ley, para ejercer su derecho de acción para la protección de sus intereses.

dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

Los diversos tratados sobre arbitraje comercial internacional que nuestro país ha suscrito, se traducen en un fundamento contundente de esta institución procesal en nuestro marco normativo nacional e internacional. A medida que el comercio internacional ocupa mayores espacios de intercambio, el arbitraje crece en importancia como el medio idóneo para resolver toda clase de disputas que se susciten en materia del comercio de bienes y servicios.

De acuerdo con el principio del ámbito de aplicación de las normas internacionales y su relación con el derecho interno, la instrumentación de los tratados internacionales se fundamenta a través de lo preceptuado por el artículo 133 constitucional. El texto de los instrumentos jurídicos internacionales que suscriba nuestro país, se entiende incorporado al derecho interno en términos del artículo constitucional mencionado y por esa razón de observancia obligatoria y de aplicación directa en la materia a que los mismos se refieran. Dentro de su propio ámbito de aplicación, las leyes internacionales se aplican aún sobre las normas del ordenamiento jurídico nacional ³¹⁵.

En ocasiones las normas que comprenden estos tratados internacionales son autoaplicativas, en otras, es necesario adecuar el ordenamiento jurídico interno con motivo de la naturaleza heteroaplicativa de las mismas.

Al ser reconocidas por el Poder Legislativo, (Cámara de Senadores y Cámara de Diputados) la existencia de las normas internacionales es organizada o coordinada por el mismo, a través del reconocimiento expreso de los distintos ámbitos de aplicación de estos dos sistemas de normas. Esto se logra mediante la elaboración, modificación o derogación de leyes y reglamentos que con base en sus respectivas facultades emiten tanto la autoridad administrativa, como los legisladores.

Los tratados internacionales en los que se hace referencia a un mecanismo o proceso arbitral de los que México ha suscrito, cumplen debidamente con los principios de

³¹⁵ La tendencia interpretativa es alejarse del criterio de supremacía legal, para adoptar el del ámbito de aplicación de la norma en conflicto.

reciprocidad, legalidad, garantía de audiencia, garantía del debido proceso y la composición imparcial del órgano de decisión que exige nuestro derecho interno ³¹⁶.

El arbitraje comercial internacional constituye la garantía de seguridad jurídica del libre comercio. La experiencia ha probado que es la vía procedimental a la que más acuden los miembros de las comunidades de negocios del mundo entero. A través de la misma, se ha creado una especie de derecho procesal internacional privado que cubre todas las necesidades de los involucrados, apoyándose esto en las transformaciones de las respectivas leyes nacionales, que han sido adecuadas para apoyar la eficacia de esta institución en sus propios territorios.

El análisis anterior se complementa con lo estipulado por la fracción X, del artículo 89 constitucional, a saber : *"Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes : ...X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos : la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias..."*

Nuevamente, el Pacto Federal hace referencia indirecta a la institución arbitral al exigir al Titular del Ejecutivo que en los instrumentos jurídicos internacionales que celebre, se comprendan referencias o capítulos en los que se haga mención de vías pacíficas para la solución de disputas, sean estas o no comerciales, que se susciten entre gobiernos, entre éstos y particulares o solamente entre estos últimos ³¹⁷.

³¹⁶ A manera de ejemplo de estos principios se encuentran los artículos 1714 al 1718 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en los que se determinan las bases procedimentales de solución de controversias en materia de propiedad intelectual, entre las que destacan : 1.- La equidad entre las partes; 2.- La decisión de fondo debe de fundarse en aquellas pruebas respecto de las cuales las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas. Ver Aguilar Alvarez, Guillermo. *"Marco Jurídico del Tratado de libre Comercio de América del Norte"*. Ponencia presentada en el seminario México - Estados Unidos, *Resolución de Controversias Internacionales*, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

³¹⁷ A diferencia de otros autores, no consideramos que la fracción I-A del artículo 104 constitucional sea materia de análisis en el rubro de fundamento jurídico del arbitraje, ya que esta fracción textualmente se refiere a : *"Corresponde a los tribunales de la Federación conocer : I-A. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal..."* Este artículo no contradice a la institución arbitral, solamente señala las materias que pueden conocer los tribunales federales. Cuestión distinta si dictara un criterio obligatorio como es el caso del artículo 568 del CFPC que establece : *"Los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias : I. Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración,*

b) Código de Comercio ³¹⁸

En el Código de Comercio, el arbitraje, denominado arbitraje comercial por la naturaleza de las materias objeto del mismo, se encuentra ubicado en el Título Cuarto, Libro Quinto, denominado "*Del Arbitraje Comercial*", el cual comprende los siguientes capítulos :

Capítulo I : Disposiciones generales.

Capítulo II : Acuerdo de arbitraje.

Capítulo III : Composición del tribunal arbitral .

Capítulo IV : Competencia del tribunal arbitral.

Capítulo V : Sustanciación de las actuaciones arbitrales.

Capítulo VI : Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones.

Capítulo VII : De las costas.

Capítulo VIII : De la nulidad del laudo.

Capítulo IX : Reconocimiento y ejecución de laudos.

Las disposiciones de arbitraje contenidas en el Código de Comercio se derivan, prácticamente en su totalidad de la Ley Modelo de la UNCITRAL. De la misma forma, se incorporó texto proveniente de las reglas de arbitraje de la misma Comisión.

Sin embargo, si se comparan los textos (Arbitraje en el Código de Comercio y la Ley Modelo) existen algunas diferencias importantes, entre las que destacan ³¹⁹:1.- El Código de Comercio norma tanto al arbitraje comercial nacional, como al internacional; 2.- En ausencia de las partes, el tribunal arbitral puede seleccionar la ley que regirá el fondo del asunto; 3.- determina que será un árbitro y no tres los que dirijan el arbitraje en ausencia de designación por las partes; 4.- En caso de que las partes no se pusieren de acuerdo para

explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes (Sin embargo, la propia lex arbitri no considera nulos a los laudos que se relacionen con estas materias.); II. Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar; III. Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas; IV. Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales, y V. En los casos en que lo disponga así otras leyes."

³¹⁸ Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días del 7 al 13 de octubre de 1889. Rige en toda la República a partir del primero de enero de 1890.

³¹⁹ Treviño, Julio C. "*International Commercial Arbitration in Mexico*". Documento presentado en el seminario México - Estados Unidos, *Resolución de Controversias Internacionales*, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

determinar los costos relacionados con el procedimiento, el Código de Comercio incorpora disposiciones de las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL.

Capítulo I : Disposiciones generales ³²⁰

Esta sección determina el marco general para la aplicación de las disposiciones sobre la materia, que comprende el Código de Comercio. Señala que las mismas se aplican al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el foro del procedimiento sea en territorio nacional.

Aplica dos excepciones sobre la validez de las disposiciones analizadas, haciendo referencia al texto de los tratados internacionales suscritos por México y lo establecido en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no son arbitrables.

Salvo disposición en contrario, en el procedimiento arbitral, no se requiere intervención judicial. Cuando esto sea necesario el juez competente será el de primera instancia federal o local del lugar en donde se lleve a cabo el arbitraje. Si el arbitraje se desarrolla fuera de México, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o local competente del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.

Define algunos conceptos básico de esta institución procesal como :

- **Acuerdo de arbitraje ³²¹** : Acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente.

- **Arbitraje ³²²** : Cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.

³²⁰ (general provisions)

³²¹ (arbitration agreement)

³²² (arbitration)

- *Arbitraje internacional* ³²³ : Aquél 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 de 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. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tienen ningún establecimiento, se toma en cuenta su residencia habitual.

- *Costas* ³²⁴ : Los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros; costo de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobados por el tribunal arbitral; costo de representación y asistencia legal de la parte vencedora si se reclamó dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto es razonable; y honorarios y gastos de la institución que haya designado a los árbitros.

- *Tribunal arbitral* ³²⁵ : El árbitro o árbitros designados para decidir una controversia.

Para efectos interpretativos, se considera que cuando dicho Título Cuarto deja a las partes decidir libremente sobre una materia o asunto, podrá autorizar a un tercero, incluida una institución, para que adopte la decisión de que se trate, con excepción de la decisión sobre el litigio correspondiente. Cuando se haga referencia al acuerdo de arbitraje, se estará refiriendo también a la totalidad del reglamento o conjunto de disposiciones arbitrales mencionadas por las partes en el mismo. Finalmente, las disposiciones aplicadas a las demandas ³²⁶, se aplican por igual a las reconvencciones ³²⁷, y cuando se refieran a una contestación se aplican asimismo a la contestación a esa reconvencción ³²⁸. Esto, sin perjuicio

³²³ (international arbitration)

³²⁴ (costs)

³²⁵ (arbitral tribunal)

³²⁶ (complaints)

³²⁷ (counterclaims)

³²⁸ Excepto en los casos siguientes : Cuando, salvo acuerdo en contrario de las partes, sin invocar causa justificada el actor no presente su demanda con arreglo a los requisitos señalados y acordados para lo mismo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones; y cuando el actor retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca su legítimo interés en obtener una solución definitiva de litigio.

de la decisión de los árbitros sobre su competencia para conocer de la demanda y de la reconvencción.

En lo concerniente a la notificación y cómputo de plazos se determina lo siguiente :

Salvo acuerdo en contrario de las partes :

- Se considera recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal. Cuando no se obtenga la dirección de cualquiera de estos tres, se considera recibida toda comunicación escrita que se envíe al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario, por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega.
- La comunicación se considera recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

Estos plazos no son aplicables a las comunicaciones habidas en un procedimiento judicial.

De acuerdo con estas disposiciones, los plazos en el procedimiento arbitral comienzan a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación. Cuando el último día de ese plazo sea inhábil ³²⁹ en el lugar de residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás días inhábiles que ocurran durante el transcurso del plazo se incluyen en el cómputo del mismo.

Cuando una parte prosigue con el procedimiento arbitral sabiendo que no se ha cumplido con alguna disposición de este Título de las que las partes puedan apartarse o del acuerdo de arbitraje y no expresa su objeción sin demora justificada o si prevé un plazo para hacerlo y no lo hace, se entiende como renunciado su derecho a impugnar.

³²⁹ (non - working day, official holiday, non - business day)

Capítulo II : Acuerdo de arbitraje

El acuerdo de arbitraje debe de constar por escrito y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo para arbitrar sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. Cuando en un contrato se haga referencia a otro documento en donde se encuentre pactada una cláusula compromisoria, se considerará válido el acuerdo de arbitraje si ese contrato consta por escrito y la referencia implique que esa cláusula es parte del contrato.

En todo momento que a la autoridad judicial se le presente un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo arbitral, ésta mandará a las partes a arbitrar, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible ³³⁰. Si se ha entablado la acción correspondiente, se puede iniciar o proseguir con el arbitraje y dictar el laudo mientras el asunto esté pendiente ante el juez.

Aun cuando exista un acuerdo arbitral las partes pueden, antes o durante las actuaciones, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.

Capítulo III : Composición del tribunal arbitral

El número de árbitros lo determinan las partes. A falta de acuerdo, será un sólo árbitro.

Para el nombramiento de los árbitros se estará a lo siguiente :

- Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad no es impedimento para ser árbitro.
- Las partes pueden determinar libremente el procedimiento para seleccionar árbitros. A falta de acuerdo : Cuando es un sólo árbitro, si las partes no logran ponerse de acuerdo, éste será nombrado, a petición de cualquiera de ellas, por el juez.

³³⁰ (null, invalid, or impossible to perform)

- Cuando son tres árbitros, cada parte nombrará a uno y los dos árbitros designados nombrarán al tercero; si una parte no designa árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra partes para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los treinta días siguientes contados a partir de su designación, ésta lo hará a petición de parte, el juez competente.

- Cuando exista un procedimiento de selección de árbitros y las partes o dos de éstos incumplan o no se pongan de acuerdo con lo pactado, o bien un tercero no cumpla con una función que se le otorgue en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, a menos que en el propio acuerdo de selección de árbitros se prevean otros medios para solucionar el caso concreto.

- Todas las decisiones que se le encomienden al juez son inapelables ³³¹. El juez debe de tomar las medidas necesarias para escoger árbitros independientes, imparciales y en el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará en cuenta la conveniencia de nombrar a uno de nacionalidad distinta a la de las partes en conflicto.

Quando al presunto árbitro se le comunique su posible designación, debe de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. Esta obligación continúa hasta el término de las actuaciones arbitrales.

Solamente puede ser recusado el árbitro que no reúna las cualidades acordadas entre las partes y si existen circunstancias que den lugar a dudas sobre su independencia e imparcialidad. Una parte sólo podrá recusar al árbitro que ella mismo designó, o aquél en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Las partes pueden pactar libremente el procedimiento de recusación de árbitros ³³². A falta de acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de su constitución o de circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia o falta de cualidades convenidas de un árbitro, un escrito en el que exponga los motivos para

³³¹ (not appealable)

³³² (procedure for recusing an arbitrator)

la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

Si no prospera la recusación, la parte recusante podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes de notificada la decisión por la que se rechaza la recusación, resuelva sobre su procedencia, decisión que será inapelable. Mientras se resuelve esta petición, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán seguir con las actuaciones y dictar el laudo correspondiente.

Cuando por alguna situación de hecho o de derecho un árbitro no pueda ejercer sus funciones cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si no se pudieran poner de acuerdo, cualquiera de las partes puede solicitar al juez dar por terminado el encargo, decisión que será inapelable.

Cuando el árbitro cesa en su cargo, se procede a nombrar a su sustituto de la misma forma en que fue designado.

Capítulo IV : Competencia del tribunal arbitral

El árbitro o el tribunal arbitral están facultados ³³³ para determinar su propia competencia, además de poder decidir sobre las excepciones ³³⁴ relativas a la existencia o validez del acuerdo arbitral. La cláusula compromisoria es autónoma y existe con independencia del contrato en el cual se comprenda.

La excepción de incompetencia del árbitro o del tribunal arbitral debe de oponerse a más tardar en la presentación de la contestación de la demanda. Sin embargo, las partes pueden oponer dicha excepción aún en el caso de que hubieren designado o participado en la designación del árbitro o del tribunal arbitral.

La excepción que tenga como fundamento en que el tribunal o el árbitro han excedido su mandato, debe oponerse en el momento en que se plantee la materia que supuestamente excede al mismo. El tribunal arbitral puede estimar excepciones sobre los

³³³ (empowered)

³³⁴ (objections)

casos anteriores y declarar procedente una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora.

Las excepciones se pueden resolver en la etapa en que sean presentadas o en el laudo arbitral.

Si antes de emitir el laudo correspondiente, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique dicha decisión, puede solicitar al juez que resuelva en definitiva, resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente esta resolución judicial, el tribunal arbitral puede proseguir sus actuaciones y emitir el laudo definitivo.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede ordenar la adopción de providencias precautorias necesarias sobre el objeto del litigio, y puede exigir de cualquiera de las partes garantías suficientes con respecto a dichas medidas.

Capítulo V : Sustanciación de las actuaciones arbitrales ³³⁵

En el desarrollo del procedimiento arbitral debe de privar el principio de igualdad entre las partes y ambas gozarán de plenas oportunidades ³³⁶ para hacer valer sus derechos.

Las partes pueden convenir libremente las características del procedimiento arbitral. Cualquiera que sea el tipo de arbitraje, se debe de ajustar a las disposiciones del Título Cuarto del Código de Comercio. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral puede dirigir el arbitraje, con apego a dicho título, inclusive determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas³³⁷.

Las partes y en su defecto el tribunal arbitral pueden determinar el lugar del procedimiento. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede determinar libremente el lugar para sustanciar las actuaciones.

³³⁵ (sustaining the arbitral proceedings)

³³⁶ (full opportunity)

³³⁷ (admissibility, relevancy and weight of the evidence)

Salvo acuerdo en contrario, las actuaciones arbitrales se inician en el momento en que el demandado haya recibido el requerimiento de arbitraje.

Las partes, o en su defecto, el tribunal arbitral determinan el idioma a utilizarse durante el arbitraje. Salvo pacto en contrario, el idioma escogido debe de regir para todas las promociones, audiencias y a cualquier laudo, decisión o comunicación que emita el tribunal arbitral. Este puede ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de su debida traducción.

En el plazo y en la forma convenida por las partes o determinada por el propio tribunal arbitral, el actor debe expresar los hechos en que se funde su demanda y las prestaciones que reclama, y el demandado debe de contestar a cada uno de los puntos de la misma. Al formular sus alegatos ³³⁸, las partes deben de aportar todos los documentos que consideren pertinentes y harán referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

De acuerdo a lo que hayan convenido, las partes pueden ampliar o modificar la demanda y/o la contestación de la misma, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente la alteración que se intente en razón de la demora con que se haya hecho.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o de alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. Si las partes no hubieren acordado la no celebración de audiencias, el tribunal arbitral las celebrará en la fase apropiada de actuaciones, a petición de una de las partes. El tribunal arbitral debe de notificar a las partes con suficiente antelación la celebración de cualquier audiencia o junta. De todas las declaraciones, documentos probatorios, peritaje o demás información que una de la partes suministre al tribunal arbitral se debe de dar traslado a la otra parte.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, sin invocar causa justificada :

- El actor no presente su demanda en los términos establecidos, el tribunal arbitral debe de dar por terminadas las actuaciones.

³³⁸ (allegations)

- El demandado no presente su contestación con arreglo a lo establecido, el tribunal arbitral debe de continuar con el procedimiento, sin que esta omisión sea considerada como una aceptación de lo alegado por el actor.

- Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral puede continuar con las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

Salvo lo que dispongan las partes, el tribunal arbitral puede apoyarse en peritos ³³⁹ y hacer que las partes proporcionen información a los mismos, o les proporcionen acceso a documentos u otros objetos. De la misma forma, cuando una parte lo solicite o el tribunal arbitral lo considere, el perito, después de la presentación de su dictamen, debe de participar en una audiencia en que las partes le podrán formular preguntas y presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación de éste, puede solicitar la asistencia del juez para el desahogo de las pruebas.

Capítulo VI : Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones

El tribunal debe de emitir su laudo con apego al derecho elegido por las partes. Debe de entenderse que toda indicación del derecho de un país se refiere, a menos de que se exprese lo contrario, a su derecho sustantivo y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes omitieron indicar el derecho a usar para resolver el litigio, lo hará el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral sólo puede actuar como amigable componedor o en conciencia³⁴⁰, si las partes lo pactan. En todos los casos, el tribunal arbitral debe de sustanciar y decidir el procedimiento con base en el derecho convenido por las partes, tomando en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Salvo acuerdo en contrario, en el caso de que haya más de un árbitro, las decisiones se toman por mayoría de votos de los mismos. El árbitro presidente puede decidir sobre

³³⁹ (experts)

³⁴⁰ (as a referee or in conscience)

cuestiones de procedimiento, si lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal arbitral.

Si las partes llegan a una transacción o acuerdo durante el procedimiento, el tribunal arbitral lo dará por terminado, y a petición de las mismas, sin que exista oposición de éste, se podrá incorporar dicho arreglo como si fuera el propio laudo emitido.

El tribunal arbitral debe de emitir el laudo correspondiente por escrito debidamente firmado. En caso de que no se encuentren presentes todo los árbitros bastará con la firma de la mayoría de los mismos, dejando constancia de la falta de firma que corresponda.

Salvo acuerdo en contrario, el laudo emitido debe de ser motivado por el tribunal arbitral. Se debe de hacer constar la fecha en que ha sido pronunciado, el lugar del arbitraje. Después de dictado el laudo, el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros.

Las actuaciones del tribunal arbitral terminan por :

- Laudo definitivo

- Orden del tribunal arbitral cuando :

a) El actor se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga y el tribunal arbitral reconozca su legítimo interés en obtener una solución definitiva de litigio.

b) Convenio entre las partes.

c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones sería innecesaria o imposible.

El tribunal arbitral cesa en sus funciones al terminar las actuaciones salvo :

- Corrección y/o aclaración del laudo

- Laudo adicional

- Actos tendientes a eliminar los motivos sobre la petición de nulidad del laudo

Salvo que se haya determinado otro plazo por las partes, cualquiera de éstas, notificando a la otra, puede, dentro de los treinta días siguientes a la notificación del laudo, pedir al tribunal arbitral :

- Corregir en el laudo los errores de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.

Esto lo puede hacer el tribunal arbitral sin que medie petición de parte dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

- Si lo acuerdan las partes, dar una interpretación sobre una parte del laudo.

Si el tribunal arbitral lo estima justificado, efectuará la corrección y/o interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de ellas, notificando a la otra, puede solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones pendientes de resolución. Si el tribunal arbitral lo estima justificado, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

El tribunal arbitral puede prorrogar el plazo para hacer cualquier corrección, interpretación o dictar un laudo adicional.

Capítulo VII : De las costas

Las partes pueden libremente adoptar reglas sobre las costas dentro del procedimiento arbitral. A falta de acuerdo se aplican las disposiciones del Título Cuarto del Código de Comercio. Las costas se fijan en el laudo arbitral.

Los honorarios de cada árbitro se indicarán por separado y los fijará el propio tribunal arbitral. Sin embargo, cuando una parte lo pida y el juez acepte, el tribunal arbitral fijará sus honorarios tras consultar a éste.

Las costas son a cargo de la parte vencida. El tribunal arbitral puede proratear los elementos de estas costas entre las partes. En lo concerniente al costo de representación y de asistencia legal, el tribunal arbitral decide que parte debe de pagar dicho costo, o si el mismo

debe de prorratearse entre éstas. No se pueden cobrar honorarios adicionales por la corrección, interpretación o adición que se verifique sobre el laudo.

Una vez constituido el tribunal arbitral, éste puede solicitar a las partes un adelanto por concepto de honorarios y demás gastos requerido por le procedimiento. En el transcurso de las actuaciones ser pueden solicitar otros depósitos.

Cuando una parte lo solicite, el juez puede dar su opinión al tribunal arbitral sobre los depósitos que solicite a las mismas, y después de escucharlo podrá requerir esas cantidades.

Si transcurridos treinta días desde el requerimiento del tribunal arbitral los depósitos no se han abonado en su totalidad, éste debe de informar a las partes a fin de que cada una realice el depósito establecido. Si este pago no se efectúa, el tribunal arbitral puede ordenar la suspensión o la conclusión del arbitraje.

Una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral debe de entregar a las partes un estado de cuenta de los depósitos recibidos y les reembolsará las cantidades no utilizadas.

Capítulo VIII : De la nulidad del laudo ³⁴¹

Los laudos arbitrales pueden ser anulados por el juez competente cuando :

- La parte que intente la acción prueba que :

a) Una de las partes en el acuerdo arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o sin nada se hubiere indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana.

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido hacer valer sus derechos.

c) El laudo se refiere a una materia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las

³⁴¹ (vacating the award)

disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje se pueden separar de las que no lo están, sólo se podrán anular éstas últimas.

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviere en conflicto con una disposición del Título Cuarto del Código de Comercio de la que las partes no pudieran apartarse, o a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a dicho título.

- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

La acción de nulidad debe de formularse dentro de los tres meses siguientes contados a partir de la fecha de notificación del laudo. En caso de corrección, interpretación o adición de laudo, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta.

Cuando se solicite la anulación, el juez puede suspender las actuaciones de nulidad cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por el plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal elimine los motivos para la petición de nulidad.

Este procedimiento se debe de sustanciar incidentalmente con base en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles ³⁴² y la resolución no puede ser objeto de recurso alguno.

Capítulo IX : Reconocimiento y ejecución de laudos

Los laudos arbitrales, cualquiera que sea el país en que hayan sido dictados, deberán de ser reconocidos en México como obligatorios y después de presentar por escrito la

³⁴² Art. 360.- *"Promovido el incidente, el juez mandará dar traslado a las otras partes por el término de tres días. Transcurrido el mencionado término, si las partes no promovieren pruebas ni el tribunal las estimare necesarias, se citará para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará concurran o no las partes. Si se promoviere prueba, o el tribunal la estimare necesaria, se abrirá una dilación probatoria de diez días y se verificará la audiencia en la forma mencionada en el capítulo V del título primero de este libro. En cualquiera de los casos anteriores, el tribunal, dentro de los cinco días siguientes, dictará su resolución."*

petición correspondiente al juez, serán ejecutados de acuerdo a lo estipulado en este capítulo.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución debe de presentar :

- a) El original del laudo debidamente autenticado, o copia certificada del mismo, y
- b) El original o copia certificada del acuerdo de arbitraje

Ambos documentos deben de traducirse al español por perito oficial.

Sólo se puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando :

- La parte contra la cual se invoca pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o ejecución que :

- a) Una de las partes en el acuerdo arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o sin nada se hubiere indicado a ese respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
- b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido hacer valer sus derechos.
- c) El laudo se refiere a una materia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del mismo. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje se pueden separar de las que no lo están, sólo se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.
- d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se verificó el arbitraje.
- e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que conforme a cuyo derecho hubiere sido dictado ese laudo.

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

Si se solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo puede, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes.

Este procedimiento se debe de sustanciar incidentalmente con base en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles y la resolución no puede ser objeto de recurso alguno.

La ilegalidad del acuerdo arbitral o su inobservancia cuando este ajustado a la ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo correspondiente.

c) Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal

Dentro del Código Procedimental del Distrito Federal, el arbitraje se encuentra contemplado en el Título Quinto, relativo a los Actos Prejudiciales, Capítulo IV, sobre la Preparación del Juicio Arbitral, y en el Título Octavo, relativo al Juicio Arbitral y sus Reglas Generales.

Título Quinto : Actos prejudiciales; Capítulo IV : De la preparación del juicio arbitral

Cuando las partes no designan al tribunal arbitral, debe de prepararse el procedimiento respectivo, mediante el nombramiento que del mismo realice el juez. Este designación dará inicio cuando cualquiera de las partes presente ante el juez el acuerdo arbitral pactado. El juez debe de citar a una audiencia dentro del tercer día para que las partes se presenten a elegir árbitro. En caso de que no asistan, el juez escogerá al árbitro o árbitros en su rebeldía.

Cuando el acuerdo arbitral conste en documento privado, el actuario debe de pedir a la contraparte que reconozca su firma y si se rehusa, se tendrá por reconocida.

En la audiencia el juez procurará que las partes designen árbitro de común acuerdo; en caso de no conseguirlo, designará uno de los listados por el propio Tribunal Superior. Lo mismo se hará cuando el árbitro designado renunciare y no hubiera sustituto designado.

Con el acta que se levante de esta junta se iniciarán las labores del árbitro, emplazando a las partes al juicio correspondiente.

Título Octavo : Del juicio arbitral; reglas generales

El Código de Procedimientos Civiles establece una serie de reglas generales, las cuales han sido utilizadas como referencia para incluirlas en los demás códigos de procedimientos de las entidades federativas. A continuación se enuncian las mismas :

- 1.- Las partes tienen derecho de someter sus controversias al arbitraje.
- 2.- El acuerdo arbitral puede celebrarse en documento privado entre las partes, o ante un fedatario público (juez, notario o corredor públicos), cualquiera que sea la cuantía. Las partes pueden pactar el acuerdo arbitral antes de iniciado un juicio ante tribunales judiciales, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre. El acuerdo posterior a la sentencia irrevocable sólo tendrá lugar si las partes la conocieran.
- 3.- Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede celebrar un arbitraje. Los tutores no pueden celebrar arbitrajes con respecto a negocios de los incapacitados ni nombrar árbitros sino con aprobación del juez, salvo en el caso de que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebró el compromiso o estableció la cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitros, se hará siempre con intervención de la autoridad judicial.
- 4.- Las albaceas necesitan el consentimiento unánime de los herederos para comprometer en arbitraje los negocios de la herencia y para la designación de árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplimentar el compromiso o la cláusula compromisoria pactados por el autor de la herencia.

5.- Los síndicos de los concursos sólo pueden comprometerse en arbitraje con el consentimiento unánime de los acreedores.

6.- No son materia de arbitraje :

- El derecho de recibir alimentos

- Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias.

- Las acciones de nulidad del matrimonio.

- Los concernientes al estado civil de las personas, excepto 339 CCDF

- Los demás en que lo prohíba expresamente la ley.

7.- Si en el acuerdo arbitral, en el que debe de designar tanto la materia de arbitraje como los árbitros, las partes omitieran la primera, el acuerdo es nulo de pleno derecho, sin necesidad de que la autoridad judicial lo declare. Si las partes no designan árbitros, se interpreta que se reservan hacerlo con intervención judicial. Siempre que haya que reemplazar a algún árbitro se deben de suspender los términos hasta que se realice el nuevo nombramiento.

8.- Cuando no se señala plazo de duración del arbitraje, este debe de durar sesenta días contados a partir de la aceptación del nombramiento de los árbitros. Durante el procedimiento arbitral, los árbitros sólo podrán ser revocados mediante el consentimiento unánime de las partes.

9.- Cuando las partes no hubieren designado las características del procedimiento, éste será el mismo que el establecido para los tribunales. Los árbitros tienen la obligación de recibir pruebas y a oír alegatos.

10.- Las partes pueden renunciar a la apelación. Cuando el arbitraje se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso.

11.- El acuerdo arbitral produce las excepciones de incompetencia y litispendencia.

12.- Cuando sea sólo un árbitro, las partes podrán designarle un secretario y si al tercer día contado desde aquél en que deba actuar no se han puesto de acuerdo, el árbitro lo nombrará y a costa de los interesados desempeñará sus funciones. Cuando fueren varios árbitros, entre

ellos mismos elegirán al secretario, sin que por esta razón tenga derecho a mayores emolumentos.

13.- Al árbitro designado por común acuerdo no se le puede recusar. Los árbitros son recusables por las mismas causas que los jueces. De las recusaciones y excusas de los árbitros conocerá el juez ordinario sin ulterior recurso.

14.- El acuerdo arbitral termina :

- Por muerte del árbitro elegido en el compromiso o en cláusula compromisoria si no tuviere sustituto. En caso de que lo haya designado el juez, éste debiera nombrar al sustituto, sin que se termine el acuerdo correspondiente.

- Por excusa del árbitro que sólo puede ser por enfermedad comprobada que les impida desempeñar su función.

- Por recusación con causa declarada procedente, cuando el árbitro hubiere sido designado por el juez.

- Por el nombramiento recaído en el árbitro de magistrado, juez propietario o interino por más de tres meses o de cualquier otro empleo de la administración de la justicia que impida de hecho o de derecho la función del arbitraje.

- Por la expiración del plazo convencional o del legal relativo al procedimiento arbitral.

15.- El laudo arbitral debe de firmarse por cada uno de los árbitros; tendrá plena validez con la firma de la mayoría de ellos, haciendo constar la oposición de la minoría.

16.- En el caso de que los árbitros tuvieran que escoger a un tercero y no se pusieran de acuerdo podrán solicitar la intervención judicial. Cuando se nombra a este tercero faltando menos de quince días para terminar con el procedimiento y las partes no lo prorrogan, los árbitros pueden disponer de diez días más para emitir el laudo.

17.- Los árbitros pueden actuar conforme a lo pactado por las partes, o pueden desempeñar el arbitraje en amigable composición o en conciencia.

18.- Los árbitros pueden conocer de los incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal. También pueden conocer de las excepciones perentorias, pero no de la reconvencción, sino en el caso en que se oponga como compensación hasta la cantidad que importe la demanda o cuando así se haya pactado expresamente.

19.- Los árbitros pueden condenar en costas, daños y perjuicios e imponer multas. Para emplear los medios de apremio, ejecutar autos y decretos deben de solicitar el apoyo del juez ordinario.

20.- Notificado el laudo, se pasan los autos al juez ordinario para su ejecución. Antes de esto, las partes pueden solicitar al tribunal arbitral aclaración de la sentencia. Si hubiere lugar a algún recurso que fuere admisible, lo admitirá el juez que recibió los autos y los remitirá al Tribunal Superior, sujetándose en todos sus procedimientos a lo dispuesto para los juicios comunes.

21.- Es competente para intervenir en lo que dispongan las partes y la propia ley el juez designado en el acuerdo arbitral, y en su defecto, el que esté en turno. Los jueces ordinarios están obligados a auxiliar a los árbitros y a compelerlos a cumplir con sus obligaciones.

22.- La apelación es admisible sólo conforme a las reglas del derecho común. Contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías.

d) Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal (LOTSJDF) ³⁴³

Este cuerpo normativo hace referencia al arbitraje de forma dispersa, con una gran falta de técnica legislativa, omitiendo aclarar diversos aspectos que sobre este tema, por lo menos en el aspecto civil prevalecen a la fecha.

En el capítulo de Disposiciones Generales, señala como órganos encargados del ejercicio jurisdiccional entre otros a los árbitros. Omite señalar que tipo de árbitros si los designados por las partes o los designados por el juez cuyas resoluciones son impugnables por la vía del juicio de garantías.

³⁴³ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1996.

En otro artículo dispone que los árbitros no ejercen autoridad pública, y que éstos podrán conocer de los asuntos civiles que les sometan los interesados vía compromiso arbitral. Los laudos que emitan deberán de ser ejecutados por la autoridad judicial competente, quien revisará que se satisfagan los requisitos mínimos de formalidad que debe de tener todo procedimiento.

De la misma forma señala que, los servidores públicos de la administración de justicia no pueden ser, entre otros, árbitros.

En lo concerniente a costas y aranceles, la Ley fija los montos que corresponderán, salvo que las partes del arbitraje dispongan otra cosa, a los árbitros tanto necesarios como los voluntarios.

Se fija un arancel promedio del 4% del valor del negocio materia del procedimiento arbitral. Si el árbitro no llegare a pronunciar el laudo cobrará hasta un 25% del porcentaje promedio y el 50%, si hubiere recibido pruebas y el negocio estuviere en estado de resolución.

e) Código Federal de Procedimientos Civiles; Libro Cuarto : De la cooperación procesal internacional; Título Unico, Capítulo VI : Ejecución de sentencias

Los postulados que este ordenamiento comprende sobre arbitraje, primordialmente hacen referencia al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales privados de naturaleza no comercial.

Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeras tienen eficacia y serán reconocidas en México en todo lo que no sea contrario al orden público interno.

Para que una sentencia, un laudo o una resolución jurisdiccional extranjeros surta efectos en nuestro país como prueba, es necesario que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos. Los efectos de éstos están regidos por lo dispuesto en el Código Civil, por el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes aplicables.

Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros se cumplen coactivamente en México mediante la homologación y tienen fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones :

- a) Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en este código en materia de exhortos provenientes del extranjero.
- b) Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real.
- c) Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por este código.
- d) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas.
- e) Que tenga el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra.
- f) Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplica en el caso de sentencia definitiva.
- g) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México
- h) Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de todo lo anterior, el tribunal puede negar la ejecución si se prueba que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos.

El exhorto del juez o tribunal requiriente deberá acompañarse de :

- 1.- Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional.
- 2.- Copia auténtica de las constancias que acrediten que se cumplió con las condiciones exigidas por ley.
- 3.- Las traducciones necesarias al idioma español.
- 4.- Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación.

El tribunal competente para realizar la ejecución es el del domicilio del ejecutado o el de la ubicación de sus bienes en México.

El incidente de homologación se abre con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se les concede el término de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar sus derechos y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá a cargo del oferente. En todos los casos se debe de dar intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondiere. La resolución dictada es apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución y en el efecto devolutivo si se concediere.

Los tribunales de primera instancia y el de apelación se limitarán a examinar la autenticidad y ejecutabilidad de la sentencia, del laudo o resolución jurisdiccional del extranjero.

Las cuestiones relativas a embargo, secuestro, depósito, avalúo, remate y demás relaciones con la liquidación y ejecución coactiva de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional del extranjero, deben de ser resultas por el tribunal de la homologación. La distribución de los fondos resultantes del remate quedará a disposición del juez sentenciador extranjero.

Si una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional extranjera no pudiera tener eficacia en su totalidad, el tribunal podrá admitir su eficacia parcial a petición de parte interesada.

8.- Principales instrumentos jurídicos internacionales en materia de arbitraje comercial internacional

a) Conferencia de las Naciones Unidas relativa a la Convención de Arbitraje Comercial Internacional sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) ³⁴⁴

Las normas de esta Convención hacen referencia al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de las mismas, sobre controversias entre personas físicas o morales. Igualmente, se aplican a los laudos arbitrales que no son considerados como nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución.

Los Estados contratantes podrán reservar la aplicación de la presente Convención a los laudos arbitrales provenientes únicamente de otros países igualmente signatarios de la misma; además, podrán reservar la validez de la Convención, únicamente para aquellas disputas consideradas comerciales por su legislación nacional.

México se adhirió a esta Convención sin hacer reserva alguna, con las siguientes consecuencias ³⁴⁵ :

- a) No hay exigencia de reciprocidad internacional para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.*
- b) No es preciso que la materia objeto del laudo arbitral sea de estricto derecho mercantil; la Convención puede aplicarse a arbitrajes que versen sobre materias del derecho civil, derivados de una relación contractual o extracontractual.*
- c) La Convención puede ser aplicable a la ejecución de sentencias arbitrales dictadas en cualquier territorio extranjero y no sólo en relación con aquellas dictadas en otro Estado contratante.*

³⁴⁴ Derivada de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional. Este instrumento del derecho internacional, aprobado en 1958, es un texto que tiene como antecedentes a la Convención de Ginebra sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927 y el documento propuesto por la Cámara de Comercio Internacional.

³⁴⁵ Zamora Sánchez, Pedro. "Arbitraje Comercial Internacional"...ob. cit., p. 47.

d) Los países no signatarios de la Convención no están obligados a respetar los artículos II y III de dicho texto ³⁴⁶.

Los Estados contratantes deben de reconocer el convenio arbitral por escrito firmado por las partes (cláusula compromisoria o compromiso, canje de notas o telegramas), mediante el cual las mismas se someten al arbitraje. Los tribunales judiciales deben de remitir al arbitraje todo litigio en el que se haya contemplado por acuerdo de las partes el sometimiento de sus controversias a esta institución procesal, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

Los Estados contratantes deben de reconocer y ejecutar los laudos arbitrales de conformidad con sus normas procedimentales, dándoles el mismo trato que a los laudos arbitrales nacionales y de conformidad con condiciones siguientes :

La parte que pide el reconocimiento y la ejecución debe de presentar junto con la demanda :

- El original debidamente autenticado del laudo o una copias de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.
- El original del convenio arbitral o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad
- La traducción de estos documentos al idioma oficial del país en donde se invoca el laudo. La traducción debe de ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Sólo se puede negar el reconocimiento y la ejecución del laudo si la parte contra la cual se invoca prueba ante la autoridad competente del país en que se invoca que :

- Que las partes en el convenio arbitral estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable al mismo, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que

³⁴⁶ Estos artículos contienen importantes directrices sobre el arbitraje en general, como lo son : la forma escrita del convenio arbitral, la designación del mismo como excepción de incompetencia ante los tribunales estatales, y el reconocimiento de autoridad del laudo arbitral extranjero en el ámbito nacional, entre otros.

las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a ese respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia.

- Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje o no ha podido hacer valer sus derechos.

- Que el laudo se refiera a una diferencia no prevista en el convenio arbitral, o contiene decisiones que exceden los términos del mismo; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje se pueden separar de las que no lo han sido, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

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

- Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

También se puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba :

- Que según la ley de ese país el objeto de la controversia no es arbitrable.

- Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de ese país.

Cuando se ha solicitado la anulación o la suspensión del laudo arbitral, la autoridad ante la cual se invoca el mismo, puede, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución y, a instancia de la parte que pida la ejecución, puede ordenar también a la otra parte que dé garantías apropiadas.

Esta Convención no afecta la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales celebrados por los Estados miembros, ni priva a ninguno de éstos de cualquier derecho que pudiera tener o hacer valer

respecto de un laudo arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicho laudo se invoque.

Los Estados miembros al momento de adherirse a esta Convención pueden declarar que la misma se hará extensiva a todos sus territorios. Ningún Estado puede invocar las disposiciones de esta Convención respecto de otros más que en la medida en que él mismo esté obligado a aplicar esta Convención.

b) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)³⁴⁷

Esta Convención fue celebrada en el seno de la Organización de los Estados Americanos, con el propósito de concertar un instrumento de aplicación regional sobre arbitraje comercial internacional.

Se reconoce la institución del arbitraje como medio de solución de controversias de carácter mercantil, a través de la cláusula compromisoria o del compromiso arbitral. El convenio arbitral debe constar por escrito, estar firmado por las partes o éste puede consistir en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

La designación de los árbitros la pueden convenir libremente las partes. Se puede solicitar a un tercero (persona física o moral) para que lleve a cabo tal designación. Los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros.

A falta de acuerdo entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial³⁴⁸.

Los laudos arbitrales no impugnables tienen la misma fuerza que una sentencia judicial ejecutoriada, por lo que su ejecución o reconocimiento puede exigirse de la misma forma que las sentencias judiciales.

³⁴⁷ Suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

³⁴⁸ Este Reglamento es similar al Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

La denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral procede en los mismos casos que señala la Convención de Nueva York. De la misma forma se procederá en lo concerniente a la anulación o suspensión de un laudo arbitral.

Esta Convención permanece abierta para los demás Estados que no son miembros de la Organización de Estados Americanos, o que no sean de la región a la que alude la denominación de este instrumento jurídico internacional, y la misma se puede hacer extensiva a las demás unidades territoriales que se encuentren bajo la soberanía de un determinado Estado contratante.

c) Criterios conflictuales para la aplicación de la Convención de Nueva York o de la Convención de Panamá en casos de arbitrajes internacionales

En materia de arbitrajes internacionales en los que no se estipule concretamente el instrumento jurídico internacional a aplicar como norma principal o supletoria, se estará a los siguientes criterios conflictuales de aplicación :

Criterio temporal. Bajo el principio de derecho "*la ley posterior deroga a la anterior*", y de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el tratado anterior únicamente se debe de aplicar en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior. Se concluye de esta forma, la idoneidad de la Convención de Panamá para regular el arbitraje comercial de carácter internacional.

Criterios arbitrales. Con base en este rubro, resulta importante destacar que si bien ambas convenciones hacen referencia al arbitraje, la Convención de Nueva York enfatiza sobre los puntos relacionados con el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, mientras que la Convención de Panamá cubre los diferentes elementos constitutivos de este procedimiento, desde el convenio arbitral, las normas adjetivas, hasta la ejecución del laudo definitivo. Tratándose del tipo de arbitraje, la Convención de Nueva York está abierta a regular cualquier clase de estos procedimientos, salvo las reservas que expresen los Estados miembros³⁴⁹. México no ha suscrito ninguna reserva en este rubro. La Convención de Panamá limita su ámbito al arbitraje comercial internacional, y por razón de lo mismo, en

³⁴⁹ El párrafo tercero del artículo I de la Convención de Nueva York señala que cualquier Estado firmante podrá declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

materia mercantil dentro de estos procedimientos, es aplicable el principio de la especialidad, que determina que la norma más especial deroga a la más general.

Estado en donde se desarrollan actividades relacionadas con el arbitraje. El país en donde se pretende invocar cualquiera de estas convenciones tiene que ser miembro de las mismas. Sin embargo puede acontecer, como es el caso de la Convención de Nueva York, que el país receptor de la actuación o diligencia arbitral adquiera, a través de sus autoridades, cualquiera de las siguientes dos posturas : 1.- Que exija para la debida aplicación de las disposiciones de la Convención, que el Estado en donde se encuentra la sede del arbitraje o del tribunal arbitral, sea también miembro de la misma; y 2.- Que independientemente de que el Estado sede del arbitraje sea miembro o no de la Convención, el Estado receptor de la diligencia que sí lo sea, aplique las normas derivadas de la misma. México sigue esta última postura. Tratándose de la Convención de Panamá, el criterio predominante consiste en aceptar la aplicación de la normatividad de la misma, en aquellos Estados miembros receptores de la diligencia arbitral, independientemente de que el Estado en donde se origina ésta sea o no miembro de dicho instrumento internacional ³⁵⁰. México no ha formulado ninguna reserva al respecto.

Jerarquía de normas. La Convención de Nueva York, en el primer párrafo de su artículo VII, alude al principio de la aplicación de la norma más favorable para hacer valer un laudo arbitral, es decir, dicho instrumento permite que las partes o la propia autoridad jerarquicen, del conjunto de disposiciones referentes al arbitraje, específicamente al reconocimiento y a la ejecución del laudo, aquellas que más les convengan para fundamentar su derecho o decisión. Lo anterior genera la oportunidad de resolver en favor de la aplicación de la Convención de Panamá.

³⁵⁰ En la implementación de la Convención de Panamá los Estados Unidos formularon algunas reservas entre las que destacan las siguientes : 1.- En caso de conflicto sobre cual de las dos Convenciones a aplicar de estará primeramente a lo que determinen las partes involucradas, a falta de acuerdo; 2.- Si las partes no llegaren a un acuerdo sobre el asunto, se aplicará la Convención de Panamá, si la mayoría de las partes involucradas en el arbitraje son ciudadanas de Estados que han ratificado o adherido a la misma, Estados que también deben de ser miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA); 3.- Si la mayoría de las partes no son ciudadanos de Estados ratificantes y éstos no son miembros de la OEA, se aplicará la Convención de Nueva York; 4.- La Convención de Panamá debe de aplicarse con base en el criterio de la reciprocidad, es decir que será aplicable en la medida en que el otro o los otros Estados vinculados en el arbitraje, sean miembros de dicha convención.

Convenciones de Nueva York y de Panamá y el Código de Comercio ³⁵¹. De acuerdo con la jerarquía de normas en nuestro sistema jurídico, la aplicación de los tratados internacionales antecede la de las leyes secundarias. Es por ello que las Convenciones de Nueva York y de Panamá, en materia de arbitrajes internacionales, se aplican para regir los procedimientos correspondientes por encima del capítulo de arbitraje del Código de Comercio, o de las disposiciones sobre arbitraje contenidas en otras leyes secundarias. En materia de arbitrajes comerciales, consideramos como instrumento internacional idóneo de regulación a la Convención de Panamá. En aquellos casos en que sea aplicable esta Convención, podrá ser directamente supletorio de la misma, el capítulo de arbitraje del Código de Comercio, dependiendo si las partes generan o no la oportunidad de que sea el propio reglamento de arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el que rija el procedimiento correspondiente. Tratándose de la Convención de Nueva York para regular arbitrajes comerciales, podrá ser supletorio como ley secundaria ³⁵², ya sea por el principio de la aplicación de la norma más favorable al arbitraje, o por el principio de jerarquía del ordenamiento jurídico nacional, el capítulo de arbitraje citado. En materia mercantil, el Código de Comercio, como *lex arbitri*, será aplicable directamente para regular un arbitraje comercial internacional en la medida en que ningún cuerpo normativo de carácter internacional pudiera regular el procedimiento correspondiente.

Si llegare a existir una colisión entre los distintos principios o criterios para la aplicación de los cuerpos normativos mencionados, la autoridad estatal, o el propio tribunal arbitral, debe de optar por el criterio de la eficacia máxima, es decir optar por aquél cuerpo normativo que favorezca la existencia del procedimiento arbitral correspondiente.

d) Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte comprende diversos mecanismos para la solución de controversias que se susciten por el comercio internacional

³⁵¹ El artículo 1415 del CC señala : "*Las disposiciones del presente título (arbitraje comercial) se aplicarán al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje...*"

³⁵² Utilizamos la palabra "podrá", porque consideramos que debido a la idoneidad de la Convención de Panamá para regular los arbitrajes comerciales internacionales, al principio de jerarquía de normas, y al principio de la aplicación de la norma más favorable al arbitraje, descrito en la propia Convención de Nueva York, se debe de señalar directamente como supletoria a aquella convención, y en dicho caso, sería el propio reglamento de la CIAC, el que supliría la falta de normatividad procesal.

de aquellos bienes y servicios que son materia de dicho tratado. Los sistemas de solución de controversias son un conjunto coordinado de disposiciones, que tienen como finalidad, proponer vías alternas e idóneas para resolver conflictos comerciales, respetando en todo momento todas aquellas obligaciones que los países contratantes tengan por formar parte de otros tratados o convenio y/o convenciones a nivel internacional, así como mantener un firme respeto a las legislaciones internas y a la soberanía de los mismos.

Como figura procesal principal aparece el arbitraje comercial internacional. Debido a las características que presente a los usuarios, esta institución del derecho adjetivo es por definición la garantía de seguridad jurídica del libre comercio. Este procedimiento varía según el tema o la materia de controversia, pero esencialmente comprende los mismos principios y elementos revisados en otros apartados.

Las categorías en las que se dividen los sistemas de solución de controversias en el marco del Tratado son :

Disputas entre Gobiernos

Disputas entre Gobiernos y Particulares

Disputas entre Particulares

Revisión y Solución de Controversias en Materia de Cuotas Antidumping y Compensatorias

Disputas entre gobiernos

Este rubro está contemplado primordialmente por el Capítulo XX del TLCAN. Este capítulo tiene como antecedentes principales las normatividades del GATT, el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos de América, y el Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos - Israel.

La Comisión de Libre Comercio, órgano integrado por funcionarios a nivel ministerial o por las personas a quienes se designe, tiene por objeto supervisar el funcionamiento del Tratado; resolver las controversias ³⁵³ que surjan respecto a su

³⁵³ Las cuales son comúnmente derivadas cuando una medida adoptada por alguna de las Partes es incompatible con las obligaciones del Tratado o haya causado anulación o menoscabo en los beneficios pactados en el mismo.

interpretación o aplicación, y supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme al Tratado.

Esta Comisión se auxilia en su funcionamiento por un Secretariado, integrado por secciones nacionales y que tiene entre otras funciones el proporcionar asistencia a la Comisión, y brindar apoyo administrativo a los paneles y comités que se señalen en el Tratado.

Los lineamientos básicos que se establecen en el Capítulo XX en materia de solución de controversias son :

- 1.- En todo momento los países miembros tratarán de resolver sus diferencias mediante la cooperación y las consultas.
- 2.- Las disposiciones del Capítulo XX se aplican prácticamente a todas las controversias que se deriven de la interpretación o de la aplicación del texto del TLCAN.
- 3.- Salvo excepciones, las controversias que surjan con relación a las disposiciones del Tratado y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, en los convenios negociados de conformidad con el mismo, o en cualquier otro acuerdo sucesor, podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante. Cuando la controversia se pueda resolver de conformidad con los lineamientos del TLCAN, la parte reclamante debe de notificar a la tercera su intención. esta puede solicitarle que desahogue el procedimiento en el marco del Tratado; en caso de que no hubiera consenso prevalecerán los procedimientos de solución de controversias del mismo.
- 4.- Una vez iniciado el procedimiento de solución de controversias correspondiente (TLCAN o GATT), el foro seleccionado es excluyente del otro ³⁵⁴.
- 5.- Cualquiera de las Partes puede realizar con las otras un procedimiento de consultas sobre cualquier asunto que altere o pueda alterar el correcto desarrollo del Tratado.

³⁵⁴ Salvo en los casos de controversias relativas al medio ambiente, medidas sanitarias y fitosanitarias y con las medidas relativas a normalización, misma que deben de ser resueltas siguiendo los procedimientos del TLCAN, si la parte o país demandado así lo solicita.

6.- Las consultas inician cuando la Parte solicitante entrega la notificación respectiva a las demás y a su propio Secretariado. Si una tercera Parte considera tener un interés legítimo en la controversia, puede participar en la consulta.

7.- En caso de que no resulten las consultas, cualquiera de las partes consultantes puede solicitar por escrito que se reúna la Comisión de Libre Comercio para atender el asunto ³⁵⁵; ésta se puede valer de expertos, recurrir a los buenos oficios, la conciliación, la mediación o a otros procedimientos de solución de controversias, o formular recomendaciones a las Partes.

8.- En caso de que la intermediación de la Comisión no funcionara para la solución de la controversia, cualquiera de las Partes puede solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral; la solicitud debe de ser entregada a las demás partes y a su sección del Secretariado del TLCAN. Cuando una tercera Parte considere que tiene legítimo interés para intervenir en el arbitraje, tendrá derecho de hacerlo notificando a sucesión del Secretariado y a las Partes contendientes.

9.- Para sustanciar los procedimientos arbitrales, las Partes en el Tratado tiene la obligación de constituir una lista de profesionales que cuenten con las aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas. Estas personas son designadas por consenso, por periodos de tres años y pueden ser reelectos. Los árbitros deberán : a) Tener conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, asuntos o materias del TLCAN, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales.; b) Ser independientes y c) Satisfacer el código de conducta que establezca la Comisión de Libre Comercio. Las personas que hubieran intervenido durante la intermediación de la Comisión como auxiliares de la misma para proponer o recomendar soluciones a la controversia, no pueden fungir como árbitros cuando se instalen los procedimientos arbitrales sobre la misma.

10.- Cuando en la controversia intervengan dos Partes, se deben de observar los siguientes lineamientos : a) El panel arbitral se debe de integrar por cinco miembros; b) Las Partes contendientes procurarán acordar al designación del presidente del panel en los quince días siguientes a la entrega de la solicitud para la integración del mismo; si las partes no llegan a

³⁵⁵ También se puede solicitar la reunión de dicha Comisión cuando se haya solicitado que el foro para resolver la disputa sea el ofrecido por el TLCAN en exclusión del foro del GATT; cuando se hayan realizado consultas conforme a los procedimientos aduaneros, medidas sanitarias y fitosanitarias y medidas de normalización.

un acuerdo, una de ellas, electa por sorteo, designará como presidente, en el plazo de cinco días, a un individuo que no será ciudadano de la Parte que designa; c) Dentro de los quince días siguientes a la elección del presidente del panel, cada Parte debe de seleccionar dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente; si una de las Partes no selecciona a sus panelistas, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte.

11.- Cuando sean más de dos las Partes que desarrollen un arbitraje, se aplican los siguientes lineamientos : a) El panel se integra con cinco miembros; b) Las Partes debe de elegir al presidente del panel dentro de los quince días siguientes a la entrega de la solicitud de su integración; si no llegan a un acuerdo, la Parte o Partes del lado de la controversia escogido por sorteo, seleccionarán en el plazo de diez días un presidente, que no sea ciudadano de dicha Parte o Partes; c) Dentro de los quince días posteriores a la elección del presidente del panel, la Parte demandada debe de seleccionar a dos panelistas, cada uno de los cuales debe de ser nacional de una de las Partes reclamantes. Las Partes reclamantes seleccionarán dos panelistas que sean nacionales de la parte demandada; d) Si alguna de las Partes contendientes no selecciona a un panelista dentro del lapso indicado, éste será electo por sorteo de conformidad con los criterios de nacionalidad del inciso c).

12.- Cualquiera de las Partes puede recusar sin causa a cualquier árbitro que sea propuesto y que no figure en las listas autorizadas del Tratado. Si los árbitros violan el código de conducta, podrán ser removidos y sustituidos en sus cargos.

13.- Las reglas de procedimiento de este Capítulo atienden los siguientes principios : a) Los procedimientos garantizarán como mínimo el derecho a una audiencia ante el panel, así como la oportunidad de presentar alegatos y réplicas por escrito, y b) Las audiencias ante el panel, las deliberaciones y el informe preliminar, así como todos los escritos y las comunicaciones con el mismo, tendrán el carácter de confidenciales.

14.- Se permite a las Partes convenir sobre las características del procedimiento arbitral o adoptar las reglas modelo de procedimiento del propio Tratado.

15.- Salvo que las Partes convengan otra cosa, dentro de los noventa días siguientes al nombramiento del último panelista, o en cualquier otro plazo que determinen las reglas modelo de procedimiento del Tratado, el panel debe de presentar a las mismas un informe preliminar conteniendo : a) Las conclusiones de hecho; b) La determinación sobre si la

medida es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del Tratado, o es causa de anulación o menoscabo de los beneficios del mismo, o cualquier otra determinación solicitada por las Partes; y c) Sus recomendaciones para la solución de la controversia.

16.- Las Partes podrán hacer observaciones por escrito al panel sobre el informe preliminar dentro de los catorce días siguientes a su presentación.

17.- Salvo que las partes convengan otra cosa, el panel debe de presentar a las Partes el informe final, y en su caso, los votos particulares sobre las cuestiones en que no haya habido acuerdo unánime entre los panelistas, en un plazo de treinta días a partir de la presentación del informe preliminar.

18.- No se puede revelar la identidad de los árbitros que votaron con lo mayoría , ni de los que votaron con la minoría.

19.- Las Partes deben de presentar el informe final a la Comisión de manera confidencial, y después de quince días éste podrá ser publicado, salvo que ésta decida otra cosa.

20.- Una vez recibido el informe, las Partes tienen que convenir en la solución de la controversia ³⁵⁶, lo que por lo regular se alcanza tomando como base las determinaciones del panel arbitral. siempre que sea posible, la resolución consistirá en la no ejecución o en la derogación de la medida disconforme con el Tratado o que sea causa de anulación o menoscabo de los beneficios del mismo. A falta de resolución puede otorgarse una compensación. De la misma forma, a falta de resolución, la Parte reclamante puede optar por cancelar los beneficios en el mismo sector o en otros, según sea el caso, hasta que se alcance una solución a la controversia.

21.- Cuando un asunto de interpretación o de aplicación del Tratado surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquier Parte considere que amerita su intervención, o cuando el tribunal o el órgano administrativo solicite la opinión de alguna de ellas, esa Parte lo debe de notificar a las otras y a su sección del Secretariado. La

³⁵⁶ Esto tiene su explicación en que, a diferencia de un tribunal arbitral tradicional, la decisión final del panel arbitral de acuerdo con este Capítulo, es sólo una recomendación a las partes en contienda, misma que carece de obligatoriedad. Las partes pueden optar por el cumplimiento o por el incumplimiento del informe final emitido por el panel arbitral. Considerando que la resolución de los paneles arbitrales del Capítulo XX del TLCAN hacen referencia a una simple recomendación y no a un laudo obligatorio, en caso de que la autoridad mexicana ejecute ciertos actos con base en la misma, las partes afectadas pueden acudir al juicio de amparo como medio para impugnar el o los actos de ejecución derivados de dicha resolución.

Comisión debe de procurar a la brevedad una respuesta adecuada sobre el particular. Esta o en su defecto la opinión de las Partes relacionadas con el asunto, debe de presentarse ante dichas autoridades por la Parte en donde radiquen los mismos ³⁵⁷.

Disputas entre gobiernos y particulares

Dentro del Tratado se ha clasificado a las controversias relativas a inversiones entre un inversionista privado de cualquiera de los países miembros y el Gobierno o Gobiernos de los mismos, como disputas entre Gobiernos y particulares. El marco legal de los procedimientos para la solución de este tipo de controversias se encuentra previsto específicamente en la Sección B, relativa a la *Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionistas de otra Parte*, del Capítulo XI del Tratado, cuyo título es *Inversión* ³⁵⁸.

Los principales lineamientos de esta Sección relativos a la solución de controversias son :

1.- Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes con relación a las disposiciones previstas en el Capítulo XX del Tratado, las Partes y sus inversionistas ³⁵⁹ pueden someter sus diferencias en materia de inversión conforme a lo establecido en este Capítulo, el cual basa sus procedimientos en la reciprocidad internacional, y en el debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

2.- Los involucrados en una controversia relativa a inversiones deben de intentar primero resolverla mediante consulta o negociación.

³⁵⁷ Con esto se logra una coordinación con la fracción I-A del artículo 104 constitucional.

³⁵⁸ De acuerdo al Tratado, por *inversión* debemos entender : a) Una empresa; b) Acciones de una empresa; c) Instrumentos de deuda de una empresa; d) Un préstamo a una empresa; e) Una participación ene una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la misma; f) Una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo a la misma; g) Bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y h) La participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte.

³⁵⁹ Por inversionista debe de entenderse un país o una empresa del mismo, o un nacional o empresa de dicho país, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de dicho inversionista.

3.- Los inversionistas ³⁶⁰ de una Parte pueden someter a arbitraje una reclamación en contra de otra parte o Gobierno cuando se considera que ésta o éste han violado una obligación establecida relativa al rubro de *Empresas del Estado* o en el de *Monopolios y empresas del Estado* ³⁶¹.

4.- El inversionista que quiera someter a arbitraje su controversia, debe de notificar a la contraparte por escrito cuando menos noventa días antes de que se presente formalmente la reclamación.

5.- Los inversionistas pueden someter la reclamación de arbitraje de acuerdo con : a) El Convenio del CIADI ³⁶², siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo; b) Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI; o c) Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL. Las partes del arbitraje deben de seguir las reglas acordadas en todo lo que no sea contrario a lo que determina esta Sección.

6.- Para el sometimiento al arbitraje, el inversionista contendiente debe por escrito, sujetarse a los procedimientos del Tratado y renunciar a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones del Tratado en materia de inversión ³⁶³.

7.- El tribunal arbitral se constituye por tres árbitros, dos electos por ambas Partes y el tercero, de común acuerdo por las mismas. A falta de que las partes designen a algún árbitro, el Secretario General del CIADI, a petición de éstas puede hacerlo ³⁶⁴.

³⁶⁰ Comprendiéndose también los inversionistas de una Parte en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad propiedad de los inversionistas o que esté bajo su control directo o indirecto.

³⁶¹ Estas violaciones se derivan de acciones de los gobiernos federal, local o municipal; acciones de empresas paraestatales y de acciones de ciertos monopolios autorizados por el Estado.

³⁶² CIADI : Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. El Convenio del CIADI hace referencia al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, celebrado en Washington el 18 de marzo de 1965. México no forma parte de esta Convenio.

³⁶³ Salvo el caso de que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario.

³⁶⁴ Tratándose de la designación del presidente del tribunal arbitral, el Secretario General del CIADI debe de elegirlo de la lista del tratado, en caso de que ninguno se encuentre disponible, lo debe de hacer de la lista del propio CIADI, cuidando de que sea de nacionalidad distinta a la de las partes involucradas en el arbitraje.

8.- Una parte contendiente, previa notificación a las demás involucradas, puede solicitar la acumulación de procedimientos, lo que debe de determinar el tribunal arbitral designado por el Secretario General del CIADI ³⁶⁵.

9.- La sede del arbitraje será la que determinen las partes contendientes. En su defecto el lugar será en el territorio de una de las países que sean miembros de la Convención de Nueva York.

10.- Los tribunales arbitrales establecido de conformidad a esta Sección del Capítulo XI del Tratado, decidirán las controversias que se sometan a su consideración, de conformidad con dicho instrumento, de la interpretación que de su aplicación realice la Comisión de Libre Comercio y con las reglas aplicables del derecho internacional.

11.- El laudo arbitral es obligatorio para las partes contendientes. En caso de que se rehuse al cumplimiento del mismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a la Comisión de Libre Comercio la constitución de un panel arbitral ³⁶⁶, o podrá recurrir a la ejecución del laudo arbitral conforme al Convenio del CIADI, de la Convención de Nueva York, o de la Convención de Panamá, independientemente de que se haya iniciado o no el procedimiento ante el panel arbitral de la Comisión.

Disputas entre particulares

El TLCAN es de los primero instrumentos internacionales que prevén el arbitraje comercial internacional entre particulares de diferente nacionalidad, como medio para la solución de sus controversias. Esto fue la pauta para que nuestro país adecuara su legislación interna y se pudiera contar con un marco efectivo para realizar arbitrajes en cualquier parte del territorio nacional.

En el texto del Tratado se ubica al arbitraje como el medio idóneo para resolver las disputas que se susciten con motivo de su puesta en marcha por los tres países miembros. Destacan igualmente, otros medios de solución de controversias distintos a la vía judicial como es el caso de las consultas y la mediación.

³⁶⁵ La instalación del tribunal arbitral debe de realizarse de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL y con lo estipulado por el Capítulo XI del Tratado.

³⁶⁶ De conformidad con los procedimientos del Capítulo XX del TLCAN.

El TLCAN dispone como recomendación que los países miembro deben promover y facilitar el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para resolver conflictos comerciales internacionales entre particulares en la zona del libre comercio demarcada por el propio Tratado.

Las Partes deben disponer de procedimientos adecuados que aseguren la eficacia de estos procedimientos alternativos de acceso a la justicia, lo cual se considera cumplido al pertenecer las mismas a la Convención de Nueva York, o a la Convención de Panamá. Lo anterior también debe traducirse en la adecuación del ordenamiento jurídico interno que las Partes ha tenido que llevar a cabo para fundamentar concreta y correctamente el texto de las Convenciones y demás instrumentos relativos a la figura del arbitraje y de otros sistemas de solución de controversias, para lograr que estos procedimientos no atenten contra la Norma Suprema de cada una.

Existe un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas, previsto por la propia Comisión de Libre Comercio e integrado por personas con conocimientos especializados o experiencia en la solución de este tipo de controversias. Su función consiste en presentar informe y recomendaciones sobre la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos en la zona del libre comercio.

Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias

Este rubro se encuentra comprendido por el Capítulo XIX ³⁶⁷ del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Este se encuentra relacionado con las controversias que se derivan de las prácticas desleales de comercio y los diversos tipos de restricciones no arancelarias del comercio internacional entre los que destacan ³⁶⁸ :

³⁶⁷ Tiene como antecedente el Capítulo XIX del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos.

³⁶⁸ García Moreno Víctor C. y Hernández Ochoa César E. *"El Neoproteccionismo y los Páneles como Mecanismos de Defensa contra las Prácticas Desleales"*. Revista de Derecho Privado, año 3, núm. 9, septiembre - diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1992. Como neoproteccionismo se entiende el proteccionismo económico a través de barreras comerciales distintas a los aranceles. La protección administrada hace referencia al proteccionismo comercial a través de la aplicación discrecional de normas, por lo general domésticas, relacionadas con el comercio internacional.

a) Salvaguardas ³⁶⁹. Estas constituyen la vía legal a través de las cuales un país miembro de la OMC puede establecer restricciones cuantitativas a las importaciones.

b) Acuerdos de Ordenación de Mercados. Son mecanismos para establecer cuotas a la exportación de ciertos productos que otros países pueden realizar a un determinado país cuando se estima que las importaciones están causando daños a la industria nacional. Para efectuarlos, el país que lo intente se puede ver obligado a otorgar compensación a otras naciones en otros sectores o permitir la posibilidad de represalias.

c) Acuerdos de Restricción Voluntaria a las Exportaciones. A través de estos acuerdos un país se compromete a no exportar un porcentaje superior a una parte determinada de su producción de ciertos productos a otro país.

d) Obstáculos Técnicos al Comercio. Estos obstáculos se derivan de los criterios y estándares técnicos que cada país decide soberanamente en rubros como normas de seguridad, sanidad, protección al medio ambiente o protección a los consumidores y que deben de requisitar los productos de importación.

e) Derechos Antidumping y Derechos Compensatorios. El dumping consiste en la exportación de bienes a un precio inferior a su precio interno o al costo de producción, con la consecuente afectación a la producción de mercancías similares en el mercado extranjero. Las subvenciones gubernamentales son otra forma de distorsión del mercado, ya que éstas abaratan artificialmente los precios de los productos, dañando a la industria doméstica que compite en desventaja. Esto se ataca aplicando los derechos antidumping para igualar el precio de la mercancía al precio en que se vende en el mercado exportador, o los derechos compensatorios que resten el subsidio otorgado al producto.

De acuerdo con el maestro García Moreno, este apartado del TLCAN, surgió como medio alternativo para delimitar el uso proteccionista de las leyes de cuotas compensatorias y antidumping.

Las controversias derivadas de estas prácticas desleales de comercio son atendidas por éste Capítulo del Tratado. Aunque éste consagra una serie de procedimientos, se le otorga a cada país el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de cuotas

³⁶⁹ También conocidas como *cláusulas de escape*.

antidumping y compensatorias a los bienes que se importen del territorio de cualquiera de los otros países.

Es precisamente esta sección del TLCAN, la que permite la revisión de las decisiones dictadas por las autoridades domésticas de cualquiera de los países miembros, en los procedimientos contra posibles prácticas desleales, bien sea esto por dumping, o por subsidios no permitidos en las exportaciones ³⁷⁰.

Las Partes del Tratado pueden reemplazar ³⁷¹ la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre cuotas antidumping y compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional. Una parte implicada en un caso de dumping o de subvenciones puede solicitar que el panel revise, con base en el expediente administrativo que corresponda, una resolución definitiva sobre cuotas antidumping y compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una país importador, para dictaminar si la resolución fue emitida conforme a derecho.

La autoridad investigadora que haya dictado la resolución y demás involucrados en el caso de conformidad con las legislaciones internas, tienen derecho a comparecer y a ser representadas en el panel. El panel puede confirmar la resolución definitiva de la autoridad investigadora ³⁷² o devolvérsela para adecuarla a sus determinaciones ³⁷³.

Una resolución definitiva no puede estar sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora, siempre y cuando la Parte implicada solicite la instalación del panel dentro de los plazos fijados en el Tratado. Ninguno de los países puede establecer recursos de impugnación ante sus tribunales de las decisiones de los paneles. Sin embargo las partes puede utilizar el recurso de impugnación extraordinaria en los siguientes casos :

a) Un árbitro ha sido culpable de una falta grave de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses o ha violado normas de conducta.

³⁷⁰ Cruz Miramontes, Rodolfo. *"Las Resoluciones sobre Prácticas Comerciales Internacionales y su Revisión en el TLC"*. Ponencia presentada en el seminario México - Estados Unidos, Resolución de Controversias Internacionales, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

³⁷¹ La instalación de los paneles es un recurso de revisión cuyo ejercicio no es obligatorio sino potestativo, toda vez que se conservan los procedimientos ordinarios internos, estos es, de revisión, revocación, anulación, etc. La elección de uno de estos dos procedimientos excluye al otro. Ver Cruz Miramontes, Rodolfo. *"Las Resoluciones sobre Prácticas Comerciales Internacionales y su Revisión en el TLC" ...ob. cit.*

³⁷² (uphold)

³⁷³ (remand it for action not inconsistent with the panel decision)

- b) El panel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento.
- c) El panel se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad u jurisdicción establecidos en el Capítulo XIX del TLCAN.

Las Partes que hagan uso de este procedimiento de revisión deben de seguir las reglas establecidas de conformidad con el Tratado y adecuar sus legislaciones para coadyuvar a la eficacia del mismo.

Cuando un Parte considere que la aplicación del derecho interno de otra de las Partes afecte el sistema de revisión de las resoluciones podrá solicitar por escrito la realización de consultas. Si las consultas no resuelven la controversia se procederá a la instalación de un comité especial. Si este órgano determina que si existe afectación, mandará a las Partes a consultar nuevamente. En caso de que no se resuelva el asunto, la Parte reclamante podrá suspender respecto de la Parte demandada :

- a) El procedimiento de revisión del Capítulo XIX.
- b) La aplicación de aquellos beneficios derivados del Tratado que se determinen.

Las autoridades investigadoras competentes de cada una de las Partes deben de consultar entre ellas anualmente o a petición de cualquier Parte y cuando corresponda presentarán informes a la Comisión de Libre Comercio.

e) Organización Mundial de Comercio (OMC)

El esquema general para la solución de controversias de carácter comercial que propone la OMC es el siguiente ³⁷⁴ :

³⁷⁴ Las directrices para la solución de controversias ante la OMC se definen en el documento denominado Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

Ambito y aplicación

Las normas para la solución de conflictos que comprende el presente esquema general son aplicables a los siguientes instrumentos dentro del marco de la OMC :

- Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.
- Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías.
- Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.
- Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.
- Acuerdo sobre Contratación Pública.
- Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos.
- Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino.

Estas normas generales se aplicarán sin perjuicio de las normas especiales que cada uno de los instrumentos citados contemple en sus respectivos capítulos de solución de controversias.

En caso de conflicto de normas adjetivas, el Presidente del Organismo de Solución de Diferencias (OSD), en consulta con las partes en la diferencia, determinará las normas y procedimientos a seguir.

Administración

El Organismo de Solución de Diferencias es la entidad encargada de administrar los procedimientos de solución de controversias previstos dentro de la OMC. Vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autoriza la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.

En caso de que las partes en conflicto no lleguen a un acuerdo convenido, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será, en general, conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con establecidas en los

acuerdos citados. No se debe recurrir a la compensación sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión. El último recurso previsto en el presente esquema general de solución de controversias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los acuerdos comprendidos, siempre que el OSD autorice la adopción de dichas medidas.

Consultas

Cada país miembro tiene la obligación de atender las consultas que sobre determinadas medidas le proponga otros país o países miembros.

Al país que se le formule una consulta debe de contestarla, salvo acuerdo en contrario, en un plazo de 10 días contados a partir del día en que la haya recibido, procediéndose a sustanciar la consulta dentro de los 30 días contados a partir de dicha notificación. A falta de lo anterior, el solicitante de la consulta puede proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial.

Las consultas deben de ser notificadas al OSD y a los consejos y comités correspondientes dentro de la OMC. Deben de realizarse por escrito fundamentando las razones de la misma.

Si las partes no resuelven su controversia mediante la consulta mutua en un período de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la correspondiente solicitud, la parte reclamante puede pedir el establecimiento de un grupo especial.

Buenos oficios, conciliación y mediación

Las partes, dentro de la consulta, pueden optar por el desarrollo de procedimientos para la solución de su controversia como son los buenos oficios, la conciliación y la mediación. Concluido el procedimiento, la parte reclamante puede solicitar el establecimiento de un grupo especial.

Si las partes así lo acuerdan, el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación podrá continuar mientras se desarrollen las actuaciones del grupo especial.

Grupos especiales

El requerimiento de las funciones de un grupo especial se deben de realizar por escrito, con mención de la existencia de consultas previas y una descripción de la controversia, fundamentando las razones jurídicas del caso.

El grupo especial debe de analizar el asunto que corresponda y formular conclusiones que ayuden al OSD a formular las respectivas recomendaciones a las partes involucradas en la controversia.

Estos grupos se constituyen por personas expertas en la materia, pudiendo ser funcionarios gubernamentales o no, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro.

Los nacionales de los Miembros cuyos gobiernos sean parte en la diferencia o terceros en ella, no podrán ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, salvo que las partes en dicha diferencia acuerden lo contrario.

Para la integración de los grupos especiales, la OMC debe de mantener una lista de personas, funcionarios gubernamentales o no, que reúnan las condiciones anteriormente citadas.

Los grupos especiales puede conformarse por 3 o 5 integrantes.

Se propondrán a las partes en conflicto los candidatos a integrantes del grupo especial. Si no se llega a un acuerdo sobre los integrantes dentro de los 20 días siguientes a la fecha del establecimiento del grupo especial, a petición de cualquiera de las partes, el

Director General, en consulta con el Presidente del OSD y con el Presidente del Consejo o Comité correspondiente, establecerá la composición del grupo especial.

Cuando sea varias las solicitudes de grupos especiales sobre una misma controversia, se podrá proceder a constituir un solo grupo especial.

Todo tercero que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste y a las partes comunicaciones por escrito.

Los grupos especiales se pueden apoyar en grupos consultivos de expertos.

Las partes pueden apelar el informe final del grupo especial, o la negativa de aplicación del mismo por parte del OSD.

Órgano Permanente de Apelación (OPA)

Esta instancia está constituida por 7 integrantes a propuesta del OSD. Ante el mismo se desahogan los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de los grupos especiales. Cada caso debe de ser atendido por 3 personas solamente. Los terceros que intervengan o tengan interés en una determinada controversia podrán presentar comunicaciones por escrito al OPA que podrá darles la oportunidad de ser oídos.

El OPA estará integrado por personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC.

La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste. El OPA podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial.

El informe del OPA será adoptado por el OSD y aceptado sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el mismo.

Recomendaciones de los grupos especiales y del OPA

Cuando cualquiera de esta dos entidades decida que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con dicha decisión. Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el OPA podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas.

El OSD someterá a vigilancia la aplicación de las resoluciones del grupo especial que corresponda o del OPA.

Compensación y suspensión de concesiones

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que las partes pueden recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. La compensación es de carácter voluntario.

El Miembro afectado puede optar por negociar con su contraparte la aplicación de una compensación mutuamente aceptable

Si no se resuelve el asunto de la compensación, se podrá pedir autorización al OSD para suspender al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados

El OSD no autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión.

En caso de existir controversia en asuntos relativos a la compensación y/o suspensión de obligaciones, la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje.

El árbitro debe de examinar : 1.- Si el nivel de la suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo; 2.- Si la suspensión de concesiones u otras obligaciones

propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado y 3.- La propia reclamación, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos correspondientes. Las partes deben de aceptar como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará la decisión del árbitro al OSD y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, a menos que decida por consenso desestimarla.

La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará :
1.- Hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado;
2.- Hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas o 3.- Hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.

Procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros

En aquellos casos en los que la parte que afecte los acuerdos abarcados sea un país menos adelantado y el reclamante sea un país desarrollado, se deberán de tomar en cuenta las circunstancias existentes y ser moderados en el ejercicio de los derechos de compensación y/o de suspensión de concesiones u obligaciones.

Arbitraje

Las parte en conflicto puede optar por desarrollar directamente un arbitraje comercial para resolver su controversia. Se debe de realizar por mutuo consentimiento de los interesados. Cualquier tercero que tenga interés en participar, sólo será aceptado por consenso de las partes. Las mismas convendrán el procedimiento a aplicarse en el desarrollo del arbitraje.

Los laudos arbitrales serán notificados al OSD.

La Secretaría

Este órgano tiene como propósito asistir a los grupos especiales, en aspectos jurídicos, históricos y de procedimiento, así como facilitar apoyo técnico y de secretaría. También tiene como objetivo apoyar a los países menos adelantados Miembros con asesoría jurídica en caso de solicitarla.

9.- *Lex mercatoria* ³⁷⁵

Esta fuente de derecho se refiere al conjunto de disposiciones, normas y reglas de vocación mercantil, derivado de principios legales, usos y costumbres ³⁷⁶, y de directrices y de precedentes normativos, generalmente aceptados por el sector empresarial ³⁷⁷.

Otra propuesta de definición, hace referencia a la *lex mercatoria* como un ordenamiento jurídico autónomo, independiente de cualquier sistema legal nacional, creado espontáneamente por las partes involucradas en relaciones económicas o mercantiles ³⁷⁸.

Con la evolución a nivel mundial del comercio, al *Ius Mercatorum* se la ha designado como *lex mercatoria*, derecho transnacional de la comunidad empresarial ³⁷⁹, incluyéndose a los Estados cuando estos actúan como partes dentro de una relación comercial, sin las prerrogativas que se derivan de su carácter de autoridad y de su imperio.

La *lex mercatoria* puede ser considerada como una derivación de determinados principios de derecho nacional e internacional, que adquirieron su autonomía al definirse como principios de aplicación estrictamente a los comerciantes o a la *societas mercatorum* y

³⁷⁵ (transnational law, international law of contracts, international *lex mercatoria*, international trade law, o international law of arbitration)

³⁷⁶ La *costumbre internacional* es definida por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia como una práctica generalmente aceptada como siendo de derecho.

³⁷⁷ Ver Mantilla Serrano, Fernando. "*Ius Mercatorum, Fuente del Derecho Internacional*". Ponencia presentada en la XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, desarrollada en Cali, Colombia, el 21 y el 22 de noviembre de 1994.

³⁷⁸ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 603.

³⁷⁹ La *Lex Mercatoria* también es designada como *Derecho del Comercio Internacional* o *International Trade Law*.

al complementarse con usos mercantiles, y precedentes normativos, derivados de procedimientos sustanciados ante organismos internacionales y ante tribunales arbitrales, así como de la codificación o reglamentación elaborada por dichas entidades.

Este proceso de formación de la *lex mercatoria* es similar al del derecho anglosajón (common law), en donde todos los casos que se desarrollan en las diversas jurisdicciones, con el paso del tiempo, han venido a crear una fuente común de derecho, que unifica y brinda un amplio catálogo de disposiciones adjetivas y sustantivas, tanto a las partes del litigio, como a los órganos de decisión, para ser aplicadas con el propósito de eficientizar la administración de justicia.

a) Características de la *lex mercatoria*

La *lex mercatoria* está definida básicamente por las siguientes características :

- Es un conjunto de principios generales del derecho nacional e internacional, de directrices y de precedentes normativos, y de usos y costumbres de la propia comunidad empresarial.
- No deriva de algún sistema jurídico, existe y tiene vigencia independientemente de otros ordenamientos. Esta característica la diferencia de los principios generales del derecho, los cuales suelen variar de un Estado a otro.
- Su fuerza obligatoria como derecho transnacional deriva del reconocimiento que del mismo hace la comunidad de negocios nacional e internacional. Excepción hecha cuando las partes renuncian expresamente a la aplicación de la *lex mercatoria* al caso concreto.
- La vigencia de la *lex mercatoria* sobrepasa la que tiene la costumbre internacional de forma independiente.

b) Contenido de la *lex mercatoria*

El contenido de este conjunto normativo de las relaciones comerciales internacionales está constituido por principios, usos y costumbres, y de directrices y de precedentes normativos.

c) Principios³⁸⁰

Los principios se encuentran definidos como directrices y mandamientos generales de orden jurídico aplicables directamente a un hecho o a un acto, o éstos constituyen la fuente de reglas que regulan dicho hecho o acto jurídico³⁸¹. Su carácter general y abstracto los hacen implícitos en todos los actos o hechos de comercio. Sobresalen los siguientes principios derivados del derecho de los tratados :

- *Pacta Sunt Servanda*. Este principio establece la obligación de cumplimiento de los instrumentos jurídicos por las partes que los suscriben.
- *Res Inter Alios Acta*. Los instrumentos jurídicos sólo crean obligaciones entre las partes.
- *Ex Consensu Advenit Vinculum*. El consentimiento es la base de la obligación jurídica.
- *Jus Cogens*. De acuerdo con este principio, un instrumento jurídico es nulo cuando es contrario a una norma imperativa del Derecho Internacional.
- *Rebus Sic Estantibus*. Este principio hace referencia a la readaptación convencional o jurisdiccional de los convenios, para darles un efecto razonable, de conformidad con los ordenamientos jurídicos vigentes.
- *Vis Mayor*. Esta excepción al principio de *pacta sunt servanda* tiene diferentes interpretaciones, para que podamos estar en presencia de la misma es necesario que se pruebe³⁸² : 1.- la imposibilidad de ejecución de las obligaciones; 2.- La imposibilidad de prevenir, al momento de firma del contrato, de las circunstancias que hacen imposible su ejecución, y 3.- Notificación inmediata a la parte afectada de la imposibilidad de cumplir con las obligaciones contraídas.

³⁸⁰ También se comprende a la buena fe como principio.

³⁸¹ Mantilla Serrano, Fernando. "*Ius Mercatorum, Fuente del Derecho Internacional*"...ob. cit.

³⁸² Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, ob. cit., p. 633.

d) Usos y costumbres

Los usos y costumbres que forman a la *lex mercatoria*, hacen referencia a todos aquellos actos cuya repetición por los sujetos del comercio internacional, los constituyen en precedentes, considerados como norma puesta o dada con base en una conciencia jurídico colectiva. Específicamente los usos hacen referencia a conductas reiterativas de carácter obligatorio que se distinguen de la costumbre por su velocidad de actualización a la actividad comercial.

En este rubro, la *lex mercatoria* presenta dos aspectos relevantes. Por una parte, puede que al ser traducida como una manifestación de los usos en una determinada actividad empresarial, su aplicación provoque una evasión de parte del tribunal arbitral que la decide, de detalles en específico que leyes nacionales disponen sobre dicho rubro mercantil. Por la otra, al ser un conjunto de normativo anacional, más aún como uso mercantil, la *lex mercatoria* brinda soluciones prácticas y eficaces a las *lagunas* que en diversas ocasiones llegan a presentar los ordenamientos jurídicos internos respecto de algunas actividades mercantiles ³⁸³.

e) Directrices y precedentes normativos

Las directrices de las que se constituye la *lex mercatoria* se derivan de todos aquellos reglamentos, normatividad, estándares de operación y de opiniones decretadas por organismos nacionales e internacionales, sobre aspectos de carácter mercantil. Uno de las manifestaciones más conocidas dentro de la materia arbitral es la Ley Modelo de la UNCITRAL, la cual se analiza más adelante.

Los precedentes normativos están constituidos por una serie de supuestos declarativos o imperativos, que se refieren a hechos o actos jurídicos de naturaleza comercial.

³⁸³ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 617.

Estas normas son resultado de la interpretación o influencia de resoluciones emitidas durante, o como sentencia, o decisión final, de un determinado procedimiento mercantil ³⁸⁴ realizado ante organismos de solución de controversias, o tribunales arbitrales ³⁸⁵.

Entre estos precedentes normativos sobresalen :

- *Los contratos deben de ejecutarse de buena fe.*
- *Sólo es indemnizable el daño previsible.*
- *Es nulo el contrato obtenido mediante medios ilícitos o corrupción.*
- *Una entidad estatal no puede sustraerse a las obligaciones contraídas, alegando que era incapaz de celebrar el pacto arbitral o que dicho pacto contravino formalidades internas a las cuales la entidad estaba sujeta.*
- *Se considera que quien ejerce el control sobre un grupo de sociedades, contrata, al menos para efectos del pacto arbitral, a nombre de todos los miembros del grupo.*
- *Las cláusulas de indexación o de valor oro son válidas ³⁸⁶.*
- *Está prohibido a una parte impedir u obstaculizar la realización de una condición suspensiva de su propia obligación.*
- *Quien ha sufrido un daño está obligado a tomar las medidas necesarias para minimizar las consecuencias del mismo ³⁸⁷.*
- *Sobre los operadores del comercio internacional recae la presunción de competencia profesional.*

³⁸⁴ Negociación, buenos oficios, mediación, comisiones de investigación, o conciliación.

³⁸⁵ Algunos autores incluyen a la jurisdicción internacional, derivada principalmente de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, como parte de la *lex mercatoria*, ya que la diferenciación con el arbitraje internacional es prácticamente inexistente.

³⁸⁶ Estas cláusulas son utilizadas para contrarrestar los efectos negativos de una fluctuación cambiaria.

³⁸⁷ (mitigation of damages).

- *Un Estado no puede invocar su propia legislación para repudiar un arbitraje si lo ha aceptado de buena fe.*
- *La conducta puede llegar a interpretarse como una aceptación tácita de las modificaciones de las obligaciones de una relación jurídica* ³⁸⁸.
- *La interpretación de la norma o de la disposición, debe de favorecer su existencia, más que su desaparición* ³⁸⁹
- *El actor debe de probar su dicho* ³⁹⁰.
- *Descalificar los términos legales mal utilizados por las partes.*
- *El uso de los bienes implica su aceptación.*
- *Los daños derivados de un incumplimiento se limitan a las consecuencias previsibles* ³⁹¹.
- *Nadie puede prevalerse de su inconsistencia en detrimento de otro* ³⁹².
- *Los contratos no son ejecutables si son contrarios a la moral internacional* ³⁹³.

Otros precedentes normativos que se derivan de la normatividad expedida por organizaciones administradoras de arbitrajes, adquieren la forma de directrices marco sobre determinados temas entre los que destacan :

- Designación, recusación, conducta y sustitución de árbitros.
- Designación del tribunal arbitral de la normatividad aplicable al procedimiento.

³⁸⁸ En ocasiones, la falta de ejercitar una reclamación dentro de un tiempo razonable brinda al tribunal arbitral bases suficientes para gradualizar la culpabilidad o responsabilidad de la parte que incumple determinadas obligaciones de la relación jurídica.

³⁸⁹ Este precedente es también conocido como *effect utile*.

³⁹⁰ *Actori incumbit probatio*.

³⁹¹ Se considera sólo lo que era previsible en el curso ordinario de los eventos.

³⁹² Este precedente también es conocido como *estoppel*.

³⁹³ Es decir, si son *contra bonos mores*.

- Designación del tribunal arbitral de la normatividad aplicable al fondo del asunto.
- Determinación del tribunal arbitral sobre su propia competencia.

10.- Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional³⁹⁴

Como ejemplo de la normatividad emitida en materia de arbitraje comercial internacional por entidades internacionales que constituyen parte del cuerpo legal de la *lex mercatoria* se encuentra la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés). Esta Ley tiene por objetivo servir como modelo para homogeneizar en las legislaciones nacionales el tratamiento del arbitraje comercial internacional y adecuar los sistemas y procedimientos sobre el arbitraje comercial interno. Tiene la influencia de los textos de la Convención de Nueva York y del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. Comprende una serie de principios marco entre los que destacan una amplia autonomía de las partes para caracterizar el procedimiento arbitral; comprende principios de equidad e igualdad entre las partes; y prevé la coordinación entre el arbitraje y las cortes nacionales.

Otros criterios que motivaron la creación de esta Ley fueron ³⁹⁵ :

- 1- Brindar a las partes la posibilidad de someterse a cualquier tipo de reglas de arbitraje.
- 2.- Definir un núcleo de disposiciones con base en criterios diseñados de conformidad con el orden público internacional y los principios de legalidad y de equidad.
- 3.- Servir como opción normativa para la sustanciación de arbitrajes comerciales, nacionales e internacionales.

³⁹⁴ Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985. Al mes de junio de 1998, los siguientes países han adoptado esta Ley Modelo como referencia para su legislación interna relativa al arbitraje : Australia, Bahrein, Bermuda, Bulgaria, Canadá, Chipre, Egipto, Alemania, Guatemala, Hong Kong, Hungría, India, Irán, Kenia, Lituania, Malta, México, Nueva Zelanda, Nigeria, Omán, Perú Federación Rusa, Escocia, Singapur, Sri Lanka, Túnez, Ucrania y Zimbawe, entre otros.

³⁹⁵ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 459.

El texto de esta Ley Modelo comprende los siguientes apartados :

- a) *Disposiciones Generales.*
- b) *Acuerdo de Arbitraje.*
- c) *Composición del Tribunal Arbitral.*
- d) *Competencia del Tribunal Arbitral.*
- e) *Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales.*
- f) *Pronunciamiento del Laudo y Terminación de las Actuaciones.*
- g) *Impugnación del Laudo.*
- h) *reconocimiento y Ejecución de los Laudos.*

a) Disposiciones generales ³⁹⁶

Ambito de aplicación ³⁹⁷

Dentro de este rubro se señala que la Ley debe de aplicarse al arbitraje comercial ³⁹⁸ internacional ³⁹⁹, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en el Estado en donde sirva de modelo.

Las disposiciones de esta ley deben de aplicarse únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio del Estado.

³⁹⁶ (general provisions)

³⁹⁷ (scope of application)

³⁹⁸ La Ley Modelo incluye un nota sobre lo que se debe de considerar como *comercial*, que versa de la siguiente forma : Debe darse una interpretación amplia a la expresión *comercial* para que abarque las cuestiones que se plantean en *todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no*. Las relaciones de índole comercial comprenden a las siguientes operaciones, sin limitarse a ellas : cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera. En el caso de México, el criterio de *comercial* que se pudiese utilizar en el caso de los arbitrajes domésticos, es el que dicta el propio Código de Comercio, mismo que determina en su artículo primero que, los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en el mismo, y en las demás leyes mercantiles aplicables. Asimismo, en el artículo 75 de dicho ordenamiento, se enuncian los actos típicos de comercio, dejando al arbitrio de la autoridad judicial la calificación de *comercial*, en aquellos casos en los que exista duda sobre el particular. De alguna manera se acota la amplitud del concepto que ofrece la Ley Modelo, con respecto a la postura adoptada por el Código de Comercio.

³⁹⁹ México extendió el ámbito de aplicación también al arbitraje comercial doméstico.

Señala que un arbitraje es internacional si :

- a) Las partes en el acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración del mismo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
- b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos .
 - El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
- c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Cuando una parte tenga más de un establecimiento, el establecimiento que se tome como referencia será aquél que tenga una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje. En caso de que alguna de las partes no tenga establecimiento, se tomará como referencia su residencia habitual.

Esta Ley Modelo no debe de afectar a ninguna otra ley del Estado en virtud de las cuales se decreten como no arbitrables algunas materias o se señalen que lo serán bajo otro cuerpo normativo.

Definiciones y reglas de interpretación ⁴⁰⁰

- Arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo;
- Tribunal arbitral significa tanto un sólo árbitro como una pluralidad de los mismos;

⁴⁰⁰ (definitions and rules of interpretation)

- Tribunal significa un órgano del sistema judicial de un país;
- Cuando esta Ley permita a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una institución a que adopte esa decisión.
- Cuando dentro de un determinado convenio arbitral las partes se refieran a algún reglamento de arbitraje, se entenderán incluidas todas las disposiciones del mismo.
- Cuando una disposición de esta Ley se refiera a una demanda se debe de aplicar también a la reconvención correspondiente, y cuando se refiera a una contestación, se debe de aplicar a la contestación de esa reconvención.

Recepción de comunicaciones escritas ⁴⁰¹

Salvo acuerdo en contrario de las partes, la Ley señala que se debe de considerar recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra ninguno de esos lugares, se debe de considerar recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega. La comunicación se considera recibida el día en que se haya realizado la entrega

Renuncia del derecho a objetar ⁴⁰²

Se considera que una parte ha renunciado a su derecho a objetar cuando no lo hiciera en un momento razonable o dentro del lapso determinado, conociendo de una situación de incumplimiento dentro del procedimiento arbitral.

401 (receipt of written communications)

402 (waiver of right to object)

Alcance de la intervención del tribunal ⁴⁰³

Se determina que los tribunales nacionales no deben de intervenir en el procedimiento arbitral, salvo en los casos en que la propia Ley lo disponga.

Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje ⁴⁰⁴

En este rubro se da espacio para que el Estado en donde se pretenda aplicar o adecuar la presente ley, señale a las autoridades administrativas o judiciales que podrán intervenir en el desarrollo del procedimiento arbitral.

b) Acuerdo de arbitraje

Definición y forma del acuerdo de arbitraje ⁴⁰⁵

La Ley Modelo define al acuerdo de arbitraje como aquél por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

De la misma forma señala que el acuerdo de arbitraje puede materializarse a través de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o de un acuerdo independiente.

Este acuerdo debe de constar por escrito, firmado por las partes, consignado en un documento o en un intercambio de cartas, telex, telegrama u otros medios de telecomunicación ⁴⁰⁶ que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y de contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

⁴⁰³ (extent of court intervention)

⁴⁰⁴ (court or other authority for certain functions of arbitration assistance and supervision)

⁴⁰⁵ (definition and form of arbitration agreement)

⁴⁰⁶ El CC añade al facsímil como medio de telecomunicación.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal ⁴⁰⁷

Cuando el tribunal judicial reciba un documento base de acción que sea materia de arbitraje, enviará dicho asunto a arbitrar en el momento en que lo solicite cualquiera de las partes involucradas, a menos que se compruebe que el convenio arbitral sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal ⁴⁰⁸

La ley señala como procedente la petición de medidas precautorias a los tribunales judiciales en apoyo del procedimiento arbitral.

c) Composición del tribunal arbitral ⁴⁰⁹

Número de árbitros

Salvo que las partes señalen otro número, los árbitros serán tres ⁴¹⁰.

Nombramiento de los árbitros ⁴¹¹

- Salvo acuerdo de las partes la nacionalidad no debe de ser impedimento para fungir como árbitro.

⁴⁰⁷ (arbitration agreement and substantive claim before court)

⁴⁰⁸ (arbitration agreement and interim measures by court)

⁴⁰⁹ (composition of arbitral tribunal)

⁴¹⁰ El CC determina que será solamente un árbitro.

⁴¹¹ (appointment of arbitrators)

- Las partes pueden acordar libremente la designación de los árbitros. A falta de acuerdo en el arbitraje con tres árbitros cada parte nombra uno y los designados al tercero. Si no pudieran designar al árbitro o árbitros los designará la autoridad competente, decisión que será inapelable.

Motivos de recusación ⁴¹²

Según la Ley, los árbitros sólo puede ser recusados cuando carezcan de imparcialidad e independencia, así como cuando no posean las aptitudes y cualidades requeridas por las partes.

Procedimiento de recusación ⁴¹³

Las partes pueden pactar libremente el procedimiento de recusación del tribunal arbitral. A falta de este pacto, la parte que desee recusar a un árbitro debe de enviar al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de circunstancias que hagan presumir la falta de independencia o aptitud del árbitro o de los árbitros, un escrito mediante el cual exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta. En caso de que según el tribunal arbitral no proceda la recusación, la parte reclamante puede solicitar a la autoridad competente que determine su procedencia, decisión que será inapelable.

Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones ⁴¹⁴

Cuando un árbitro se vea impedido en su función por cuestiones de jure o de facto o por cualquier otro motivo no la ejerza cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si no sucede cualquiera de estas dos alternativas, será la autoridad competente la que decida, siendo esta decisión inapelable.

⁴¹² (grounds for challenge)

⁴¹³ (challenge procedure)

⁴¹⁴ (failure or impossibility to act)

Nombramiento de un arbitro sustituto ⁴¹⁵

Los árbitros sustitutos se eligen de la misma forma en que se eligió al que habrán de sustituir.

d) Competencia del tribunal arbitral ⁴¹⁶

Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia ⁴¹⁷

De acuerdo a la Ley, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia, inclusive para determinar la existencia y/o validez del convenio arbitral. A la cláusula compromisoria se le considera un acuerdo independiente del contrato. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral se debe de oponer, a más tardar en el momento de presentar la contestación. Si el tribunal se declara competente, la parte reclamante puede solicitar a la autoridad competente que decida la situación que debe de prevalecer, esta decisión es inapelable.

Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares⁴¹⁸

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede, a petición de una de ellas ordenar a cualquiera de las mismas que adopte las medidas provisionales cautelares que determine.

e) Sustanciación de las actuaciones arbitrales ⁴¹⁹

⁴¹⁵ (appointment of substitute arbitrator)

⁴¹⁶ (jurisdiction of arbitral tribunal)

⁴¹⁷ (competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction)

⁴¹⁸ (power of arbitral tribunal to order interim measures)

⁴¹⁹ (conduct of arbitral proceedings)

Determinación del procedimiento ⁴²⁰

La Ley señala que debe de darse a las partes un trato igual y la plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Con sujeción a la Ley, las partes pueden convenir libremente el procedimiento arbitral. A falta de acuerdo, el procedimiento será determinado por el tribunal arbitral.

Lugar del arbitraje ⁴²¹

Las partes pueden determinar libremente el lugar del arbitraje, en su defecto lo hará el tribunal arbitral.

Iniciación de las actuaciones arbitrales ⁴²²

Salvo que se haya convenido otra cosa, el arbitraje comienza en el momento en que el demandado recibe el requerimiento de someter la controversia a dicho procedimiento.

Idioma

Las partes y en su defecto el tribunal arbitral, determinarán el idioma a utilizar durante el procedimiento. El tribunal arbitral puede ordenar que todo documento probatorio que no esté en el idioma seleccionado para el arbitraje, sea debidamente traducido.

Demanda y contestación ⁴²³

Dentro del plazo convenido por las partes o el determinado por el tribunal arbitral, el demandante debe de alegar los hechos en que funda la demanda, los puntos controvertidos y

420 (determination of rules of procedure)

421 (place of arbitration)

422 (commencement of arbitral proceedings)

423 (statements of claim and defense)

el objeto de la demanda, y el demandado deberá de responder a cada uno de éstos. Las partes pueden aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones cualquiera puede modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración.

Audiencias y actuaciones por escrito ⁴²⁴

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decide si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o alegatos, o si las actuaciones se deben de sustanciar sobre la base de documentos y demás pruebas.

Rebeldía de una de las partes ⁴²⁵

Salvo acuerdo en contrario de las partes y cuando sin existir causa justificada el demandante no presente su demanda conforme a lo pactado, o en su defecto, por lo señalado en la Ley, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones. Si el demandado no presenta debidamente su contestación el tribunal arbitral continuará las actuaciones sin que se considere esa omisión como una aceptación de la alegaciones del demandante. Si una de las partes no presentare pruebas o faltara a una audiencia, se proseguirá y el tribunal arbitral dictará el laudo con los elementos de que disponga.

Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral ⁴²⁶

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede nombrar peritos para que le informe sobre determinadas materias o para que las partes les suministres información sobre las mismas para proporcionar su opinión a los árbitros.

⁴²⁴ (hearings and written proceedings)

⁴²⁵ (default of a party)

⁴²⁶ (expert appointed by arbitral tribunal)

Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas ⁴²⁷

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación de aquél pueden pedir la asistencia de la autoridad competente para la práctica de pruebas.

f) Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones ⁴²⁸**Normas aplicables al fondo del litigio ⁴²⁹**

Las partes o en su defecto, el tribunal arbitral, con base a la norma conflictual que determine ⁴³⁰, establecen el derecho aplicable al fondo del litigio. En los asuntos, el tribunal arbitral debe de decidir de conformidad al documento base de la relación jurídica que vincula a las partes., así mismo debe de tomar en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso concreto.

Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro ⁴³¹

Salvo que las partes estipulen otra cosa, las decisiones de las actuaciones arbitrales se deben de tomar por acuerdo de la mayoría de los árbitros.

Transacción ⁴³²

Si las partes llegan a un acuerdo antes de que termine el procedimiento, se dará por terminado el mismo y podrán pedir al tribunal arbitral que dicho acuerdo se fomalize como un laudo en todos sus términos.

⁴²⁷ (court assistance in taking evidence)

⁴²⁸ (making of award and termination of proceedings)

⁴²⁹ (rules applicable to substance of dispute)

⁴³⁰ El CC determina que, en caso de que las partes omitan tal designación, el tribunal arbitral lo hará directamente sin necesidad de utilizar el criterio conflictual.

⁴³¹ (decision - making by panel of arbitrators)

⁴³² (settlement)

Forma y contenido del laudo ⁴³³

El laudo debe de dictarse por escrito y ser firmado por los árbitros. Bastará la mayoría de firmas para que tenga plena validez el laudo. debe de constar en el mismo, la fecha y el lugar en donde se desarrollo el procedimiento. Deberá de otorgarse una copia firmada a las partes.

Terminación de las actuaciones arbitrales ⁴³⁴

Las actuaciones arbitrales terminan :

- Con el laudo definitivo.
- Cuando el demandante retira su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca su legítimo interés en proseguir.
- Las partes acuerdan dar por terminadas las actuaciones.
- El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional ⁴³⁵

Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, las partes podrán solicitar al tribunal arbitral :

- La corrección de errores de carácter aritmético, de copia o tipográfico o cualquier otro.
- La interpretación de una parte del laudo, la cual formará parte del mismo.

⁴³³ (form and contents of award)

⁴³⁴ (termination of proceedings)

⁴³⁵ (correction and interpretation of award; additional award)

- La emisión de un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo

g) Impugnación del laudo ⁴³⁶

Los laudos arbitrales pueden ser anulados por el juez competente cuando ⁴³⁷ :

- La parte que intente la acción prueba que :

a) Una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o sin nada se hubiere indicado a ese respecto, en virtud de la legislación del Estado

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido hacer valer sus derechos.

c) El laudo se refiere a una materia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje se pueden separar de las que no lo están, sólo se podrán anular éstas últimas.

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviere en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse, o a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a esta Ley

- El juez compruebe que, según la ley del Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público del mismo.

La acción de nulidad debe de formularse dentro de los tres meses siguientes contados a partir de la fecha de notificación del laudo. En caso de corrección, interpretación o adición de laudo, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta.

⁴³⁶ (recourse against award)

⁴³⁷ El CC señala un procedimiento para sustanciar tanto la anulación como el desconocimiento del reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.

h) Reconocimiento y ejecución de los laudos ⁴³⁸

Los laudos arbitrales, cualquiera que sea el país en que hayan sido dictados, deberán de ser reconocidos como obligatorios y después de presentar por escrito la petición correspondiente al juez, serán ejecutados de acuerdo a lo estipulado en este Ley.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución debe de presentar :

- a) El original del laudo debidamente autenticado, o copia certificada del mismo, y
- b) El original o copia certificada del acuerdo de arbitraje

Ambos documentos deben de traducirse al idioma oficial del Estado donde se pretenda su reconocimiento y ejecución.

Sólo se puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando :

- La parte contra la cual se invoca pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o ejecución que :

- a) Una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o sin nada se hubiere indicado a ese respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
- b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido hacer valer sus derechos.
- c) El laudo se refiere a una materia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del mismo. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje se pueden separar de las que no lo están, sólo se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

⁴³⁸ (recognition and enforcement of awards)

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se verificó el arbitraje.

e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que conforme a cuyo derecho hubiere sido dictado ese laudo.

- El juez compruebe que, según la legislación del Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público del mismo.

Si se solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo puede, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes.

11.- Clasificación del arbitraje

Como figura jurídica, el arbitraje se constituye por diversos elementos que lo caracterizan o particularizan, originando su clasificación en atención a sus partes estructurales o a otros elementos esenciales que aparecen en el contexto en el cual surge o en el que se desarrolla. La clasificación del arbitraje que se analizará, es tomada del esquema que el maestro Silva ⁴³⁹ propuso para esta materia, a saber :

a) Según la calidad de las partes :

- Arbitraje entre sujetos de Derecho Público
- Arbitraje entre sujetos de Derecho Privado

⁴³⁹ Silva, Jorge Alberto. *"Arbitraje Comercial Internacional en México"*. Prenznieta Editores, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1994. pp. 266.

b) Según la materia :

- Mercantil
- Civil
- Etc...

c) Según los ordenamientos jurídicos involucrados con el arbitraje :

- Nacional
- Internacional

d) Según su derivación de normas declarativas o de normas obligatorias :

- Voluntario
- Obligatorio ⁴⁴⁰

e) Según la administración del proceso :

- *Ad - hoc*
- Institucional

f) Según los criterios sustantivos y/o adjetivos utilizados para resolver el proceso arbitral:

- Derecho
- Equidad o amigable composición (ex aequo et bono)

⁴⁴⁰ (mandatory arbitration - judicial arbitration)

g) Según el origen de la controversia :

- Arbitraje sobre controversias contractuales
- Arbitraje sobre controversias extracontractuales

h) Según las autoridades que intervienen en su sustanciación :

- Arbitraje estrictamente privado
- Arbitraje mixto
- Arbitraje de Autoridad (administrativa o judicial) Federal, Estatal o Municipal u Oficial ⁴⁴¹

i) Según la obligatoriedad del laudo emitido por el tribunal arbitral :

- Arbitraje con laudo de ejecución forzosa
- Arbitraje con laudo de ejecución discrecional

j) Según el grado de intervención de la institución que administra el arbitraje :

- Arbitraje completamente administrado :
- Arbitraje semiadministrado :

a) Según la calidad de las partes :**Arbitraje entre sujetos de Derecho Público ⁴⁴²**

Este tipo de arbitraje, es el que se desarrolla entre sujetos o entidades de Derecho Público, nacional o internacional, como lo son los Estados y entidades soberanas, actuando,

⁴⁴¹ Como también lo define el maestro Briseño Sierra.

⁴⁴² Con relación a esta clasificación, el artículo 8 de la Ley sobre la Celebración de Tratados especifica sobre los tratados que contengan mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado, la Federación o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeros u organizaciones internacionales.

en su caso, de *iure imperii*. Se comprenden todos aquellos asuntos que vinculen en una determinada relación jurídica a dos o más Estados en su calidad de entidades soberanas; además aquellos asuntos que se relacionen con el orden público y con instrumentos jurídicos nacionales o internacionales de naturaleza pública ⁴⁴³. Este arbitraje también comprende el desarrollado entre dos o más entidades del Derecho Público.

El ordenamiento jurídico, a través del artículo 22 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, prevé este tipo de arbitrajes ⁴⁴⁴, al señalar :

"Los directores generales de los organismos descentralizados, en lo tocante a su representación legal, sin perjuicio de las facultades que les otorguen en otras leyes, ordenamientos o estatutos, estarán facultados expresamente para :

...VI. Comprometer asuntos en arbitraje y celebrar transacciones."

Arbitraje entre sujetos de Derecho Privado

Este arbitraje es desarrollado entre personas, físicas o morales de Derecho Privado (particulares). Se comprenden dentro de esta clasificación, aquellos arbitrajes desarrollados entre sujetos o entidades de Derecho Público que actúan como particulares, *de iure gestionis*, sin alegar imperio o inmunidad alguna, y sujetos del Derecho Privado.

Existe una marcada tendencia para añadir a todos los instrumentos jurídicos que versan sobre arbitraje la estipulación de que cuando una dependencia gubernamental fuere parte de una transacción comercial por la cual se hubiere celebrado un convenio arbitral, ésta no podrá invocar inmunidad soberana con respecto a un arbitraje referente al mencionado acuerdo ⁴⁴⁵.

⁴⁴³ Algunas disputas relacionadas con este tipo de arbitraje derivan de importantes instrumentos internacionales como : tratados bilaterales de inversión (BIT por sus siglas en inglés), Acuerdos Ejecutivos de Incentivos a la Inversión (OPIC), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), y los tratados y acuerdos regionales, bilaterales o multilaterales relativos al comercio de bienes y/o servicios. Asimismo, resulta importante citar como asuntos relacionados con este tipo de arbitraje a La Guerra de los Pasteles, al caso de El Chamizal, o al de la Isla de la Pasión o Clipperton.

⁴⁴⁴ De la misma forma, este precepto faculta a dichas entidades para sustanciar arbitrajes de derecho privado.

⁴⁴⁵ Soberanía estatal y arbitraje comercial es un tema constantemente en debate. Dos ha sido las doctrinas en el ámbito internacional que proponen soluciones dogmáticas a los conflictos de interpretación derivados de esta situación. Una es la Doctrina de la Inmunidad Soberana que niega inmunidad a los actos estatales de naturaleza comercial. El carácter

b) Según la materia :

Atendiendo a la naturaleza de la controversia sometida al proceso arbitral, este puede clasificarse como arbitraje comercial, arbitraje civil, arbitraje familiar, etc...

c) Según los ordenamientos jurídicos involucrados con el arbitraje :**Nacional**

Citando al maestro Siqueiros, el arbitraje nacional es el que se plantea dentro de un sistema jurídico único ⁴⁴⁶, y es considerado como tal por la legislación doméstica aplicable.

Internacional

Recibe la categoría de internacional el arbitraje en el que : a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; b) El lugar de 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; c) Cuando el laudo arbitral ha sido dictado en un país distinto a aquél en donde se solicita su reconocimiento y ejecución ⁴⁴⁷; d) Aquellos arbitrajes del que deriven laudos que no sean considerados como nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución ⁴⁴⁸; o e) Cuando las partes han

comercial del acto es determinado por su naturaleza más que por la finalidad del mismo. Un Estado puede renunciar a su inmunidad para asuntos comerciales o no comerciales. La renuncia puede efectuarla de manera implícita (formalizando un convenio arbitral) o explícita. Por otra parte, la Doctrina de Actos de Estado señala que una sentencia o un laudo arbitral es inaplicable cuando la afectación o interrupción a la relación jurídica comercial deviene de un acto de autoridad de carácter estrictamente político y no comercial. Como ejemplo clásico de este supuesto, se menciona a la nacionalización por decreto legislativo que lleve a cabo un determinado gobierno, de propiedades extranjeras radicadas en su territorio.

⁴⁴⁶ Siqueiros, José Luis. *"El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada"*...ob. cit., p. 10.

⁴⁴⁷ Tal es el ejemplo de dos mexicanos que pacten un convenio arbitral sobre una operación financiera a desarrollarse en México, para resolver cualquier disputa que resulte de la misma ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, en París, Francia.

⁴⁴⁸ En este caso, el criterio varía según la legislación doméstica. El Estado que califica esta situación de nacionalidad del laudo puede considerar los siguientes aspectos como relevantes para llevarla a cabo : 1.- No se ha aplicado la *lex*

convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tienen ningún establecimiento, se toma en cuenta su residencia habitual.

A la vez, este tipo de arbitraje puede subdividirse en internacional público, tratándose de entidades soberanas o de organismos derivados del derecho internacional público ⁴⁴⁹; e internacional privado, tratándose de personas o entidades del derecho privado.

d) Según su derivación de normas declarativas o de normas obligatorias :

Voluntario

El arbitraje voluntario es el que deriva de la autonomía privada; es un derecho subjetivo que la ley otorga a las partes para que éstas, libremente decidan, si optan por esta vía procedimental para la solución de sus conflictos.

Obligatorio

El arbitraje obligatorio deriva de la voluntad del legislador o de la autoridad. En esta categoría aparecen los litigios que únicamente pueden ser sustanciados mediante esta institución procedimental ⁴⁵⁰.

arbitri, se ha utilizado una normatividad extranjera, 2.- La controversia o el procedimiento no guardan una relación estrecha con el país requerido, es decir tiene estrecha conexión con lugares o bienes ubicados fuera del mismo, y 3.- Las partes están domiciliadas o tienen su principal asiento de negocios fuera del lugar de ejecución. El maestro Santos Belandro, en su obra "*Arbitraje Comercial Internacional*", expone los siguientes ejemplos para puntualizar la aplicación de los criterios descritos en los incisos c) - territorial - y d) - nacionalidad - : PRIMER CASO : Arbitraje desarrollado en el país "B" bajo la ley de "B" y se solicita en el país "A" el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Esta sentencia se encontraría comprendida en el inciso c); SEGUNDO CASO : Arbitraje desarrollado en el país "A" bajo la ley del país "B". Si la sentencia arbitral se pretende reconocer y ejecutar en el país "A" será nacional para "A" si se aplica el criterio territorial del inciso c) . Pero "A" podrá considerarla como extranjera si hace uso del criterio del inciso d) al tomar en consideración que el arbitraje se desarrolló bajo la ley del país "B"; TERCER CASO : Igual caso que el anterior pero el laudo arbitral se pretende ejecutar en el país "B". La autoridad competente debe de decidir si considera al laudo extranjero por haberse desarrollado el arbitraje en el territorio del país "A", o nacional, porque el procedimiento estaba sometido a su propia ley; CUARTO CASO : Arbitraje realizado en el país "A" bajo la ley del país "B" y se desea ejecutar el laudo en el país "C", "D" o "E". Para estos tres países el laudo será extranjero.

⁴⁴⁹ En la práctica, las controversias entre Estados suelen sustanciarse de común acuerdo ante dos instituciones principalmente : La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, y la Corte Internacional de Justicia.

Al aceptar el ordenamiento jurídico la existencia de este tipo de arbitrajes, está confirmando su naturaleza jurisdiccional, desechando por completo la tesis contractualista sobre el arbitraje. Con o sin el consentimiento de las partes, puede existir esta figura heterocompositiva.

e) Según la administración del proceso :

Ad - hoc

El arbitraje *ad - hoc* o casuístico es aquél que se desarrolla con normas específicamente creadas por las partes, y en ocasiones también por el tribunal arbitral, para un caso concreto. No hacen referencia a ningún tipo de normas o reglamentos, ni a la administración formal del proceso por institución alguna. Sin embargo en la práctica actual se considera como arbitraje *ad - hoc* aquél que no es administrado por una institución u organismo. Esto es debido a que numerosos arbitrajes *ad - hoc* incorporan o hacen referencia para regir el procedimiento correspondiente a reglas de arbitraje de diversas instituciones ⁴⁵¹, inclusive, llegan a combinar las mismas con adecuaciones hechas o autorizadas por las partes, por el propio tribunal arbitral o por alguna institución administradora de arbitrajes. Con esto se descarta lo que la tradicional definición de esta clasificación enunciaba. Si se opta por el uso de estas reglas, es recomendable que también se opte porque los árbitros y otros elementos esenciales sean designados por una institución que administre arbitrajes.

- Código de Comercio :

A este respecto, el CC reconoce la existencia de esta clasificación al establecer en su artículo 1416 fracción II, lo siguiente :

⁴⁵⁰ Tal es el caso de los dispuesto en los artículos 9, 10, 11 y 14 transitorios del CPCDF, mediante los cuales se propuso dar fin a ciertos juicios mediante la vía arbitral.

⁴⁵¹ Como ejemplo de esta normatividad arbitral se encuentran : Las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje, Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, Reglas de Arbitraje de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional, Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, etc...

"Para los efectos del presente título se entenderá por :

...II.- Arbitraje, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo;..."

Debido a la amplia influencia del arbitraje administrado en el desarrollo de arbitraje comerciales en todo el mundo, el CC lo menciona textualmente, cuestión que no sucede con el arbitraje *ad - hoc*, sin que esto signifique su desconocimiento deliberado.

En caso de que las partes omitan designar el tipo de arbitraje de acuerdo a la administración del mismo, el CC resuelve de la siguiente forma :

Art. 1435.- "Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado..."

La idea esencial es que, en caso de que las partes no señalen que tipo de arbitraje se debe de seguir con respecto a la conducción del procedimiento, prevalece la elección del arbitraje *ad - hoc* sobre el institucional. Sin embargo, si las partes omiten designar el tipo y las reglas del procedimiento, la anterior afirmación puede variar de acuerdo con la redacción del convenio arbitral ⁴⁵², dando lugar a las siguientes situaciones :

1.- Si las partes convienen en resolver sus disputas mediante el arbitraje, señalando que una institución arbitral es la que va a designar a los árbitros, muy probablemente éstos decidan sustanciar el procedimiento ante dicho instituto y/o con sus reglas correspondientes, dando origen a un *arbitraje institucional*.

2.- En caso de que ni siquiera señalen lo anterior, puede acontecer que los árbitros designados adoptaren las reglas de una determinada institución arbitral, conservando las

⁴⁵² Partiendo de una redacción muy general u omisa.

características de los arbitrajes *ad - hoc*, o con base en las mismas, señalar a una institución para que administre el arbitraje ⁴⁵³.

3.- Finalmente, el tribunal arbitral puede determinar que las reglas y la administración del propio proceso estarán regidas por lo que él mismo determine, sin que necesariamente hagan referencia a un determinado cuerpo normativo o institución preexistente.

Resultaría poco probable presumir que, sin estar en el primer o en el segundo supuesto anteriormente descritos, el tribunal arbitral pueda libremente determinar si el arbitraje debe de ser institucional, debido a que existen diversos factores que probablemente entrarían en colisión con la voluntad de las partes, como es el caso del lugar del arbitraje, el idioma, la dinámica para ejercitar sus derechos, etc...

Debido a lo anterior, la interpretación, en caso de que las partes omitan señalar cual forma de administración regirá el proceso, prevalece a favor del arbitraje *ad - hoc*.

- Convención de Panamá / Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial :

Este Reglamento, supletorio de la Convención de Panamá, propone diferentes soluciones en caso de que las partes omitan el señalamiento del tipo de arbitraje a seguir de acuerdo con la administración del procedimiento :

1.- En caso de que las partes omitan hacer la designación de si el arbitraje a desarrollar debe de ser de tipo *ad - hoc* o uno institucional o administrado por alguna institución, en primer término, la Convención determina lo siguiente :

Artículo 3.- *"A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial."*

⁴⁵³ Tal es el caso de la normatividad adjetiva de la Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association o AAA) relacionada con los procedimientos sustanciados con base en las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL. Al permitir dichas Reglas libertad absoluta al tribunal arbitral para conducir el arbitraje, éste puede relacionar el mismo con la administración del caso por parte de dicha asociación. Ver Reglas de Procedimiento para Casos sujetos a las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL de la Asociación Americana de Arbitraje.

Es decir, este precepto introduce supletoriamente un conjunto normativo de carácter adjetivo para regir aquellos arbitrajes relacionados con dicha Convención.

Esta normatividad deriva de una Institución, que entre otros objetivos, se dedica a la administración de procedimientos arbitrales. De acuerdo con la definición de arbitraje *ad - hoc*, bien pudiera concluirse que la propia Convención resuelve, en caso de omisión en la selección, en favor del arbitraje *ad - hoc*.

2.- Con relación al procedimiento supletorio, el Reglamento establece :

Art. 15.- *"1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos..."*

Con base en este precepto, el tribunal arbitral es el que diseña la normatividad del procedimiento, o sea, se genera un arbitraje *ad - hoc*. También pudiera generarse un arbitraje institucional, si el tribunal arbitral decidiera que la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial administrará el respectivo proceso. Resulta lógico pensar que dicho tribunal, pese a lo anteriormente analizado, tendrá que adecuarse a los lineamientos básicos procedimentales que determina el propio Reglamento.

Si las partes determinaron que fuera la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial la que designara a los árbitros que constituirán el tribunal correspondiente, es probable, con las reservas del caso, que las personas escogidas para tal función determinen que el arbitraje deba de ser administrado por dicha Comisión, teniéndose en consecuencia un arbitraje institucional.

3.- Aunque no se determine que el proceso arbitral será administrado por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el Reglamento faculta a ésta para intervenir en diversas decisiones que inciden directamente en la conducción y desarrollo del arbitraje, dando lugar a un procedimiento *ad - hoc*, con intervención institucional ⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ Ver la Sección II relativa a la Composición del Tribunal Arbitral del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. este variante de arbitraje *ad - hoc* es común cuando se designa a alguna institución como responsable solamente de la designación de los árbitros, o de cualquier otro elemento del procedimiento, sin que en conjunto sea interpretados como una verdadera administración por parte de dicha institución.

- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal :

La solución que da este ordenamiento es la siguiente :

Art. 619.- "*Las partes y los árbitros seguirán en el procedimiento los plazos y las formas establecidos para los tribunales si las partes no hubieren convenido otra cosa...*"

Remite automáticamente a la codificación adjetiva de los tribunales competentes acorde con la materia del litigio. Permanece el criterio del arbitraje *ad - hoc*, con el previo señalamiento de la normatividad a aplicar por el tribunal arbitral.

Institucional

El arbitraje institucional es aquél que se desarrolla con base en normas procedimentales de carácter general, elaboradas, en su mayoría, por instituciones u organizaciones que tienen como objetivo administrar arbitrajes. Las partes pueden sustanciar estos procedimientos en dichos centros, bajo la dirección o administración de los mismos, o solamente utilizar como normas adjetivas base, sus leyes o reglamentos de arbitraje y/o sus instalaciones. Este tipo de procesos pueden ser de carácter nacional, internacional, público o privado. Al igual que en el caso de la definición del arbitraje *ad - hoc*, la práctica ha considerado que se debe de entender también como arbitraje institucional, aquél que es desarrollado ante una determinada institución u organismo, administrado por éste, y con base, en lo general ⁴⁵⁵, a sus propias leyes o reglamentos.

Es importante distinguir entre el concepto de administración de un proceso arbitral y la conducción del mismo. La administración presupone, entre otros, la facilitación por parte del organismo o institución que la lleve a cabo, de cuestiones como : salas de juntas, apoyo secretarial, servicio de traducción, designación del tribunal arbitral ⁴⁵⁶, revisión de las diversas etapas del proceso y del laudo definitivo, normatividad aplicable, uso de secciones o

⁴⁵⁵ El centro administrador de arbitrajes puede autorizar el uso de normas distintas a las elaboradas por el mismo, para la sustanciación del procedimiento,

⁴⁵⁶ (appointing authority)

representaciones nacionales, biblioteca, consultas para fijar honorarios y gastos, etc...La conducción del arbitraje es llevada a cabo por el propio tribunal arbitral que se constituya⁴⁵⁷.

Al igual que en el caso de arbitrajes *ad - hoc*, en los institucionales se deben de observar las formalidades esenciales del procedimiento, mismas que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que se manifiestan en la forma de :

- 1.- *Notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias.*
- 2.- *Oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa.*
- 3.- *Oportunidad de alegar.*
- 4.- *Dictado de una resolución que dirima las controversias.*
- 5.- *Fundamentación y motivación de los actos y resoluciones de la autoridad competente y de todo el procedimiento.*

f) Según los criterios sustantivos y/o adjetivos utilizados para resolver el proceso arbitral :

Derecho ⁴⁵⁸

En este tipo de arbitraje las partes prevén la norma sustantiva y la adjetiva ⁴⁵⁹ que regirá el procedimiento, y la cual debe de ser aplicada e interpretada por el tribunal arbitral. Se deben de manifestar las disposiciones a las que se va a sujetar el procedimiento arbitral; en su defecto, la ley generalmente señala que el arbitraje será de este tipo, facultando al

⁴⁵⁷ Las cláusulas estándar de diversas instituciones que administran arbitrajes incurren en la falta de énfasis de esta diferencia al no manifestar literalmente que el arbitraje se realizará bajo las reglas y también bajo la administración de la institución designada para tal efecto. Como ejemplo citamos la cláusula estándar de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI : "*Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.*" Como podemos percatarnos, esta redacción omite señalar que el procedimiento arbitral será administrado por dicha Corte o Institución. Lo anterior resulta trascendente cuando en la práctica han aumentado los arbitrajes *ad - hoc* que son sustanciados con base en los reglamentos expedidos por las instituciones administradoras de arbitrajes, pudiendo interpretarse por el tribunal arbitral o por la autoridad estatal, que si bien las partes señalan el reglamento de una institución como base para la sustanciación del procedimiento arbitral, lo anterior no demuestra de forma indubitable que su intención es la de que el arbitraje sea administrado por la misma.

⁴⁵⁸ (law - bound)

⁴⁵⁹ Algunas definiciones solamente comprenden el aspecto sustantivo.

tribunal arbitral para adecuar o escoger, además de la norma que se llegare a designar automáticamente como supletoria, otras complementarias o adicionales.

- Código de Comercio :

Este criterio es seguido por el propio CC, mismo que en su artículo 1445 determina :
"El tribunal decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes...Si las partes no indicaron la ley que debe de regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable..."

- Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial :

Este reglamento sigue un criterio similar al CC, señalando en el primer párrafo del artículo 33 lo siguiente :

"El tribunal aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables..."

En conclusión, en ausencia de selección expresa, el tribunal arbitral decidirá el fondo del asunto conforme al derecho por él escogido o determinado por la norma conflictual.

- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Este ordenamiento resuelve, mediante el artículo 628, de la siguiente forma : *"Los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que en el compromiso o en la cláusula se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia."*

Equidad o amigable composición (ex aequo et bono) ⁴⁶⁰

En el procedimiento arbitral de equidad o de amigable composición, las partes convienen en facultar al tribunal arbitral para que desarrolle el mismo, con base en la metodología que los árbitros consideren la más idónea en el aspecto sustantivo y en el adjetivo⁴⁶¹. Es decir, el tribunal arbitral tiene toda la libertad, respetando la legalidad esencial de todo proceso heterocompositivo, para emitir la resolución que ponga fin a la controversia, con base en la equidad y su conciencia. Los árbitros actuando bajo este tipo de arbitraje, pueden inclusive, adecuar el precepto o la disposición al caso concreto ⁴⁶².

De acuerdo con la doctrina, esta clasificación, a su vez se debe de diferenciar entre arbitraje en equidad, donde las partes autorizan al tribunal arbitral para resolver la controversia con base en los principios de derecho, es decir se sigue un criterio bastante legalista, o arbitraje en amigable composición, en donde el árbitro puede resolver con base en su criterio y conciencia ⁴⁶³. Este último procedimiento otorga más libertades al propio tribunal arbitral.

La equidad o la amigable composición no se refieren a que el tribunal arbitral debe de ignorar aquellas normas imperativas, declarativas o relacionadas con el orden público ⁴⁶⁴, que sean de carácter irrenunciable. Mediante este método, se le tolera cierta discrecionalidad en la literal aplicación de la ley, sin embargo los árbitros deben de ser muy cuidadosos para evitar atentar contra normas que provoquen la invalidez del procedimiento.

Aunque el tribunal arbitral actuando en este tipo de arbitrajes, goza de amplias facultades para interpretar y decidir, no puede ignorar tampoco las estipulaciones del clausulado del contrato correspondiente, ni los usos mercantiles aplicables al caso.

⁴⁶⁰ La institución de *amigable compositor* (amiable composition) tiene su origen en el Código Napoleónico y en el Código Francés de Procedimientos Civiles de 1806. Su significado *ex aequo et bono*, es en equidad y en buena conciencia. En este tipo de arbitraje, se puede utilizar también la denominación de arbitradores.

⁴⁶¹ Sin sujeción a reglas legales, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento. También es concebido este tipo de arbitraje, como aquél en el que las partes otorgan libertad al tribunal arbitral para que éste resuelva el fondo del asunto con base en su propio criterio, siguiendo los lineamientos procesales que las mismas acuerden.

⁴⁶² El tribunal arbitral puede ignorar o ajustar los preceptos o el clausulado del contrato, pero no puede crear obligaciones.

⁴⁶³ También se menciona que el árbitro resolverá *atento a la verdad sabida y buena fe guardada*, o *en conciencia y a buena fe guardada*.

⁴⁶⁴ (public policy)

El tribunal arbitral actuando en amigable composición tiene dos formas de abordar el procedimiento ⁴⁶⁵ :

- a) *Con base en reglas generales como : 1.- Una presunción de equidad en lo que respecta a la intención de las partes al contratar; 2.- Una presunción de equidad en lo concerniente a los riesgos de la operación, y 3.- Aplicación de la buena fe.*
- b) *Formular una solución que favorezca a ambas partes con miras a conservar su relación comercial.*

Este tipo de arbitraje adquiere relevancia cuando las partes quieren minimizar el impacto de las leyes aplicables de acuerdo con los diversos criterios competenciales, o cuando necesitan darle un cierto dinamismo a la sustanciación del procedimiento.

Como ejemplo de la designación de arbitraje en equidad o en amigable composición tenemos :

"El tribunal arbitral estará facultado para resolver la controversia de acuerdo con la equidad o en amigable composición, y no estará obligado a seguir reglas estrictas de derecho."

- Código de Comercio :

Esta clase de arbitraje necesita manifestarse expresamente. De acuerdo con el artículo 1445 del CC : *"...El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente hacerlo..."*. Es decir, si no se manifiesta el tipo de arbitraje a seguir, la ley señala que debe desarrollarse un arbitraje de derecho.

Aún en el caso de que en un arbitraje de derecho se estipule por las partes, o se escoja por el tribunal arbitral como la ley aplicable al fondo del litigio, los principios

⁴⁶⁵ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 138.

generales de derecho o la *lex mercatoria*, éste no se debe de considerar un arbitraje de equidad ⁴⁶⁶.

- Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial :

En este rubro, este Reglamento resuelve a través del párrafo segundo del artículo 33 de la siguiente manera :

"...2.- El tribunal arbitral decidirá como amigables componedores (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje..."

A diferencia del CC, el Reglamento condiciona la procedencia de este tipo de arbitraje a que la ley adjetiva diseñada, escogida o designada, así como la propia *lex arbitri* que se aplique al caso concreto, consideren válido este tipo de arbitrajes.

g) Según el origen de la controversia :

Arbitraje sobre controversias contractuales ⁴⁶⁷

Este arbitraje tiene como objeto resolver las controversias que se deriven de una determinada relación jurídica que tenga como fuente de obligaciones un instrumento jurídico de naturaleza contractual.

Arbitraje sobre controversias extracontractuales

Las partes pueden someter al arbitraje controversias que no necesariamente se deriven de una relación contractual. Inclusive, pueden determinar que se resuelvan por

⁴⁶⁶ Por lo menos se tiene que respetar las directrices de la norma subjetiva designada para gobernar el caso concreto.

⁴⁶⁷ La Convención de Nueva York en el primer párrafo de su artículo segundo, reconoce como arbitrables aquellas controversias que se deriven de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales.

arbitraje las controversias extracontractuales, y por otra vía las que resultaren de la ejecución o del incumplimiento del contrato que celebraron.

h) Según las autoridades que intervienen en su sustanciación :

Arbitraje estrictamente privado

En esta clasificación se encuentran aquellos procedimientos en los que las partes determinan que la sustanciación de los mismos se hará sin la intervención de ningún tipo de autoridad, salvo en aquellas situaciones regidas por normas obligatorias e irrenunciables en las que se mande la intervención de la misma ⁴⁶⁸. También se considerará estrictamente privado el arbitraje en el que las partes de manera expresa o tácita faculten a un tercero de naturaleza privada (persona física o moral, nacional o internacional) a intervenir en el desarrollo del procedimiento respectivo.

Arbitraje mixto

Dentro de estos arbitrajes las partes acceden, de manera expresa o tácita, a delegar ciertas facultades de intervención a la autoridad durante la sustanciación del procedimiento. Es decir, se puede pactar que para determinados asuntos o diligencias el arbitraje sea apoyado por alguna autoridad administrativa, laboral, judicial, etc..., o que éstas intervengan de manera supletoria de la voluntad de las partes cuando se han dejado indefinidos algunos rubros necesarios para el correcto desarrollo del procedimiento y así lo estipulen las leyes sobre las que se fundamente el mismo.

⁴⁶⁸ El artículo 1421 del Código de Comercio señala : "Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título (arbitraje comercial), no se requerirá intervención judicial."

Arbitraje de Autoridad (administrativa o judicial) Federal, Estatal o Municipal u Oficial

Este arbitraje es conducido en su totalidad por órganos de autoridad administrativa o judicial en sus distintos niveles. Las facultades decisorias no son compartidas con árbitros privados.

i) Según la obligatoriedad del laudo emitido por el tribunal arbitral :

Arbitraje con laudo de ejecución forzosa

Generalmente las decisiones del tribunal arbitral son laudos en forma con el carácter de obligatorios y traen aparejada ejecución con las mismas características de una sentencia judicial⁴⁶⁹.

Arbitraje con laudo de ejecución discrecional

Este tipo de arbitraje encontró en la disposiciones del Capítulo XX del TLCAN su mejor representación. Aunque la naturaleza de este tipo de laudos resulta contradictoria al objeto mismo de esta institución procesal, existe una tendencia cada vez más fuerte de utilizar a la misma como un panel de opinión acerca de una determinada materia o controversia⁴⁷⁰.

El artículo 2018 del TLCAN, relativo al cumplimiento del informe final del panel arbitral, señala : *"Una vez recibido el informe final del panel, las Partes contendientes convendrán en la solución de la controversia, la cual, por lo regular, se ajustará a las*

⁴⁶⁹ Así lo define el artículo 1391 del Código de Comercio : *"El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución : I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable..."* El laudo arbitral causa ejecutoria por ministerio de ley o por declaración judicial. Por ministerio de ley cuando una vez intentado el incidente de nulidad, el laudo dictado se confirma, dando lugar a una sentencia que no puede ser recurrida por ningún medio ordinario o extraordinario de defensa, y cuando el laudo es consentido expresamente por las partes; por declaración judicial, cuando el recurso de nulidad no es interpuesto en tiempo y forma, o se es declarado desierto o es desistido por la parte que lo intenta. El auto en que se declara que una sentencia ha causado ejecutoria, no admite ningún recurso.

⁴⁷⁰ Este tipo de arbitraje es equiparable a la *mediación*, inclusive a la *jurisdicción voluntaria*.

determinaciones y recomendaciones de dicho panel, y notificarán a sus secciones del Secretariado toda resolución que hayan acordado..."

De esta forma se establece la figura del laudo como una recomendación o propuesta de solución sobre una controversia, que puede ser o no, acatada por las partes, sin que medie coacción alguna.

j) Según el grado de intervención de la institución que administra el arbitraje :

Arbitraje completamente administrado :

Es el arbitraje en donde la institución arbitral actúa como el canal de comunicación de todas las actuaciones entre el tribunal arbitral y las partes. Asimismo, administra todas las etapas del procedimiento a través de sus órganos idóneos; actúa como un auténtico tribunal judicial.

Arbitraje semiadministrado :

Aquí el arbitraje es conducido y desarrollado prácticamente en su totalidad por las partes y/o por el tribunal arbitral correspondiente; la institución arbitral solamente interviene en determinados asuntos como pueden ser : la designación de árbitros o de peritos, el establecimiento de costas o cuotas, o la revisión del laudo arbitral.

12.- Estructura y sustanciación del procedimiento arbitral

La estructura de la institución arbitral de acuerdo a la legislación de nuestro país, así como de la mayoría de otras naciones, incluyéndose disposiciones procedimentales de entidades privadas, está constituida principalmente por los siguientes elementos o etapas :

Convenio Arbitral

Instalación del Tribunal Arbitral

Procedimiento

Laudo

Ejecución

13.- Convenio arbitral ⁴⁷¹

a) Concepto

El convenio arbitral es aquél presupuesto procesal por el que dos o más sujetos jurídicamente vinculados convienen, expresa o tácitamente, a someter parte o la totalidad de las controversias presentes o futuras, derivadas de una determinada relación jurídica, a un procedimiento arbitral.

A través de este convenio, las partes, en uso del derecho subjetivo que el ordenamiento jurídico les otorga, designan la vía arbitral para atender su conflicto, con lo cual automáticamente excluyen o renuncian al sometimiento del mismo a la jurisdicción de los tribunales administrativos, laborales o del Poder Judicial, local o federal.

Mediante este instrumento, las partes única y exclusivamente definen la jurisdicción y caracterizan, en ejercicio de los derechos subjetivos que el propio ordenamiento jurídico les otorga, el procedimiento respectivo.

b) Concepto de convenio arbitral señalado por los distintos cuerpos normativos en la materia :

- Convención de Nueva York :

"Acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje." ⁴⁷²

⁴⁷¹ (arbitration agreement)

⁴⁷² Párrafo primero, artículo segundo.

- Convención de Panamá :

"Acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil." ⁴⁷³

- Código de Comercio :

"Acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de acuerdo independiente." ⁴⁷⁴

Los principales ordenamientos jurídicos denominan acuerdo no contrato al convenio arbitral, aludiendo el término *agreement* derivado de la traducción de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, y en el caso del Código de Comercio, tanto de la Ley Modelo como de las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL ⁴⁷⁵.

c) Naturaleza jurídica

Como presupuesto procesal para la existencia de un procedimiento de arbitraje voluntario, el convenio arbitral es el instrumento o la vía jurídica por la cual las partes activan o manifiestan un derecho subjetivo ⁴⁷⁶ que legítimamente les pertenece, para poner en marcha el aparato de justicia, a través de la solución de sus disputas mediante la sustanciación de este equivalente jurisdiccional denominado arbitraje.

⁴⁷³ Artículo primero. La Convención de Panamá solamente regula los arbitrajes de carácter mercantil.

⁴⁷⁴ Fracción I, artículo 1416 del CC.

⁴⁷⁵ Cfr. párrafo primero, artículo II de la Convención de Nueva York; artículo primero de la Convención de Panamá; subinciso a, inciso 3, artículo primero de la Ley Modelo de la UNCITRAL, y subinciso c, tercer párrafo, artículo tercero de las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL.

⁴⁷⁶ Equiparable con el derecho de acción, ejercitado ante tribunales administrativos, laborales y del Poder Judicial, local o federal. El concepto de derecho subjetivo comprende aquellos derechos que bajo ciertas condiciones y supuestos, se encuentran a disposición de una determinada persona. También conocidos como intereses jurídicamente protegidos.

Partiendo de la base de que para la existencia de la mayoría de los arbitrajes (con excepción del obligatorio) es necesario la concurrencia de la voluntad de todas las partes involucradas en la relación jurídica de la que derivan o se podrían derivar las controversias objeto de dicho procedimiento, en un instrumento jurídico que es utilizado como vía para materializar o extemar dicho acuerdo de voluntades, se concluye que es una figura de naturaleza convencional.

El convenio *lato sensu* ⁴⁷⁷ es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones reales o personales sobre un objeto o un hecho de interés jurídico para las mismas.

El sometimiento a la vía arbitral no es un simple acuerdo de voluntades; las partes por el sólo hecho de acordar en que someterán sus controversias presentes o futuras al arbitraje, están generando toda una serie de creaciones, transmisiones, modificaciones y extinciones de derechos y obligaciones que a todas luces rebasan a la figura referida.

El mal llamado acuerdo arbitral, en realidad es un convenio arbitral. A diferencia del acuerdo de voluntades y de la propia figura del contrato, el convenio que genera o pone en marcha a la institución arbitral, tiene como objeto no una cosa o un hecho o prestación de carácter sustantivo, sino la elección de un medio alternativo de solución de controversias, para definir los derechos y las obligaciones sustantivos de las partes en conflicto. El convenio arbitral, aunque es un acto jurídico más complejo, es semejante al señalamiento o elección que las partes hacen, cuando un mismo asunto puede ser sometido tanto a la jurisdicción local, como a la federal, es decir, cuando estamos en presencia de una jurisdicción de tipo concurrente y cualquiera de los interesados eligen la que consideran más adecuada a sus intereses y fines.

El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) establece que, para la existencia del contrato, o en este caso de un convenio ⁴⁷⁸, se requiere que exista consentimiento de las partes y un objeto que pueda ser materia del mismo. A la vez, el artículo 1824 del CCDF señala que son objeto de los contratos, o de los convenios, la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Dar, hacer o no

⁴⁷⁷ Es importante hacer la distinción entre acuerdo de voluntades y convenio. Todo convenio es un acuerdo de voluntades, pero no todo acuerdo de voluntades constituye un convenio jurídicamente referido.

⁴⁷⁸ Para el estudio de los elementos de existencia y de validez del convenio, como género del que se deriva la especie contrato, también le son aplicables los mismos principios que a éste último, ya que ambas figuras son fuentes de las obligaciones.

hacer son el objeto de la obligación e indirectamente lo son del contrato. Concretamente en los contratos, la obligación de hacer o de no hacer, hacen referencia a la prestación de un servicio o a la abstención de una conducta. Esta acción u omisión repercute en esencia en el campo del derecho sustantivo ⁴⁷⁹. Lo anterior se encuentra sustentado por el tratamiento que la propia codificación civil le otorga específicamente al perfil de la materia de la obligación, objeto de los contratos.

No consideramos que el objeto del convenio arbitral sea susceptible de encuadrarse en ninguna de las obligaciones sustantivas citadas, ya que la elección o el sometimiento a la figura procesal del arbitraje no es ni una cosa que esté en el comercio, ni tampoco constituye una prestación u una abstención de un servicio contemplado en la norma material de valoración económica, sino por el contrario, es una obligación procesal derivada del ejercicio de un derecho subjetivo de naturaleza adjetiva ⁴⁸⁰. En este vínculo jurídico no existen relaciones de *acreedor - deudor*, ni el objeto de la relación genera el supuesto de *crédito y obligación*.

De acuerdo con el maestro Galindo Garfias, el derecho procesal define y delimita la función jurisdiccional, constituye los órganos de esa función y establece las normas procesales que la rigen. A través del convenio arbitral las partes que lo celebran definen la función jurisdiccional al señalar al arbitraje como procedimiento, caracterizan al órgano que desempeña esa función jurisdiccional y establecen las normas procesales a las que se deben de sujetar dichos órganos, todo ello con base en lo que dispone el ordenamiento jurídico sobre arbitraje. Es un acuerdo de voluntades sobre derechos y obligaciones adjetivas, para definir derechos y obligaciones sustantivas.

De esta forma, se concluye que, los contratos, como fuente de las obligaciones, necesitan referirse a un objeto que constituya una obligación de dar, de hacer o de no hacer,

⁴⁷⁹ Lo común, o lo congruente, es que, a través de la figura del contrato, los individuos regulen sus relaciones jurídicas de contenido sustantivo (*pacta dant legem contractui* - las estipulaciones constituyen la ley del contrato), mismas que prevé el propio derecho privado, entendiéndose por tal aquél que gravita sobre el interés particular de quien ejerce el derecho subjetivo previsto en la norma jurídica, con base en la autonomía privada, y en cuya ejecución no interviene o no es supervisada por una autoridad, hasta en tanto no afecte leyes prohibitivas o de interés público, o cualquiera de las partes, en su carácter de particulares, no soliciten dicha intervención.

⁴⁸⁰ Inclusive, autores de la talla de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo afirman que, asuntos que pudieran ubicarse aún dentro del derecho sustantivo como son algunas manifestaciones de la autotutela (legítima defensa, robo de familiar, corte de ramas y de raíces de acuerdo con el artículo 848 del CCDF, etc...), y de la autocomposición (desistimiento, allanamiento, o la transacción), le corresponden, por mejor derecho, al derecho procesal, ya que dichas cuestiones están íntimamente ligadas con el proceso e indudablemente no habría ninguna otra ciencia jurídica que pudiera abarcarlas con la legitimidad de pertenencia con que las abarca la ciencia procesal.

de naturaleza sustantiva, y que exclusivamente surtan efecto entre las partes. Por el contrario, el convenio arbitral hace referencia a una obligación de hacer de carácter procesal, que puede llegar a surtir efectos no solamente entre las mismas partes, sino también afectar a terceros.

Así como al procedimiento judicial se llega a través del ejercicio de la acción procesal⁴⁸¹, para tener acceso al arbitraje o a la jurisdicción arbitral se necesita ejercitar un derecho subjetivo equivalente que, por la naturaleza de la institución y a diferencia de la acción estrictamente procesal, tiene que ser previamente manifestado y consensado fehacientemente entre las partes que desean activarlo. El objeto del convenio arbitral es el de materializar o externar el derecho subjetivo necesario para someter al conocimiento de la figura del árbitro o del tribunal arbitral una determinada o determinadas controversias, y que tendrá como consecuencia, una secuencia de actos procesales que finalizarán con la resolución que dicte el órgano decisorio, cumpliéndose así la finalidad del mismo. En este instrumento de carácter adjetivo, el ordenamiento jurídico permite, por la propia naturaleza de la institución, el que las partes particularicen el procedimiento respectivo, observando en todo momento el marco legal obligatorio y el respeto al orden público.

El determinar si el arbitraje es parte del derecho material o del derecho procesal se define por el contenido y finalidad de cada conjunto de normas. El derecho sustantivo o material está compuesto por normas jurídicas que son fuentes de derechos y de obligaciones no procesales. Este derecho tiene íntima relación con el patrimonio⁴⁸² de los individuos o de las personas morales, Las materias de las obligaciones de los contratos son susceptibles de valoración pecuniaria y éstos son manifestación de los derechos personales o de crédito⁴⁸³, tutelados a su vez por acciones personales.

⁴⁸¹ El maestro Galindo Garfias concibe a la *acción procesal* como la potestad de provocar la actividad jurisdiccional del Estado. Otros autores, como Fernando Flores García, definen la *acción procesal* como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.

⁴⁸² Conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona. Conjunto de derechos reales y de derechos personales. El patrimonio tiene dos elementos: uno activo y otro pasivo. El activo se constituye por el conjunto de bienes y derechos, y el pasivo por las cargas y obligaciones...López Monroy, José de Jesús. PATRIMONIO en Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo P - Z). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. p. 2353.

⁴⁸³ Denominados también derechos de obligaciones, es la facultad correspondiente a una persona para exigir de otro sujeto pasivo individualmente determinado, el cumplimiento de una obligación de dar, hacer, o no hacer...de Pina, Rafael y de Pina Vara, Rafael. DERECHO PERSONAL en "Diccionario de Derecho". Editorial Porrúa, S.A., 18a ed. México, 1992. p. 238.

Por otra parte, el derecho adjetivo se define como el conjunto de preceptos normativos relacionados con los órganos que aplican el derecho. Independientemente de que el árbitro de carácter privado no es un órgano del Estado, si es un órgano que posee jurisdicción y competencia para aplicar el derecho al caso concreto, lo que lo hace estar regido no por el derecho material, sino por el derecho procesal. Con base en la conclusión anterior y el carácter de autoridad que posee el árbitro frente a las partes por disposición de la ley dentro de la institución arbitral, el arbitraje es parte del derecho público ⁴⁸⁴, no obstante la injerencia de la autonomía privada para caracterizarlo.

La propia ubicación de la institución arbitral en los cuerpos normativos que la regulan, confirman la naturaleza adjetiva del convenio arbitral, diferenciándola del todo de las materias que pueden generar derechos y obligaciones de apreciación económica materia por excelencia de los contratos.

En los contratos y en la gran mayoría de los acuerdos de voluntad, los sujetos involucrados buscan generar o transmitir derechos y obligaciones tutelados principalmente por la ley sustantiva. Aún en el caso de la transacción, en donde las partes utilizando esta figura autocompositiva resuelven una controversia, prevalece la plena libertad de las mismas para determinar sus derechos y obligaciones con base en la norma sustantiva, tendientes a lograr una finalidad de carácter procesal : la solución de un litigio ⁴⁸⁵. Esta autocomposición es resultado de las recíprocas concesiones que las partes se hacen mutuamente, versando las mismas en el reacomodo de derechos y obligaciones de índole material ⁴⁸⁶. Pero para que surta plenamente sus efectos, es necesario que satisfaga una serie de requisitos de índole adjetivo.

En cambio, en el convenio arbitral, no se comprenden como contenido principal del mismo para cumplir su finalidad, consistente en la aceptación de arbitrar una controversia,

⁴⁸⁴ La conservación de la armonía del orden público constituye uno de los objetivos fundamentales del derecho público. Esto lo logra a través de la aplicación del derecho para resolver las controversias que se susciten entre particulares, y entre éstos y la autoridad. El objetivo de la institución arbitral es la solución de controversias, a través de una jurisdicción distinta a la de los tribunales estatales. Esta función se encuentra prevista en las leyes adjetivas y es supervisada por el propio Estado.

⁴⁸⁵ Parte de las razones por las cuales se ha llegado a clasificar al convenio arbitral como un contrato, es debido a aquella clasificación que se hace de los mismos atendiendo a su funcionalidad, y en el caso del arbitraje se hace referencia a aquellos contratos que tienen como finalidad suprimir o dirimir una determinada controversia.

⁴⁸⁶ Resulta interesante el que el legislador haya ubicado a esta figura como una especie de contrato, siendo que la misma tiene como objeto la solución de una controversia mediante la creación, transferencia, modificación y/o extinción de derechos y obligaciones.

cuestiones sustantivas, sino que se designan y caracterizan elementos de naturaleza adjetiva, ya que el derecho de la relación jurídica de la que se derivó la controversia es determinado por un tercero ajeno a las propias partes.

Entendiendo a la vía por la que se llega al arbitraje para solucionar disputas como un convenio entre partes, fundamentamos las diversas formas a través de las cuales se puede designar esta vía heterocompositiva.

El que la principal legislación nacional en la materia (Código de Comercio) designe *acuerdo arbitral* en lugar de *convenio arbitral* probablemente se derive de la errónea traducción de la palabra *agreement* al español, tomada de los instrumentos internacionales que han servido como marco para constituir gran parte de nuestra legislación arbitral; cuestión que no sucede en la terminología que emplea el CPCDF, misma que hace referencia al compromiso arbitral, designación que tiene una mayor conexión jurídica con el término de convenio.

d) Clasificación

Siguiendo la clasificación del maestro Silva ⁴⁸⁷ el convenio arbitral se clasifica atendiendo a dos criterios preponderantes :

Convenio preliminar de arbitraje, que a la vez se divide en :

- Cláusula compromisoria preparatoria, compromiso arbitral preparatorio, o documento arbitral preparatorio (intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros que dejen constancia del convenio, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que conste la opción de utilizar este tipo de procedimientos).
- Cláusula compromisoria ⁴⁸⁸, compromiso arbitral ⁴⁸⁹, o documento arbitral.

⁴⁸⁷ Silva, Jorge Alberto. *"Arbitraje Comercial Internacional en México"...*ob., cit., pp. 60 - 66.

⁴⁸⁸ (arbitration clause)

⁴⁸⁹ (submission agreement)

Convenio definitivo de arbitraje :

- Compromiso arbitral definitivo

- Documento arbitral definitivo

Este convenio tiene la característica de que se consensa hasta que surge la diferencia entre las partes; puede adquirir la forma de un compromiso arbitral o de un documento arbitral y puede celebrarse :

- Antes de iniciar el juicio ante la autoridad judicial.
- Durante la sustanciación del juicio ante la autoridad judicial.
- Después de que el juicio es sentenciado por la autoridad judicial.

Convenio preliminar de arbitraje**Cláusula compromisoria preparatoria, compromiso arbitral preparatorio, o documento arbitral preparatorio**

Tanto la cláusula como el compromiso y los documentos arbitrales preparatorios tienen como finalidad establecer la promesa de celebrar, en el momento en que surja una controversia (generalmente), un compromiso o un documento arbitral ⁴⁹⁰. El convenio arbitral se encuentra suspendido hasta en tanto no se cumpla la condición acordada. La diferencia entre ellos estriba en que la cláusula, aunque autónoma, está incluida como parte del texto de un contrato, y el compromiso y los documentos son instrumentos independientes y autónomos del contrato con el que se relacionan, salvo los casos en que tengan un vínculo jurisdiccional con el mismo.

Cláusula compromisoria, compromiso arbitral o documento arbitral

A través de éstos, las partes pactan los términos del procedimiento arbitral al que se someterán la o las controversias que se deriven de la relación jurídica contractual o

⁴⁹⁰ Esta modalidad jurídica constituye una condición suspensiva que da origen al convenio arbitral.

extracontractual que las vincula, antes de que sucedan las mismas. Constituyen un convenio arbitral en forma.

Convenio definitivo de arbitraje

Compromiso arbitral definitivo y documento arbitral definitivo

Este tipo de documentos es el que suscriben las partes hasta el instante en que sucede la disputa entre las mismas. A través de éste, las partes optan por someter al proceso arbitral sus diferencias, renunciando a cualquier otra jurisdicción que les pudiera corresponder, consignando en el mismo sus características y elementos.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 610 del CPCDF, el convenio arbitral se puede celebrar :

- Antes de iniciar un juicio ante la autoridad judicial
- Durante la sustanciación de un juicio ante la autoridad judicial
- Después de un juicio sentenciado por la autoridad judicial

En esta, el arbitraje es válido aunque exista sentencia ejecutoriada, siempre y cuando las partes la conozcan. Estas renuncian a los derechos y obligaciones que derivan de la cosa juzgada, para someter de nueva cuenta la controversia al tribunal arbitral ⁴⁹¹.

e) Forma

De acuerdo con la naturaleza jurídica del convenio arbitral y la trascendencia del mismo, la forma escrita es la que prevalece sobre las demás. Lo anterior está sustentado en los principales cuerpos normativos a nivel mundial, inclusive en las legislaciones del derecho anglosajón.

⁴⁹¹ El convenio arbitral pactado por las partes después de dictada la sentencia, produce una excepción contra la ejecución de la misma.

La forma escrita que debe de revestir el convenio arbitral garantiza la eficacia del propio proceso, generando de esta manera una mayor aceptación del mismo como una vía alterna para solucionar conflictos. El carácter autónomo del mismo frente al propio instrumento jurídico o contrato que le prevé, demanda su formalización de manera indubitable por escrito.

Aunque la mayoría de las legislaciones demanda un convenio por escrito, la forma del arbitraje no significa rigidez. La interpretación de diversas leyes nacionales, así como de la propia Lex Mercatoria y la Convención de Nueva York ⁴⁹², han arrojado un sinnúmero de precedentes en los cuales la autoridad estatal o el propio tribunal arbitral han considerado como válido un convenio arbitral, inclusive sin las firmas de las partes, o de hecho sin constar éste pro escrito ⁴⁹³.

Esta práctica pudiera verse sustentada aún en nuestro derecho por el tribunal arbitral al interpretar extensivamente el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal que establece : *"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley."*

Forma del convenio arbitral señalado por los distintos cuerpos normativos en la materia :

- Convención de Nueva York :

El primer párrafo del artículo segundo señala que los países miembros deben de reconocer el convenio por escrito conforme al cual las partes pactaron someter sus diferencias al arbitraje. Textualmente destaca la referencia "por escrito" para dejar muy en claro dicho requisito entre las partes, el tribunal arbitral y la autoridad competente.

⁴⁹² Ver artículo VII, primer párrafo.

⁴⁹³ El criterio de las cortes de Nueva York es el que se debe de inferir la existencia de los convenios escritos de arbitraje en aquellas operaciones en las que se adopten los términos estándar de contratación, incluido el tipo de arbitraje, según la actividad comercial o industrial (incorporation - by - reference mechanism). Por su parte, en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CIACCI), existe un precedente en donde la sola contribución de las partes para la constitución del tribunal arbitral fue suficiente para considerar que éstas optaron por el procedimiento de arbitraje para resolver sus disputas, aún sin existir convenio arbitral entre las mismas.

Asimismo, señala en el segundo párrafo que la expresión convenio por escrito debe de hacer referencia una cláusula compromisoria incluida en contrato o en un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de notas o de telegramas.

En la última parte de este párrafo se puede interpretar que la Convención requiere, ya sea un escrito firmado por las partes, o un intercambio de notas o telegramas sin que necesariamente incluyan firma alguna, sino la expresa intención de arbitrar.

Los convenios arbitrales que se encuentren fundamentados en la Convención de Nueva York no deben de cumplir los requisitos más rigurosos establecidos por el derecho interno de los Estados ⁴⁹⁴.

- Convención de Panamá :

Esta Convención señala que el convenio arbitral debe de constar en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

- Código de Comercio :

El artículo 1423 estatuye : *"El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato* ⁴⁹⁵."

⁴⁹⁴ Santos Belandro, Ruben B. *"Arbitraje Comercial Internacional, Segunda Edición"*. Pereznieto Editores, S.A. de C.V., 2a ed. México, 1997. p. 65.

⁴⁹⁵ Cuando existan dos cláusulas arbitrales, una en el contrato principal y otra en documentos a los que haga referencia el mismo, ésta última deberá de ser aprobada de manera particular para evitar confusión con la consignada en dicho instrumento.

Aunque predomina la tendencia escrita en lo que respecta a la forma que debe de revestir el convenio arbitral, en este apartado, se contempla la figura de la presunción a favor de un documento del cual se deriva la decisión de las partes para arbitrar sus controversias. Esta aceptación tácita de las partes del sometimiento de sus controversias a esta vía procedimental se deriva cuando la excepción de incompetencia no se opone como medio de defensa jurisdiccional .

De la misma forma, el criterio de la firma del convenio arbitral dentro del CC, es el mismo que señala la interpretación de las Convenciones citadas.

- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal :

Este cuerpo normativo señala en su artículo 611 : *"El compromiso puede celebrarse por escritura pública, por escritura privada o en acta ante el juez, cualquiera que sea la cuantía."*

f) Contenido base

Este tema resulta trascendente para la propia institución arbitral. Es común escuchar en foros sobre la materia, que un arbitraje efectivo depende en gran medida de lo que las partes pacten en el convenio arbitral, sea este una cláusula o un compromiso en forma. Un convenio arbitral correctamente redactado es prácticamente imposible de impugnar; los laudos que deriven de los mismos difícilmente podrán ser nulificados o desconocidos por las autoridades competentes.

Entre los principales elementos que se deben de incluir en todo convenio arbitral destacan :

1) Ubicación y descripción de las materias, negocios, controversias u otros que serán objeto del arbitraje ⁴⁹⁶

2) Las normas que se aplicarán al convenio arbitral ⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ Es decir, determinar un elemento básico de la jurisdicción del tribunal arbitral.

⁴⁹⁷ Generalmente es determinada por el tribunal arbitral. El convenio arbitral puede ser gobernado por una ley distinta a aquella que gobierna la relación jurídica entre las partes. Puede ser seleccionada por las partes, por el tribunal arbitral,

- 3) *El cuerpo normativo que suplirá a cualquiera de las anteriores en caso de que se requiera cubrir "lagunas" u omisiones.*
- 4) *El procedimiento para la designación y sustitución del tribunal arbitral* ⁴⁹⁸.
- 5) *Nombre y número de árbitros.*
- 6) *Las cualidades que deberán de tener los árbitros.*
- 7) *Providencias precautorias.*
- 8) *Domicilio de las partes.*
- 9) *Idioma del arbitraje.*
- 10) *Tiempo límite para el desahogo de las etapas procedimentales y de todo el arbitraje.*
- 11) *Especificaciones sobre el pago de cantidades principales e intereses.*
- 12) *Mecánica para el pago de gastos y costas.*
- 13) *La moneda en la que se pagarán las cantidades consignadas en el laudo arbitral.*
- 14) *Determinar si el laudo tiene que ser fundado y motivado o el tribunal arbitral lo puede dictar sin que medie razonamiento alguno.*
- 15) *El mecanismo para la ejecución del laudo.*
- 16) *Lugar del Arbitraje* ⁴⁹⁹.
- 17) *Es preferente que se estipule textualmente que el laudo será final, obligatorio y en su caso, de ejecución forzosa por los tribunales judiciales competentes.*
- 18) *Lugar de ejecución del laudo arbitral.*
- 19) *Institución administradora del arbitraje.*

Como elementos adicionales, es oportuno incluir en el convenio arbitral los siguientes :

- 20) *Pactar como condición previa al arbitraje el desahogo de otros mecanismos alternativos de solución de controversias como la mediación, la conciliación, o la negociación.*
- 21) *Podere del tribunal arbitral en el caso del arbitraje en amigable composición.*
- 22) *Podere del tribunal arbitral para adaptar el contrato.*
- 23) *Facultades del tribunal arbitral para ordenar el desahogo de medidas cautelares.*

por el lugar del arbitraje, por la ley que rige la relación jurídica, o por la ley del lugar en donde se ejecutará el laudo arbitral.

⁴⁹⁸ Algunos factores que se deben de tomar en cuenta para la selección de árbitros son : nacionalidad, facultades, número, etc...

⁴⁹⁹ Esto determina la ley que pudiera llegar a gobernar el procedimiento arbitral, además de importantes asuntos referentes a la arbitrabilidad de la materia de disputa, desarrollo del procedimiento, intervención de la autoridad estatal y sobre el reconocimiento y la ejecución.

24) *Renuncia de las partes a la apelación.*

25) *Renuncia de las partes a la inmunidad de la soberanía.*

26) *Mecánica de disputas multipartes.*

A la vez, estos elementos, de acuerdo a su importancia se dividen en : Necesarios y Facultativos.

- **Elementos necesarios** : Son aquellos que sólo pueden ser designados por las propias partes que deseen someter sus diferencias al arbitraje.

- **Elementos facultativos** : Son aquellos que pueden ser designados por las partes o por la ley, cuando éstas omitan algún elemento o determinen que debe de ser la propia autoridad estatal la que decida sobre algún asunto o materia del proceso arbitral.

Cuando las partes escogen arbitrajes institucionales, desarrollados bajo la normatividad de determinados centros especializados en su administración, no es necesario que se especifiquen todos los elementos anteriormente citados, ya que los mismos se encuentran previstos en dichos reglamentos institucionales. Bastará con remitir el arbitraje al centro o a las normas que derivan del mismo.

Lo anterior hace que la intervención de las autoridades estatales disminuya, o de plano no se necesite del todo. La función de estas instituciones puede ser la de administrar el arbitraje completo o la de fungir como un tercero facultado por las partes para opinar, decidir o interpretar alguna cuestión relacionada con el propio procedimiento ⁵⁰⁰.

Entre menos descriptiva sea el convenio arbitral, mayor será la discrecionalidad con la que actuará el tribunal arbitral, la institución o la autoridad competente. En los arbitrajes ad - hoc es común encontrarse con impugnaciones ante los tribunales sobre diversos elementos del arbitraje. Lo anterior se explica en función de que gran parte de los convenios arbitrales de este tipo, son pactados sin tomar en cuenta su trascendencia o la problemática que conlleva el dotarse de normas adjetivas para el desarrollo de un procedimiento arbitral.

⁵⁰⁰ Ver la fracción I del artículo 1417 del CC.

Estándar internacional sobre el contenido base de un convenio arbitral

Siendo la Convención de Nueva York el instrumento internacional a que más países pertenecen, se toma como referencia lo que en la misma se estipula en materia de contenido base de todo convenio arbitral, a saber :

- a) Convenio por escrito.*
- b) El convenio arbitral hace referencia a disputas que pudiesen o que han surgido entre las partes.*
- c) Las controversias se derivan de una relación jurídica entre las partes, sea esta contractual o extracontractual.*
- d) El objeto de la o de las diferencias tiene que ser arbitrable.*
- e) El convenio arbitral tiene que ser suscrito por personas capaces de acuerdo con la legislación que les sea aplicable.*
- f) El convenio arbitral tiene que ser válido de conformidad con lo que estipula la ley al que es sometido, y en su defecto, a la ley del lugar en donde se dictó el laudo.*

g) Autonomía

La autonomía del convenio arbitral se define en función de su propia naturaleza jurídica y de su fin último : la elección de jurisdicción. Como presupuesto procesal para activar un procedimiento arbitral, el convenio, en cualquier forma que se manifieste, resulta un consenso independiente de los que se han llegado o llegaren a dar entre las partes, derivados de la relación jurídica contractual o extracontractual que las vincula.

En el momento en que las partes deciden someter sus diferencias a la institución arbitral, éstas originan otro consenso independiente del contrato o acto jurídico que motiva su vinculación jurídica, el cual, sobrevive los defectos que aquél pudiera llegar a tener para mantenerse y servir como un instrumento para decidir la situación que debe de regir.

La autonomía del convenio arbitral genera dos situaciones :

- El principio *competence - competence* o jurisdicción para determinar la jurisdicción.

- La separabilidad del convenio arbitral de la materia o hecho objeto de la relación jurídica entre las partes.

El principio competence - competence ⁵⁰¹ o jurisdicción para determinar la jurisdicción

Este principio se traduce en la autorización que cualquier normatividad, sea esta pública o privada ⁵⁰², otorga al tribunal arbitral para que éste determine su propia jurisdicción y su competencia. Los árbitros toman como referencia al convenio arbitral, a los términos de su designación y otros elementos esenciales, para determinar si poseen la competencia para conocer del litigio, y por lo tanto estar legitimados para el ejercicio de la función jurisdiccional que deriva de dicho convenio arbitral.

La normatividad puede definir la competencia y la jurisdicción del tribunal arbitral, pero esencialmente es determinada por el convenio arbitral. Este instrumento sólo puede conferir facultades al tribunal arbitral que sean permitidas por la ley o norma que lo rige, tanto expresa como supletoriamente, y por la que regula a la sustanciación del arbitraje.

De acuerdo con el maestro Silva, la competencia del tribunal arbitral se encuentra determinada y limitada, tanto por la normatividad aplicable, como por decisión de las partes⁵⁰³.

- Normatividad aplicable :

Los aspectos que las leyes y demás instrumentos jurídicos revisan o contemplan en materia de competencia del tribunal arbitral son los siguientes :

- 1.- Existencia y validez del convenio arbitral.
- 2.- La *notio* y la *juditium* de la controversia planteada.

⁵⁰¹ También Kompetenz - Kompetenz. Esta denominación deriva de que es la facultad (competencia) del tribunal arbitral para decidir sobre su propia jurisdicción (competencia).

⁵⁰² Es decir, derivada del sistema jurídico nacional, o de algún particular, o institución u organismo privado.

⁵⁰³ A nuestro parecer, las partes en sentido estricto no determinan o limitan la competencia del árbitro o del tribunal arbitral, sino más bien la caracterizan o particularizan.

- 3.- El conocimiento de los incidentes, excepciones, y recursos que procedan.
- 4.- Colaboración con las autoridades estatales.
- 5.- Conocimiento de la información para la condena en costas.

- Decisión de las partes :

Este rubro hace referencia al convenio arbitral al que llegan las partes para someter una determinada controversia o serie de controversias al arbitraje, siendo el propio órgano decisorio de esta institución, el que tendrá la plena y exclusiva competencia para ejercer la función jurisdiccional sobre la o las mismas.

En la práctica internacional, es un principio común el de que no habiendo una disposición en contrario de la ley nacional, el árbitro provee sobre su propia competencia⁵⁰⁴. Sólo si la ley nacional aplicable al convenio o al procedimiento arbitral, contiene una disposición que prohíba al árbitro determinar su propia competencia, este deberá de abstenerse de hacerlo.

A este respecto, el Código de Comercio determina en su artículo 1432 lo siguiente :
"El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje..."

Nuevamente se justifica la tesis jurisdiccionalista del arbitraje al preverse que el tribunal arbitral inclusive podrá resolver sobre la propia existencia o validez del acuerdo de arbitraje. Es decir, la personalidad y la decisión del tribunal arbitral va más allá de la voluntad de los particulares. La institución arbitral permanece aunque no lo haga la autonomía privada.

Si la relación jurídica está afectada de inexistencia o invalidez, los efectos de esta situación afectarán exclusivamente a la misma, no a la elección de jurisdicción. Cuando el convenio arbitral esté afectado en cualquiera de sus elementos, básicamente en la arbitrabilidad del litigio, en la capacidad de las partes para comprometer en árbitros⁵⁰⁵, o en

⁵⁰⁴ Los árbitros pueden decidir sobre su competencia con base en un simple análisis de la voluntad de las partes, a la luz de los usos del comercio internacional; esto constituye otro principio normativo derivado de la *lex mercatoria*.

⁵⁰⁵ Es importante distinguir entre la capacidad de formalizar el contrato principal y la capacidad para ejercer el poder para pleitos y cobranzas.

la constitución del tribunal arbitral, misma que da origen al propio principio de *competence - competence*, la nulidad correspondiente debe de ser declarada, siempre y cuando pueda constituirse, por el tribunal arbitral, o en su defecto, por la autoridad judicial ⁵⁰⁶.

El artículo 630 del CPCDF señala : *"Los árbitros pueden conocer de los incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal. También pueden conocer de las excepciones perentorias, pero no de la reconvencción, sino en el caso en que se oponga como compensación hasta la cantidad que importe la demanda o cuando así se haya pactado expresamente."*

Este precepto faculta directamente a los árbitros para el ejercicio pleno del principio *competence - competence*. Sin embargo presenta un límite en la competencia del tribunal arbitral con respecto a la reconvencción de la demandada.

Las resoluciones que devengan de los incidentes pueden ser impugnadas ante el juez ordinario, siempre y cuando las partes no hubieren renunciado a la apelación.

La separabilidad del convenio arbitral de la materia o hecho objeto de la relación jurídica entre las partes

El convenio arbitral sea la forma que adopte, constituye un consenso de voluntades para originar una elección jurisdiccional completamente independiente de la relación jurídica, o del hecho u objeto de la misma. Es decir, independientemente de que el convenio arbitral constituya un documento por separado, o forme parte del clausulado de un instrumento jurídico, existe autónomamente. Este principio, denominado en ocasiones principio de severabilidad ⁵⁰⁷, demuestra el carácter adjetivo de la institución arbitral. Una vez que las partes activan, a través de su decisión (concretamente a través de la notificación de inicio de las actuaciones correspondientes), el procedimiento arbitral, éste se manifiesta, inclusive, con independencia de la voluntad de las mismas.

⁵⁰⁶ La nulidad del contrato principal no es una excepción de incompetencia que se pudiera hacer valer ante el tribunal arbitral, sino más bien un medio de defensa con respecto al fondo del litigio. En estricta reciprocidad, cuando el convenio arbitral es declarado nulo, permanece íntegro el contrato principal.

⁵⁰⁷ (severability of the arbitration agreement)

La legislación mercantil concibe concretamente a la cláusula compromisoria (no hace mención a las otras formas de convenio arbitral) como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato en que se inscriba. La decisión que emita el tribunal arbitral sobre la nulidad o inexistencia de un contrato, no derivará en la declaratoria de nulidad o de inexistencia de la propia cláusula compromisoria.

La autonomía del convenio arbitral con relación al contrato o instrumento que la contiene o en el que se hace referencia al mismo, prevalece hasta en tanto la disposición normativa interna no disponga lo contrario. En lo concerniente al arbitraje comercial internacional, la autonomía del convenio arbitral es reconocida como un principio normativo derivado de la *lex mercatoria*.

La doctrina de la separabilidad del convenio arbitral se fundamenta en 4 principios⁵⁰⁸:

- 1.- Cuando las partes en una relación jurídica convienen en resolver sus disputas a través del arbitraje, generalmente, también es su intención resolver las disputas relacionadas con el convenio arbitral por el mismo medio.
- 2.- Si cualquiera de las partes pudiera negarse a someterse al arbitraje, alegando que el convenio arbitral carece de validez y por esa simple postura, se pudiera despojar al tribunal arbitral de su competencia para revisar tal invalidez, de su constitución y de su jurisdicción para atender el litigio que corresponda, entonces siempre estaría abierta la posibilidad de invalidar el convenio y el procedimiento por la simple manifestación de invalidez de alguna de las partes.
- 3.- Las partes al formalizar un contrato que contenga o haga referencia a un convenio arbitral, en realidad está formalizando dos instrumentos por separado.
- 4.- Si el principio de separabilidad no fuera acogido por el ordenamiento jurídico, las cortes nacionales tendrían competencia para revisar el fondo de la controversia en todo proceso arbitral.

⁵⁰⁸ Schwebel, Stephen M. "International Arbitration : Three Salient Problems". (appendix 26), de Fagan, Wayne I. "An Overview of International Commercial Arbitration, Introductory - Entry Level Course"...ob. cit.

h) Presupuesto procesal

El convenio arbitral constituye un presupuesto procesal en forma, que resulta indispensable para activar la jurisdicción arbitral para resolver una determinada controversia, desplazando cualquier otro tipo de jurisdicción, a la que las partes renuncian expresa o tácitamente. Salvo el caso de los arbitrajes forzosos, este convenio es un elemento *sine qua non* del procedimiento arbitral; es necesario el concurso de la voluntad de las partes para someter cualquier litigio al arbitraje. Utilizando la definición de Couture sobre los presupuestos procesales, el convenio arbitral es el antecedente necesario para que el proceso arbitral tenga existencia jurídica y validez formal.

i) Elementos de existencia

Siendo el convenio arbitral un acto (negocio) jurídico mediante el cual la autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta para perfeccionar una decisión que gravita sobre la elección de una determinada jurisdicción y la renuncia de otra, es importante considerar los elementos de existencia (consentimiento, objeto y solemnidad ⁵⁰⁹) y los de validez (capacidad legal de las partes, consentimiento sin vicios en su formación y/o manifestación, objeto y motivo o fin lícitos y la forma ⁵¹⁰) necesarios para que dicho acto queda debidamente constituido y surta los efectos conducentes. A continuación se analizarán tanto los elementos de existencia, como los de validez de todo convenio arbitral ⁵¹¹.

i. Consentimiento

El consentimiento, como elemento de existencia del convenio arbitral, se define como el concurso de voluntades debidamente manifestadas o exteriorizadas para aceptar el sometimiento de una determinada o de una determinable controversia al procedimiento arbitral.

⁵⁰⁹ Artículo 1794 del CCDF.

⁵¹⁰ Artículo 1795 del CCDF. Estos elementos de validez son atenuaciones al principio de la autonomía privada.

⁵¹¹ Es importante destacar que de conformidad con el artículo 81 del CC, son aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos. El artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal determina que: "*Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.*"

Precisamente son estas declaraciones de voluntad las que originan las relaciones normativas obligatorias entre las partes que las manifiestan. A decir del maestro Galindo Garfias⁵¹², la voluntad consta de dos momentos : a) La voluntad de querer realizar determinado negocio, y b) La voluntad de declarar por medio de una conducta externa realizada lo que el sujeto quiere.

Definitivamente se pueden contemplar dos momentos en todo convenio arbitral : la decisión de las partes para utilizar este procedimiento y la forma de manifestar esta voluntad.

Con base en esta afirmación surgen dos conceptos íntimamente vinculados : la voluntad y su declaración. Esta última se clasifica en :

1.- Declaración de Voluntad Recepticia. Se da cuando se dirige a una o a varias personas determinadas.

De acuerdo con la legislación nacional, la voluntad que interviene en el perfeccionamiento del convenio arbitral puede ser declarada recepticiamente cuando se define en el mismo las partes que lo sustanciarán llegado el momento. Esta forma de declaración al igual que la realizada de manera expresa, son comunes en la mayoría de los convenios arbitrales.

2.- Declaración de Voluntad No Recepticia. Se da cuando simplemente se emite, sin especificar destinatario.

Esta vía de exteriorización de la voluntad, íntimamente ligada con la declaración tácita de voluntad, conlleva cierta complejidad en su calificación por el tribunal arbitral, ya que en ocasiones puede llegar a representar un elemento que atente contra la existencia del propio convenio de arbitraje. Sin embargo, como a continuación se analiza, han surgido diferentes precedentes en este tema, sobre los cuales los tribunales arbitrales de todo el mundo se apoyan para proseguir con la sustanciación del procedimiento arbitral, haciendo un lado el estricto formalismo o ritualismo que atenta contra el espíritu mismo de esta institución procesal.

⁵¹² Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa, S.A., 9a ed. México, 1989. pp. 226 a 228.

3.- Declaración de Voluntad Expresa. Se da cuando se utilizan medios o signos idóneas para exteriorizarla.

De acuerdo con nuestra legislación, el medio idóneo para manifestar el consentimiento para someterse a la figura de arbitraje es el escrito; esto a través de la suscripción de documentos tales como: una cláusula compromisoria, un compromiso arbitral, cartas, telex, telegramas, facsímil, escritos de demanda y de contestación de la misma, etc...

Esto, por supuesto acota sensiblemente la posibilidad de interpretar el consentimiento de las partes para someterse al arbitraje cuando este se origina de manera distinta a la escrita y firmada, ocasionando con ello una potencial fuente de erróneas interpretaciones de la voluntad de los sujetos por parte de árbitros con poca experiencia en estos temas.

Lo anterior resulta complejo de entender cuando, por una parte, nuestro ordenamiento jurídico señala en diversas ocasiones el criterio formalista para la validez del acto o del negocio jurídico, y por la otra prevé una serie de supuestos en los que adopta la teoría de la interpretación de la voluntad real o interna ⁵¹³. Tal situación se sustenta con lo siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal :

Artículo 1851 : *"Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias ala intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas."*

Artículo 1852 : *"Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar."*

⁵¹³ A decir del maestro Gutiérrez y González, esta teoría afirma que si la voluntad de las partes es el alma del contrato, habrá sin duda que atender a ella, y por lo mismo el intérprete de un contrato, deberá desarrollar la labor de un psicólogo, para desentrañar la verdadera intención de los que otorgan el acto. Gutiérrez y González, Ernesto, *ob. cit.*, p. 376.

Artículo 1857 : "...Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o la voluntad de los contratantes, el contrato será nulo."

Lo anterior proporciona la base legal necesaria sobre la cual los árbitros, dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, pueden fundamentar y motivar sus interpretaciones acerca de formas irregulares de perfeccionamiento del consentimiento de las partes para arbitrar.

4.- Declaración de Voluntad Tácita. Se da a través de determinados comportamientos o actitudes que en forma racional permite concluir con seguridad cuál es el contenido de la voluntad de la persona.

Existen casos en los que algunas legislaciones nacionales contemplan la existencia del consentimiento para arbitrar una determinada controversia con el sólo hecho de que la intención de las partes de someterse a arbitraje sea cierta y desprovista de toda clase de ambigüedad ⁵¹⁴.

Este tipo de manifestación del consentimiento de las partes ⁵¹⁵ se explica básicamente en el ámbito del arbitraje comercial internacional comúnmente en las siguientes situaciones :

Presunción del consentimiento para someterse a arbitraje derivada de la conducta de una o de unas partes directa o indirectamente vinculadas con la relación jurídica

Un buen ejemplo de este tipo de presunciones se manifiesta cuando un conjunto de empresas que pertenecen a un mismo grupo, participan de modo efectivo en las operaciones contractuales generadas por la sociedad controladora que suscribe expresamente el convenio arbitral. Estas subsidiarias se vuelven parte del consentimiento de la empresa principal, o

⁵¹⁴ De acuerdo con el artículo 7 del CCDF, la renuncia que se haga del derecho para acudir a la autoridad judicial con el propósito de resolver una controversia debe de hacerse en términos claros y precisos.

⁵¹⁵ Esta figura también es conocida dentro de la *lex mercatoria* como la *existencia subjetiva* del convenio arbitral.

viceversa, al desempeñar en la negociación, desarrollo, o conclusión del contrato celebrado por la misma, un papel significativo ⁵¹⁶.

Presunción del consentimiento para someterse a arbitraje derivado de ciertos elementos del contrato de la relación jurídica

Esta se manifiesta en 4 circunstancias contractuales, a saber :

- a) Cuando la empresa controladora firma en su nombre y representación el contrato que contiene la cláusula compromisoria y la hace también en el de sus subsidiarias.
- b) Cuando existen responsabilidades cruzadas entre subsidiarias y la empresa principal que firma el contrato.
- c) Cuando el objeto de la relación jurídica es la creación o fusión de entidades, la coinversión, la participación en sociedades de cualquier naturaleza jurídica, la subrogación o la sucesión universal.
- d) Cuando el contrato dispone que además de las partes, otras pueden intervenir en el desarrollo del mismo.

Resulta importante destacar aquellos casos en los que la intervención de un tercero resulta de trascendencia para el desarrollo del procedimiento arbitral y éstos se oponen a intervenir alegando que su voluntad no fue consultada para el desarrollo del arbitraje ⁵¹⁷. Tal es el caso de las tercerías excluyentes de dominio o de preferencia ⁵¹⁸, los llamados en garantía, o en evicción. Sin embargo, en la práctica internacional, estos supuestos son analizados caso por caso por el propio tribunal arbitral y son ellos quienes determinan la relación directa o indirecta de la voluntad de los involucrados en un arbitraje con la

⁵¹⁶ (*group of companies doctrine*)

⁵¹⁷ Aludiendo al contenido del artículo 6 del CCDF, que establece : "*La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.*"

⁵¹⁸ Las tercerías pueden ser de dos tipos : a) Coadyuvantes, aquellas mediante las cuales el tercero auxilia la pretensión del demandante o la del demandado; b) Excluyentes, que pueden ser de dominio o de preferencia. Son de dominio cuando el tercero alega el dominio de los bienes o de los derechos materia del litigio; son de preferencia, cuando el tercero deduzca un mejor derecho para ser pagado.

formación del mismo, o en su caso la necesidad imperante de su intervención, al grado tal que los árbitros exijan su presencia o intervención de forma obligatoria dentro del procedimiento.

Dentro de estos supuestos de falta de consentimiento para someterse al arbitraje está la circunstancia de la reconvencción. Esta es concebida como una demanda del demandado que origina un litigio distinto al que hace referencia la demanda principal, en la cual no se ha exteriorizado el consentimiento del reconvenido para someterse al procedimiento arbitral que llegare a proponer el demandado en su reconvencción. Esto puede resolverse bastando la aceptación expresa o tácita del reconvenido sobre la referencia al arbitraje hecha en la reconvencción.

Perfeccionamiento del consentimiento

De acuerdo con nuestro marco normativo, el concurso de la voluntad de las partes que da origen al convenio arbitral queda perfeccionado, atendiendo las circunstancias de materialización, de la siguiente forma ⁵¹⁹:

1.- Cuando las partes concurren al mismo acto, en el instante en que se plasman las firmas y/o rúbricas de las partes involucradas.

La situación anterior se da cuando se firma el contrato que contiene o hace referencia al documento que prevé a la cláusula arbitral, y en el caso de la firma del convenio o compromiso arbitral.

2.- Oferta con plazo para someterse al arbitraje :

Artículo 1804 del Código Civil para el Distrito Federal :

"Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo."

⁵¹⁹ Es importante considerar que para la ley civil los contratos y por lo tanto los convenios, se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben de revestir una forma establecida por la ley.

3.- Oferta sin plazo para someterse al arbitraje :

Artículo 1805 del Código Civil para el Distrito Federal :

"Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono."

4.- Oferta hecha entre no presentes para someterse al arbitraje :

Artículo 1806 del Código Civil para el Distrito Federal :

"Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones."

5.- Cuando las partes se intercambian documentos (cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o escritos de demanda y contestación), en :

Art. 80 del Código de Comercio :

"Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fue modificada."

La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado ⁵²⁰."

⁵²⁰ El que el capítulo relativo al arbitraje comercial y las propias Convenciones de Nueva York y de Panamá prevean a cualquier tipo de telecomunicación que deje constancia por escrito como un convenio arbitral en forma, evita que esta parte del precepto en comento se aplique invalidando esta forma de perfeccionar el consentimiento para arbitrar.

Artículo 1807 del Código Civil para el Distrito Federal :

"El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación..."

Artículo 1810 del Código Civil para el Distrito Federal :

"El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición..."

Artículo 1811 del Código Civil para el Distrito Federal :

"La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos."

ii. Objeto

De acuerdo con la clasificación que hace el maestro Gutiérrez y González del objeto de los contratos ⁵²¹, concebimos al objeto directo ⁵²² del convenio arbitral, como aquella obligación que nace entre las partes al designar al arbitraje como el procedimiento al cual someterán las diferencias que surjan o que hallan surgido de la relación jurídica que las vincula. El objeto indirecto lo constituye tanto el hecho de someterse al arbitraje pactado, como la abstención de las partes para recurrir a una institución distinta para resolver sus diferencias. Es decir, el objeto del convenio arbitral es la obligación de someterse a un determinado tipo de jurisdicción, y a la vez, el objeto de esta obligación es la sustanciación del arbitraje para resolver la controversia.

La conducta positiva que implica la obligación del convenio arbitral, esto es la sustanciación del arbitraje, debe de ser posible y lícita. Es posible cuando el arbitraje a desarrollar o que se desarrolle sea compatible con una ley de la naturaleza y con el

⁵²¹ Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Porrúa, S.A., 7a ed. México, 1990. p. 240.

⁵²² También conocido como motivo o fin del contrato o del convenio.

ordenamiento jurídico. Es lícita si no es contraria a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres. Al ser el arbitraje una institución procesal prevista en nuestro sistema jurídico, el objeto del convenio arbitral, es por sí mismo lícito y posible.

Las controversias a arbitrar constituyen la materia de la obligación ⁵²³; de aquí que la arbitrabilidad (licitud) sea un elemento de gran trascendencia para la validez del convenio arbitral, ya que a la falta de esta característica en las diferencias que sometan a este procedimiento, éste sería nulo de pleno derecho ⁵²⁴.

Nuestra legislación ⁵²⁵ señala algunos casos de materias no arbitrables, entre las que se mencionan se encuentran :

- 1.- El derecho de recibir alimentos.
- 2.- Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias.
- 3.- Las acciones de nulidad de matrimonio.
- 4.- Los concernientes al estado civil de las personas ⁵²⁶.
- 5.- El delito, dolo y la culpa futuros.
- 6.- La acción civil que nazca de un delito o culpa futuros.
- 7.- La sucesión futura.
- 8.- La herencia, antes de visto el testamento, si lo hay.

Su inclusión como materia de la obligación para arbitrar, sería contraria a las leyes de orden público, por lo tanto sería calificada de ilicitud, trayendo aparejada su nulidad absoluta y la del propio convenio arbitral.

Una forma de determinar la arbitrabilidad de una materia, puede resumirse en la siguiente fórmula propuesta por el maestro Eduardo Pallares : "No son susceptibles de juicio arbitral, los litigios en que esté prohibido el contrato de transacción". El mismo autor concluye lo siguiente :

⁵²³ (subject matter)

⁵²⁴ Ver artículo 616 del CPCDF.

⁵²⁵ Artículos 615 del CPCDF y el 2950 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁵²⁶ Con excepción de los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de estado de hijo de matrimonio. (Artículo 339 del Código Civil para el Distrito Federal).

- 1.- Por regla general, las relaciones de derecho privado pueden ser objeto de arbitraje. Se requiere prohibición expresa de la ley para que no lo sean.
- 2.- Por lo general, las relaciones de derecho público y aquellas en que la sociedad o el Estado tienen un interés directo ⁵²⁷ no son arbitrables, se requiere autorización expresa para que lo sean.
- 3.- Si la ley prevé la necesaria intervención del Ministerio Público en la tramitación del litigio, éste no es susceptible de arbitraje.

La arbitrabilidad de la materia de la controversia será determinada en primera instancia por el propio tribunal arbitral.

iii. Solemnidad

La norma jurídica puede llegar a prever que el consentimiento para someter una controversia al arbitraje, requiera de la exteriorización de la voluntad de las partes de una manera determinada que la misma identifica como unida a la propia existencia del acto que la genera. Es decir, la forma del acto puede ser establecida *ad substantiam*, la forma de la declaración se integra a la sustancia de la voluntad ⁵²⁸.

En estas circunstancias, la autonomía privada se acota en su extensión de manera drástica, ya que para la norma que tutela, el acto no existe, si no se observa la solemnidad requerida para la exteriorización de la voluntad ⁵²⁹.

j) Elementos de validez

La autonomía de la voluntad de las partes, entendida como la libertad que otorga el ordenamiento jurídico a los particulares para que modifiquen a su parecer su propia

⁵²⁷ Como es el caso de las materias relacionadas con el orden público.

⁵²⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *ob. cit.*, p. 237.

⁵²⁹ La legislación mercantil señala que, independientemente de que el ordenamiento jurídico mexicano no estipule la observancia de ciertas formas o solemnidades para la celebración de determinados actos jurídicos comerciales, éstas deben de exigirse si así lo estatuye la ley del país en donde se generó.

situación jurídica, es uno de los fundamentos de la institución arbitral, por cuanto que la elección de este equivalente jurisdiccional depende (excepto en el arbitraje forzoso) del exclusivo consentimiento de las partes involucradas en una determinada relación jurídica.

Esta autonomía privada no es absoluta; encuentra sus límites en la afectación de la esfera jurídica tanto del Estado (interés social), como de otros particulares (interés de terceros) destinatarios de la misma. Los individuos poseen el derecho subjetivo de someterse al arbitraje o de no hacerlo e intentar otra vía para la solución de sus conflictos, de conformidad con el ejercicio de sus garantías y derechos. Sin embargo, una vez que pactan este sometimiento, su voluntad y por lo tanto su conducta, debe de observar de manera obligatoria toda una serie de elementos sin los cuales el acto que proyectaron carecería de existencia y/o de validez y eficacia para el ordenamiento jurídico.

La meta de todas o de la mayoría de las exteriorizaciones de voluntad es la plena eficacia del acto que generan o que pretenden generar. Para esto, las partes no solamente tiene que observar los requisitos para constituir un esquema de obligaciones que exista y que sea valido, sino también que resulte eficaz atendiendo la naturaleza y circunstancias del objeto de la obligación. De ahí que un convenio arbitral puede existir, ser válido pero carecer de eficacia, por voluntad de las partes.

De estas afirmaciones se derivan tres conceptos :

- *Acto inexistente.* Aquél que no se llega a constituir para el derecho, por estar afectado en sus elementos esenciales.
- *Acto inválido.* Aquél que si se llega a formar, pero para el derecho no surte efecto alguno o lo hace de manera parcial por carecer de algún elemento que el mismo señala como necesario.
- *Acto ineficaz.* Aquél que se forma, pero no surte sus efectos por voluntad de las partes que lo constituyen o por circunstancias ajenas a las mismas..

Como marco legal estándar sobre la validez de todo convenio arbitral, la Convención de Nueva York señala los siguientes criterios :

- *El convenio o el documento arbitral debe de ser por escrito.*

- *El convenio o el documento arbitral debe de referirse a diferencias que surjan entre las partes.*
- *Las diferencias tiene que derivarse de una relación jurídica definida entre las partes., sea esta contractual o extracontractual.*
- *La materia de la disputa debe de ser arbitrable.*
- *Las partes tienen que tener la capacidad para suscribir y obligarse a través del convenio o el documento arbitral.*
- *El convenio arbitral tiene que ser válido de conformidad con la ley aplicable al mismo que las partes designen, y en su defecto, de conformidad con la ley del lugar en que se dicte el laudo.*

i. Capacidad legal de las partes

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal señala en su artículo 1795 a la capacidad legal de las partes como un elemento necesario para la validez de un acto jurídico. Asimismo, afirma, que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.

Todo convenio de arbitraje debe de ser suscrito o consensado entre sujetos con capacidad jurídica (capacidad de ejercicio) para comprometer sus controversias a este tipo de procedimientos.

Los principales cuerpos normativos en la materia, la abarcan de la siguiente manera :

- Convención de Nueva York :

Este instrumento en su artículo V estipula :

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

a. Que las partes en el acuerdo a que se refiere el art. II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable..."

- Convención de Panamá :

Esta convención toma el modelo del clausulado de la de Nueva York, y en su artículo 5 determina :

"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución :

a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable..."

- Código de Comercio :

El artículo 1457 del Código de Comercio establece :

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

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

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad..."

Son capaces de convenir arbitrajes comerciales, tanto las personas físicas como las morales ⁵³⁰ inclusive las de Derecho Público, cuando actúan sin su imperio.

De acuerdo con nuestro derecho interno, la capacidad ⁵³¹ se divide en capacidad de goce ⁵³² y en la capacidad de ejercicio. La primera es susceptible de poseerla desde el

⁵³⁰ De acuerdo con el artículo 27 del CCDF, las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea esto por disposición de la ley o conforme a sus estatutos internos.

⁵³¹ La capacidad es definida por el maestro Galindo Garfías como la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, y la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

⁵³² Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) : *"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código."*

instante misma de la concepción de un ser humano. La de ejercicio se encuentra regulada de distinta forma destacando los siguientes postulados :

1.- Hasta la mayoría de edad (18 años cumplidos) se adquiere la plena capacidad de ejercicio⁵³³.

2.- Existen excepciones a este límite como es el caso de los menores emancipados, quienes adquieren ciertas prerrogativas de la capacidad de ejercicio ⁵³⁴.

De acuerdo con la legislación son incapaces ⁵³⁵, es decir que están momentánea o permanentemente privados de su capacidad de ejercicio :

- Los menores de edad.

- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

- Los mayores de edad privados momentánea o permanentemente de sus derechos por resolución de la autoridad administrativa o judicial.

Sin embargo, los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

La incapacidad de goce se pudiera manifestar a través de determinadas prohibiciones estipuladas por resoluciones judiciales o por la propia norma jurídica.

⁵³³ Artículo 646 CCDF : *"La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos."* Artículo 647 del CCDF : *"El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."* y el artículo 24 del mismo ordenamiento añade : *"...salvo las limitaciones que establece la ley."*

⁵³⁴ La ley civil define a la emancipación como aquel estado que surge del matrimonio del menor de dieciocho años, a través del cual el menor emancipado adquiere la libre administración de sus bienes, pero necesita en todo momento, durante su menor edad, de : I. La autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; II. Un tutor para negocios judiciales.

⁵³⁵ Artículo 450 del CCDF.

No solamente las partes deben de tener capacidad de goce y ejercicio para poder pactar un arbitraje, sino también, deben de estar legitimadas para hacerlo, o bien deben de poder disponer del objeto u objetos de la controversia.

Basta con que una de las partes sea incapaz para invalidar el convenio arbitral por ella pactado.

Dentro de este tema, destaca lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, a saber :

1.- Todo el que esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comprometer en árbitros sus negocios ⁵³⁶.

2.- 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 estableció cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitros, se hará siempre con intervención judicial.

3.- Los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitros, salvo el caso en que se tratara de cumplimentar el compromiso o cláusula compromisoria pactados con el autor. En este caso, si no hubiere árbitro nombrado se hará necesariamente con intervención judicial.

4.- Los síndicos de los concursos sólo pueden comprometer en árbitros con unánime consentimiento de los acreedores.

ii. Consentimiento exento de vicios

El concurso de voluntades para el pleno perfeccionamiento del consentimiento en la suscripción de todo convenio arbitral, tiene que constituirse de manera libre, consciente y de

⁵³⁶ Ver art. 2554 del Código Civil del Distrito Federal. El art. 2587 del citado ordenamiento señala : "El procurador no necesita poder o cláusula especial, sino en los casos siguientes : ...II Para transigir; III Para comprometer en árbitros..."

buena fe. Al carecer de estos elementos, aunque se perfeccione, dicho convenio será nulo⁵³⁷, debido a la o a las voluntades viciadas que lo constituyen.

Propiamente la voluntad viciada, no es la verdadera voluntad del sujeto. Por lo tanto existe una voluntad que se ha formado, aunque desviada frente a otra que no ha podido formarse, en virtud de esas circunstancias que la vician⁵³⁸.

El vicio de la voluntad de una o de ambas partes, debe de entenderse como el defecto en la formación del auténtico fin de su exteriorización, como resultado de una falsa o nula apreciación de la realidad, o bien, por carecerse de la libertad para su plena constitución.

De acuerdo con el maestro Galindo Garfias⁵³⁹, el vicio incide sobre la voluntad interna, desviando la dirección que el sujeto, si no hubiera existido el vicio, habría impreso a su propia voluntad y por lo consiguiente, a la declaración o exteriorización de la misma. El negocio así realizado, ha nacido en forma defectuosa y el Derecho pone al alcance de las partes, el instrumento jurídico necesario para privarlo de efectos; es decir para invalidarlo, por medio de la acción de nulidad.

Para nuestro ordenamiento jurídico⁵⁴⁰ los vicios de la voluntad son :

El error

El dolo

La mala fe

La violencia

La lesión

El error

El error, como vicios de la voluntad, consiste en la falsa apreciación de la realidad. Esta situación puede ser producto de la espontaneidad, es decir, que aparezca afectando la

⁵³⁷ Artículo 1812 del CCDF : "*El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.*"

⁵³⁸ Galindo Garfias, Ignacio, *ob. cit.*, p. 229.

⁵³⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *ob. cit.*, p. 228.

⁵⁴⁰ Artículos 17 y 1812 del CCDF.

voluntad del sujeto sin que haya mediado provocación alguna, o bien, puede derivar de una serie de maquinaciones llevadas a cabo por otro sujeto.

A su vez, el error se divide en :

- **Error vicio.** En este, la voluntad interna es la misma que la declarada, pero ha sido afectada desde su formación.
- **Error obstativo.** El error afecta la declaración de la voluntad; existe diferencia entre la voluntad declarada y la voluntad interna.
- **Error de hecho.** Incide sobre las circunstancias materiales que motivan la formación y/o exteriorización de la voluntad.
- **Error de derecho.** Implica el parcial o total desconocimiento del derecho que norma el negocio jurídico correspondiente.

El artículo 1813 del CCDF determina : "*El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.*"

El error es determinante y por lo tanto invalida el negocio jurídico en los siguientes casos:

- **Error in negotio.** Recae sobre la naturaleza misma del negocio. (Cuando existe imprecisión en la intención de someterse al arbitraje).
- **Error in corpore.** Recae sobre la identidad del objeto. (Designación de materias no arbitrables).
- **Error in persona.** Recae sobre las cualidades personales del sujeto. (Puede incidir sobre las partes del arbitraje o en la designación de los árbitros).

Otro tipo de errores que son rectificables son : el error de cálculo o aritmético y el error sobre las cualidades secundarias del objeto o del sujeto relacionado con el negocio jurídico.

Estos supuestos, en su mayoría convalidables, son sometidos a la interpretación o fallo del propio tribunal arbitral o de la autoridad judicial en su caso.

El dolo

El artículo 1815 del CCDF define al dolo como : *"...cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o a mantener en él a alguno de los contratantes..."*

El dolo para invalidar el convenio arbitral debe de ser determinante, es decir debe de recaer sobre los elementos esenciales de la formación de la voluntad de una o de ambas partes. El dolo que recae sobre elementos accidentales o secundarios sólo da lugar a la rectificación de los mismos.

La parte que alegue el dolo debe de probar la relación entre la maquinación que produce o induce al error y el error mismo.

La mala fe

La mala fe es definida por el propio artículo 1815 del CCDF como : *"...la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido."*

La mala fe puede ser provocada por las partes o por un tercero ⁵⁴¹. De acuerdo con el análisis del maestro Gutiérrez y González, la última parte del artículo 1815 referente a la figura del dolo debe de incluirse como una forma de mala fe ya que se está en presencia de dolo cuando se emplean maquinaciones para inducir al error, y sucede la mala fe cuando se emplean artificios para mantener en error a un sujeto ⁵⁴².

⁵⁴¹ Artículo 1816 CCDF : *"El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico."* Artículo 1817 CCDF : *"Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones."*

⁵⁴² Gutiérrez y González, Ernesto, *ob. cit.*, pp. 311 y 312.

La violencia

El artículo 1819 del CCDF define a la violencia como el empleo de la fuerza física o el de amenazas que importen para el suscriptor del instrumento jurídico, el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

La violencia puede provenir de cualquiera de las partes o de un tercero, interesado o no en el contrato.

La amenaza de daño que deriva de la violencia o intimidación debe de ser ⁵⁴³:

- Seria, es decir, que exista la posibilidad de que se realice.
- Grave, que la ejecución de la amenaza sea más grave que la ejecución del acto o negocio jurídico.
- Injusta, es decir, no debe de entrañar el ejercicio de un derecho legítimo en contra del sujeto.

El artículo 1822 del CCDF determina que no es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia. Excluye al error, a la mala fe y a la lesión por considerar que en estos casos el contratante al aceptar la renuncia de la acción de nulidad, está consciente de la posibilidad de su presencia.

La lesión

La lesión es definida como una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio ⁵⁴⁴. El ordenamiento civil para el D.F. señala que cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtenga un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios ⁵⁴⁵.

⁵⁴³ Galindo Garfias, Ignacio, *ob. cit.*, p. 234.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

⁵⁴⁵ Artículo 17 CCDF. La vigencia del derecho concedido en este precepto es de un año.

iii. Objeto y motivo o fin lícitos

De acuerdo con el análisis sobre el objeto del convenio arbitral como elemento de existencia del mismo, el hecho objeto del convenio arbitral, el motivo y el fin mismo deben de ser lícitos.

Son ilícitos cuando son contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Las leyes de orden público son : a) Todas las que integran el derecho público; b) Las que reglamentan el estado y capacidad de las personas; c) Las que organizan la propiedad inmueble; d) Las que imponen a las partes prohibiciones o medidas dictadas en protección de los terceros y e) Las que tienden a la protección de un contratante frente al otro ⁵⁴⁶.

Por buenas costumbre entendemos a la conformidad que debe de existir entre los actos del ser humano y los principios morales ⁵⁴⁷.

A este respecto, el artículo 77 del CC señala : *"Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio."*

Al permitir el ordenamiento jurídico la existencia de la institución arbitral y la solución de controversias mediante dicha vía, automáticamente el motivo o fin de la obligación objeto del convenio arbitral, se traduce en una licitud jurídica. Lo importante es verificar que la materia de la obligación sea lícita, es decir que la controversia que se somete a este tipo de procedimientos sea arbitrable, calificativo que en última instancia debe de decidir la propia ley, y en ocasiones, la autoridad judicial ⁵⁴⁸.

iv. Formalidad legal

Complementando el análisis relativo a la forma que debe de revestir el convenio arbitral, el CC en su artículo 78, determina que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto

⁵⁴⁶ Galindo Garfias, Ignacio, *ob. cit.*, p. 133.

⁵⁴⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo A - CH)...p. 363.

⁵⁴⁸ Tratándose de los casos interpretados o analizados, con base en el párrafo primero del artículo VII, de la Convención de Nueva York.

comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. Lo mismo preceptúa el CCDF para los negocios jurídicos de naturaleza civil.

El artículo 79 del CC va más allá al exceptuar del principio anterior a los siguientes instrumentos legales :

- a) Los contratos que con arreglo a dicho código u otras leyes deban de reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.
- b) Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

Los contratos que no llenen dichas circunstancias, no producirán obligación ni acción en juicio.

El artículo 1833 del CCDF complementa esta situación al determinar : *"Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal."*

Si llegare a presentarse el caso de una intención de las partes de someter sus diferencias al arbitraje sin que medie convenio arbitral en forma, la interpretación de este precepto puede apoyar el fundamento de la existencia de un determinado arbitraje ⁵⁴⁹.

k) Principales efectos del convenio arbitral

- **Constitución del presupuesto procesal previo relativo a la competencia jurisdiccional de la institución arbitral.** Desde el instante mismo en que se formaliza el convenio arbitral, éste da inicio inmediata o suspensivamente al procedimiento arbitral; las partes quedan comprometidas desde el perfeccionamiento del consentimiento para arbitrar, hasta que se

⁵⁴⁹ Esta flexibilidad se apoya también en que la firma del convenio arbitral que adopte la forma de un documento arbitral no es necesaria para la validez del mismo. En el caso del canje de telegramas u otros medios de comunicación que impidan la reproducción de la firma de las partes, no será necesario que simultáneamente con el documento arbitral se otorgue la misma. Sin embargo, el mutuo intercambio de documentos arbitrales si es necesario.

ejecute el laudo correspondiente ⁵⁵⁰. Salvo los medios de impugnación que las leyes otorgan a las partes en materia de arbitraje, por ningún otro motivo se puede detener o destruir al procedimiento.

- **Constitución de un vínculo obligatorio entre las partes.** De acuerdo con la naturaleza jurídica de este presupuesto procesal, desde el momento en que se perfecciona el consentimiento, surge entre ambas partes un vínculo que genera una serie de obligaciones, las cuales deben de ser observadas por las mismas, en los términos y en las condiciones en que fueron pactadas. La obligatoriedad del convenio deriva de la voluntad de las propias partes, la cual se encuentra sancionada por el ordenamiento jurídico.

- **Constitución de las excepciones dilatorias de incompetencia y de litispendencia** ⁵⁵¹. Al constituirse como presupuesto procesal previo al desarrollo de las actuaciones, automáticamente adquiere la naturaleza de una excepción procesal que ataca la acción de la contraparte en dos formas ⁵⁵²: a) Como excepción de incompetencia, manifestando al órgano jurisdiccional correspondiente que el único facultado para conocer del procedimiento es el tribunal arbitral que designen las partes para el caso concreto; b) Como excepción de litispendencia, manifestando al órgano jurisdiccional ante el cual se intente la acción, que el procedimiento intentado ya se había iniciado con anterioridad mediante la constitución del convenio arbitral y por lo tanto es un litigio pendiente de resolver o que se está resolviendo por el tribunal arbitral competente.

- **Exclusión de la autoridad judicial para sustanciar y decidir la controversia materia del proceso arbitral.** Las partes, mediante el convenio arbitral, acuerdan en excluir a la autoridad judicial para que dirija y decida sobre la controversia, pudiendo consentir su intervención sólo en aquellos casos que lo estimen conveniente o en los que el ordenamiento jurídico lo manda. Sin embargo, cuando cualquiera de las partes someta la controversia ante la autoridad judicial, habiendo un convenio arbitral de por medio, y la contraparte no manifiesta lo anterior oponiendo la excepción procesal correspondiente, se debe de entender

⁵⁵⁰ De acuerdo con la codificación civil para el Distrito Federal, desde que el convenio arbitral se perfecciona, obliga a las partes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

⁵⁵¹ La excepción de incompetencia derivada de la existencia de un convenio arbitral es también conocida como excepción de improcedencia, excepción de la vía arbitral, o excepción de convenio arbitral. La excepción de cosa juzgada es otra excepción derivada de la institución arbitral, que se constituye cuando el tribunal correspondiente ya dictó el laudo definitivo.

⁵⁵² El artículo 620 del CPCDF establece : "*El compromiso produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si durante él se promueve el negocio en un tribunal ordinario.*"

como una renuncia tácita de la jurisdicción del tribunal arbitral. En el caso de que se pacte el proceso arbitral una vez comenzado el litigio ante la autoridad judicial correspondiente, el juez que esté conociendo del asunto deberá dar por terminadas las actuaciones y remitir al arbitraje a las partes ⁵⁵³.

- **Reconocimiento de la autoridad y jurisdicción del tribunal arbitral competente.** Las partes, mediante la formalización del convenio arbitral, otorgan su más amplio reconocimiento sobre el tribunal arbitral que designan o que la ley señala para la sustanciación del arbitraje.

- **Declinación de la competencia por parte de la autoridad judicial.** Tanto la Convención de Nueva York, como el Código de Comercio facultan a cualquiera de las partes a solicitar a la autoridad judicial la declinación de su competencia cuando existe un convenio arbitral sobre determinada controversia y este sea plenamente válido y ejecutable. La incompetencia de los jueces es relativa porque solamente depende de las excepciones que interponga cualquiera de las partes. Tratándose de arbitraje forzoso, basta que el juez se percate de esta situación para que, sin mediar solicitud de parte, mande a arbitrar la controversia.

- **Rechazo de oficio por parte de la autoridad judicial.** En estos casos la propia norma ordena al juez a exigir el desahogo previo de un procedimiento alternativo a la sustanciación del procedimiento por él ejercida. En nuestra legislación observamos el caso del artículo 136 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, que establece que los tribunales no pueden dar entrada a demanda alguna contra una empresa de seguros si el actor en ella no afirma bajo protesta de decir verdad que ante la CNSF se agotó el procedimiento conciliatorio correspondiente. En cualquier momento que aparezca que no se agotó este procedimiento debe de sobreseerse la instancia e imponer al actor las costas originadas por el procedimiento. La incompetencia de los jueces es de carácter absoluta.

D) Ley aplicable al convenio arbitral y a sus elementos constitutivos

La determinación del sistema de leyes (sustantivas, adjetivas y/o conflictuales) aplicables al arbitraje comercial, sea este de carácter nacional o internacional, es uno de los

⁵⁵³ Si las partes acuerdan que el arbitraje sea opcional, deben de incluir una referencia en el respectivo convenio arbitral en donde se mencione que en caso de que algunas de ellas opte por el arbitraje, la otra no podrá neutralizar el procedimiento asistiendo ante la corte a presentar el mismo caso, y viceversa.

rubros más complejos de esta institución procesal. La autonomía privada y la ausencia de un foro determinado del órgano de decisión de todo arbitraje, hacen que la designación de normas por materia sea un esquema principalmente definido por :

- i. Normas Aplicables a la Existencia y a la Validez del Convenio Arbitral*
- ii. Normas Aplicables a la Legitimación y Capacidad de las Partes para someterse a un Arbitraje*
- iii. Normas Aplicables al Fondo de la Materia a Arbitrar*
- iv. Normas Aplicables a la Arbitrabilidad del Litigio*
- v. Normas Aplicables al Desarrollo del Procedimiento Arbitral*
- vi. Normas Aplicables al Conflicto de Leyes*
- vii. Normas Aplicables del Lugar del Arbitraje*

Para el análisis de este apartado, así como de todos aquellos en los que se dé a las partes involucradas directamente en un proceso arbitral la libertad de decidir sobre una materia, es preciso tomar en cuenta la que señala el Artículo 1417, en su fracción primera :

"Cuando una disposición del presente título :

I.- Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una Institución, a que adopte la decisión de que se trate, excepto en los casos previstos en el artículo 1445... ⁵⁵⁴"

De esta forma, las partes pueden derivar sus facultad decisoria a un tercero, como puede ser una institución arbitral o el propio tribunal arbitral.

⁵⁵⁴ Esta facultad la podrán ejercitar las partes con excepción de la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio.

i. Normas aplicables a la existencia y la validez del convenio arbitral ⁵⁵⁵

En este rubro los diversos cuerpos normativos en la materia determinan lo siguiente :

- Convención de Nueva York :

En la interpretación del inciso a), párrafo primero, del artículo V se confirma que la ley que rige la existencia y la validez del convenio arbitral es aquella que las partes designan; a falta de tal elección, la ley del país en que se dicte el laudo, es decir, se rige por la ley que esté en vigor en el país en el que tienen su sede el tribunal arbitral.

El artículo II de esta Convención reconoce como norma principal para regir el convenio arbitral la derivada de la propia autonomía privada, al mandar el reconocimiento por parte del Estado de dicho instrumento como base del proceso arbitral, sin que anteceda para ello el reconocimiento judicial o inclusive el otorgado por el propio tribunal arbitral.

- Convención de Panamá :

Esta Convención parte del mismo principio de preminencia de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a la existencia y a la validez del convenio arbitral, con la supletoriedad, en su caso, de la ley del lugar en que se dicte el laudo correspondiente.

- Código de Comercio :

Este ordenamiento jurídico, considerado como el idóneo para resolver cualquier materia relacionada con el arbitraje comercial interno e internacional, en nuestro país, comparte los criterios de las Convenciones citadas. En caso de que las partes omitan la designación de la ley aplicable, se toma en cuenta la del lugar en donde se dicte el laudo arbitral, es decir, en este caso, la legislación mexicana. Para determinar este sitio, el CC

⁵⁵⁵ (law applicable to the arbitration agreement)

señala que las partes lo harán libremente, y en su defecto, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las circunstancias del caso⁵⁵⁶.

El convenio arbitral puede ser gobernado por una ley nacional distinta a aquella que se aplica al fondo de la controversia. Entre otras opciones de aplicación de la ley al convenio arbitral encontramos :

- *La ley elegida por las partes.*
- *La ley del sitio del arbitraje.*
- *La ley del lugar de la ejecución del laudo.*

ii. Normas aplicables a la legitimación y capacidad de las partes para someterse a un arbitraje ⁵⁵⁷

Siendo el concurso de voluntades el elemento *sine qua non* para constituir el presupuesto procesal del arbitraje denominado convenio arbitral, la capacidad legal de las partes que lo otorgan es esencial para la validez de todo el procedimiento.

Al respecto se determina lo siguiente :

- Convenciones de Nueva York y de Panamá y Código de Comercio :

De acuerdo con estos ordenamientos, la ley que regula la capacidad de las partes para comprometerse en árbitros es la norma que les es aplicable de acuerdo con el criterio conflictual que la determina. Lo que indica que la ley aplicable puede ser la del domicilio, la de la nacionalidad, la ley del sitio del arbitraje, la ley del lugar de la constitución de la empresa, etc...

Para las personas físicas se aplica la ley del lugar en donde se formaliza el convenio arbitral. Esta ley puede variar según su nacionalidad o domicilio.

⁵⁵⁶ Artículo 1436 del CC.

⁵⁵⁷ (law governing the capacity to arbitrate)

En el caso de México, la ley que rige la capacidad de las partes en el caso de personas físicas es la de su domicilio. Por domicilio, se entiende el lugar donde residen habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar a donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren

558.

En ocasiones, sobre todo tratándose de representantes, la ley fija el domicilio, estándose en presencia del domicilio legal, o aquél designado por la norma para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté ahí presente. Cuando una persona tenga diversos domicilios, se entenderá como el propio el lugar en que simplemente resida, si viviere en varios, aquél en el que se encuentre.

Para las personas morales, la ley sobre su capacidad depende del lugar de su constitución o del asiento principal de sus negocios.

En México, las personas morales tienen su domicilio en el lugar en donde se halle establecida su administración; sin embargo, la ley que rige su capacidad es la del lugar de su constitución.

En lo concerniente a la ley aplicable a la legitimación procedimental de las partes, es preciso atender los siguientes conceptos :

- *Legitimación jurídica*. Entendida como aquella situación del sujeto de derecho, en relación con determinado supuesto normativo que lo autoriza a adoptar determinada conducta⁵⁵⁹.

- *Legitimación ad causam*. Es aquella legitimación que poseen los titulares de un derecho de carácter sustantivo. Este concepto se encuentra íntimamente ligado con el de la capacidad de goce.

Como es de observarse la legitimación *ad causam* tiene relación con la aplicabilidad de ley que rija a la capacidad de las partes y con la ley que rija el fondo del asunto o controversia.

⁵⁵⁸ Artículo 29 del CCDF. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en el por más de seis meses.

⁵⁵⁹ Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso"...p. 261. Ver nota no. 4.

- **Legitimación ad processum.** Es la legitimación que poseen aquellos sujetos válidamente facultados o autorizados para actuar por sí o en representación de otros. Concepto ligado con la capacidad de ejercicio ⁵⁶⁰.

Esta legitimación se encuentra vinculada con la ley que incide sobre la propia capacidad de las partes, enfocándose en todo lo relativo a la capacidad de ejercicio de las mismas, y de la misma forma hace referencia a las normas que versan sobre la figura del representante.

Es así, como generalmente la capacidad y legitimación de las partes es determinada de su propia ley interna.

La doctrina entiende a la capacidad para someterse a un arbitraje como el derecho que tiene una persona (física o moral) para comprometer y concluir un procedimiento arbitral, por sí mismo, o, a través de un representante. Sin embargo, en la práctica, se distingue entre la capacidad para celebrar un convenio arbitral y la capacidad para representar o desarrollar el procedimiento y obligarse u obligar al representado.

En materia de representación, el tribunal arbitral tiene que ser muy atento a la ley que regula dicha facultad, incorporando criterios de interpretación en beneficio del procedimiento, en aquellos casos en que se convalidan omisiones o errores en el otorgamiento o en la ejecución de los poderes correspondientes.

iii. Normas aplicables al fondo de la materia a arbitrar ⁵⁶¹

El derecho aplicable a la materia del arbitraje es determinado por las normas de la siguiente manera :

- **Designada por las partes.** (Existe la tendencia de que, aún en el caso de que la ley seleccionada entre en colisión con leyes de carácter obligatorio; con la preminencia de un

⁵⁶⁰ *Ibidem.* Al respecto, el art. 1056 del CC señala : "Todo el que, conforma a la ley esté en el pleno ejercicio de sus derechos puede comparecer en juicio. Aquellos que no se hallen en el caso anterior, comparecerán a juicio por medio de sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho. Los ausentes e ignorados serán representados como se previene en el Código Civil para el Distrito Federal."

⁵⁶¹ (law applicable to the substance of the parties' dispute; choice - of - law; law applicable to the merits of the dispute; choice of substantive law)

aspecto o norma relacionada con el orden público, o exista una notoria falta de relación entre la ley designada y la materia de la controversia, el tribunal arbitral debe aplicarla. Sin embargo, existe una opinión distinta en la doctrina que establece que el tribunal arbitral, en estos casos, debe de suplir la designación equivocada de las partes y aplicar la ley adecuada al caso concreto.)

- *Designada por el tribunal arbitral.* (Determinado por el tribunal arbitral de acuerdo con el lugar o naturaleza del arbitraje, mediante la designación de un sistema normativo de conflictos de leyes, o mediante la encomienda de un arbitraje en amigable composición ⁵⁶².)

- **Código de Comercio :**

En el caso de nuestra codificación arbitral, el Código de Comercio en su artículo 1445, propone una solución práctica al tema en cuestión, mediante la siguiente redacción :

Artículo 1445 : *"El tribunal decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes ⁵⁶³.*

Si las partes no indicaron la ley que debe de regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable⁵⁶⁴.

⁵⁶² El arbitraje en amigable composición es frecuente en controversias suscitadas entre partes cuyos sistemas económicos y políticos sea sustancialmente diferentes.

⁵⁶³ Esta diferenciación es expresa, ya que de acuerdo con la definición, las normas formales o conflictuales remiten a la norma jurídica aplicable que estipula la conducta a seguir para el caso concreto. A estas últimas normas se les denomina normas sustantivas y también normas materiales. En otros términos, la norma conflictual es la norma indicadora de la disposición competente o aplicable ante un conflicto de leyes y la norma material o sustantiva es la que establece la conducta a seguir en la situación concreta. La norma sustantiva aplicable viene a ser la elegida por la norma conflictual entre aquellas normas sustantivas que coincidieron en la pretensión de regir una sola situación concreta...Arellano García, Carlos. *"Derecho Internacional Privado"*. Editorial Porrúa, S.A., 10a ed. México, 1992. pp. 655 - 656.

⁵⁶⁴ Este párrafo representó un adelanto a la Ley Modelo de la UNCITRAL que sirvió como base para la elaboración del Título Cuarto del Libro Quinto del CC, ya que esta ley en su artículo 28 propone que, en caso de que las partes no determinen la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente hacerlo ⁵⁶⁵.

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso."

- Convención de Nueva York :

No determine textualmente esta situación, sin embargo la interpretación señala que la ley aplicable al fondo del litigio, es la determinada por las propias partes, en su defecto la que señale la *lex arbitri* correspondiente.

- Convención de Panamá :

Sin que el texto de la Convención se refiera a la materia, el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, que actúa como órgano supletorio ⁵⁶⁶, describe en su artículo 33 los siguiente :

"1. El tribunal aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

2. El tribunal arbitral decidirá como amigables componedores (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso."

⁵⁶⁵ Esta mención expresa se debe a que posiblemente en este tipo de arbitrajes lo que para el tribunal arbitral es una determinación justa, no lo sea para las partes; por lo tanto éstas deben de estar plenamente conscientes de lo que representa convenir un arbitraje en amigable composición.

⁵⁶⁶ Ver artículo tercero de la Convención de Panamá.

Este reglamento introduce el sistema conflictual para la selección de la ley sustantiva aplicable al litigio, en caso de que las partes omitan tal designación.

Es importante tomar en cuenta que un arbitraje comercial puede llegar a comprender diferentes tipos de leyes sustantivas como :

- 1.- *Derecho privado interno.*
- 2.- *Derecho público interno* ⁵⁶⁷.
- 3.- *Principios generales del derecho* ⁵⁶⁸.
- 4.- *Lex mercatoria* ⁵⁶⁹.
- 5.- *Derecho internacional* ⁵⁷⁰.
- 6.- *Estándares de actividades comerciales* ⁵⁷¹.

En la aplicación e interpretación de todas estas leyes, el tribunal arbitral debe de permitir la interrelación entre las mismas, siempre y cuando esto coadyuve a la mejor solución de la controversia planteada. En materia de arbitrajes comerciales internacionales, un gran número de procedimientos son sustanciados de conformidad con los principios generales del derecho, con estándares de actividades comerciales, o la *lex mercatoria*, en lugar de circunscribirse o acotarse a un determinado sistema conflictual. En estos arbitrajes, el tribunal arbitral debe de buscar que la normatividad a aplicar se identifique plenamente con la intención de las partes vertida en el clausulado del contrato.

Las partes pueden determinar que para regir el fondo del asunto sometido al arbitraje se utilizarán normas de carácter anacional, es decir que no derivan de un determinado

⁵⁶⁷ Dentro del marco del derecho público interno, existe un creciente debate en la aplicación extraterritorial del mismo, especialmente en la materia de competencia económica. La tendencia es la aplicación de la norma pública sólo en circunstancias excepcionales en el desarrollo de arbitrajes comerciales.

⁵⁶⁸ Estos son comúnmente aplicados en contratos en donde una de las partes es un Estado soberano y la otra un inversionista privado. También son utilizados cuando el tribunal arbitral estima insuficiente la sola aplicación de la ley que se designó para regular el fondo del litigio.

⁵⁶⁹ Dentro de los precedentes normativos más importantes de la *lex mercatoria* se encuentran las decisiones emitidas por los paneles del Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos de América y por la Comisión de Compensación de las Naciones Unidas sobre las reclamaciones a Irak después de la Guerra del Golfo.

⁵⁷⁰ Esta opción normativa es seleccionada cuando las partes desean que la solución de la controversia sea fundamentada en principios legales internacionalmente aceptados.

⁵⁷¹ Como ejemplo específico se encuentran las Reglas Internacionales para la Interpretación de Términos Comerciales, de la Cámara de Comercio Internacional (INCOTERMS). Comúnmente son contemplados como parte de la *lex mercatoria*.

ordenamiento jurídico. Tal es el caso del derecho internacional, la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho, normas modelo de instituciones internacionales, etc...

Estas reglas pueden ser seleccionadas por las partes como la norma aplicable al fondo del litigio, como complemento de leyes sustantivas, o como supletorias de éstas. En el segundo caso se estaría en lo que se denomina un sistema concurrente de normas ⁵⁷², a través del cual se garantiza la aplicación de la norma nacional, bajo estándares internacionales; en caso de una combinación de derecho interno con principios generales del derecho, *lex mercatoria*, o la aplicación del derecho internacional.

Aún en el caso de que la ley sustantiva escogida expresamente por las partes beneficie notoriamente a una de ellas, el tribunal arbitral debe de aplicarla tal y como se señala en el propio convenio arbitral. De la misma forma deberá resolver aún si la ley elegida por las partes para resolver la controversia entra en colisión con normas de carácter imperativo relacionadas con el arbitraje. Las partes que escogieron esa ley deberán de asumir las posibles consecuencias de nulidad que incidan sobre el convenio o laudo correspondiente.

Cuando entren en conflicto dos o más leyes sustantivas, el tribunal arbitral deberá de aplicar aquellas que favorezca la existencia del arbitraje.

Las partes como medida de seguridad sobre la ley sustantiva seleccionada, pueden pactar que la ley aplicable al arbitraje será aquella tal y como se encuentre en el momento de hacer la designación ⁵⁷³. Esto ocasiona polémica en determinar si en un contrato comercial se pueden pactar renunciaciones sobre modificaciones de situaciones obligacionales derivadas de modificaciones legislativas. Una forma de darle base a este tipo de cláusulas es la de definir en el propio contrato que la parte afectada por un cambio en la legislación que afecte la operación comercial recibirá una determinada compensación, o que los beneficios de dicho instrumento deberán de prevalecer aún en el caso de que sobrevengan cambios normativos ⁵⁷⁴.

⁵⁷² (concurrent laws)

⁵⁷³ (clauses freezing the law)

⁵⁷⁴ (stabilization clauses)

Métodos para determinar la ley sustantiva aplicable al convenio arbitral

Selección de las partes

La ley sustantiva que regirá el fondo del litigio puede ser expresamente seleccionada por las partes o por el propio tribunal arbitral. Cuando son las primeras quienes lo hacen la determinan de las siguientes formas :

- *Opción expresa.* Mediante esta forma, las partes designan textualmente a la ley sustantiva aplicable, a través del propio contrato, o en el convenio arbitral respectivo. Esta determinación de las partes tiene que ser respetada por el tribunal arbitral.

- *Opción tácita.* Existen ocasiones en que las partes omiten la designación expresa de la ley sustantiva aplicable, pero el contexto del contrato y del propio convenio arbitral dejan al tribunal arbitral elementos suficientes para poder inferir sobre la norma que se buscó aplicar.

- *Opción tácita negativa.* Esta hace referencia a aquellos casos en los que las partes deliberada o involuntariamente omiten hacer referencia alguna directa o indirectamente sobre la intención de aplicar determinada ley al fondo del litigio. Comúnmente, el tribunal arbitral aplicaría la norma de conflicto de leyes que estime más apropiada, el derecho internacional, leyes neutrales, reglas anacionales, o la *lex mercatoria*.

- *Doctrina del tronco común* ⁵⁷⁵. Esta doctrina o principio busca que entre dos o más leyes sustantivas aplicables sean consideradas por el tribunal arbitral aquellas partes de las mismas que pudieran coincidir, atendiendo la misma naturaleza de la relación jurídica, y aplicar una tercera opción de ley, normas, principios o la propia *lex mercatoria*, en aquellas partes en que no hubiera forma de conciliar intereses entre los distintos ordenamientos jurídicos aplicables.

De acuerdo a Rubino-Sammartano para seleccionar la ley, norma o principios que rijan aquellos rubros del litigio no comprendidos por alguna de las leyes sustantivas de cada parte, el tribunal arbitral deberá basarse en los principios generales de derecho de los ordenamientos jurídicos de las partes y de los usos comerciales que hubieren tenido en anteriores intercambios, o en su defecto, de los usos comerciales propios de la materia,

⁵⁷⁵ Denominación de Mauro Rubino-Sammartano.

derivados de dichos sistemas jurídicos. Si lo anterior no fuera posible, el tribunal arbitral debe de buscar la aplicación a cada obligación contractual, de la ley nacional de la parte que se encuentre bajo dicho supuesto obligacional.

Selección del tribunal arbitral

Cuando las partes omiten la designación de las normas o leyes aplicables, el tribunal arbitral puede seguir cualquiera de los métodos que a continuación se determinan :

- ***La intención de las partes.*** En este caso, el tribunal arbitral tiene que inferir, atendiendo ciertos elementos del contrato principal y/o del convenio arbitral, sobre las expectativas de las partes con relación a este procedimiento y las posibles opciones de ley a aplicar que implícitamente subyacen en dichos instrumentos y conforman la voluntad de las mismas.

- ***La selección directa del tribunal arbitral.*** En este caso, el tribunal arbitral elige el derecho sustantivo que de acuerdo a su criterio es el aplicable al caso concreto. Esta facultad deriva de la jurisdicción que posee como órgano decisorio de la controversia ⁵⁷⁶.

- ***Interpretación del clausulado del contrato, instrumento jurídico, o del documento en donde se asiente información relevante de la controversia.*** El tribunal arbitral puede determinar el derecho mediante la sola interpretación que haga del documento a través del cual las partes pactaron los derechos y obligaciones de cada una con respecto a la operación de la cual se deriva la controversia.

- ***Aplicación de las normas sobre el conflicto de leyes.*** Existen diversos criterios de aplicación de normas sobre el conflicto de leyes, a saber :

1.- En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva aplicable al arbitraje, éste debe de decidirse de acuerdo con las reglas de derecho con las que el caso tenga la relación más estrecha ⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Los tribunales arbitrales comúnmente aplican la ley sustantiva del lugar del arbitraje.

⁵⁷⁷ Entre los factores que pueden determinar esta relación más estrecha se encuentran : a) El asiento de los negocios o la residencia habitual de la parte que tiene que desempeñar la actividad característica de la relación; b) El lugar en donde se llevará a cabo el desarrollo de los elementos característicos del contrato, o c) El lugar en donde se perfecciona el contrato.

2.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva aplicable al arbitraje, ésta se decidirá de conformidad con la norma de conflicto de leyes del lugar del arbitraje*⁵⁷⁸.

3.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva, ésta se decidirá de conformidad con la aplicación comparativa y acumulativa de los sistemas de conflictos de leyes de los ordenamientos jurídicos mayormente vinculados con la controversia*⁵⁷⁹.

4.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva, ésta se decidirá aplicando las reglas sobre conflicto de leyes que aplicaría el tribunal ordinario competente.*

5.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva, ésta se decidirá aplicando las reglas sobre conflicto de leyes del lugar de la ejecución del laudo arbitral.*

6.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva, ésta se decidirá aplicando las reglas y principios sobre conflicto de leyes del derecho nacional y/o internacional*⁵⁸⁰.

7.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva, será elegida la que el propio tribunal arbitral estime apropiada.*

8.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva, ésta se decidirá aplicando las reglas y principios generales del derecho nacional y/o internacional.*

9.- *En ausencia de la elección de las partes de la norma sustantiva, ésta se decidirá aplicando las reglas sobre conflicto de leyes que el tribunal arbitral estime conveniente*⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Este criterio supone la aplicación de la ley sustantiva del lugar del arbitraje para resolver el fondo del asunto. Si las partes no son las que definen el lugar del arbitraje, el tribunal arbitral deberá tomar esta opción de selección de ley aplicable como una de las últimas.

⁵⁷⁹ A través de este sistema el tribunal arbitral revisa los distintos cuerpos normativos que le define el sistema conflictual correspondiente, para de esta forma analizar su aplicación al fondo del asunto. Existen dos tendencias en este sistema : a) La seguida por los árbitros contractualistas, que usualmente aplican las leyes sustantivas relacionadas con las partes o con la propia transacción, y b) La seguida por los árbitros jurisdiccionalistas, que estiman como más idóneamente aplicable al sistema conflictual del lugar del arbitraje.

⁵⁸⁰ Mediante este sistema, el tribunal arbitral comparativamente escoge el criterio general para determinar la ley aplicable. Destacan en este rubro los criterios sobre el lugar de la celebración o de ejecución del contrato que deriva de la relación jurídica entre las partes.

⁵⁸¹ Se considera una variante del sistema conflictual basado en principios generales.

La falta de foro del tribunal arbitral provoca que éste goce de una cierta amplitud de decisión para elegir normas de diferentes sistemas jurídicos. Comúnmente en estas situaciones, el tribunal arbitral lleva a cabo una aplicación acumulativa de los sistemas estatales de conflictos de leyes relacionados con la controversia. En esta práctica deben de cuidar que el sistema de normas designadas no deseche la arbitrabilidad de la controversia o controversias y que no considere al laudo arbitral como contrario al orden público del país en donde se solicita su sanción legal.

Para complementar y adecuar a la normas designadas para aplicarlas al caso concreto, el tribunal arbitral se puede apoyar en la propia *lex mercatoria*. Lo anterior encuentra su fundamento en el texto de los artículos citados tanto del CC, como de la Convención de Panamá, mismos que establecen : "...En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato o convenio y tendrá en cuenta los usos ⁵⁸² mercantiles aplicables al caso."

Es concluyente que la designación que las partes hagan de la ley aplicable al fondo del litigio es fundamental. En defecto de esta designación, es recomendable que el propio tribunal arbitral emita a la brevedad posible su decisión acerca del cuerpo normativo sustantivo a aplicar, con el propósito de que las partes tengan la oportunidad de prepara su caso.

iv. Normas aplicables a la arbitrabilidad del litigio

La ley que rige, puede ser, la del fondo del litigio, la adjetiva, la del lugar donde se formalice el convenio arbitral, en donde se sustancie el arbitraje, o aquél en donde se pida su reconocimiento y ejecución.

Generalmente se considera, para arbitrajes comerciales domésticos, la ley del lugar donde se dicte el laudo; para arbitrajes comerciales internacionales, la ley del lugar en donde se solicita su reconocimiento y ejecución, esto, para evitar la nulidad o el desconocimiento del mismo, dependiendo el caso. Las Convenciones de Nueva York y de Panamá hacen

⁵⁸² Se designan principalmente a los usos y no a la costumbre en materia mercantil, debido a la alta especialidad de los mismos, así como a su adaptabilidad a los avances tecnológicos o a aquellos cambios motivados por cualquier otra circunstancia. Sin embargo, la costumbre al ser parte integrante de la *Lex Mercatoria*, también encuentra su aplicabilidad al caso concreto.

referencia a este último criterio por tratarse esencialmente de instrumentos internacionales pactados para asegurar la ejecución de laudos arbitrales en distintos países.

- Convenciones de Nueva York y de Panamá

Aunque la redacción difiere entre ambos cuerpos normativos, en esencia determinan lo siguiente :

"Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, a instancia de la parte contra el cual es invocado, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución :

...2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba :

a. Que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía de arbitraje..."

Sin embargo, el propio artículo VII, primer párrafo, de la Convención de Nueva York, otorga cierta discreción a la autoridad competente del lugar de ejecución para aplicar el criterio de arbitrabilidad que más se adecúe al caso concreto.

En el caso del Código de Comercio, éste comprende a ambos ya que la calificación de arbitrabilidad de la materia del laudo la ubica en dos clases : a) La arbitrabilidad de la materia de laudos arbitrales dictados dentro del país, y b) La arbitrabilidad de la materia de los laudos arbitrales dictados en otros países cuyo reconocimiento y ejecución se pretende hacer en territorio nacional. Dentro del articulado del CC, se encuentra fundamentado este criterio ⁵⁸³.

⁵⁸³ Este criterio viene a ser fortalecido por lo estipulado en la fracción VII y en el último párrafo del artículo 1347. A del CC, mismos que señalan : *"Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones ...VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México...No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el juez podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o resoluciones jurisdiccionales en casos análogos."*

En el ámbito del arbitraje comercial internacional, la tendencia en este rubro es la de tomar como referencias para calificar la arbitrabilidad del litigio, la ley del lugar de celebración del convenio arbitral, la ley del lugar en donde se desarrolle el arbitraje, o la naturaleza de la relación jurídica que dio origen a la controversia. Esto se fundamenta en que, para lograr la plena efectividad de este tipo de procesos heterocompositivos, es necesario homogeneizar las actitudes de los tribunales judiciales con respecto a la ejecución de laudos arbitrales que tienen su origen en leyes o normas distintas a las nacionales. Lo anterior ha ido permitiéndose, en aquellos casos en los que el orden público no es afectado gravemente por la ejecución de determinados laudos derivados de materias primordialmente mercantiles ⁵⁸⁴.

v. Normas aplicables al desarrollo del procedimiento arbitral ⁵⁸⁵

Estas puede hacer referencia a siete tipos de normas que rigen el procedimiento arbitral:

- *Las elaboradas por las partes (arbitrajes ad - hoc).*
- *Las determinadas por el ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje, o del lugar del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.*
- *Las determinadas por el propio tribunal arbitral (amigable composición o facultades de interpretación y/o de adaptación).*
- *Las institucionales.*

⁵⁸⁴ Aludiendo a los ejemplos que propone el maestro Silva en su obra citada, con el propósito de explicar esta situación, en México internamente no se permite el arbitraje de litigios que se deriven de monopolios concedidos a las empresas del Estado, sin embargo en el ámbito del comercio internacional, con base en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, las controversias derivadas de conductas incompatibles del monopolio que afecten al inversionista extranjero, sí pueden ser susceptibles de arbitraje. Por otra parte, el caso *Mitsubishi Motors Corp. vs Soler Chrysler - Plymouth, Inc.*, llevado ante los tribunales norteamericanos, confirmaron el criterio de que aunque en ese entonces, de acuerdo a las leyes internas no eran arbitrables las controversias derivadas de asuntos de competencia y antimonopolios, sí lo eran las controversias internacionales de esa materia. Esto favoreció la política de promoción del arbitraje comercial internacional en los Estados Unidos.

⁵⁸⁵ (law applicable to the arbitral proceedings; rules governing the proceedings). Existen algunos partidarios de comprender a estas normas, así como a las aplicables al convenio arbitral y a la arbitrabilidad del litigio dentro de la denominada *lex arbitri*.

- *Las reglas modelo.*

- *Las normas irrenunciables derivadas de un determinado ordenamiento jurídico.*

- *Las normas de orden público (obligatorias)* ⁵⁸⁶.

- Convención de Nueva York :

De acuerdo con la convención de Nueva York, si las partes no designan alguna de los anteriores cuerpos normativos para la sustanciación del procedimiento, se debe de aplicar la ley del país donde se efectúe el arbitraje.

- Convención de Panamá :

Esta convención resuelve de forma distinta al determinar en su artículo 3 lo siguiente:

"A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial."

Sin embargo este instrumento internacional cae en contradicción al resolver de otra forma la supletoriedad de la designación de la normatividad aplicable al procedimiento al señalar en el inciso d., primer párrafo de su artículo 5, lo siguiente :

"1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución :

...d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje..."

⁵⁸⁶ Se ha llegado a pensar que este tipo de normas siempre son un obstáculo para el arbitraje, sin embargo en la mayoría de ordenamientos jurídicos lo que establecen estas normas son la obligación de observar las garantías mínimas del debido proceso; normas que por naturaleza están inmersas en la gran mayoría de sistemas jurídicos.

En lugar de citar en segundo término a las Reglas de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el precepto en comento designa a la ley del Estado donde se desarrolla el arbitraje.

A nuestro criterio debe de prevalecer la supletoriedad del Reglamento citado.

- Código de Comercio :

Nuestro Código de Comercio determina la aplicabilidad de la ley procesal arbitral :

Artículo 1434 : *"Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos."* ⁵⁸⁷

Artículo 1435 : *"Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones."*

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas."

Estas normas son esenciales para la aplicación de todas las demás, inclusive para la correcta presentación de hecho y de derecho de las pretensiones de las partes involucradas en el arbitraje. Resulta altamente recomendable que en la elección de la ley adjetiva que rija el procedimiento arbitral, se otorguen además amplias facultades al tribunal arbitral para que sea él mismo quien haga la aplicación más correcta de la norma al caso concreto.

Por lo general, las partes o el propio tribunal arbitral escogen la ley del lugar o relacionada con el mismo, en donde se desarrolla el arbitraje ⁵⁸⁸. Cualquiera que sea la ley

⁵⁸⁷ Este precepto tiene su fundamento en que las partes deben de observar y de respetar las garantías individuales de igualdad y de seguridad jurídica en todo procedimiento arbitral. (procedural due process - parties are treated with equality and each is given a full opportunity of presenting his case).

⁵⁸⁸ También conocida como *lex fori*.

que gobierne el procedimiento, la clave de un arbitraje exitoso está en la forma en como desarrollan el mismo los árbitros. En diversas ocasiones, son árbitros cuya práctica profesional ha sido mayormente desarrollada en foros de derecho anglosajón quienes exitosamente desarrollan el procedimiento arbitral con apego a un conjunto de normas del derecho civil o romanista, y viceversa.

Para asegurar un adecuado arbitraje es preciso que las normas adjetivas que lo rijan prevean adecuadamente poderes amplios para el tribunal arbitral, poderes ejercitados por las autoridades judiciales en apoyo de al sustanciación respectiva, y la coordinación entre ambos tipos de jueces.

Resulta recomendable que el tribunal arbitral, una vez determinada la propia ley adjetiva que regirá el arbitraje, haga un listado de todas sus obligaciones⁵⁸⁹ con la finalidad de evitar incurrir en responsabilidad y provocar la invalidez del laudo. Para ello el tribunal arbitral tomará en cuenta :

- *Obligaciones impuestas por las partes.*
- *Obligaciones impuestas por la ley que rige el procedimiento.*
- *Obligaciones impuestas por la ley nacional y/o por los tratados internacionales (formalidades esenciales del procedimiento, respeto al orden público, etc...)*

La libertad de las partes para elegir la norma adjetiva se encuentra acotada por :

- *Trato igualitario para ambas partes.*
- *Disposiciones irrenunciables por la ley del foro y/o del lugar de reconocimiento y de ejecución.*
- *Derecho de terceros.*

Entre las consideraciones a tomar en cuenta para contar con un marco normativo favorable al arbitraje⁵⁹⁰, se encuentran las siguientes :

- *Intervención judicial mínima en el procedimiento arbitral.*

⁵⁸⁹ Este listado debe de comprender las obligaciones derivadas tanto de la constitución del tribunal arbitral, así como de sus actuaciones...

⁵⁹⁰ (right legal environment).

- *Capacidad del tribunal arbitral para adaptar procedimientos flexibles, sin correr el riesgo de afectar las actuaciones y el laudo correspondiente de nulidad.*
- *Apoyo de la autoridad judicial para el desarrollo del arbitraje.*
- *Libertad de las partes para determinar la normatividad aplicable a el arbitraje.*
- *Posibilidad de que el tribunal arbitral pueda tener amplias facultades para adaptar e interpretar las relaciones jurídicas y sus instrumentos, materia del arbitraje.*
- *Libertad para determinar a los consejeros jurídicos de las partes, así como a los miembros del tribunal arbitral.*

vi. Normas aplicables al conflicto de leyes ⁵⁹¹

El conflicto de leyes surge cuando existen puntos de conexión ⁵⁹² que ligan una situación jurídica concreta con las normas jurídicas de dos o más Estados. Mediante el sistema de conflicto de leyes, se determina la disposición aplicable a la situación concreta, de entre dos o más normas jurídicas de diferentes Estados que se estima, pueden regularla ⁵⁹³.

De acuerdo con el maestro Arellano García, los elementos principales del conflicto de leyes son :

- 1.- Una situación concreta que deba de regularse jurídicamente.
- 2.- Circunstancias de hecho o de derecho de las que puede derivarse la realización de los supuestos previstos en dos o más normas de diversos Estados.
- 3.- Dos o más normas jurídicas de diversos Estados que podrían regular jurídicamente la situación concreta.

La norma conflictual es aquella que indica la disposición aplicable ante un conflicto de leyes y la norma sustantiva, la que establece la conducta a seguir en la situación concreta⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ (applicable conflict of law rules).

⁵⁹² Son puntos de conexión : la nacionalidad, el domicilio, el lugar de celebración del acto jurídico, el lugar de ejecución del contrato, la ubicación de los bienes, etc...

⁵⁹³ Arellano García, Carlos. "*Derecho Internacional Privado*"...ob. cit., p. 643.

⁵⁹⁴ Arellano García, Carlos. "*Derecho Internacional Privado*"...ob. cit., p. 656.

A través del sistema conflictual de normas, el poder público permite la aplicación de la norma jurídica extranjera en el ámbito de su jurisdicción; es decir, existe una aplicación extraterritorial de dicha norma.

La extraterritorialidad de la norma jurídica puede ser activa o pasiva. Es activa cuando la norma nacional es la que incide en el ámbito territorial de un ordenamiento jurídico extranjero; es pasiva cuando sucede en sentido contrario.

Las partes al poder decidir en primera instancia sobre la norma aplicable al arbitraje, puede decidir la norma de conflicto de leyes aplicable al caso concreto. En su defecto lo podrá hacer el tribunal arbitral.

Regularmente, se aplican las normas sobre conflicto de leyes del lugar en donde tiene mayor relevancia el desempeño de la relación contractual o extracontractual, pero, al carecer el tribunal arbitral de un foro definido, se ha girado a la tendencia de aplicar un sistema integral sobre normas de conflicto de leyes que se adecúen al caso concreto.

Esta designación adopta el método de aplicación acumulativa ⁵⁹⁵ por parte del árbitro de los sistemas de conflicto de leyes interesados en la controversia, entre los que destacan los de las partes y el del lugar del arbitraje.

Dentro de este tema, es preciso distinguir entre las norma de derecho uniforme y las normas conflictuales. Las primeras se derivan de instrumentos jurídicos que tienen un nivel jerárquico superior al de las diversas normas que pretenden regular una misma situación concreta, y ellas mismas señalan la conducta a seguir para la solución del caso correspondiente. Las normas conflictuales solamente designan de entre varias, a la norma que deberá de aplicarse para regir la situación correspondiente.

De lo anterior se concluye que, las normas que resuelven los conflictos de aplicación de la ley pueden ser de contenido material, formal o de tipo conflictual o indicativo .

⁵⁹⁵ Este método tiene como finalidad establecer que el derecho que el tribunal arbitral juzga idóneo es reconocido como competente por una comunidad de sistemas jurídicos a la que pertenecen ambas partes.

El conflicto de leyes acontece entre sistemas normativos de países distintos, o entre sistemas normativos de distintas entidades con facultades legislativas autónomas en el interior de un mismo país.

En lo concerniente a la designación del lugar del arbitraje el artículo 1436 del Código de Comercio determina la siguiente : *"Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, oír a las partes, a los testigos, o a los peritos, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos."

- Código Civil para el Distrito Federal :

Nuestra codificación civil distrital determina un mecanismo conflictual que versa de la siguiente manera :

Artículo 12 : *"Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte."*

Artículo 13 : *"La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas :*

I.- Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la república o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II.- El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III.- *La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;*

IV.- *La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y*

V.- *Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho."*

Artículo 14 : *"En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente :*

I. *Se aplicará como la haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;*

II. *Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado;*

III. *No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;*

IV. *Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y*

V. *Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.*

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación."

Comúnmente la elección de la ley sustantiva sobre la cual se basa el procedimiento arbitral y en consecuencia la solución de las controversias, se deriva de la norma de conflicto de leyes escogida por el tribunal arbitral. En la actualidad la *lex mercatoria* ha adquirido una gran relevancia como norma aplicada para la resolución del conflicto, inclusive por arriba de la propia ley sustantiva escogida por las partes o por el propio tribunal arbitral.

La doctrina relacionada con la elección de las normas sobre conflicto de leyes ha determinado que a diferencia de los jueces estatales, los árbitros no se encuentran obligados a seguir las normas sobre conflicto de leyes del país en que se encuentre el foro del arbitraje. En la práctica, sobre todo en arbitrajes comerciales internacionales, el tribunal arbitral ha abandonado la aplicación estricta de la norma conflictual del lugar de sustanciación del procedimiento, para adoptar las leyes o normas que considera más apropiadas y efectivas al caso concreto.

El tribunal arbitral no está obligado a seguir un determinado sistema de conflicto de leyes; tiene la facultad de elegir aquellas normas sobre el conflicto de leyes que considere que las partes hubieran pactado en caso de haberlas designado.

A manera indicativa, el maestro Arrellano García señala que el sistema de solución de los conflictos de leyes debe de abordarse de la siguiente manera ⁵⁹⁶ :

- 1.- El tribunal arbitral debe de acudir a las fuentes formales del derecho para verificar si existe una norma jurídica conflictual internacional o interna que determine la norma aplicable.
- 2.- Si no existe tal norma conflictual, o no es literalmente aplicable al caso concreto, el tribunal arbitral debe de crearla, usualmente mediante integración.
- 3.- Al aplicar la norma conflictual, el tribunal arbitral debe de valorizarla en toda su extensión para adecuarla al caso concreto.

⁵⁹⁶ Arellano García, Carlos. "El Conflicto de Leyes en el Arbitraje Privado". Revista *Panorama Jurídico*, año 1, no. 4. México, 1998. p. 7.

4.- La norma jurídica que determine la propia norma conflictual debe de ser la que mejor se adecúe al caso concreto.

Principales aspectos del arbitraje comercial sobre los que puede generarse un conflicto de leyes ⁵⁹⁷ :

- 1.- Exigencias de forma para la consignación del convenio arbitral.
- 2.- Alcance de la autonomía de la voluntad de las partes interesadas en cuanto a las estipulaciones establecidas en el convenio arbitral.
- 3.- Limitaciones a la autonomía de la voluntad.
- 4.- Validez del convenio arbitral.
- 5.- Actos a realizarse para la organización del procedimiento arbitral.
- 6.- Designación del tribunal arbitral.
- 7.- Reemplazo de los árbitros.
- 8.- Recusación y excusa de los árbitros.
- 9.- Determinación del lugar de realización del arbitraje.
- 10.- Notificaciones a las partes.
- 11.- Representación de las partes.
- 12.- Sobreseimiento del procedimiento.
- 13.- Fijación de la litis a través de los escritos de demanda y de contestación.
- 14.- Ofrecimiento, admisión, recepción, y valoración de las pruebas.
- 15.- Formulación de alegatos por las partes.
- 16.- Dictado del laudo.
- 17.- Declaración de ejecutorización del laudo arbitral.
- 18.- Anulación del laudo.
- 19.- Otorgamiento o negativa del exequatur respecto de la ejecución o reconocimiento de un laudo arbitral.
- 20.- Cumplimiento del laudo arbitral.
- 21.- Gastos de arbitraje y honorarios de los árbitros.
- 22.- Determinación de la competencia del tribunal a quien corresponde coadyuvar en la ejecución o reconocimiento del laudo arbitral.

⁵⁹⁷ Arellano García, Carlos. "El Conflicto de Leyes en el Arbitraje Privado"...ob. cit., p. 9.

vii. Normas aplicables del lugar del arbitraje ⁵⁹⁸

Este rubro adquiere una gran importancia en lo referente al marco general dentro del cual se desarrollan los procedimientos arbitrales. Independientemente de la libertad que gozan las partes, la institución administradora del arbitraje y/o el tribunal arbitral, para determinar la normatividad aplicable, irrenunciable y obligatoriamente tienen que observar y respetar lo determinado por las leyes declarativas, prohibitivas, y las relacionadas con el orden público.

El conjunto de disposiciones normativas derivadas del orden jurídico de un determinado país, dentro del cual se instala el tribunal arbitral y/o se desarrollan la mayor parte de las actuaciones o etapas de un arbitraje comercial, relacionadas con dicho procedimiento y con su objeto, constituyen lo que se denomina *ley del lugar del arbitraje*.

Esta ley se escoge de manera indirecta cuando las partes, las instituciones arbitrales, o el tribunal arbitral selecciona el lugar del arbitraje.

Los asuntos relacionados con el arbitraje comercial tradicionalmente afectados por la ley nacional, cuando se interrelaciona con otro cuerpo normativo son ⁵⁹⁹ :

- 1.- *Validez del acuerdo de arbitraje.*
- 2.- *Arbitrabilidad del litigio.*
- 3.- *Medidas en apoyo del procedimiento arbitral.*
- 4.- *Validez, forma y contenido del laudo arbitral.*

Las disposiciones del lugar en donde se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo, relacionadas con la institución arbitral, forman parte de la *lex arbitri*. Tal vez el rubro más importante de la *lex arbitri* es el concerniente a los recursos de impugnación contra el laudo arbitral.

Al carecer el árbitro de imperio, el arbitraje se vuelve dependiente de la *lex arbitri* para lograr su total eficacia como institución adjetiva. Dicho en palabras de F.A. Mann :

⁵⁹⁸ *Lex arbitri o lex loci arbitri; lex fori (law of the arbitration; law of the place of arbitration)*

⁵⁹⁹ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 447.

"Todo derecho , facultad o poder que goza un particular, tiene su origen en el propio ordenamiento jurídico" ⁶⁰⁰.

Existe una tendencia consistente en despojar, en la medida de que se pueda, a la normatividad aplicable al arbitraje, determinada por las partes o por el tribunal arbitral, de la *lex arbitri*. Esta idea deviene de los esfuerzos para uniformar el sistema de normas nacional e internacional sobre arbitraje comercial. En este tema se comprenden dos variantes ⁶⁰¹ :

a) En caso de que se desprenda la normatividad aplicable al arbitraje de la lex arbitri, se puede promover ante los tribunales judiciales la nulidad del laudo ? En caso afirmativo, bajo qué fundamentos de ley procedería?

b) Puede la invalidez de un laudo arbitral, dictada en el sitio del arbitraje, impedir su reconocimiento y ejecución en el lugar en donde se solicitan los mismos, o será obligatorio el laudo arbitral que no esté ligado a una determinada ley nacional, en virtud del desprendimiento de la normatividad aplicable al arbitraje de la propia lex arbitri?

En el primer caso, es de principio legal que en la mayoría de los sistemas de leyes arbitrales, el Estado busque la integridad del procedimiento, disponiendo de la observancia de normas mínimas que garanticen a las partes el ejercicio efectivo de sus derechos, independientemente de que el conjunto de normas aplicables haya optado por una absoluta autonomía para el desarrollo del arbitraje.

Por otra parte, la segunda variante es resuelta por los principales cuerpos normativos aplicables al arbitraje comercial en México de forma similar, a saber :

- Convenciones de Nueva York, Panamá y Código de Comercio

Los tres ordenamientos plantean dos soluciones al problema de la eficacia del laudo arbitral dictado en un país y ejecutado en otro. La primera, determinado que la *lex arbitri* puede ser, además de la ley nacional relacionada con la materia arbitral del lugar de la

⁶⁰⁰ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 451.

⁶⁰¹ *Idem.*

sustanciación del procedimiento, la del sitio donde se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo correspondiente.

Dichos ordenamientos permiten a las partes ejercer la impugnación del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, si el convenio arbitral y el propio procedimiento atentan contra la normatividad aplicable, o si el laudo no es todavía obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por la autoridad competente del lugar en que se dictó, o si versa sobre una materia inarbitrable de acuerdo con la ley nacional del país de ejecución, o éste, atenta contra el orden público del mismo.

Una vez que ha sido declarado nulo el laudo en el sitio en donde se dictó, procede el recurso de impugnación de la parte condenada para intentar destruir la solicitud de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

En el caso de que se haya solicitado a la autoridad judicial del lugar de las actuaciones la anulación del laudo arbitral, la autoridad del país ante el cual se invoca dicha sentencia puede, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución del laudo y a instancia de la parte que pide la ejecución, puede también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas⁶⁰².

Tanto la sustanciación del recurso de nulidad del laudo como su fallo, desarrollados en el lugar en que se dicta el mismo, pueden afectar directamente la solicitud de reconocimiento y ejecución de dicha sentencia en el territorio del país en que se piden, manteniéndolas en suspenso, o inclusive, denegándolos del todo.

En el caso de que el país en donde se solicita la ejecución del laudo no sea signatario de algún instrumento internacional que contemple los supuestos de nulidad en el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, de la forma como lo hacen las Convenciones de Nueva York y de Panamá, se estará a lo que la ley nacional indique al respecto.

Abordando la cuestión relativa a la obligatoriedad del laudo arbitral derivado de un procedimiento desligado de cualquier *lex arbitri*, es por principio elemental de la institución arbitral, que las partes, al formalizar y aceptar el convenio para someter sus diferencias a

⁶⁰² Véase artículo VI Convenciones de Nueva York y de Panamá, y artículo 1463 del CC.

este tipo de procedimiento, aceptan acatar la decisión que emita sobre las mismas un tercero denominado árbitro, a través de su laudo o sentencia.

Por lo tanto, la obligatoriedad del laudo no depende ni se deriva directamente de ningún sistema de normas nacionales, siempre y cuando las mismas comprendan la figura del arbitraje como método para la solución de controversias. Sin embargo, la obligatoriedad del laudo arbitral puede verse afectada, si el convenio arbitral, el propio procedimiento, o la sentencia, se encuentren afectados de alguna causa de invalidez que nulifique sus efectos y los de su reconocimiento y ejecución.

Otro criterio para resolver la cuestión relativa a si los laudos anulados o suspendidos en el lugar del la sustanciación del procedimiento pueden ser reconocidos y ejecutados en el país en donde esto es solicitado, es reconocido por el artículo VII, párrafo primero de la Convención de Nueva York, mismo que señala :

"Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque..."

Esto ha dado pauta mundialmente para que el juez del lugar en donde se solicita el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, antes de declarar nulo el mismo apoyándose en que ha sido así declarado por los tribunales del país en donde se dictó, verifiquen si éste es válido conforme a la ley nacional relacionada con la institución arbitral.

Aunque la tendencia de las leyes nacionales sobre arbitraje es la de disminuir la revisión y/o intervención del poder judicial en el mismo, la *lex arbitri* siempre va a ser sinónimo de seguridad jurídica. Los arbitrajes en los que se logra la total independencia de la ley nacional, son los que pueden desarrollar mayores problemas al momento de su reconocimiento y ejecución, ya que la autoridad judicial puede ordenar una exhaustiva revisión del laudo correspondiente para verificar que sí se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento, conforme a la los principios generales del derecho.

m) Límites a la libertad de las partes para elegir las normas o leyes aplicables al arbitraje

Dentro de la libertad de las partes para elegir las normas aplicables a cada uno de los rubros analizados, existen ciertos límites que a continuación se mencionan :

- *Fraude a la ley*. Esta práctica acontece cuando las partes escogen deliberadamente una determinada ley o norma con la intención de defraudar o evadir disposiciones obligatorias que serían aplicables sin que mediara dicha elección. El convenio arbitral así formalizado será nulo.

El artículo 15 del CCDF determina : *"No se aplicará el derecho extranjero : I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión..."*

De acuerdo con el maestro Arellano García, los elementos del fraude a la ley son esencialmente :

- 1.- Una norma conflictual que le da competencia a la norma jurídica material extranjera.
- 2.- Colocación de la situación concreta dentro de los puntos de conexión de la norma jurídica extranjera.
- 3.- Mayor benignidad, conveniencia o ventaja, desde el ángulo de los interesados, en la norma jurídica material extranjera.
- 4.- Mayor severidad, más rigor, menos conveniencia o ventaja desde el punto de vista de los interesados en la norma jurídica material nacional.
- 5.- Intención de evadir la norma jurídica material nacional originalmente aplicable, antes de producirse el segundo elemento.
- 6.- Artificio, falta de sinceridad, anormalidad, antinaturalidad en la ubicación dentro de los puntos de conexión de la norma jurídica extranjera.

7.- Evasión a la imperatividad de la norma jurídica nacional que deja de ser aplicable en virtud de que los interesados cambiaron la situación de hecho que les ligaba con esta norma jurídica nacional.

- *Interferencia de normas imperativas nacionales.* Puede darse el caso de que la aplicación extraterritorial de las normas imperativas nacionales afecte la ley escogida por las partes ⁶⁰³.

- *Interferencia del orden público.* Caso similar al anterior, haciendo referencia al principio de orden público ⁶⁰⁴ de cada Nación. Las partes no pueden esperar que el tribunal arbitral o la autoridad judicial reconozca o ejecute un arbitraje que atente contra el orden público de un determinado país.

En este rubro, el artículo 15 del CCDF señala :

"No se aplicará el derecho extranjero : ...II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano." ⁶⁰⁵

Dentro de los límites a este rubro de orden público, la codificación civil distrital señala :

Artículo 6 : *"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no*

⁶⁰³ Esto acontece más seguido en arbitrajes comerciales internacionales. Como ejemplo está el caso de un arbitraje en el cual las partes designaron a la ley suiza para resolver un conflicto en materia de competencia económica y el tribunal arbitral determinó aplicar en su lugar, la ley de la materia de la Comunidad Europea.

⁶⁰⁴ El concepto de *orden público*, hace referencia al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alterados ni por la voluntad de los individuos, ni por la aplicación del derecho extranjero. Estos principios e instituciones no son sólo normas legisladas. El orden público comprende además principios y axiomas de organización social que todos reconocen, aún cuando no se señalen expresamente...Definición de ORDEN PUBLICO. Tamayo y Salmorán, Rolando en Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo I - O). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. p. 2279. Asimismo, el orden público internacional es definido como la excepción de aplicación de la norma extranjera en el derecho interno de una determinada Nación, por ser violatoria de su ordenamiento jurídico.

⁶⁰⁵ Este fracción hace referencia al *orden público internacional*. Ver nota 23.

afecten directamente al interés público ⁶⁰⁶, *cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.*"

Este precepto estatuye claramente la sujeción incondicional de todo individuo al ordenamiento jurídico. A partir de la clasificación de la normas jurídicas en declarativas, prohibitivas y facultativas, es que se otorga la posibilidad de renunciar a estas últimas considerándolas dentro de influencia de la autonomía privada. Aún en este caso, la ley determina que la renuncia podrá proceder mientras no lesione intereses de la comunidad y de terceros.

Artículo 8 : *"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."*

Los actos que atenten contra las leyes señaladas en este precepto estarán afectados de nulidad absoluta.

Para el maestro Arellano García, la diferencia entre los conceptos fraude a la ley y orden público, radica en que, la no aplicación de la norma jurídica extranjera competente, en el fraude a la ley deriva, no de la ley misma, sino de la ubicación forzada, fraudulenta, insincera, antinatural, anormal de las partes dentro de los supuestos de la norma jurídica extranjera. El choque en el orden público, es del contenido de la norma extranjera con el sistema jurídico nacional.

- Relación entre la ley o norma seleccionada por las partes, las normas o leyes institucionales sobre arbitraje y la ley de arbitraje del lugar del foro. Las partes deben asegurarse que la ley del lugar del arbitraje permita que las normas seleccionadas para su sustanciación surtan plenamente sus efectos sin más limitaciones que las señaladas por el propio ordenamiento jurídico ⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Por *interés público* debemos de entender al conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado...Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo I - O)...p. 1779.

⁶⁰⁷ Ver artículo 1457, inciso d), párrafo I del CC.

n) Nulidad ⁶⁰⁸, ineficacia, inaplicabilidad y extinción el convenio arbitral

Para el análisis de este apartado es necesario citar los siguientes artículos :

Artículo II, párrafo 3 de la Convención de Nueva York :

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

Artículo 1424 del Código de Comercio ⁶⁰⁹ :

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

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

Estas normas consagran el derecho de acción que tienen las partes para detener o destruir, en su caso, el procedimiento arbitral -empezando por el propio convenio arbitral- que se encuentre afectado por nulidad, ineficacia o sus determinaciones sean inaplicables. Después de que el tribunal arbitral correspondiente decida sobre la existencia o validez del convenio arbitral, o antes, si éste no se puede constituir, las partes podrán recurrir a la autoridad judicial para que dirima la controversia.

No obstante, tomando en cuenta la esencia de esta institución, el legislador o redactor de estos cuerpos normativos, consideró pertinente el proseguir con las actuaciones hasta en tanto al autoridad judicial resolviera la acción planteada.

⁶⁰⁸ La designación correcta es "invalidez".

⁶⁰⁹ Ver el artículo 1432 párrafo tercero del CC para su correlación.

Fortaleciendo la afirmación anterior, el CC en su artículo 1459 otorga a la institución arbitral todos los beneficios procesales que apoyen su existencia en lo relativo a la convalidación de los actos nulos relacionados con la misma determinando lo siguiente :

"El juez cuando se le solicite la anulación de un laudo podrá suspender las actuaciones de nulidad cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por el plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal elimine los motivos para la petición de la nulidad."

Invalidez del convenio arbitral

Por invalidez debe de entenderse la cesación parcial o total de los efectos jurídicos que se producen o que se pretenden producir en la materialización de un determinado negocio u acto volitivo.

La invalidez, en el ámbito del derecho, tiene distintos grados de gravedad ⁶¹⁰. Puede ser tan radical que impida la existencia del acto o negocio (actos o negocios jurídicos inexistentes); o bien, puede ser menos grave y atacar elementos secundarios, pero igualmente importantes de los mismos (actos o negocios jurídicos nulos).

Cuando el convenio arbitral se encuentra afectado de nulidad, nos encontramos en presencia de un obstáculo a la plena validez del mismo, sea por existir algún vicio en el consentimiento; estar las partes o una de ellas afectada por algún tipo de incapacidad y por la tanto de legitimidad para intervenir en el arbitraje; cuando no se ha otorgado el convenio de conformidad con la forma prescrita por la ley aplicable, o si se pactó el mismo con un fin u objeto ilícitos.

Para la resolución de este tipo de situaciones, incluyéndose las relativas a la existencia del convenio arbitral, la ley faculta al tribunal arbitral, mediante el principio de *competence - competence* a decidir sobre la afectación del mismo. Generalmente el tribunal arbitral emite un laudo provisional o interlocutorio dando a conocer a las partes que el convenio arbitral por ellas suscrito se encuentra afectado de algún grado de invalidez.

⁶¹⁰ La teoría divide a los actos jurídicos en inexistentes, nulos y anulables.

Las posibles soluciones son, en caso de inexistencia : a) Formalizar un convenio arbitral definitivo; b) Declarar incompetente al tribunal arbitral para conocer del litigio.

En caso de nulidad procede igualmente : a) Intentar la convalidación del acto que dio origen a la afectación del convenio arbitral, subsanándolo; b) Dejar sin efectos al convenio arbitral.

Inexistencia del convenio arbitral

La inexistencia consiste el grado más alto de invalidez que pudiere afectar al convenio arbitral. Esta es resultado de la falta de cualquiera de los elementos de definición de instrumento jurídico, como podría ser el caso de la falta de consentimiento de una o de ambas partes para someter sus diferencias al arbitraje, o la falta de objeto de este proceso, inclusive la falta de forma cuando esta sea esencial para su materialización.

El artículo 2224 del CCDF determina : *"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; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."*

El convenio arbitral otorgado sin que medio consentimiento, objeto o cierta solemnidad requerida, es inexistente y no puede ser convalidado por las partes. El tribunal arbitral al determinarlo así puede optar por permitir a las mismas una segunda oportunidad para otorgar el convenio arbitral definitivo, o simplemente manifestar la inexistencia del instrumento arbitral y declinar su competencia para conocer de la controversia.

Nulidad del convenio arbitral

La nulidad del convenio arbitral consiste de un grado menos radical de invalidez que incide sobre actos o negocios jurídicos existentes pero formados con alguna falla o vicio. La nulidad a su vez se divide en nulidad absoluta y en nulidad relativa, ambas son tratadas por el Código Civil del Distrito Federal de la siguiente forma :

Artículo 2225 : *"La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley."*

Este precepto implica un giro a la doctrina, la cual era mucho más severa al tratar el caso de la ilicitud con la nulidad de pleno derecho. Recordando que la ilicitud es aquella conducta que atenta contra las leyes de orden público y las buenas costumbres, existen diversas situaciones en las que el acto así otorgado no necesariamente mantiene esa posición contra el tenor de este tipo de leyes indefinidamente. Tal es el caso del que obrando ilícitamente causa a otro un daño y demuestra que éste se produjo por la culpa o negligencia inexcusable de la víctima ⁶¹¹.

El daño causado por los incapaces, el abuso del ejercicio de un derecho, la responsabilidad civil objetiva o el daño moral, constituyen otros ejemplos de ilicitud que puede desaparecer dando paso a la convalidación del acto así otorgado.

Nulidad absoluta :

Artículo 2226 : *"La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción."*

La nulidad es absoluta cuando :

- a) *No desaparece por confirmación o prescripción, y*
- b) *Puede reclamarse por cualquier interesado.*
- c) *Así lo determine la propia ley* ⁶¹².

La falta de la característica de arbitrabilidad en el objeto del convenio, trae consigo una nulidad absoluta del mismo ⁶¹³. De igual forma, la inarbitrabilidad señalada por la propia

⁶¹¹ Artículo 1910 CCDF.

⁶¹² Tal es el caso de la nulidad de pleno derecho.

⁶¹³ Esto se encuentra fundamentado en la acción de nulidad que concede la fracción II del artículo 1457 del CC.

ley constituye una ilicitud afectada de nulidad de pleno derecho, tal es el caso de los procesos arbitrales que versen sobre :

- 1.- *El derecho de recibir alimentos.*
- 2.- *Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias.*
- 3.- *Las acciones de nulidad de matrimonio.*
- 4.- *Los concernientes al estado civil de las personas.*
- 5.- *El delito, dolo y la culpa futuros.*
- 6.- *La acción civil que nazca de un delito o culpa futuros.*
- 7.- *La sucesión futura.*
- 8.- *La herencia, antes de visto el testamento, si lo hay.*

Nulidad absoluta del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral :

El artículo 1457 del CC determina supuestos de nulidad absoluta referente al laudo arbitral :

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

1.- La parte que intente la acción pruebe que :

a) ...que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana...

b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos...

c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje...

En este supuesto, se hace referencia tanto a la nulidad absoluta derivada de la inclusión, por parte del tribunal arbitral, de materias no comprendidas por las partes en el

convenio arbitral para ser sometidas a dicho proceso, como la aparejada a todas aquellas decisiones de dicho tribunal que se extralimitan de lo convenido por las partes. Al no existir consentimiento de las partes para sustanciar determinadas controversias, resueltas dentro del mismo laudo arbitral derivado del convenio respectivo, éstas y las disposiciones de la sentencia que se refieran a las mismas, y demás decisiones que sobrepasan lo acordado, carecen de fundamento para que surtan efectos. Si este exceso de materias y decisiones del tribunal arbitral se pueden separar de lo legítimamente convenido entre las partes, o todas ellas son confirmadas por las mismas, entonces desaparecerá dicha nulidad, afectando solamente a las primeras, subsistiendo el laudo con las segundas, o con todas ellas si las partes las ratifican en todas sus partes.

d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes...a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título...

II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público."

Esta inarbitrabilidad si se deriva de que el ordenamiento jurídico no otorga la característica de arbitrable a la materia del litigio por su propia naturaleza o esencia.

En lo referente a los incisos a) y d), en los que cabe la posibilidad de que las partes sometan el convenio arbitral a una legislación o normatividad distinta a la postulada por el propio ordenamiento jurídico mexicano, esta nulidad absoluta puede convalidarse si la autoridad judicial considera que lo que debe de prevalecer para que el laudo arbitral surta plenamente sus efectos es lo ordenado por la normatividad doméstica por encima de la designada por las partes ⁶¹⁴.

⁶¹⁴ Esto es con base en la interpretación del párrafo primero del artículo VII de la Convención de Nueva York.

Nulidad absoluta ⁶¹⁵ en el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral :

Las Convenciones de Nueva York y de Panamá, como parte del ordenamiento jurídico interno, al igual que el propio Código de Comercio, norman dos supuestos de nulidad absoluta que puede derivarse de la solicitud de ejecución de un laudo emitido por el tribunal arbitral. Los tres cuerpos normativos se refieren a estas nulidades de la misma forma, determinando que sólo se puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando :

- 1.- Legalmente, el convenio arbitral no es válido.
- 2.- No se cumplieron las garantías de legalidad ni de audiencia.
- 3.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral, o contiene decisiones que exceden los términos del mismo ⁶¹⁶.
- 4.- Desarrollo ilegal del procedimiento arbitral.
- 5.- El juez compruebe que, según la ley mexicana, el objeto del litigio no es susceptible de arbitraje, o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público nacional.

Al igual que en el caso de la nulidad absoluta del laudo con relación al convenio arbitral, en lo referente a los supuestos que pudieran derivarse de los incisos 1.-, 4.-, y 5.-, la autoridad judicial competente puede dictar la convalidación de esta afectación con base en lo señalado por el primer párrafo del artículo VII de la Convención de Nueva York.

Con respecto a la nulidad de pleno derecho del convenio arbitral, el artículo 616 del CPCDF señala :

⁶¹⁵ También denominada denegación.

⁶¹⁶ Este supuesto de nulidad absoluta puede derivarse en uno de nulidad relativa, si las materias y decisiones excedentes pueden separarse de lo convenido por las partes.

"El compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso es nulo de pleno derecho sin necesidad de previa declaración judicial.

Cuando no se hayan designado los árbitros, se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los medios preparatorios ⁶¹⁷."

Es así, como la codificación procesal civil sanciona la omisión en la designación de la materia de la obligación, objeto del arbitraje.

Nulidad relativa :

Por lo que respecta a la nulidad relativa, la codificación civil distrital determina :

Artículo 2227 : "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

Para el maestro Galindo Garfias la nota distintiva entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa es la concurrencia o no de las características que presente la acción de nulidad, especialmente el número de personas que la pueden hacer valer.

⁶¹⁷ El precepto mismo subsana el supuesto de nulidad relativa derivado de la falta de árbitros, con la supletoriedad de la ley aplicada por el propio juez, y en su caso, por el tribunal arbitral o por el tercero designado. Esto acontece en diversos aspectos del procedimiento arbitral. Existe una tendencia que determina que aunque no se señalen las materias objeto de la obligación de arbitrar, y el convenio cualquiera que sea la forma que adopte, se encuentra vinculado con un instrumento jurídico específico, el tribunal arbitral o la autoridad judicial en su caso, deberán interpretar que la intención de las partes es la de someter a arbitraje todas las controversias derivadas del contrato o convenio que las vincula. Por otra parte, existe otra tendencia que concluye que si las partes no señalan, por lo menos de una forma amplia, general o abierta, las materias objeto del arbitraje, se debe de interpretar ante esta omisión deliberada, que las mismas optan por un proceso ante autoridades judiciales. Al respecto la jurisprudencia determina : "*ARBITROS, DESIGNACION DE LOS. La omisión o la imposibilidad de designar a los árbitros, en la forma establecida en la escritura de compromiso, no implica la inexistencia de éste, pues la falta de designación de los árbitros, según el artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, sólo supone la reserva de las partes, para hacer tal designación, pero no la inexistencia de la escritura relativa, pues para ese efecto, es indispensable una manifestación concreta de la voluntad de las partes, ya que la natural interpretación de los contratos, obliga a estimar que pactado el compromiso, éste debe llevarse a término, sin que sean de aplicarse, por analogía, las disposiciones relativas a la caducidad del juicio arbitral, por muerte del árbitro designado, ya que es cosa distinta la terminación del juicio arbitral y la terminación del compromiso, de la no existencia de éste.*" Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVII, pág. 2769, Romero y Andrade Francisco Lauro, Suc. De. Cuatro votos.

Artículo 2228 : *"La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."*

Artículo 2229 : *"La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados."*

Estos recursos son comúnmente utilizados para atacar al convenio arbitral cuando por la naturaleza de la operación sobre la que versa, ha sido otorgado con la falta de forma prescrita por algunos ordenamientos legales.

Artículo 2230 : *"La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz."*

Esto atiende al carácter personalísimo del defecto que provoca la invalidez del acto o negocio jurídico.

Artículo 2231 : *"La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida."*

La nulidad relativa es aquella que se presenta cuando :

- a) Cuando la acción de nulidad no reúne todas las características de la acción de nulidad absoluta, y
- b) Cuando proviene de incapacidad, vicios del consentimiento o falta de forma.

Artículo 2232 : *"Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley."*

Los supuestos analizados en el apartado del consentimiento del convenio arbitral y la forma que debe de revestir el mismo, encuentran su fundamento jurídico de validez en este precepto. El legislador le da preferencia a la parte interna de la voluntad, dejando en un

plano secundario la declaración o exteriorización de la misma. El análisis de este tipo de preceptos debe de tomarse en cuenta por el tribunal arbitral en el momento de analizar el capítulo de la validez del propio convenio de arbitraje.

Artículo 2233 : *"Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación."*

Se vuelve a refrendar el principio de la autonomía de la voluntad de los particulares al permitirles la plena validez jurídica de los actos en los que intervienen, aún si después de desaparecido el obstáculo que les desvió o que les coaccionó su verdadera intención, desean conservarlo prácticamente en los mismos términos y condiciones.

Artículo 2234 : *"El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquiera otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad."*

Este precepto está íntimamente ligado con la convalidación por medio de la conversión, al aludir a la novación como medio para subsanar el defecto del acto así otorgado. Cuando las partes se someten libremente a un determinado arbitraje con sensibles variaciones con respecto al convenio arbitral que en un primer momento celebraron, el cual aludía a ciertos elementos viciados o que hacía imposible su ejecución plena, estaremos en una novación de obligaciones accesorias de dicho instrumento.

Artículo 2235 : *"La confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero."*

Artículo 2238 : *"El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera."*⁶¹⁸

⁶¹⁸ Este precepto tiene relación con el inciso c), fracción I del artículo 1457 del CC, relativo a la nulidad del laudo arbitral.

Nulidad relativa del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral :

De la misma forma, el artículo 1457 del CC, prevé un supuesto de nulidad relativa al referirse a :

- *"Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando :*

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

a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad..."

Nulidad relativa del reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral relacionada con el convenio arbitral :

En materia de nulidad relativa, las Convenciones de Nueva York y de Panamá, y Código de Comercio, norman un supuesto que puede derivarse de la solicitud de ejecución de un laudo emitido por el tribunal arbitral. De acuerdo con las disposiciones de estos instrumentos, sólo se puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando :

-La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente que una de las partes en el convenio de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad.

Convalidación del convenio arbitral

Los convenios arbitrales viciados de nulidad, pueden ser subsanados en sus defectos y surtir plenamente sus efectos como si desde el principio éstos hubieran sido otorgado conforme lo dicta la ley. La convalidación del convenio arbitral puede darse por :

Ratificación. Mediante la ratificación las partes vuelven a otorgar el convenio, tomando en consideración, para no repetirlos, los defectos del convenio afectado de nulidad. (Artículo 2231 CCDF).

Confirmación. Las partes mantienen el mismo convenio arbitral, esperando que cese la causa de nulidad para aceptar los efectos hasta entonces producidos y los que se vayan a producir.

Conversión. Mediante esta forma de convalidación, las partes acuerdan que el convenio otorgado de cierta forma, valga aunque esto provoque que cambie de características.

Ineficacia del convenio arbitral

En este caso, el convenio arbitral deja de surtir sus efectos temporal o permanentemente, sea esto por disposición de las partes o por circunstancias ajenas a las mismas. La suspensión de los efectos de este instrumento posee una naturaleza distinta a la que acontece cuando se invoca su invalidez. Aquí el acto jurídico se forma con todos sus elementos, sin embargo no incide en la esfera jurídica de ninguna de las partes directa o indirectamente relacionadas con el arbitraje por disposición de las mismas, por darse un supuesto normativo previsto en el ordenamiento jurídico o por otras causas que inhabilitan sus efectos.

Tal es el caso del retiro de parte o de la totalidad de las personas que constituyen el tribunal arbitral por causas de salud o fuerza mayor; la resolución de la controversia entre las partes mediante una transacción; la aceptación por ambas partes de la sustanciación de la controversia, así como la decisión de dicho procedimiento por parte de la autoridad estatal, existiendo un convenio arbitral, etc...

Inaplicabilidad del convenio arbitral

La inaplicabilidad del convenio arbitral deviene de que fue redactado por las partes de una forma tan vaga o absurda que, independientemente de la intención de las partes para arbitrar la controversia, su puesta en práctica resulta imposible. La ejecución carece de efectos debido a lagunas o contradicciones que son insalvables.

Esto sucede cuando por ejemplo, las partes hacen que coexistan para resolver sus diferencias dos sistemas heterocompositivos; cuando se designa como institución

administradora de arbitraje una organización inexistente, o cuando una de las partes o el propio objeto de la controversia hayan desaparecido.

La legislación y la propia doctrina coinciden en facultar al tribunal arbitral para determinar la validez, eficacia y ejecutabilidad del convenio arbitral ⁶¹⁹.

En lo que respecta sobre la ley que debe de regir las acciones para detener o destruir los efectos del convenio arbitral, comúnmente el tribunal arbitral se apeg a la ley que señalan las partes o a la del lugar en que se dicte el laudo. Sin embargo, existen numerosos casos en los que se ha utilizado la ley del foro del lugar en donde es invocado el convenio arbitral, matizándolo con los lineamientos que estipula la ley internacional y la propia *lex mercatoria*.

En lo referente al supuesto de invalidez del convenio arbitral, como consecuencia de la ley a que las partes lo han sometido, o a la propia *lex arbitri*, comprendido en el rubro de nulidad del laudo arbitral, y en el del desconocimiento del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, éste puede tener diversos tratamientos porque de acuerdo a la ley a que lo sometan las partes, o a la propia *lex arbitri*, no se llegaren a cumplir ciertos requisitos de existencia o de validez necesarios para su adecuada constitución.

o) Procedimiento para examinar la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, derivado de la formulación o formalización del mismo ante un fedatario público

De la lectura del artículo 611 del CPCDF se desprende una vía para que los fedatarios públicos califiquen la nulidad, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral que suscriban las partes, para someter la controversia que los vincula al arbitraje.

Cuando el convenio arbitral se celebra ante fedatario público, sea este un notario, un corredor o un juez, éstos pueden oponerse a formalizar dicha convención por considerarla nula, ineficaz o inaplicable.

⁶¹⁹ Ver artículo 1432 del CC.

p) Procedimiento para examinar la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, derivado de la excepción o del incidente de incompetencia, fundamentados en la existencia de un convenio arbitral, ante una autoridad judicial

Cuando una de las partes somete ante la autoridad judicial la controversia que es materia de la obligación de arbitrar, la sola existencia de un convenio arbitral, debidamente invocada ⁶²⁰ por la otra, es razón suficiente para que el juez correspondiente admita la excepción o el incidente de incompetencia que deriva del mismo y se sustancie la defensa o el recurso correspondiente conforme a derecho ⁶²¹.

La excepción de incompetencia derivada de la existencia de un convenio arbitral se promueve por la vía declinatoria.

Esta excepción se propone ante el juez que se considera incompetente, dentro del término concedido para contestar la demanda en el juicio en que se intente, solicitándole que se abstenga del conocimiento del asunto, y remita el mismo al superior para que decida la competencia. El juez al admitirla remite a su superior los testimonios de las actuaciones. Recibidos éstos por el juez superior, los pone a la vista de las partes para que éstas dentro del término de tres días ofrezcan pruebas o aleguen lo que a su interés convenga.

Si las pruebas se admiten, se señalará fecha para audiencia que debe de celebrarse dentro de los diez días siguientes, en la que se desahogarán las pruebas y alegatos y dictará la resolución que corresponda. En el caso de que las partes sólo aleguen y no ofrezcan pruebas, o las propuestas no se admitan, el tribunal citará para oír resolución.

Decidida la competencia, el tribunal lo debe de comunicar al juez ante quien se promovió la declinatoria.

Un punto a analizar en este tema de la calificación de la excepción o del incidente de incompetencia, es el problema que surge al determinar el órgano que debe de decidir la

⁶²⁰ Cuando en la excepción de incompetencia el promovente omite presentar el documento en el cual se encuentra materializada la existencia de un convenio arbitral de carácter comercial, es usual que la autoridad judicial ante la cual se invoca el mismo, emita la correspondiente resolución confirmando que la vía jurisdiccional intentada es la correcta, con base en la fracción segunda del artículo 1104 del CC, misma que señala lo siguiente : "*Sea cual fuere la naturaleza del juicio, serán preferidos a cualquier otro juez : ...II. El del lugar designado en el contrato para el cumplimiento de la obligación.*"

⁶²¹ Ver artículo 1424 del CC.

validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral. Si se tramita la excepción o el incidente de incompetencia ante la autoridad judicial, ésta calificará al convenio arbitral. Pero, de acuerdo con lo estatuido por el segundo párrafo del propio artículo 1424 en comento, aún habiéndose entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá iniciar o proseguir con las actuaciones arbitrales y dictar el laudo correspondiente mientras la cuestión esté pendiente ante el juez. Es decir, se genera una posibilidad de que las funciones calificadoras se dupliquen, ya que con base en el principio de *competence - competence*, el tribunal arbitral también puede resolver sobre su competencia, y sobre la existencia y validez del propio convenio arbitral sometido a examen ante la autoridad judicial.

Para evitar esta duplicidad, debería de considerarse al tribunal arbitral o al árbitro, como el órgano idóneo para resolver sobre la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral y apoyarse en la autoridad judicial en aquellos casos en que fuera imposible constituir dicho órgano. El supuesto de incompetencia que genera el propio convenio arbitral debe de ser razón suficiente para apartar al juez de la citada calificación de este instrumento.

Mientras fuera viable la constitución del tribunal arbitral, sería motivo suficiente para que el juez que conociera de la incompetencia, remitiera a arbitraje la controversia ante él planteada.

Cuando fuere imposible lo anterior, es decir, el convenio arbitral estuviere tan mal redactado que aún aplicando normas o procedimientos supletorios no se configuraran sus elementos de existencia, o no se pudiere elegir a los árbitros, entonces la instancia idónea para resolver sobre la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, antes o después de haber desahogado el procedimiento para constituir el tribunal arbitral, sería la judicial.

La tesis de jurisprudencia que a continuación se menciona, propone una manera distinta de calificar la excepción de incompetencia derivada de la existencia de un convenio arbitral, a saber :

"ARBITROS, NULIDAD Y CADUCIDAD DEL COMPROMISO EN. El artículo 620 del código de procedimientos civiles vigente en el Distrito Federal, dispone que el compromiso arbitral produce la excepción de incompetencia, y aún cuando en rigor podría decirse que incumbe, en términos generales, al juez que está conociendo de la materia sometida al compromiso, el resolver sobre su nulidad, sino, en todo caso, a los árbitros, de

acuerdo con el artículo 630 del propio ordenamiento, interpretado en sus alcances por el tenor del 1245 del anterior código de procedimientos civiles, o a la autoridad judicial ante quien se proponga un juicio especial para alcanzar tal declaración de nulidad, también debe tenerse en cuenta que esta regla no es absoluta, sino que requiere determinadas excepciones aconsejadas por una recta interpretación. Así por ejemplo, cuando se hubiese sometido al compromiso arbitral una materia no comprometida, como la relativa al divorcio o a la nulidad del matrimonio, sería contrario a una recta interpretación y a la eficacia de una cumplida administración de justicia, el que el tribunal que estuviese conociendo del juicio de divorcio, declarara su incompetencia, por el solo hecho de existir el compromiso, alegando tener incapacidad absoluta para declarar la nulidad del mismo, o más bien su inexistencia, por contraerse a materia prohibida por la ley, siendo más lógico considerar que el tribunal está capacitado para estudiar el punto de incompetencia, con el objeto de declarar si la misma existe, o no, y estudiar si en realidad existe el compromiso que verse sobre materia permitida por la ley; por lo que cuando se alega que el compromiso ya no puede tener eficacia jurídica o ser imposible de realizarse, por haber caducado la relación jurídica, como consecuencia de la imposibilidad del nombramiento de árbitro, es notorio que esta cuestión tiene que analizarla la autoridad estimada incompetente, para el efecto de resolver si las cosas son realmente como se afirman, pues si el compromiso es imposible de llevarse a término, no existe causa que obligue a declarar la incompetencia, a pesar del compromiso pactado, porque la imposibilidad del nombramiento de árbitros puede llegar a considerarse aquél como borrado o inexistente, puesto que a tal cosa equivale la imposibilidad de su ejecución ⁶²²."

Mediante esta decisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, autoriza erróneamente un procedimiento para calificar de oficio la competencia del juez, desechando la correspondiente excepción o el incidente que en su caso se hubiere intentado, y declarando la caducidad, y por lo tanto nulidad absoluta del convenio arbitral, mismo que es sustanciado simultáneamente con la excitativa de la jurisdicción judicial para resolver el fondo del asunto materia de la obligación de arbitrar, siendo que, en estricto apego al ordenamiento jurídico, primero se debe de resolver la excepción o el incidente de incompetencia de acuerdo con el procedimiento de ley, para que posteriormente, se esté en posibilidad de confirmar la competencia intentada, o remitir la controversia correspondiente a otra jurisdicción.

⁶²² Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVII, p. 2769, Romero Y. Andrade Francisco Lauro, Suc. De, 10 de septiembre de 1938 - 4 votos.

En esta tesis en comento, el juez *a quo* está promoviendo de oficio una cuestión de competencia, acto prohibido por la propia legislación procesal ⁶²³.

Para darle viabilidad a esta tesis se podría atender el caso de que ambas partes hayan acordado la sumisión expresa o tácita a la jurisdicción judicial mediante la declinación de la competencia arbitral, presentando una, el litigio ante el tribunal judicial competente, y la otra, haya contestado la demanda sin oponer la excepción de incompetencia derivada de la existencia de un convenio arbitral. De igual forma, se entenderá como declinada la competencia arbitral, en el caso de que se omita presentar en tiempo y forma la excepción o el incidente de incompetencia correspondiente ⁶²⁴.

Si no ocurre cualquiera de estos dos supuestos, una misma autoridad judicial no debe de erigirse simultáneamente como competente para resolver, tanto dicha excepción o incidente, como el fondo del asunto planteado.

La autoridad judicial ante la que se presente la demanda no debe de interpretar directamente la inexistencia o la imposibilidad de ejecución de un convenio arbitral por el hecho de que el mismo se encuentra defectuosamente redactado, ya que en la mayoría de los casos, los dos elementos básicos de existencia de éste están presentes : 1.- El consentimiento de las partes para arbitrar, y 2.- El objeto, consistente en la obligación de someter a arbitraje la controversia que derive de su relación jurídica. Lo anterior, independientemente de que sea arbitrable la materia de la obligación, o el convenio arbitral sea válido, eficaz o aplicable⁶²⁵.

⁶²³ El artículo 165 del CPCDF señala : *"Los tribunales quedan impedidos para promover de oficio las cuestiones de competencia..."* Por su parte los artículos 1102 y 1115 del CC señalan respectivamente : *"Las contiendas sobre competencia sólo podrán entablarse a instancia de parte."* *"Los tribunales quedan impedidos para declarar de oficio las cuestiones de competencia..."*

⁶²⁴ Ver artículos 1093 y 1094 del CC.

⁶²⁵ Inclusive, dentro de un mismo convenio arbitral pueden erróneamente las partes, pactar un procedimiento arbitral sobre materias arbitrables y sobre materias inarbitrables. Si éstas se pueden separar de aquellas, el arbitraje debe de subsistir en lo que procediera.

q) Procedimiento para examinar la validez, eficacia o aplicabilidad del convenio arbitral, derivado de la sustanciación de excepciones e incidentes ante el tribunal arbitral

Las excepciones e incidentes ⁶²⁶ que se hacen valer ante el tribunal arbitral son los relativos a ⁶²⁷ :

- *Incompetencia*
- *Exceso en el ejercicio de su mandato*
- *Existencia del convenio arbitral*
- *Validez del convenio arbitral*
- *Demás excepciones*
- *Incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal (incidente recusacional, incidente de suspensión del procedimiento arbitral, incidente de acumulación de procedimientos).*

Con relación a estas excepciones e incidentes, específicamente a los de incompetencia del tribunal arbitral y el exceso en sus funciones, el Código de Comercio establece lo siguiente :

- 1.- La excepción de incompetencia debe de oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación de la demanda ⁶²⁸.
- 2.- Las partes no están impedidas de oponer esta excepción por el hecho de haber designado a un árbitro o participado en su designación.
- 3.- La excepción que se base en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, debe de oponerse en el momento en que surja, durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente excede su mandato.
- 4.- El tribunal arbitral puede admitir excepciones interpuestas con posterioridad a los plazos señalados, si considera justificado el retraso de las partes en hacerlo.

⁶²⁶ Son incidentes las cuestiones que se promueven en un juicio y tienen relación inmediata con el negocio principal.

⁶²⁷ Artículos 1432 del CC y 630 del CPCDF.

⁶²⁸ O de acuerdo con el RPCIAC, en la contestación de la demanda reconvenzional.

5.- El tribunal arbitral puede decidir sobre las excepciones de incompetencia y exceso en su mandato, inmediatamente o hasta dictar el laudo correspondiente.

6.- Si antes de dictar el laudo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, puede solicitar al juez que resuelva en definitiva, y la resolución será inapelable.

7.- Mientras la autoridad judicial resuelve este recurso, el tribunal arbitral puede proseguir sus actuaciones y dictar el laudo correspondiente.

En caso de que, por alguna circunstancia no pudiera erigirse dicho tribunal, las partes podrán asumir tres actitudes :

a) Formalizar un nuevo convenio arbitral.

b) Formalizar un convenio donde se dé por terminado el arbitraje, asentando la situación que dio motivo a su terminación.

c) Solicitar la intervención de la autoridad judicial para que dirima la controversia suscitada con motivo de la constitución del tribunal arbitral.

d) No oponer la excepción de incompetencia o de litispendencia, cuando cualquiera de ellas intente, ante tribunales judiciales o de otra índole, una acción sobre la relación jurídica contractual o extracontractual que era materia de dicho convenio arbitral.

r) Procedimiento judicial para impugnar las resoluciones del tribunal arbitral relativas a su competencia, exceso de facultades, existencia y validez del convenio arbitral ⁶²⁹

Sin que el propio Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio señale específicamente el procedimiento a seguir para la sustanciación de los medios de impugnación de las resoluciones emitidas por el tribunal arbitral, con relación a las excepciones de incompetencia, exceso en su mandato, validez y existencia del convenio arbitral, se atiende a lo señalado por el artículo 1051 de dicho ordenamiento, que versa sobre lo siguiente ⁶³⁰ :

"El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral.

La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte el laudo o sentencia..."

No obstante lo anterior, el propio CC señala, en el capítulo referente a la competencia del tribunal arbitral, que éste puede decidir sobre las excepciones relativas a su incompetencia, exceso de facultades, o las relativas a la existencia o validez del convenio arbitral, proponiendo a su vez, un procedimiento para resolver la impugnación de la decisión de dicho tribunal con respecto de tales excepciones, específicamente a la concerniente a su incompetencia.

⁶²⁹ El artículo 1422 del CC establece : "Cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de sus bienes."

⁶³⁰ De cualquier forma, es importante tomar en cuenta lo determinado por el art. 1377 del CC, que señala : "Todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario."

De acuerdo a una recta interpretación, este procedimiento debe de sustanciarse incidentalmente ⁶³¹, antes de que se dicte el laudo definitivo, sin tener opción a ejercer recurso alguno contra la decisión judicial correspondiente, y el mismo podría aplicarse para impugnar las decisiones del tribunal arbitral relativas a la existencia o validez del propio convenio arbitral, y al exceso de sus facultades.

t) Extinción del convenio arbitral

De acuerdo con el maestro Silva ⁶³², la extinción del convenio arbitral ser puede originar por las siguientes causas :

- **Cumplimiento del objeto del convenio.** Siendo el objeto del convenio arbitral la obligación de someterse a un determinado tipo de jurisdicción, y a la vez, el objeto de esta obligación la sustanciación del arbitraje para resolver la controversia, una vez concluidas las actuaciones y ejecutado el laudo o laudos correspondientes, termina el arbitraje, concluyéndose la obligación pactada en el respectivo convenio, dando fin automático al mismo.

- **Disposición de la ley.** Esta causa puede ser tan diversa como modificaciones a las leyes exista. La legislación vigente en la materia determina la extinción del convenio arbitral en los siguientes supuestos :

Artículo 622 del CPCDF : *"El compromiso termina :*

I. Por muerte del árbitro elegido en el compromiso o en cláusula compromisoria si no tuviere substituto. En caso de que no hubieren las partes designado el árbitro sino por intervención del tribunal, el compromiso no se extinguirá y se proveerá al nombramiento del substituto en la misma forma que para el primero;

II. Por excusa del árbitro o árbitros, que sólo puede ser por enfermedad comprobada que les impida desempeñar su oficio ⁶³³;

⁶³¹ Cualquiera de las partes podría optar por un procedimiento ordinario, el cual dilataría más la resolución definitiva. Los incidentes impugnativos son aquellos procedimientos que se desarrollan dentro de un determinado proceso para resolver cuestiones accesorias a la controversia principal, y son resueltos por sentencia interlocutoria. El propio trámite relativo a la nulidad del laudo arbitral debe de realizarse de manera incidental. Ver artículos 1460 y 1463 del CC.

⁶³² Silva, Jorge Alberto. *"Arbitraje Comercial Internacional en México"...*ob., cit., pp. 101 y 102.

III. Por recusación con causa declarada procedente, cuando el árbitro hubiere sido designado por el juez, pues al nombrado de común acuerdo no se le puede recusar ⁶³⁴;

IV. Por nombramiento recaído en el árbitro de magistrado, juez propietario o interino por más de tres meses; lo mismo se entenderá de cualquier otro empleo de la administración de justicia que impida de hecho o de derecho la función de arbitraje;

*V. Por la expiración del plazo estipulado o del legal a que se refiere el artículo 617*⁶³⁵."

En nuestra opinión, salvo la última fracción, las demás carecen de sustento para proceder como causales de terminación del convenio arbitral. En todas puede sustituirse al árbitro impedido de hecho o de derecho. La propia legislación mercantil suple esta falta de técnica legislativa, y corrige todos estos supuestos de terminación carentes de base jurídica procesal.

En el Código de Comercio se encuentran los siguientes preceptos que hacen referencia al tema, incluyendo o comprendiendo a todo el procedimiento arbitral :

Artículo 1441 : *"Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa justificada :*

...I. El actor no presente su demanda con arreglo al primer párrafo del artículo 1439, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones..."

Artículo 1447 : *"Si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegaran a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones*

⁶³³ En nuestra opinión este causal atenta contra la esencia de la institución arbitral al no permitir el reemplazo de los integrantes del tribunal arbitral.

⁶³⁴ Debería de proceder la recusación, aún en el caso de que las partes hubieren designado de común acuerdo a los árbitros, en los casos en que se comprobara que las partes o una de ellas se encontraba inhabilitada para conocer ciertos aspectos de imparcialidad en él o en los árbitros, que se exteriorizaron o que se exterioricen después de la designación correspondiente. Ver artículo 1428 del CC.

⁶³⁵ Artículo 617 del CPCDF : *"El compromiso será válido aunque no se fije término del juicio arbitral y, en este caso la misión de los árbitros durará sesenta días. El plazo se cuenta desde que se acepte el nombramiento."* Este precepto prevé la caducidad del convenio arbitral.

y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes..."

Artículo 1449 : *"Las actuaciones del tribunal arbitral terminan por :*

I. Laudo definitivo, y

II. Orden del tribunal arbitral cuando :

a) El actor retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca su legítimo interés en obtener una solución definitiva de litigio;

b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones,

c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en los artículos 1450, 1451 y 1559."

De la misma forma, el incumplimiento de otras disposiciones legales que no necesariamente mencionan textualmente otras causas de extinción del convenio arbitral, dan lugar a su término, como el caso de la causales no subsanables de nulidad, ineficacia o de inaplicabilidad, que versan directamente sobre el mismo o sobre el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

- *Voluntad de las partes.* Volviendo a reconsiderar la trascendental importancia de la autonomía privada en la existencia del proceso arbitral, esta causal de terminación del convenio tiene su fundamento en el mismo principio de que siendo el concurso de voluntades un elemento *sine qua non* para constituirlo, también podrá ser una vía para concluirlo. El convenio, concluido de esta forma, podrá terminarse por ⁶³⁶:

- *Transacción entre las partes.*

- *Desistimiento de las partes del procedimiento arbitral.*

⁶³⁶ La renuncia voluntaria al procedimiento arbitral tiene que darse antes de que se dicte el laudo correspondiente.

- *Sometimiento a una jurisdicción distinta a la arbitral para solucionar sus disputas.*
- *Cumplimiento o incumplimiento de otras condiciones, requisitos y términos que hallan fijado las partes como parte del convenio arbitral* ⁶³⁷.

En el caso de los tres primeros supuestos, la decisión tiene que ser otorgada por todas y cada una de las partes directamente relacionadas con el arbitraje.

- ***Declaración de incompetencia del tribunal arbitral por la autoridad judicial.*** Cuando existe una controversia entre alguna de las partes y el propio tribunal arbitral con respecto a la competencia de este último, toca al tribunal judicial resolver lo conducente, En caso de que la resolución sea en el sentido de declarar incompetente al tribunal arbitral, se estaría gestando una causal de terminación del convenio arbitral y/o del procedimiento que se deriva, ya que al no ser competentes los árbitros para conocer de una controversia, por lo general ésta tiene que resolverse ante la autoridad estatal.

- ***Causas ajenas al convenio arbitral.*** En esta causal se encuadran las derivadas de situaciones fortuitas, o surgidas como producto de la fuerza mayor.

u) Cláusula compromisoria

Siendo la cláusula compromisoria una de las expresiones más comunes del género convenio arbitral, se procederá al análisis conceptual y estructural de esta importante figura sobre la cual se materializa la voluntad de las partes para someterse al proceso arbitral.

Concepto

La cláusula compromisoria es una especie del género convenio arbitral, definida como aquella cláusula insertada en un determinado instrumento jurídico de naturaleza convencional o en un documento escrito relacionado con el mismo, y sobre el cual se haga referencia a la existencia de dicha cláusula arbitral, mediante la cual, las partes que lo

⁶³⁷ Tal es el caso de que las partes estipulen en el convenio causales por prescripción o caducidad o por falta de actuación procesal. La rescisión del contrato principal por alguna parte de la doctrina no es considerada como causal de extinción del convenio arbitral, ya que de esta rescisión pueden surgir efectos que tendrán que ser revisados por el propio tribunal arbitral.

suscriben convienen en someter las disputas que deriven de su relación jurídica a un proceso arbitral.

Redacción

De acuerdo a la opinión de numerosos abogados, profesionales en la materia de arbitraje y personas y empresas involucradas como partes en algún convenio arbitral, la elaboración del mismo, en la mayoría de las veces, es considerada un asunto de último momento al que no se le debe de dedicar más de algunos minutos para redactar que ambas partes convienen en que, en caso de alguna disputa derivada de la relación jurídica entre las mismas, éstas someterán sus diferencias al arbitraje comercial.

La práctica ha demostrado que gran parte de las deficiencias de las que adolece esta institución procesal derivan de la mala redacción que los mismos interesados le otorgan en los convenio arbitrales, dando origen a *arbitrajes patológicos*.

Lo anterior es producto de la falta de formación en la materia de parte de abogados y usuarios de este sistema heterocompositivo de solución de conflictos ya que, aunque aparentemente sea un proceso más sencillo que el tradicional ante tribunales estatales, no deja de ser todo un conjunto ordenado y lógico de supuestos normativos adjetivos, que necesariamente tienen una secuencia que tiene que ser puntualmente observada.

De ahí la importancia de conocer los elementos mínimos que toda redacción de la cláusula compromisoria debe de guardar para asegurar la eficacia e idoneidad del procedimiento arbitral.

Por más sencilla que sea la relación jurídica entre las partes, es altamente recomendable que especifiquen en la cláusula compromisoria los elementos mínimos⁶³⁸ que a continuación se detallan. Logrando esto, las partes y sus abogados se evitarán obstáculos en el camino de la sustanciación del arbitraje y obtendrán de esta institución todos los beneficios que la misma conlleva.

La segunda opción es incluir estos elementos básicos en el propio compromiso o en el documento arbitral de que se trate.

⁶³⁸ (drafting elements)

Al redactar la cláusula compromisoria es importante tener en cuenta que la misma se dirige a 4 sujetos específicamente :

- *A las partes*
- *Al tribunal arbitral*
- *A los jueces estatales que pudieran llegar a intervenir en el arbitraje*
- *A los jueces que apoyarán con el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral*

Para una adecuada redacción de la cláusula compromisoria es preciso tomar en cuenta :

1) Tipo de arbitraje. Este rubro básicamente es definido por cuatro opciones : arbitraje ad hoc, arbitraje institucional, arbitraje dirigido por alguna autoridad municipal, estatal o federal, o arbitraje mixto. Las partes deben de decidir el tipo de arbitraje tomando en consideración la naturaleza de la relación jurídica y las obligaciones y deberes derivados de la misma. Siempre, en el caso de arbitrajes institucionales, se debe de identificar al o a los órganos que tendrán la competencia requerida para administrar el proceso, así como las normas institucionales que se elijan. Los principales factores que son tomados en cuenta para determinar las reglas institucionales que regirán el arbitraje comercial son si éstas hacen referencia a ⁶³⁹: a) Medidas cuatelares; b) Reglas definidas sobre la imparcialidad de los árbitros y el proceso de recusación de los mismos; c) Determinación de la materia del arbitraje y desahogo de juntas preliminares; d) Reglas sobre el desarrollo de la etapa probatoria, y e) Reglas sobre la fundamentación del laudo arbitral.

2) Descripción de los asuntos que serán sometidos al arbitraje ⁶⁴⁰. Se debe determinar el alcance de la cláusula compromisoria definiendo los asuntos que estarán bajo la jurisdicción del tribunal arbitral. Es decir, las partes deben de convenir si la cláusula debe de redactarse de una forma general cubriendo cualquier diferencia entre las partes, o si ésta debe de limitarse a problemas específicos. Resulta trascendente analizar las distintas opciones que se tienen para resolver una o varias disputas dentro de una relación contractual o extracontractual. Si el camino es la redacción de una cláusula amplia o general, que cubra

⁶³⁹ Treviño, Julio C. "Selección del Foro, Arbitros y de las Reglas Institucionales". Ponencia presentada en el seminario México - Estados Unidos, Resolución de Controversias Internacionales, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

⁶⁴⁰ (jurisdiction of the tribunal; scope of an arbitration agreement)

todas las disputas que pudieren surgir entre las partes, seguramente no habrá problema con la competencia del tribunal arbitral, pero se podría estar desaprovechando otras vías para la solución de ciertas controversias cuya sustanciación arbitral puede que resulte ineficiente frente al desahogo de una opinión de expertos o una mediación sobre las mismas. Tres categorías de reclamaciones se encuentran dentro del marco del arbitraje : a. Las derivadas de la relación jurídica entre las partes⁶⁴¹; b. Las derivadas de agravios, y c. Las derivadas de normas obligatorias.

Por la otra parte, si se especifican las controversias que se someterán al arbitraje es preciso evitar la duplicidad de jurisdicción para un mismo asunto, así como la diversificación de arbitrajes dentro de la misma cláusula compromisoria.

Otras de las materias que pueden ser sometidas a la arbitraje son : a. La adaptación del clausulado del contrato, y b, La modificación del mismo para adecuarlo a la relación jurídica imperante entre las partes. No necesariamente tiene que surgir una controversia entre las partes para que se desarrolle un arbitraje, basta que las partes prevean estas situaciones en el convenio respectivo, para que el tribunal arbitral resuelva sobre la materia⁶⁴².

3) Normas aplicables al arbitraje comercial. De acuerdo con el análisis de la normatividad aplicable al convenio arbitral, es de suma relevancia que las partes sean asesoradas correctamente en las leyes, normas y reglamentos que regirán todo el desarrollo del procedimiento arbitral para que de esta forma puedan seleccionar expresamente el marco normativo, evitando el uso, en la medida de lo posible, de las normas sobre conflicto de leyes, que en ocasiones no interpretan la verdadera intención de las partes involucradas en el arbitraje. Es recomendable que en la medida que lo permita el marco legal escogido, las partes adecúen aún más el mismo, mediante el formulamiento de directrices o mandamientos que se adapten específicamente a la materia objeto del arbitraje.

En lo concerniente a las normas que regirán el fondo del asunto, si las partes omiten su designación puede suceder cualquiera de los siguientes supuestos : a) Los árbitros la

⁶⁴¹ Dentro de estas comúnmente se encuentran las derivadas del desarrollo, existencia, validez, incumplimiento, terminación y/o cualquier consecuencia financiera derivada del contrato (performance, existence, validity, breach, termination and financial consequences)

⁶⁴² Existe una corriente doctrinaria que opina que el tribunal arbitral sólo tiene facultades decisorias no de interpretación y mucho menos modificatorias de contratos, por lo cual, el otorgar a los árbitros facultades para hacerlo, desvirtúa su naturaleza jurídica, invalidando su función jurisdiccional.

eligen; b) Los árbitros aplican la ley sustantiva del sitio del arbitraje; c) Los árbitros aplican la norma de conflicto de leyes para elegirla, o d) Los árbitros aplican el derecho internacional y/o la *lex mercatoria*.

4) Desarrollo del arbitraje en rebeldía ⁶⁴³. Aún en el caso de que la ley del foro del arbitraje contemple la posibilidad de que las cortes obliguen a cualquiera de las partes a someterse a dicho proceso ⁶⁴⁴, resulta recomendable que se pacte en la cláusula compromisoria que aún en el caso de que alguna de ellas se negara a la sustanciación del arbitraje convenido, éste se desarrollará por encima de dicha negación o ausencia, y el laudo resultante será total y plenamente obligatorio.

5) Lugar del desarrollo del arbitraje ⁶⁴⁵. La designación del lugar en donde se sustanciarán las actuaciones del procedimiento arbitral complementa la normatividad aplicable y otorga a las partes una mayor certidumbre sobre el curso del mismo. Después de la elección de la ley aplicable al fondo del litigio, constituye el rubro más mencionado en las cláusulas compromisorias. De esta designación dependen, entre otras situaciones, si las leyes del foro reconocerán o no la validez del convenio arbitral; la arbitrabilidad del litigio; la intervención de los tribunales estatales en el desahogo del procedimiento arbitral; los recursos que pudieran llegar a existir en contra del laudo arbitral ⁶⁴⁶, el reconocimiento y la ejecución del mismo o la elección de la propia ley sustantiva aplicable al arbitraje.

Para complementar a la ley adjetiva seleccionada por las partes la ley procesal del lugar del arbitraje usualmente determina aspectos como :

⁶⁴³ (*ex parte proceedings*) También es conocido como arbitraje *ex parte* aquél en el cual, a la falta de designación de árbitro por una de las partes, el procedimiento es conducido solamente por el árbitro designado por la otra.

⁶⁴⁴ (*compelling recalcitrant parties to arbitrate*)

⁶⁴⁵ (*place of arbitration*)

⁶⁴⁶ (*appealability of arbitral awards in the forum courts*). Un laudo apelado no es considerado definitivo y por lo tanto no puede ser ejecutado. La Convención de Nueva York en su artículo VI determina : "Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el art. V, párr. 1 (e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas." Por su parte, el CC en su artículo 1463 establece : "Si se solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución del laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes..." Por otra parte, de acuerdo con la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos, las cortes distritales pueden invalidar un laudo arbitral por las razones siguientes : 1.- Cuando el laudo arbitral sea buscado fraudulentamente; 2.- Cuando los árbitros hayan actuado parcialmente o hayan realizado actos de corrupción; 3.- Cuando los árbitros sean culpables de falta de conducta; 4.- Cuando los árbitros excedan sus facultades o las ejecuten imperfectamente, entre otras. En caso de que se tenga duda de la ley local, es recomendable que se elija como sitio del arbitraje a un país que sea signatario de la Convención de Nueva York.

- *Intervención de la corte en el procedimiento arbitral.*

- *Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.*

- *Alcance de las disposiciones irrenunciables que deben de regir el procedimiento junto con las normas determinadas por las partes.*

El lugar del arbitraje puede ser seleccionado por las partes, por el tribunal arbitral, o por la institución arbitral que se designe para administrar el arbitraje.

El artículo 1436 del Código de Comercio determina :

"Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, oír a las partes, a los testigos, o a los peritos, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos."

Este precepto es una derivación literal del artículo 20 de la Ley Modelo de la UNCITRAL.

Generalmente, aquellos países que son signatarios de tratados internacionales relacionados con el arbitraje comercial, tienen leyes nacionales que favorecen a este tipo de proceso. Por ello, es importante considerar este factor para escoger el lugar del desarrollo de las actuaciones y disminuir a su más mínima expresión los riesgos de invalidez del convenio y/o del laudo arbitral.

Debido a que de la designación del lugar de ubicación del foro arbitral dependen diversas cuestiones de gran trascendencia para el procedimiento, ésta se deja a la entera voluntad de las partes, o del tribunal arbitral o de la institución administradora, en defecto del señalamiento de las mismas.

Esta situación proporciona al arbitraje comercial una gran flexibilidad en lo concerniente al sitio de sustanciación de las actuaciones, y al mismo tiempo evita sujetar a las partes y al propio tribunal arbitral a una determinada normatividad sobre conflicto de leyes que pudiera no ser la más adecuada para la solución de la controversia.

De acuerdo a los diversos factores enunciados, en resumen, la determinación del lugar del arbitraje, aún más, si es llevada a cabo por un tercero, está relacionada con :

- 1.- *La neutralidad.*
- 2.- *Si el país en que se ubica el posible lugar del arbitraje es adherente a un instrumento internacional de arbitraje que garantice a ambas partes la efectividad del procedimiento.*
- 3.- *La actitud de las cortes locales ante el arbitraje.*
- 4.- *La disponibilidad de instalaciones para el desarrollo de las actuaciones.*
- 5.- *La designación de la ley aplicable al fondo del litigio.*
- 6.- *La conveniencia de ambas partes.*
- 7.- *Reconocimiento y ejecutabilidad del laudo arbitral.*
- 8.- *Existencia de recursos de revisión y/o apelación del laudo arbitral.*
- 9.- *Idioma*
- 10.- *Costos inherentes al procedimiento arbitral.*

El lugar del arbitraje puede cambiarse por consenso de las partes, por la institución arbitral designada para su elección, o por el tribunal arbitral, en caso de que éste hubiera

hecho la designación ⁶⁴⁷, si sobrevienen circunstancias que atenten contra el eficaz desarrollo del procedimiento arbitral.

Al igual que en el caso de la ley aplicable al fondo del litigio, si las partes hacen referencia de manera indirecta, en el instrumento jurídico que utilicen para materializar el convenio arbitral, del lugar en donde se proyecta el desarrollo del arbitraje, esto debe de ser tomado en cuenta por el órgano decisorio de este elemento del procedimiento para otorgarle congruencia a la determinación a que se llegue con la propia intensión de las partes.

6) *Conexidad de arbitrajes.* Las partes pueden verse inmersas en más de un arbitraje sobre materias conexas o materias de un determinado arbitraje relacionadas con operaciones con terceros. El facultamiento expreso de las partes de someter a conexidad dichos arbitrajes y consolidarlos en uno solo facilita la sustanciación de los mismos, evitándose en la medida de lo posible la intervención de los tribunales estatales.

7) *Laudos provisionales o parciales, e interlocutorios, y solicitud, procedencia y desahogo de medidas cautelares* ⁶⁴⁸. En ocasiones, atendiendo la naturaleza de la relación jurídica entre las partes, y a la *lex arbitri*, es recomendable facultar expresamente al tribunal arbitral para que éste emita laudos parciales o provisionales⁶⁴⁹, o interlocutorios, que garanticen, entre otras cosas, que las operaciones comerciales puedan mantenerse en el estado que se encontraban, aún estando pendiente la solución integral de la controversia derivada de las mismas; evitan el desgaste o menoscabo de bienes, activos o derechos directa o indirectamente involucrados en las disputas, o de las pruebas que pudieran servir para el desarrollo del procedimiento, o para evitar que se transfieran o disuelvan activos.

Las partes deben de señalar, independientemente de que esto lo comprendan las normas designadas, específicamente los casos y el desarrollo de las medidas cautelares provisionales ⁶⁵⁰ relacionadas con el asunto materia del arbitraje. Para garantizar su efectividad sin tener que recurrir el reconocimiento y ejecución de la medida por la autoridad judicial, es recomendable pactar sanciones (económicas) a las que se obligarán las partes, en caso de no obedecer el mandato del tribunal arbitral. El otorgamiento de estas facultades al

⁶⁴⁷ Las partes pueden oponerse a esta designación, tanto del tribunal arbitral como de la institución administradora de arbitrajes, cuando haya sido realizada de mala fe, y cause perjuicio a cualquiera de ellas.

⁶⁴⁸ El artículo 32 del RPCIAC faculta textualmente al tribunal arbitral para emitir, además de laudos definitivos, laudos provisionales o interlocutorios.

⁶⁴⁹ Laudos precautorios o cautelares.

⁶⁵⁰ (interim or conservatory measures of protection; provisional remedies; interim relief)

árbitro, no implica necesariamente la renuncia de ejercitar este recurso directamente ante la autoridad judicial.

Con el propósito de puntualizar este rubro, resulta recomendable incluir el siguiente texto en el convenio arbitral correspondiente :

"El convenio arbitral no implica que las partes despojen a los tribunales estatales de su jurisdicción sobre la materia del arbitraje en todo lo relacionado con medidas cautelares provisionales necesarias para la debida observancia del procedimiento y de la ejecución del laudo definitivo. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal arbitral o los árbitros podrán practicar este tipo de medidas, en todos aquellos casos permitidos por la normatividad aplicable." ⁶⁵¹

Es el propio CPCDF el que fundamenta la existencia de este tipo de laudos provisionales⁶⁵², específicamente la de los laudos interlocutorios, al disponer que los árbitros pueden conocer de incidentes promovidos por las partes. Es así como el tribunal arbitral puede conocer de asuntos relativos a las excepciones, comunicaciones, y a la forma del procedimiento⁶⁵³.

8) Directrices para las características, designación, sustitución, recusación, número y honorarios de los árbitros. Debido a los diversos casos que en este rubro se pueden presentar, las partes deben de prever las situaciones mencionadas, especificando la solución aplicable a la situación concreta. Entre estas situaciones, puede surgir la de en caso de que un árbitro se sustituye, si el nuevo debe personalmente escuchar las actuaciones previamente desahogadas, o si basta con que lea el registro de las mismas, o si las partes deben de pagar un seguro para el caso de recuperar el costo del árbitro sustituido. La selección de árbitros tradicionalmente es llevada a cabo por las partes; en su defecto, son designados por la institución administradora del arbitraje, o por el juez competente.

Otro factor de gran relevancia a considerar en la designación de los árbitros es su neutralidad, aún tratándose del árbitro que le toca seleccionar a cada una de las partes. Si el

⁶⁵¹ Hunter, Martín - Paulsson, Jan - Rawding, Nigel & Redfern, Alan. *"The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. Clauses in International Contracts"*. Kluwer Law and Taxation Publishers. The Netherlands, 1993. pp. 46 - 47.

⁶⁵² Mediante este tipo de laudos, el tribunal arbitral resuelve sobre asuntos relativos a la prescripción, la quita, el pago parcial, el pacto de no pedir, etc... Ver Briseño Sierra, Humberto. *"Sobre Arbitraje, Estudios" ...ob. cit., p. 313.*

⁶⁵³ Briseño Sierra, Humberto. *"Sobre Arbitraje, Estudios" ...ob. cit., p. 313.*

tribunal arbitral se percata que uno de sus integrantes adquiere una posición de intransigencia con relación al caso presentado por la parte que lo nombró, probablemente darán a sus opiniones poca importancia para la consolidación de decisiones durante el procedimiento. Es fundamental que la designación de los árbitros provoque en ambas partes la certeza de que el procedimiento arbitral se desarrollara con profesionalismo y equidad. Lo anterior depende en gran medida de las cualidades que posean los árbitros designados.

La normatividad aplicable al arbitraje como factor a tomar en cuenta para la designación de árbitros, puede facilitar a las partes esta tarea al considerar que si el árbitro escogido domina el derecho que regirá el procedimiento, sobre todo el derecho sustantivo o adjetivo, será una ventaja adicional para la debida presentación del caso ante el tribunal arbitral.

Resulta imprescindible contar en todo tribunal arbitral con por lo menos un árbitro que conozca y practique la materia o actividad de la que se desprende la controversia en específico. Es decir, si el arbitraje consiste en la disputa de un negocio relacionado con la industria petrolera, es provechoso contar con un profesional de esta área para que puede explicar algunos usos y costumbres de la industria que, ante la percepción de otras personas, serían irrelevantes para resolver adecuadamente la disputa.

En lo concerniente a los costos, los criterios varían dependiendo de lo que señalen el convenio entre las partes, la ley aplicable al acuerdo y al desarrollo del procedimiento arbitral, así como a la ley del lugar en donde se solicite el reconocimiento y la ejecución del laudo ⁶⁵⁴.

9) Reclamaciones de terceros ajenos a la relación jurídica. Si se precisa el manejo de los casos en que surgen las figuras de las tercerías excluyentes de dominio o de preferencia, de los llamados en garantía o en evicción, se facilita al tribunal arbitral el manejo de éstos en el procedimiento arbitral y en el caso de la intervención de los tribunales estatales en el mismo.

⁶⁵⁴ Por ejemplo, puede determinarse que los costos correrán a cargo de la parte que resulte ganadora en el procedimiento arbitral, esto con el propósito de evitar la reclamación especulativa de prestaciones y de reparaciones de daños. De la misma forma, se puede pactar que cada parte absorberá sus costos y el costo del arbitraje en sí, independientemente de que resulte vencedora o perdedora. Tradicionalmente se acostumbra que el tribunal arbitral determine que ambas partes paguen el costo del procedimiento y los honorarios de los árbitros en iguales proporciones.

10) Reglas concernientes a las pruebas ⁶⁵⁵. Debido a la gran diferencia que existe entre el procedimiento ante tribunales judiciales y el desarrollado ante tribunales arbitrales, resulta oportuno que las partes detallen correctamente todo lo concerniente a la pruebas en el arbitraje. La gran mayoría de leyes y normas en la materia, facultan ampliamente al tribunal arbitral sobre la pertinencia y admisibilidad de las pruebas, por lo que resulta un acierto que las partes manifiesten que tipo de pruebas, según su criterio, deben de ser atendidas por los árbitros.

Las partes pueden pactar en el contrato respectivo que ambas se comprometen a brindarse recíprocamente los documentos y testigos necesarios para acreditar, ante el tribunal arbitral, cualquier acción que intenten durante el procedimiento.

11) Idioma del arbitraje. Comúnmente no existe controversia en este punto, sin embargo es preciso detallar cuando son pertinentes las traducciones de determinados documentos o actuaciones. En ocasiones, si no se especifica el idioma a utilizar en el desarrollo del procedimiento arbitral, se utiliza el mismo del contrato principal.

A este respecto el artículo 1438 del Código de Comercio señala :

"Las partes podrán acordar el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo pacto en contrario, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral."

El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción a uno de los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral."

12) Duración del arbitraje ⁶⁵⁶. Para la eficiencia del procedimiento es recomendable que las partes pacten un determinado tiempo en el que el tribunal arbitral deberá de emitir su laudo final, de lo contrario éste podría extenderse de forma inusitada y en perjuicio de las partes.

⁶⁵⁵ (discovery)

⁶⁵⁶ (time frame)

Asimismo, resulta oportuno que las partes fijen el tiempo y la forma para comenzar con el procedimiento arbitral respectivo, así como para las demás actuaciones relevantes dentro del mismo. Con el propósito de fortalecer este esquema de términos, es preciso que las partes especifiquen la sanción o los efectos en caso de su incumplimiento.

13) Pago de gastos y costas, y moneda utilizable. Este punto resulta crucial cuando los arbitrajes involucran litigios complejos y de alta cuantía. Las partes pueden pactar libremente la mejor forma de atender este rubro o remitirse a las directrices de una institución profesional. Comúnmente es el propio tribunal arbitral quien determina los pagos de los costos del arbitraje. En ocasiones es recomendable que los costos se dividan por igual entre las partes; en otros, que la parte perdedora sea quien los cubra. Es deseable que cuando una parte se resista a la ejecución del laudo, sea ésta quien pague los costos de dicho procedimiento.

14) Laudos fundados y motivados. El determinar si el laudo arbitral debe de estar fundado y motivado por el tribunal arbitral es un factor importante a considerar, ya que por un lado brinda una mayor seguridad jurídica a las partes, pero al mismo tiempo, puede proporcionarle directamente al juez ante el que se intente la nulidad del laudo, las bases para desconocer la validez del mismo.

15) Laudos que contemplen el pago de daños y perjuicios ⁶⁵⁷. Es recomendable que las partes determinen expresamente si el tribunal arbitral pueden condenar en daños y perjuicios o solamente debe de ceñirse a los aspectos materiales de la sanción que corresponda. La sanción del laudo arbitral que incluya daños y perjuicios puede ser materia de impugnación al momento de reconocer y ejecutar un determinado laudo arbitral.

16) Mandato de ejecución del laudo ⁶⁵⁸ u homologación ⁶⁵⁹. Puede preverse en la cláusula arbitral que el laudo emitido por el tribunal arbitral debe de ser ejecutado u homologado por cualquier corte que tenga jurisdicción para hacerlo.

Como ejemplo de redacción del mandato de ejecución u homologación del laudo tenemos :

⁶⁵⁷ (punitive damages)

⁶⁵⁸ (jurisdiction to enter judgment)

⁶⁵⁹ Tratándose de arbitrajes comerciales internacionales.

"La homologación o el reconocimiento y la ejecución del laudo podrá verificarse en cualquier tribunal que tenga jurisdicción para hacerlo, o que tenga jurisdicción sobre cualquiera de las partes, o sobre los bienes y/o activos de los mismos."

La Convención de Nueva York resuelve esta situación al abolir el requisito de doble *exequatur* para lograr la plena ejecución del laudo arbitral, aún en el caso de que este mismo no haya sido reconocido o confirmado por la autoridad judicial del lugar en que se dictó.

17) Laudo final y obligatorio, sin derecho a la apelación ⁶⁶⁰. Dependiendo de la norma aplicable, las partes para garantizar una plena ejecución del laudo arbitral, deben de insertar en la cláusula que éste será final y obligatorio para ambas y que renuncian a cualquier recurso previsto para ellas como derecho subjetivo ⁶⁶¹. La renuncia que hagan de las partes a los recursos en contra del procedimiento arbitral, que sea permitida por la ley nacional del lugar del arbitraje y/o del de reconocimiento y ejecución del laudo correspondiente, debe de manifestarse expresamente en el convenio arbitral. Aún en el caso de que la ley permita la total renuncia a cualquier tipo de recursos, es recomendable que exclusivamente se renuncien aquellos que versen sobre las cuestiones del fondo del litigio.

18) Desahogo de un medio de solución de controversia previo a la sustanciación del arbitraje ⁶⁶². Las partes pueden pactar la realización de una mediación, una conciliación o una negociación previa al arbitraje, como una forma de lograr un entendimiento sin tener que llegar a la instancia arbitral que resulta más compleja.

19) Confidencialidad. Es importante que si ambas partes desean confidencialidad durante toda la sustanciación del arbitraje, incluyéndose la publicación del laudo, lo manifiesten de esa forma en la cláusula compromisoria.

20) Facultades para interpretar y adaptar contratos. Si las partes desean que el tribunal arbitral tenga facultades para adecuar la relación jurídica en caso de existir alguna *laguna* o sobrevenir una situación que cambie sustancialmente el contexto del contrato. deben de manifestarlo expresamente en el convenio arbitral.

⁶⁶⁰ (exclusion agreement)

⁶⁶¹ (waiver of appeal)

⁶⁶² (pre - arbitration negotiation, conciliation or mediation)

Los casos en que es utilizado el arbitraje para adaptar contratos, se han incrementado sustancialmente. Existen ocasiones en que las partes tiene la necesidad de adecuar su relación contractual con motivo de nuevos factores y condiciones ausentes o no previsibles al momento de la formalización de relaciones comerciales.

Esta adecuación se puede originar mediante el llenado de las *lagunas* existentes, o mediante la modificación del contrato.

Esta facultad puede ser complementada o suplantada por otras figuras como la conciliación, intervención de expertos en la materia, o creación de un comité de revisión de la relación contractual.

21) Renuncia a la inmunidad soberana. Cuando en un arbitraje una de las partes sea una entidad soberana, es recomendable que se pacte la renuncia de las inmunidades que ésta posea en los siguientes rubros : jurisdicción, actuaciones procedimentales y ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, el sólo hecho de ser parte de un convenio sobre arbitraje comercial, hace que este tipo de entidades soberanas renuncien automáticamente a su *imperio*.

Es importante que para arbitrajes en los que alguna de las partes sea una entidad soberana se añada el siguiente texto de renuncia de inmunidad :

"La entidad o parte soberana, por medio de este conducto, renuncia irrevocablemente a cualquier reclamo fundamentado en su inmunidad, con relación a cualquier procedimiento para el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral que se derive de la resolución emitida por el tribunal arbitral constituido con base en los términos de esta cláusula, incluyéndose sin limitación alguna, la inmunidad contra el desarrollo del procedimiento, la inmunidad contra la jurisdicción de cualquier tribunal relacionado, y la inmunidad sobre la ejecución de cualquiera de sus propiedades." ⁶⁶³

Estos arbitrajes se caracterizan por que es común que se someta ante el tribunal arbitral correspondiente asuntos relativos a ⁶⁶⁴ :

⁶⁶³ Hunter, Martin - Paulsson, Jan - Rawding, Nigel & Redfern. Alan. *"The Freshfields Guide to Arbitration and ADR. Clauses in International Contracts"*...ob. cit. p. 45.

⁶⁶⁴ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, ob. cit., p. 154.

- *La capacidad del estado para someterse al arbitraje comercial.*
- *La personalidad de los individuos que firman en representación del Estado, para someterlo a arbitraje definitivo y obligatorio.*
- *La arbitrabilidad de los asuntos como de exclusivo dominio de la jurisdicción del Estado participante.*

22) Especificaciones de procedimiento. Cuando las partes estimen conveniente dotar al tribunal de directrices específicas para el desahogo de determinada actuación o instancia, deben de hacerlo o manifestarlo expresamente de común acuerdo.

23) Pena convencional. Con el propósito de asegurar el procedimiento arbitral y la plena ejecución del laudo correspondiente, las partes pueden incluir en la cláusula arbitral una pena convencional para el caso de que cualquiera de ellas incumpla u obstaculice el arbitraje y la ejecución del laudo que resulte del mismo. Resulta pertinente incluir, como supuesto de la pena convencional, el que cualquiera de las partes, sabiendo que la controversia es materia de un arbitraje, acuda a un tribunal judicial o de cualquier otra índole para resolver la misma, ante estas autoridades ⁶⁶⁵.

24) Continuación de la relación jurídica durante el arbitraje ⁶⁶⁶. Las partes pueden pactar que la relación jurídica entre las mismas no se suspenda por el hecho de encontrarse bajo el desarrollo del procedimiento arbitral. Esto resulta benéfico en relaciones contractuales que por su propia naturaleza el deterioro o menoscabo de los activos, materiales, o dinero invertidos, producto del paro de actividades, pueda acarrear grandes pérdidas para ambas partes. La permanencia en el desarrollo de la relación, aún estándose sustanciando un sistema de solución de controversias, se logra al disponer determinados mecanismos para resolver cierto tipo de disputas derivadas de partes no esenciales de aquella.

⁶⁶⁵ Esto ayuda a que el arbitraje no se vea obstaculizado porque cualquiera de las partes intente una vía diferente para resolver una controversia pactada en un convenio arbitral; si esto sucede, por lo menos la parte que lo haya intentado recibiría una fuerte sanción económica impuesta por el tribunal arbitral cuando se constituyera en forma. La remisión de competencia en nuestro derecho derivada de la existencia de un convenio arbitral, no procede automáticamente, es preciso que cualquiera de las partes (comúnmente la demandada) lo soliciten a la autoridad estatal que conoce del asunto materia de un arbitraje.

⁶⁶⁶ (intermediate dispute resolution clauses)

25) Renuncia a cualquier otro convenio arbitral anterior al que formalizan las partes. En el caso de que se presume la existencia de algún convenio arbitral anterior al que se proyecta celebrar, es recomendable que se incluya al aclaración que el convenio vigente será el que suscriben las partes en el mismo acto, renunciando a cualquier otro anterior. Este supuesto puede llegar a suceder en el caso de la transmisión en el control accionario de empresas, en la cesión de derechos litigiosos, o en el caso de convenios arbitrales que hubieren suscrito empresas dentro de un mismo grupo corporativo.

26) Procedimiento prearbitral conducido por un referee ⁶⁶⁷. Este tipo de procedimientos son utilizados para desarrollar de una manera más fácil cualquier tipo de medida cautelar provisional que las partes llegaren a necesitar con respecto a la controversia materia del arbitraje.

Redacción de una cláusula compromisoria estándar

Para arbitrajes *ad - hoc* ⁶⁶⁸

La redacción de cláusulas compromisorias sobre arbitrajes *ad - hoc* incluyen comúnmente los siguientes elementos :

"Cualquier disputa o reclamación relacionada o que se suscite en conexión con la presente relación jurídica, el incumplimiento de alguno de sus elementos, su terminación o invalidez, deberá de resolverse de forma definitiva a través de un procedimiento arbitral desarrollado de conformidad con las siguientes estipulaciones :

1.- El arbitraje tendrá verificativo en _____.

2.- El tribunal arbitral estará compuesto de _____ árbitros, designados de la siguiente manera :

⁶⁶⁷ (prearbitral referee procedure)

⁶⁶⁸ Aún el caso de que se tenga capacidad de redactar toda una serie de reglas específicas para este tipo de arbitrajes, es muy recomendable que éstas se complementen con, o se haga referencia a reglas preestablecidas de arbitraje, designando a un instituto reconocido en la administración de arbitrajes para señalar a las personas que fungirán como árbitros.

a. En caso de que sea un sólo árbitro, las partes lo designarán de común acuerdo. Si existiere problema para esta designación, el árbitro será designado por _____.

b. En caso de más de un árbitro, cada parte nombrará uno y éstos dos designarán al tercero, quien fungirá como presidente del tribunal arbitral.

c. Si cualquiera de las partes tuviere problemas para designar a su correspondiente árbitro dentro de los 30 días naturales siguientes a que se recibiere la notificación del nombramiento del árbitro de la otra parte, éste será designado por _____.

d. En caso de que los dos árbitros designados no pudieren designar al tercero en un lapso de treinta días naturales siguientes a la incorporación del segundo al tribunal arbitral, éste será designado por _____.

e. Los sustitutos de los árbitros se escogerán de conformidad al procedimiento descrito con anterioridad.

3.- Las partes convienen en que el arbitraje constará de las etapas expositoria, probatoria, conclusiva, resolutive y ejecutiva, cuyas características serán libremente determinadas por el tribunal arbitral.

4.- Una vez constituido en definitiva el tribunal arbitral, la parte actora en el menor tiempo posible, o a más tardar 30 días naturales después de dicha constitución, deberá de presentar su caso por escrito con fotocopias para todos los árbitros y también para la parte demandada, haciendo acompañar a las mismas de todos los documentos que considere pertinentes.

5.- Una vez recibidos los documentos de la parte actora, la demanda contará con treinta días naturales para responder a la misma.

6.- El tribunal arbitral determinará la sustanciación del resto del procedimiento de conformidad a lo establecido por las partes, o en su defecto, por lo que él mismo determinara.

7.- *Cualquier decisión del tribunal arbitral, incluido el propio laudo, debe de emitirse por mayoría, en su defecto, la decisión o la controversia será decidida por el propio presidente del tribunal arbitral."*

A esta cláusula se le pueden incluir otros rubros como los citados en los temas anteriores.

Para arbitrajes institucionales

A continuación se presenta un ejemplo de una cláusula compromisoria estándar para arbitrajes institucionales:

"Cualquier disputa, controversia o reclamación derivada de, o que se suscite en conexión con la presente relación jurídica y/o su instrumento, incluyéndose toda cuestión relacionada con su existencia, cumplimiento, validez o terminación, sea esto de manera directa o indirecta, deberá de resolverse de forma definitiva a través de un procedimiento arbitral desarrollado de conformidad con las normas de _____ (vigentes a la fecha de firma del contrato o de la instalación del tribunal arbitral), las cuales se tienen por insertas en esta cláusula, administrado por _____, mediante uno (varios) árbitros, que serán seleccionados por _____.

El arbitraje tendrá verificativo en _____; la ejecución del laudo arbitral será en _____.

El idioma a utilizar en el desarrollo del arbitraje será _____.

El tribunal arbitral deberá de interpretar el fondo del litigio de acuerdo con las leyes de _____.

La ejecución del laudo que emita el tribunal arbitral podrá realizarse por cualquier tribunal estatal que tenga jurisdicción para hacerlo."

Etapas que debe de comprender una cláusula compromisoria integral

La adecuada redacción de toda cláusula compromisoria definida como *integral*⁶⁶⁹, debe de constituirse a través de la inclusión en su texto de vías alternas de carácter no obligatorio para la solución de controversias que se llegaran a suscitar entre las partes, que ellas mismas puedan desahogar sin la necesidad de la intervención de abogados o de tribunales, antes de dirigirse directamente a la sustanciación de un procedimiento arbitral o jurisdiccional.

Las etapas aconsejadas son⁶⁷⁰:

1.- Negociación. Es recomendable que se incluya en la cláusula arbitral, la obligación entre las partes de desahogar, en caso de diferencias, un proceso de negociaciones, con tiempo limite, dirigido por representantes o por las personas idóneas, que puedan o que tengan poder suficiente para comprometerse a aprobar directamente la negociación a la que se llegue. Lo anterior, como un prerequisite al desarrollo del arbitraje.

Una estrategia eficaz de negociación demanda abordar la disputa desde una perspectiva racional y objetiva, por lo que resulta prudente que los sujetos o representantes directamente involucrados, dejen incorporarse a la negociación, o, de plano la depositen, en otras personas que por su situación se encuentren en una posición más negociadora y menos adversarial.

Ejemplo de previsión de una negociación dentro de una cláusula compromisoria :

"Previo al desahogo del procedimiento arbitral, las partes, de buena fe, deberán de intentar la resolución de cualquier disputa o reclamación que surja con motivo de la presente relación jurídica, a través de un sistema de negociación llevada a cabo entre ellas mismas o de representantes que cuenten con las facultades necesarias para poder intervenir en las negociaciones y obligar a sus representadas con base en lo convenido en éstas. Al momento que surja la controversia, las partes conjuntamente diseñarán el procedimiento a seguir para desarrollar las negociaciones."

⁶⁶⁹ (phased arbitration clause)

⁶⁷⁰ Las dos primeras etapas (cooling - down mechanism) no son coercibles (non - binding dispute resolution), la tercera si lo es (binding dispute resolution).

2.- Conciliación o mediación. Esta opción versa sobre la obligación pactada entre las partes para desahogar, previo al arbitraje, un proceso de negociación con la intervención de un tercero ajeno a la controversia, siendo que éste sólo guíe la misma o que también proponga soluciones para poner fin a la disputa.

Se puede optar por pactar la mediación o la conciliación como un a etapa previa al arbitraje y posterior a la negociación, o solamente como una etapa previa al primero.

A continuación se inserta un ejemplo de cláusula compromisoria que incluye como segunda etapa un procedimiento de mediación entre las partes :

"Si la controversia no se hubiere resuelto a través de la negociación, las partes intentarán previo al arbitraje comercial, un procedimiento de mediación, designando como tercero neutral a _____. En caso de que las partes no pudieran llegar a un acuerdo sobre esta designación, encomiendan la misma a _____"

3.- Arbitraje comercial. Como tercera y última etapa se procede a desahogar un procedimiento arbitral cuyos resultados son de carácter obligatorio para las partes. Estas tienen la obligación de someterse a la decisión que pronuncie el tribunal arbitral para el caso concreto.

v) Compromiso arbitral definitivo

Otra de las formas que puede adquirir el convenio arbitral es la de un instrumento elaborado por las partes involucradas en una determinada disputa, a través del cual éstas convienen en someter sus diferencias al procedimiento arbitral, determinando las directrices y características del mismo. A diferencia de la cláusula compromisoria, en el compromiso arbitral definitivo ya existe la disputa y con base en esta situación es que las partes convienen solucionarla a través del arbitraje.

Aún en el caso de que las partes pacten modificaciones sobre una cláusula compromisoria ya existente, ésta no se convierte en un compromiso arbitral, sino en una modificación de la misma.

Concepto

El compromiso arbitral definitivo es una especie del género convenio arbitral que constituye un instrumento jurídico mediante el cual las partes convienen en someter la disputa o disputas derivadas de la relación jurídica que las vincula, sea esta contractual o extracontractual, a un procedimiento arbitral. Dentro de este mismo convenio, las partes definen las reglas y características a las que se debe de sujetar dicho procedimiento, señalando principalmente la materia del litigio, la normatividad aplicable y la conformación del tribunal arbitral.

El compromiso arbitral definitivo concreta la intención de las partes de someterse a la jurisdiccional arbitral, renunciando a cualquier otra que pudiera corresponderles.

14.- El procedimiento arbitral

El procedimiento arbitral se encuentra constituido por las siguientes etapas :

- I. Etapa preliminar.
- II. Etapa expositiva o postulatoria.
- III. Etapa probatoria.
- IV. Etapa conclusiva.
- V. Etapa impugnativa.
- VI. Etapa ejecutiva.

Arbitraje *ad - hoc*

I. Etapa preliminar ⁶⁷¹

Esta etapa del procedimiento arbitral se encuentra constituida por los siguientes rubros :

- a) Identificación de las partes involucradas en el conflicto.*

⁶⁷¹ (commencement of the arbitration)

- b) *Medidas cautelares provisionales o providencias precautorias solicitadas a la autoridad estatal.*
- c) *Notificación de reclamación* ⁶⁷².
- d) *Juntas preliminares* ⁶⁷³.
- e) *Notificación de arbitraje* ⁶⁷⁴.
- f) *Medios preparatorios.*
- g) *Designación de árbitros o instalación del tribunal arbitral.*
- h) *Notificaciones, cómputo de plazos y términos.*
- i) *Lugar.*
- j) *Idioma.*
- k) *Jueces competentes.*
- l) *Inicio del procedimiento arbitral*

a) Identificación de las partes involucradas en el conflicto

Para ubicar a las personas físicas o morales que reciben el calificativo de partes dentro de un procedimiento arbitral, es preciso atender dos conceptos revisados con anterioridad, la capacidad y la legitimación. Cualquier persona o entidad involucrada en un convenio arbitral debe de poseer la cualidad de ser titular de los derechos derivados del objeto de la relación jurídica, es decir ser el sujeto del derecho o de la obligación controvertidos, así como tener la capacidad para ejercitar los derechos procesales que deriven de la defensa o reclamo relacionados con los mismos ⁶⁷⁵. Es decir, cada una de las partes de un arbitraje debe de ser susceptible de decidir su parte de derechos y obligaciones en la relación jurídica, así como estar facultada para someterse por sí misma, o mediante un tercero, al procedimiento arbitral y obligarse al cumplimiento de la resolución dictada en el mismo.

⁶⁷² (notice of a claim)

⁶⁷³ (preliminary meetings)

⁶⁷⁴ (notice of arbitration, notice of intention to arbitrate, demand for arbitration, or request for arbitration)

⁶⁷⁵ En aquellos casos internacionales en los que alguna de las partes ha tratado de prevalerse de su propio dolo, manifestando su incapacidad para someterse al arbitraje, habiendo firmado un convenio arbitral a sabiendas de su incapacidad, el fallo generalmente ha sido el rechazar la invocación de nulidad de dicho convenio llevada a cabo por sí misma. Lo anterior se traduce en una falta al principio de buena fe contractual. El maestro Gómez Lara en su obra "Teoría General del Proceso", afirma que, "Lo esencial a la parte en el sentido procesal, es que esta sea un sujeto que reclame o inste, para sí o para otro, o que esté en posibilidad de reclamar una decisión jurisdiccional respecto de la pretensión que en el proceso se debate. No basta para ser parte, en sentido procesal, la sola personalidad jurídica, sino que debe tenerse la capacidad de ejercicio, entendida ésta como la posibilidad de efectuar válidamente actos jurídicos en beneficio, o perjuicio propio o ajeno."

En los casos de representación, relacionados con los poderes para pleitos y cobranzas, tanto de manera general, como especial, en materia de procedimientos arbitrales, la ley que debe de ser aplicada para calificar la relación entre el otorgante y el apoderado debe de ser aquella del lugar en donde se celebró el poder correspondiente ⁶⁷⁶.

Arbitrajes multipartes

En ocasiones, la relación jurídica de la que deriva un convenio arbitral, comprende a más de dos sujetos o partes. En materia comercial, la gran complejidad de operaciones que se desarrollan cotidianamente dan lugar a que un determinado contrato, a la vez, se encuentre vinculado con otros instrumentos, o inclusive con terceros, cuya presencia en el procedimiento arbitral resulta necesaria.

El arbitraje multipartes deriva del vínculo generado por un convenio arbitral, por la relación entre operaciones contractuales ⁶⁷⁷ o extracontractuales, o por la relación entre más de dos personas físicas o morales involucradas en la materia de la controversia.

Lo anterior genera dos clasificaciones :

- ***Arbitraje por multiplicidad de partes en un convenio arbitral.*** En este tipo de arbitrajes, todas las partes involucradas en la controversia son firmantes del mismo contrato ⁶⁷⁸, y por lo tanto del mismo convenio arbitral. El vínculo jurídico es común a todas las partes involucradas. En estos arbitrajes generalmente existe un sólo contrato.

- ***Arbitrajes relacionados o paralelos (consolidación de arbitrajes).*** En estos arbitrajes, el vínculo entre las partes es circunstancial. Existe una diversidad de contratos relacionados, cada uno con distintas partes y con diferentes convenios arbitrales, sin embargo, las pretensiones y litigios materia de las diversas relaciones procesales que se generan, se

⁶⁷⁶ En relación con los procedimientos arbitrales internacionales en materia mercantil, es común que los árbitros determinen la validez de los actos realizados por medio de un representante de manera amplia, es decir, basándose en los usos comerciales que impliquen claramente que los actos realizados por el apoderado o representante legal, han sido ratificados por el representado a través de comunicaciones o intercambio de documentos e información con la contraparte, induciendo su plena confianza en que dicho representante tiene los poderes necesarios para obligar a la persona o empresa correspondiente.

⁶⁷⁷ (chain contracts)

⁶⁷⁸ Como es el caso de una coinversión o joint venture.

encuentran vinculados unos con otros ⁶⁷⁹. En estos arbitrajes generalmente existe un conjunto de contratos.

Uno de los problemas que generan los arbitrajes multipartes es el de la probabilidad de que una persona que no haya consentido en arbitrar una determinada controversia, se adhiera, a petición del tribunal arbitral, al procedimiento respectivo. Siendo el arbitraje un tipo de jurisdicción a la que se accesa por la vía del consenso, resulta importante determinar los casos en que para la correcta solución del conflicto, se requiera la presencia en el arbitraje de un tercero que se rehusa a someterse al mismo.

En materia de jurisdicción estatal, la autoridad tiene el imperio necesario para mandar la conexidad de litigios en aquellos casos que considere procedente la petición ⁶⁸⁰. Esta acumulación de procedimientos tiene como finalidad que dos o más litigios sean resueltos por la misma resolución.

El que la *lex arbitri* concediera al tribunal arbitral la facultad para declarar la acumulación de arbitrajes, atentaría con la naturaleza consensual del presupuesto procesal denominado convenio arbitral, y al mismo tiempo, entraría en contradicción con la demás normatividad, incluyendo la internacional (Convenciones de Nueva York y de Panamá), al considerar viable el reconocimiento y la ejecución de un laudo, resultado de un arbitraje en que existió la imposición de un tribunal arbitral o de un procedimiento arbitral a una de las partes⁶⁸¹.

Sin embargo, en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio, referente a inversiones, en el mecanismo de arbitraje que dicho capítulo incluye, el artículo 1126 determina : "...2. Cuando un tribunal establecido conforme a este artículo determine que las reclamaciones sometidas a arbitraje de acuerdo con el artículo 1120 plantean cuestiones en común de hecho o de derecho, el tribunal, en interés de una resolución justa y eficiente, y habiendo escuchado a las partes contendientes, podrá ordenar que : a)

⁶⁷⁹ El ejemplo común es el del contrato principal y los subcontratistas que el mismo genera.

⁶⁸⁰ Art. 39 del CPCDF : "Existe conexidad de causas cuando haya : I. Identidad de personas y acciones, aunque las cosas sean distintas (un mismo actor demanda la reivindicación de diferentes bienes a una misma persona); II. Identidad de personas y cosas aunque las acciones sean diversas (en un juicio se demanda la nulidad de un contrato y en otro su rescisión); III. Acciones que provengan de una misma causa, aunque sean diversas las personas y las cosas (conflicto sucesorio), y IV. Identidad de acciones y de cosas, aunque las personas sean distintas (controversia derivada del derecho al pago de unos obligacionistas de determinada emisión de obligaciones)..."

⁶⁸¹ Ver inciso d) del artículo V, de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, e inciso d) de los artículos 1457 y 1462 del CC.

Asuma jurisdicción, desahogue y resuelva todas o parte de las reclamaciones, de manera conjunta; o b) Asuma jurisdicción, desahogue y resuelva una o más de las reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras..."

Contrariamente a la naturaleza consensual del presupuesto procesal denominado convenio arbitral, a través de dicho Tratado se faculta a los árbitros para que ellos mismos determinen la acumulación de procedimientos que guarden una determinada identidad.

La doctrina internacional considera dos casos en que un tercero se pudiera ver obligado a participar en un arbitraje en el cual no hubiere suscrito el convenio arbitral correspondiente⁶⁸² :

- Cuando esa persona o tercero ha sido representada en el contrato principal, directa o indirectamente.

- Cuando el contrato principal o el propio convenio arbitral se transfieren a un tercero que no hubiere participado en su suscripción original.

Una solución consiste en constituir la acumulación de procedimientos arbitrales⁶⁸³ por mutuo consentimiento de las partes involucradas. Lo anterior se puede lograr a través de la elección de normas procedimentales, que permitan a terceros incorporarse al procedimiento arbitral⁶⁸⁴ y sujetarse a todo lo relativo al mismo.

Como ejemplo del texto que comprendería esta acumulación tenemos :

"Salvo convenio en contrario de las partes, el tribunal arbitral tendrá la facultad para permitir la incorporación de otras personas al arbitraje, manifestando su intención de adhesión expresamente, y para que el mismo resuelva todas las controversias sometidas y/o incorporadas al procedimiento, a través de un sólo laudo definitivo."

⁶⁸² Delvolvé, Jean - Louis. "Non signing parties to the arbitration agreement". from *The New York Convention Day Colloquium*. New York, New York, June 10, 1998.

⁶⁸³ (consolidation of arbitrations)

⁶⁸⁴ (joinder of parties)

Tratándose de arbitrajes multipartes :

"Cualquier parte de este contrato que no figure como tal en el inicio de algún procedimiento arbitral relacionado con el mismo, autoriza expresamente a ser incorporada a dicho arbitraje a petición de cualquiera de las partes involucradas, incluyéndose al determinación hecha por el propio tribunal arbitral. Asimismo, la parte que sea incorporada puede, a su vez, incorporarse voluntariamente al arbitraje que se desarrolle. Todas las partes que suscriban el presente contrato, siempre y cuando hubieren sido debidamente notificadas del arbitraje que se desarrolle, deberán acatar las resoluciones derivadas del laudo definitivo que se dicte en el procedimiento correspondiente."

Otra forma de lograr la conexidad, es mediante el acuerdo en el contrato principal de una estipulación que obligue a las partes a incluir en los subsecuentes contratos que tengan relación con el primero, cláusulas arbitrales que hagan referencia y se vinculen con la estipulada en el contrato origen, calificando la omisión de esta obligación como incumplimiento de contrato.

Es importante tomar en cuenta que, ante la aceptación de las partes de un convenio arbitral sobre el ingreso de un tercero al procedimiento correspondiente, los árbitros pueden adoptar dos actitudes :

- *Declarar improcedente dicha aceptación de incorporación.*
- *Excusarse de su desempeño como árbitros.*

Lo anterior se explica a la luz de la independencia del tribunal arbitral y de su facultad para resolver sobre incidentes sin cuya resolución no fuere posible resolver la controversia.

De la misma forma, los árbitros pueden, como iniciativa propia, someter a la consideración de todas las partes la incorporación de una tercera parte en el arbitraje correspondiente.

La controversia derivada de un instrumento accesorio de un contrato principal que contenga una cláusula arbitral, puede derivar en la interpretación a favor del arbitraje, aunque en dicho accesorio no se contemple una referencia a este proceso, siempre y cuando

el texto del mismo contenga elementos suficientes que hagan presumir la intención de las partes para utilizar el mismo método de solución de controversias estipulado en el contrato principal⁶⁸⁵.

No es ocioso recordar que la conexidad es distinta a la litispendencia. Se puede solicitar al tribunal estatal la conexidad, es decir, la acumulación de aquellos procedimientos diversos pero que conteniendo elementos que los hacen conexos, hace procedente la petición de dicha excepción. Por otra parte, la litispendencia genera una excepción procesal fundamentada en que un mismo litigio no debe de ser sustanciado mediante dos diferentes vías simultáneamente.

En materia de arbitrajes multipartes o paralelos y su relación con la sustanciación de litigios similares ante tribunales estatales, la codificación adjetiva civil y el propio Código de Comercio resuelven parte de esta controversia al calificar al convenio arbitral como una excepción de litispendencia.

Ahora bien, en el caso de litigios arbitrales, en los cuales se genere algún supuesto de conexidad con respecto a algún otro litigio de carácter estatal o arbitral, éste se resuelve si los documentos base de la acción, en todos los litigios, incluyen convenios arbitrales relacionados.

Si la conexidad deriva de la identidad de personas y acciones, o de la identidad de personas y cosas, sin que existan convenios arbitrales relacionados, bastará con que dichas personas acepten someterse al arbitraje correspondiente.

Cuando la conexidad es producto de acciones que provengan de una misma causa, siendo diversas las personas y las cosas, o de la identidad de acciones y de cosas, siendo las personas distintas, y no se contemplen convenios arbitrales relacionados que remita los litigios conexos a un sólo arbitraje, la autoridad no podrá considerar procedente la excepción de conexidad debida a que atentaría contra la naturaleza consensual del presupuesto procesal que constituye el propio convenio arbitral ⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Este caso es común tratándose de avales o fiadores.

⁶⁸⁶ El artículo 40 del CPCDF señala : *"No procede la excepción de conexidad : I. Cuando los pleitos están en diversas instancias; II. Cuando los juzgados que conozcan respectivamente de los juicios pertenezcan a tribunales de alzada diferente; y III. Cuando se trate de un proceso que se ventile en el extranjero."*

b) Medidas cautelares provisionales o providencias precautorias solicitadas a la autoridad estatal

Cualquiera de las partes involucradas en una relación jurídica sometida a un convenio arbitral, pueden requerir a la autoridad judicial, previo al inicio del procedimiento ⁶⁸⁷, la adopción de medidas cautelares provisionales ⁶⁸⁸.

El propio artículo 1425 del CC señala que aún cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes puede solicitar este tipo de medidas, lo que las hace una opción procesal irrenunciable.

Estas medidas proceden en los siguientes casos ⁶⁸⁹:

- 1.- Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.
- 2.- Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real.
- 3.- Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

Las providencias precautorias pueden consistir en el arraigo de la persona y en el secuestro de bienes.

Dentro de este rubro, encontramos también las llamadas diligencias preliminares de la consignación, consistentes en la entrega que hace el deudor al juzgador de la prestación debida, o del bien adeudado, antes de iniciar formalmente un procedimiento, con el propósito de dejar constancia del cumplimiento de sus obligaciones.

⁶⁸⁷ Sin embargo, el artículo 1170 del CC señala: "Las providencias precautorias establecidas por este código podrán decretarse, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio respectivo; en este segundo caso la providencia se sustanciará en incidente por cuerda separada, y conocerá de ella el juez o tribunal que al ser presentada la solicitud esté conociendo del negocio."

⁶⁸⁸ Artículo 1425 del CC. Como ejemplos de este tipo de medidas tenemos: 1.- La separación de cónyuges, 2.- Retención de bienes muebles, 3.- Otorgamiento de alimentos a menores, etc...

⁶⁸⁹ Art. 1168 del CC.

En materia de competencia para este tipo de medidas el CC establece en su artículo 1112 : "*Para los actos prejudiciales es competente el juez que lo fuere para el negocio principal; si se tratare de providencia precautoria lo será también, en caso de urgencia, el juez del lugar en donde se halle el demandado o la cosa que debe ser asegurada.*"

Las providencias precautorias se impugnan a través del recurso de revocación ⁶⁹⁰ o del incidente de reclamación ⁶⁹¹ de las mismas.

c) Notificación de reclamación

Comúnmente, en el arbitraje *ad - hoc* de carácter comercial, esta etapa se desarrolla de la siguiente forma :

1.- En el momento en que cualquiera de las partes involucradas en una determinada relación jurídica considera que se ha presentado una diferencia con respecto a lo pactado, o a los términos de dicha relación, que pudiera lesionar sus derechos, o afectar el debido cumplimiento de sus obligaciones, puede expresar a su contraparte o contrapartes, de manera sucinta, a través de una notificación de reclamación, sobre esta situación. La notificación correspondiente debe de contener una síntesis de la diferencia ⁶⁹² , la posición que asume la parte requiriente ⁶⁹³, y la propuesta de solución a la controversia de la misma. De preferencia, la notificación de este documento debe de realizarse en forma personal, contra recibo firmado, o mediante correo certificado. La parte requiriente debe de asegurarse de que la correspondiente notificación de reclamación es presentada en tiempo y forma de acuerdo a los lineamientos convenidos, o de los derivados de la normatividad aplicable.

2.- La parte o partes requeridas ⁶⁹⁴ deben de contestar la notificación de reclamación a la requiriente dentro del lapso de tiempo acordado, manifestando su declaración sobre la situación presentada ⁶⁹⁵, su postura ante la controversia, propuestas de solución a la misma, y cualquier reclamación que considere apropiado manifestar.

⁶⁹⁰ Ver art. 1186 del CC.

⁶⁹¹ Contra la reclamación procede el recurso de apelación en efecto devolutivo.

⁶⁹² (statement of claim)

⁶⁹³ (claimant)

⁶⁹⁴ (defendant - respondent)

⁶⁹⁵ (statement of defense)

3.- La parte requiriente tendrá un determinado lapso de tiempo para contestar dicha reconvencción o reclamaciones ⁶⁹⁶ de su contraparte o contrapartes.

d) Juntas preliminares

1.- Enteradas las partes de la controversia, podrán optar entre desahogar un procedimiento de mediación o conciliatorio previo al arbitraje, o directamente sustanciar este último.

2.- Para determinar lo anterior, las partes podrán celebrar juntas o audiencias preliminares⁶⁹⁷ para desahogar cualquier asunto en conexión con su relación jurídica en conflicto, llegar a un acuerdo sobre el desarrollo de procedimientos prearbitrales, como una mediación o una conciliación, o directamente sustanciar el arbitraje pactado en el convenio respectivo. Una vez determinado el procedimiento a seguir, las partes con base en lo acordado entre ellas, procederán a designar o a complementar, si ya se organizó, el marco y la forma de desarrollar los procedimientos respectivos (mediación, conciliación o arbitraje).

Resulta benéfico para una posible solución de la controversia planteada, que en esta etapa del arbitraje, se encuentren presentes para negociar, tratándose de entidades jurídicas, aquellas personas con los poderes suficientes para emitir decisiones ejecutivas que obliguen en definitiva a su representada.

e) Notificación de arbitraje

Una vez que las partes hubieren desahogado el procedimiento prearbitral, sin llegar a resolver la controversia, o hubieren preferido sustanciar directamente el arbitraje, éste comenzará cuando el demandado hubiere recibido la correspondiente notificación o requerimiento de arbitraje. A través de este documento las partes inician formalmente el procedimiento arbitral ⁶⁹⁸, dando lugar al desarrollo del mismo mediante la constitución del tribunal correspondiente, o a los medios preparatorios que se requieran.

⁶⁹⁶ (counterclaim or reply)

⁶⁹⁷ (preliminary meetings and hearings)

⁶⁹⁸ El Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (RPCIAC), determina en el párrafo segundo de su artículo 3, que el procedimiento arbitral inicia en la fecha en que la notificación de arbitraje es recibida por el demandado.

El artículo 1437 del CC señala : *"Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales con respecto a una determinada controversia, se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia al arbitraje."*

Esta notificación de arbitraje no es lo mismo que el documento constitutivo de la demanda de arbitraje, aunque ambos pudieren formar parte de un mismo documento. Mediante el primero, el demandante notifica al demandado del sometimiento a arbitraje de una controversia derivada o en conexión con la relación jurídica que los une (contrato), acción fundamentada en el convenio arbitral formalizado entre ambos.

Las partes deben de hacer acompañar a la notificación de arbitraje, copia del documento en donde se encuentre el convenio arbitral.

La notificación de arbitraje debe de comprender, entre otros rubros, los siguientes :

- 1.- La petición de que la controversia se someta al arbitraje*
- 2.- El nombre y el domicilio de las partes*
- 3.- Una referencia al convenio arbitral que se invoca*
- 4.- Una referencia al contrato del que resulte el litigio o con el cual el litigio esté relacionado*
- 5.- La naturaleza general de la demanda y, si procede, la indicación del monto involucrado*
- 6.- Las pretensiones y prestaciones reclamadas*
- 7.- Una propuesta sobre la constitución del tribunal arbitral en caso de que no se haya convenido en ello*
- 8.- Nombre y domicilio de las personas que se designen como representantes o asesoras*

f) Medios preparatorios

Esta etapa es de coadyuvancia al mismo procedimiento principal, al lograrse a través de la misma, la conjunción de determinados elementos necesarios para el debido desarrollo de éste ⁶⁹⁹.

⁶⁹⁹ Tanto el CC, como el CPCDF, determinan entre otros supuestos por los que el juicio podrá prepararse, los siguientes : 1.- Pidiendo declaración bajo protesta el que pretenda demandar, de aquél contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia; 2.- Pidiendo la

Los medios preparatorios en materia del procedimiento arbitral, esencialmente hacen referencia a la designación de los árbitros en caso de que las partes hubieren omitido esta cuestión. Es el propio CPCDF, el cuerpo normativo que hace referencia directamente a los medios preparatorios en el juicio arbitral ⁷⁰⁰. A su vez, el CC también hace referencia a un sistema supletorio para la designación de árbitros en caso de que no se hubiere previsto procedimiento alguno.

La codificación civil adjetiva mencionada, determina el procedimiento que a continuación se describe :

- 1.- Si las partes omiten señalar el procedimiento para la designación de árbitros, el arbitraje se debe de preparar a través del nombramiento de los mismos por el juez estatal competente.
- 2.- Una vez exhibido por las partes el convenio arbitral de referencia ante la autoridad judicial, la misma, en un período de tres días, citará a junta para que éstas elijan el o los árbitros, apercibiéndolos para que en caso de que no lo hicieren, ésta los escogerá de la lista del Tribunal Superior correspondiente ⁷⁰¹.
- 3.- Si el convenio arbitral forma parte de un documento privado, al emplazar a la otra parte ala junta descrita, el actuario la requerirá previamente para que reconozca la firma del documento, y si se rehusare a contestar a la segunda interrogación, se tendrá por reconocida.
- 4.- Con el acta de la junta emplazada por el juez, se iniciarán las labores de los árbitros, emplazando a la partes al procedimiento arbitral.

exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción real que se trate de entablar; 3.- Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder; 4.- Pidiendo el examen de testigos; 5.- Pidiendo la exhibición de los títulos y otros documentos que se refieran a la cosa vendida por quienes hayan sido parte en una compraventa en el caso de evicción; 6.- Pidiendo la exhibición de un protocolo o de cualquier otro documento archivado en oficina pública; y 7.- Pidiendo el juicio pericial o la inspección judicial, entre otros.

⁷⁰⁰ CPCDF arts. 220 al 223.

⁷⁰¹ Cuando el o los árbitros designados por las partes renuncien sin existir sustitutos, se podrá elegir árbitro de conformidad con lo estipulado en este numeral.

Al respecto de la designación de árbitros, la jurisprudencia determina :

1.- *"ARBITROS JUDICIALES. Contra la designación de un árbitro judicial, hecha de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles del Distrito, es improcedente conceder la suspensión, así como contra la declinatoria de jurisdicción que acuerde la Sala responsable, porque de no ejecutar el acto, se detendría el procedimiento judicial que es de orden público, perjudicándose por tanto la sociedad que tiene interés en la expedita administración de justicia."* ⁷⁰²

2.- *"ARBITROS JUDICIALES EN EL DISTRITO, APERCIBIMIENTO PARA EL NOMBRAMIENTO DE LOS. Cuando el acto reclamado, cuya suspensión se pide, consiste en el auto que dicta el juez de Distrito Federal, previniendo a uno de los litigantes que nombre un juez árbitro, es improcedente conceder al suspensión, por referirse el auto al procedimiento judicial, que está considerado como de orden público, por lo cual, de acuerdo con la fracción I del artículo 55 de la Ley de Amparo, interpretada en sentido contrario, procede negar la suspensión, toda vez que, de conceder ésta, sufriría perjuicios la sociedad."* ⁷⁰³

En caso de considerarse necesario, las partes también podrán desahogar juntas preliminares de carácter informal, con el propósito de definir criterios básicos acerca de :

- 1.- *Marco y operación del procedimiento arbitral (modificaciones o complementos)*
- 2.- *Jurisdicción (alcance del convenio arbitral)*
- 3.- *Presentación de la documentación en general, pruebas, testigos, etc...*
- 4.- *Dudas generales*
- 5.- *Cuotas y honorarios*
- 6.- *Normatividad aplicable*
- 7.- *Medidas precautorias*
- 8.- *Idioma*
- 9.- *Laudos interlocutorios o parciales* ⁷⁰⁴

⁷⁰² Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLIII, pág. 2864. Acosta De Serralde Guadalupe, 20 de marzo de 1935.

⁷⁰³ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIX, pág. 1086. Mauries de Gómez Ana, 11 de octubre de 1933.

⁷⁰⁴ (interim or partial awards)

Si en estas reuniones preliminares se cuenta con la presencia de las personas idóneas con las facultades suficientes para tomar decisiones que pudieran facilitar el procedimiento, se logrará un arbitraje altamente efectivo.

g) Designación de árbitros o instalación del tribunal arbitral

Este apartado es uno de los más importantes de todo el procedimiento arbitral, ya que de éste depende el mayor o menor grado de eficacia que el mismo tenga en todas las demás etapas que lo constituyen ⁷⁰⁵.

- **Concepto de árbitro y de tribunal arbitral.** El árbitro y el propio tribunal arbitral son los órganos que tienen como función dentro del procedimiento arbitral, ejercer la función jurisdiccional para resolver la controversia ante ellos planteada ⁷⁰⁶.

El árbitro es definido como aquella persona física designada para fungir como órgano jurisdiccional para resolver una determinada controversia planteada ante él mismo.

El tribunal arbitral es definido como aquél órgano colegiado, que ejerce la función jurisdiccional para dirimir un determinado litigio ante él planteado.

- **Normas aplicables al árbitro o tribunal arbitral.** De acuerdo con la Convención de Nueva York, así como con el propio Código de Comercio, la normatividad aplicable al árbitro o al tribunal arbitral, será aquella decidida por las partes, mientras la misma no contradiga disposiciones irrenunciables del ordenamiento jurídico o de la propia *lex arbitri*; en su defecto o supletoriamente serán aplicadas las normas que constituyen ésta última ⁷⁰⁷. Tratándose de la Convención de Panamá, pese a la contradicción que surge entre el artículo

⁷⁰⁵ Como atributos o elementos indispensables que se deben de tomar en cuenta para la designación de los árbitros figuran : 1.- Capacidad jurídica para fungir como árbitro; 2.- Experiencia y conocimientos jurídicos relacionados con la controversia (esto puede suplirse con la intervención de peritos en el procedimiento); 3.- Manejo del idioma que será utilizado para la sustanciación del arbitraje; 4.- Experiencia y conocimientos en materia de procedimientos arbitrales; 5.- Imparcialidad e independencia (entendiéndose en estos atributos que el árbitro designado no funge, o no debe de fungir como abogado de la parte que lo designa); y 6.- Capacidad de juzgar. La redacción en el convenio arbitral de estas cualidades y aptitudes que deben de poseer los árbitros, debe de realizarse de la forma más genérica posible, para evitar retrasos en la designación correspondiente. De la misma forma, en todo momento debe de tomarse en cuenta lo que sobre el tema determina la *lex arbitri* aplicable, para evitar la nulidad de las actuaciones del tribunal arbitral.

⁷⁰⁶ El art. 1416 del CC señala : "Para los efectos del presente título se entenderá por : ...V.- Tribunal arbitral, el árbitro o árbitros designados para decidir una controversia."

⁷⁰⁷ También designada como ley del lugar donde se efectúa el arbitraje.

tercero y el artículo quinto de dicho texto, en caso de que las partes omitan designar ley o normatividad aplicable, regirá supletoriamente el RPCIAC.

La *lex arbitri* por excelencia para arbitrajes de naturaleza comercial la constituye el capítulo de arbitraje del Código de Comercio. Este cuerpo normativo dispone las siguientes directrices entorno a la composición del tribunal arbitral en aquellos casos en que las partes omitieren hacerlo, o si lo hubieren previsto, lo hicieren de manera incompleta ⁷⁰⁸ :

- *Número de árbitros*. Las partes pueden determinar libremente el número de árbitros. Usualmente, el número de árbitros que se designan depende de los siguientes factores : a) Número de partes que intervienen en el arbitraje, b) Complejidad de la operación materia de la controversia, y c) Cuantía de la operación.

A falta de acuerdo sobre el número de árbitros, será uno solo ⁷⁰⁹ el que conduzca el procedimiento correspondiente.

El RPCIAC determina que serán tres los árbitros ⁷¹⁰ en caso de omisión de acuerdo de las partes al respecto.

Al respecto, los arbitrajes cuyo tribunal arbitral está constituido por un sólo árbitro garantizan procedimientos más expeditos y económicos. Aunque la tendencia mundial es la de arbitrajes con un mínimo de tres árbitros por razones de constituir tribunales arbitrales en los que existan personas que dominen la materia de la controversia, así como el desarrollo del procedimiento, es preciso enfatizar el hecho de que todo el procedimiento arbitral también puede ser eficientemente conducido por un sólo árbitro.

En ciertas ramas del comercio, la costumbre es la designación de dos árbitros para la solución de la controversia. En caso de que no se pusieran de acuerdo con respecto al contenido del laudo definitivo, en todo momento pueden recurrir a un tercer árbitro ⁷¹¹ para que éste resuelva en definitiva.

⁷⁰⁸ Generalmente en los arbitrajes *ad - hoc* es en donde se aprecia una fuerte intervención de la *lex arbitri*.

⁷⁰⁹ Tribunal unitario (*sole arbitrator*)

⁷¹⁰ Tribunal colegiado.

⁷¹¹ (*umpire*)

El problema con los árbitros únicos es que si las partes no se ponen de acuerdo sobre su designación, éste será impuesto por un tercero, sea una institución administradora de arbitrajes o una autoridad estatal, pudiendo afectar con ello la intención pactada en el convenio arbitral.

El tribunal arbitral constituido por tres árbitros proporciona a las partes elementos de seguridad al seleccionar cada una por lo menos a un árbitro; también favorece el que el árbitro designado por cada una de las partes puede contribuir a que las pretensiones de las mismas sean mejor entendidas por el propio tribunal arbitral en su conjunto y por lo tanto se emita un laudo lo más apegado a la equidad y a la justicia. Lo anterior da lugar a que los tribunales arbitrales puedan estar constituidos por árbitros no neutrales ⁷¹² designados por cada una de las partes, lo cual es la práctica común. Para asegurar que todo el tribunal arbitral está constituido por árbitros neutrales, las partes involucradas en la designación correspondiente, deben pactar expresamente dicha neutralidad, o, que la normatividad o reglamentación aplicable así lo disponga.

Para evitar cualquier desventaja que pudiera traer la designación de tres o más árbitros en la conformación del tribunal arbitral, como pudiera ser la polarización de decisiones, es aconsejable que las partes faculten a una institución arbitral para que los designe.

Otra forma para garantizar la designación imparcial e independiente de los árbitros, conservando la autonomía de decisión, consiste en que las partes convengan en que ambas seleccionarán a los correspondientes árbitros de las propuestas que ellas mismas encarguen de elaborar a alguna institución administradora de arbitrajes.

⁷¹² La designación *árbitro no neutral* hace esencialmente referencia al concepto de confianza en los atributos y cualidades que la parte designadora busca en la nominación del árbitro correspondiente, así como en que éste presente de una forma objetiva el caso al resto del tribunal arbitral desde la perspectiva de su designante (*arbitrator predisposed towards the party who appointed him*). Esto no significa que los *árbitros no neutrales* dejen de ser profesionales que trabajarán en un marco de independencia e imparcialidad para alcanzar el fin último del procedimiento arbitral: una decisión fundamentada en derecho y en la equidad. En caso de que el árbitro designado presione en demasía sobre un punto a favor de la parte que lo designó, la otra parte tiene el derecho de recusar a dicho árbitro, o a manifestar a los demás miembros del tribunal arbitral que consideren la argumentación de manera estrictamente objetiva. La recomendación general es la designación de árbitros neutrales para evitar que su postura ante la controversia sea cuestionada por los demás miembros del tribunal arbitral.

De preferencia, las partes no deben de omitir en el convenio arbitral el procedimiento para elegir, en caso de tribunales arbitrales de más de un árbitro, aquél que presidirá el tribunal de que se trate.

- **Nacionalidad de los árbitros.** La nacionalidad de los árbitros no suele ser requisito para su designación, sin embargo las partes pueden pactarla como elemento calificativo en la designación de los mismos ⁷¹³.

- **Procedimiento para el nombramiento de árbitros** ⁷¹⁴. Los principales métodos para designar al árbitro o árbitros que conducirán el procedimiento arbitral son :

- *Elección directa, realizada individual o conjuntamente por las partes* ⁷¹⁵

- *Elección indirecta, por designación de un tercero* ⁷¹⁶, es decir, *pro un particular sea éste personas física o persona moral, por los propios árbitros, o por la autoridad estatal.*

- *Elección forzosa, por la autoridad estatal*

Siguiendo el criterio de flexibilidad que la propia ley otorga al arbitraje para que las partes que lo pacten lo caractericen libremente, el procedimiento para la selección e instalación del tribunal arbitral puede ser determinado libremente por las partes ⁷¹⁷.

En caso de que las mismas, omitieren hacer tal designación se estará a los siguiente :

a) En los arbitrajes con un sólo árbitro, si las partes no se ponen de acuerdo, será designado por el juez a petición de cualquiera de ellas ⁷¹⁸.

⁷¹³ Sobre todo en los casos de árbitro único y en el caso del presidente del tribunal arbitral, en donde las partes pueden pactar que el árbitro sea de nacionalidad distinta a la de las mismas. La desventaja de esta opción de neutralidad radica en que muy probablemente el árbitro designado no tenga conocimientos de la ley aplicable al fondo de la materia controvertida.

⁷¹⁴ Art. 1427 del CC.

⁷¹⁵ (party - appointed; *ad - hoc* panels)

⁷¹⁶ Sobre este método, el CC determina en su artículo 1417 : "*Cuando una disposición del presente título : 1. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañará la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte la decisión de que se trate, excepto en los casos previstos en el artículo 1445...*" Al referirse a una institución, básicamente se hace referencia a un centro de arbitraje.

⁷¹⁷ El art. 2 de la Convención de Panamá determina : "*El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero sea éste persona natural o jurídica. Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros.*"

⁷¹⁸ Las partes también pueden pactar que, a falta de acuerdo en la designación, el árbitro único será elegido por un tercero, sea este una institución vinculada con el arbitraje comercial, o cualquier otro que las mismas designen.

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero ⁷¹⁹; si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los treinta días siguientes contados a partir de su nombramiento, la designación será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por el juez.

Esta fórmula resuelve el problema de la falta de designación de árbitros, en aquellos casos en que su número sea mayor a dos, en arbitrajes constituidos solamente por dos partes. El problema sería en los casos de arbitrajes multipartes, en los que no se llegare a designar el procedimiento para la constitución del tribunal arbitral correspondiente. En cierto sentido el juez podría resolver esta laguna, ordenando a cada parte la designación de su árbitro, y entre todos ellos la designación de otro en caso de que su número sea par, o bien si son numerosas las partes, podría ordenar la conformación de dos grupos, básicamente actores y demandados, y que cada uno de ellos designara un árbitro común y el designado, a su vez, escogiera el tercero.

Es importante que la autoridad destinada a intervenir para la designación de los árbitros en los casos de arbitrajes multipartes tome en consideración lo siguiente :

1.- Darle plena oportunidad a cada una de las partes a designar su propio árbitro, independientemente de que sean diversos, tanto los actores, como los demandados.

2.- En caso de que no se pusieren de acuerdo los actores o los demandados para designar a un árbitro común, pudiera optarse por separar el arbitraje en diferentes procedimientos, dando de esta manera la oportunidad para que cada una de las partes designe su propio árbitro.

3.- Cuando ninguna de las partes pudiera ponerse de acuerdo, la propia autoridad es la que debería de designar a todos los árbitros.

En el caso de arbitrajes relacionados o paralelos, la solución en la designación de los árbitros radica en lo siguiente :

⁷¹⁹ Esta designación del tercer árbitro puede también recaer en las propias partes, en una institución relacionada o no con el arbitraje comercial, o en la propia autoridad estatal.

- *Estableciendo lazos comunes entre las disputas manejadas separadamente por distintos árbitros.*

- *Desarrollando procedimientos separados cuando las disputas son sometidas a los mismos árbitros.*

- *Sustanciando todos los procedimientos ante el mismo tribunal arbitral* ⁷²⁰.

Con el propósito de agilizar aspectos relativos estrictamente a cuestiones procedimentales, cuando el tribunal arbitral estuviere constituido por más de un árbitro, se le puede facultar al que lo presida, sea esto a través del acuerdo entre las partes, o por votación unánime de los árbitros que formen dicho órgano jurisdiccional, para que tome este tipo de decisiones sin necesidad de votación previa ⁷²¹.

En relación con el inciso b) anterior, el CPCDF determina que en caso de que los árbitros estuvieren autorizados a designar un tercero y no se lograren poner de acuerdo, podrán acudir al juez de primera instancia. Si el tercer árbitro fuera nombrado faltando menos de quince días para la extinción del término del arbitraje y las partes no lo prorrogan, podrá disponer de diez días más que se sumarán a dicho término para que puede pronunciarse el laudo ⁷²².

c) En caso de que se violen las estipulaciones del procedimiento para el nombramiento de árbitros, por cualquiera de las partes, o por un tercero designado para realizar tal selección, o no se pudiere llegar a un acuerdo sobre alguna parte del mismo, cualquiera de las partes puede solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, amenos que se prevea otra solución al respecto.

d) Cualquier decisión del juez sobre las cuestiones relacionadas con este procedimiento, es inapelable.

e) Al nombrar un árbitro, el juez debe de tomar en cuenta las características del arbitraje pactado, así como la operación o relación jurídica de la que se deriva. Inclusive, la propia ley

⁷²⁰ Gravel, Serge. "Multiparty Arbitration and Multiple Arbitrations." en "The ICC International Court of Arbitration Bulletin" (vol. 7/No.2). International Chamber of Commerce, December, 1996. p. 45 - 53.

⁷²¹ Ver art. 1446 del CC.

⁷²² Arts. 626 y 627 del CPCDF.

enfatisa en la conveniencia de que el juez señale, tratándose del árbitro único o del tercero, de que sea uno de nacionalidad distinta a la de las partes.

Una vez que se constituya el tribunal arbitral, éste puede requerir a cada una de las partes el depósito de una suma igual por concepto de anticipo de honorarios del tribunal arbitral, gastos de viaje y demás expensas de los árbitros, y del costo de asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral. Durante el transcurso del procedimiento, el tribunal arbitral puede solicitar a las partes el pago de depósitos adicionales.

Por su parte, el CPCDF determina que en caso de que no se hubieren designado los árbitros, se hará de conformidad con el procedimiento señalado en el rubro de medios preparatorios.

El procedimiento establecido en el RPCIAC es el siguiente :

- a) Si la designación va a consistir en un sólo árbitro, cualquiera de las partes puede proponer a la otras candidatos para esta función.
- b) Si después de un período de treinta días siguientes a la recepción por una parte de las propuestas de árbitros formulada por la otra no se llega a un acuerdo sobre el árbitro, éste será designado por la CIAC ⁷²³.
- c) A solicitud de cualquiera de las partes, la CIAC deberá nombrar al árbitro único que corresponda. Dicha designación se hará de conformidad con el procedimiento de lista de la CIAC, a menos que las partes acuerden lo contrario, o que la misma determine discrecionalmente que no debe utilizarse el método citado para el caso concreto.

El procedimiento de lista de la CIAC es el siguiente :

- 1.- A solicitud de cualquiera de las partes, la CIAC entregará a ambas una lista conteniendo por lo menos tres nombres de árbitros.

⁷²³ La CIAC interviene de la misma forma en que lo hace el juez estatal, es decir como una autoridad nominadora.

2.- A los quince días siguientes de recibida dicha lista, las partes deberán de regresarla a la CIAC habiendo señalado a los árbitros que objeta y numerando a los restantes en el orden de su preferencia.

3.- Después del término de el lapso de tiempo señalado, la CIAC deberá designar al árbitro de conformidad con las listas entregadas por las partes.

4.- Si por alguna razón la designación no se pudiere realizar de conformidad con este procedimiento, la CIAC la hará a su discreción.

En la designación la CIAC tomará en cuenta los factores necesarios para garantizar la elección de un árbitro imparcial e independiente. Asimismo, considerará la pertinencia de nombrar a un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

d) En el caso de tres árbitros, cada parte deberá escoger a uno, y entre ambos escogerán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

e) Si dentro de los treinta días siguientes de haber recibido una parte la notificación de designación de árbitro por la otra, no se hubiere notificado la designación del segundo árbitro, la parte que ya hubiere designado podrá solicitar la CIAC que los designe.

f) Si dentro de los treinta días siguientes a la designación del segundo árbitro, éstos no designaran al tercero, lo hará la propia CIAC de conformidad con el procedimiento utilizado para árbitro único.

g) Cuando la CIAC sea quien designe al árbitro o árbitros, la parte solicitante debe de enviar a la CIAC :

- Copia de la notificación de arbitraje
- Una copia del contrato del cual se deriva o relaciona la controversia
- Una copia del convenio arbitral si no está incluido en el texto del contrato

Además de la información anterior, la CIAC podrá requerir a las partes cualquier otra información que considere necesaria.

h) Cuando son propuestas personas para el desempeño como árbitros, se deberá incluir su nombre completo, domicilios, nacionalidad y sus cualidades para ser designados árbitros.

Es conveniente que las partes al redactar el convenio arbitral propongan un método alternativo de designación de árbitros en caso dado de que alguna de ellas omita hacerla, o si los árbitros fueran sustituidos, recusados o se excusaren del caso, señalando como referencia, ya sea, un método sencillo elaborado por las mismas, o citar las disposiciones de un reglamento de alguna institución administradora de arbitrajes, o de cualquier otra institución vinculada con el arbitraje comercial, de lo contrario, automáticamente se le dará paso a la intervención de la autoridad estatal para la designación faltante, generando retrasos en el procedimiento, o inclusive, su destrucción ⁷²⁴.

Pocas son las ocasiones en que las partes designan directamente el nombre del o de los árbitros en el convenio arbitral. Lo anterior puede incidir en la validez del arbitraje si la persona o personas designadas se ven imposibilitadas de fungir como árbitros. Sin embargo, lo anterior no es causa suficiente para declarar nulo o inaplicable el procedimiento correspondiente, ya que la intención de las partes sobre la designación de la jurisdicción a la cual someterán sus controversias ha quedado firme y ha sido manifestada inequívocamente a través del propio convenio arbitral. La designación del árbitro es una caracterización del procedimiento que incide accesoriamente sobre la validez del arbitraje.

Al respecto, el inciso I, del artículo 622 del CPCDF señala : *"El compromiso (arbitral) termina : I. Por muerte del árbitro elegido en el compromiso o en cláusula compromisoria si no tuviere sustituto. En caso de que no hubieren las partes designado el árbitro sino por intervención del tribunal, el compromiso no se extinguirá y se proveerá al nombramiento del sustituto en la misma forma que para el primero..."*.

No existe fundamento claro para que la ley determine por una parte que, la muerte del árbitro nominalmente designado por las partes en el convenio arbitral de lugar a la extinción del mismo, y por la otra, continuar con las actuaciones con el árbitro que sustituya al designado por el juez. Si las partes acuerdan designar a otra persona para que funja como árbitro, para sustituir al nominalmente designado, aún después de que acontece dicha situación, y se careciere de sustituto previamente designado, el arbitraje procederá sin mayor problema. En el caso de que las partes no hubieren designado árbitro sustituto al nombrado en el convenio arbitral, y no se pusieren de acuerdo, consideramos que cualquiera de ellas puede solicitar a la autoridad estatal el nombramiento de uno. La obligación de someterse al

⁷²⁴ Ver Mantilla Serrano, Fernando. "La Constitución del Tribunal Arbitral : Cómo Escoger el Arbitro." en *"Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial."* Cámara de Comercio Internacional. Francia, 1995. pp. 37 - 45.

arbitraje existe plenamente, el juez, o en su caso los demás miembros del tribunal arbitral, pueden resolver la falta de árbitro, mediante su sustitución con fundamento en la propia *lex arbitri*, o en su derecho de hacer efectivo el cumplimiento del presupuesto procesal derivado del convenio arbitral pactado por las partes.

- ***Aceptación del nombramiento de árbitros.*** Este rubro comprende dos situaciones : a) La aceptación de las partes de la persona o personas que fungirán como árbitro o árbitros, y b) La aceptación del cargo conferido por parte de la persona que ha sido seleccionada y que fungirá como árbitro.

El primer caso hace referencia aun procedimiento de aceptación de las personas que se pretendan designar para fungir como árbitros en el procedimiento arbitral. Para lo cual éstas tienen la obligación de revelar o manifestar todas aquellas circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad, independencia, o falta de cualidades requeridas. Esta obligación continuará para estas personas durante todas las actuaciones arbitrales. La recusación de árbitros se desarrolla de conformidad con lo pactado por las partes en el arbitraje, o conforme a la propia *lex arbitri*.

La aceptación del cargo de árbitro por parte de la persona que se ha designado para tal función, da lugar a una relación personal *sui generis*, tanto con las partes, como con la autoridad estatal que se vincule al arbitraje.

Consideramos que la compleja naturaleza jurídica del vínculo entre el árbitro, las partes de un arbitraje, y en su caso, con la autoridad estatal, es resultado del tipo de jurisdicción que tiene el mismo. Sin embargo, las funciones que ejerce deben equipararse a las llevadas a cabo por las autoridades estatales que desempeñan algún tipo de función jurisdiccional.

Lo anterior provoca que la aceptación del cargo de árbitro, por parte de la persona designada para ejercer el mismo, considerada ésta similar a un mandato, a un encargo, a una misión, o a un contrato ordinario de prestación de servicios, se debilite en su fundamento, ya que el árbitro es un órgano jurisdiccional en forma, que tiene la libertad de aceptar o no la designación que como tal le haga cualquier tercero, y que sus facultades derivan de la ley, aunque sean caracterizadas por las partes en un arbitraje.

En el momento en el que se propone a la persona designada fungir como árbitro, éste en la mayoría de ocasiones tiene la libertad para declinar el ofrecimiento, por el contrario el juez estatal en funciones no puede de inicio rechazar la promoción que se intenta en su juzgado por simples razones personales. Cuando un juez estatal se excusa sin causa justificada, o ésta no fuere precisa, cualquiera de las partes puede acudir en queja ante el órgano competente, quien encontrando injustificada la abstención, podrá imponer la sanción que corresponda.

En el caso de los árbitros, al carecerse de una instancia supervisora, cualquiera de las partes puede pactar con los mismos, una pena convencional para el caso de que se retiren del conocimiento del arbitraje sin causa legítima ⁷²⁵.

Al respecto, el CPCDF manda en su artículo 636 lo siguiente : *"El juez debe compeler a los árbitros a cumplir con sus obligaciones."* ⁷²⁶

Esta disposición origina la posibilidad de que las partes puedan obligar a los miembros del tribunal arbitral, a desarrollar sus actividades de conformidad con la normatividad aplicable, y en caso de omisión o negligencia en el desempeño de las mismas, a fincarles una responsabilidad profesional o civil ⁷²⁷.

⁷²⁵ El artículo 2117 del Código Civil distrital menciona : *"La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa..."*

⁷²⁶ Cfr. art. 1430 del CC.

⁷²⁷ Con relación a la responsabilidad civil el código en la materia determina las siguientes directrices : 1.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido (negligencia), será responsable de los daños y perjuicios que se causen; 2.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación; 3.- Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de una obligación; 4.- Los daños y perjuicios deben de ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse; 5.- Siempre que un profesional no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar oportunamente a la persona que lo ocupe, quedando obligado a satisfacer los daños y perjuicios que se causen, cuando no diere este aviso con oportunidad. Con relación a este último numeral, el árbitro que de hecho o de derecho se encuentre impedido para desempeñar sus funciones jurisdiccionales queda liberado de cualquier responsabilidad si notifica de esta situación en el tiempo que marque la normatividad aplicable, dando oportunidad a las partes para sustituirlo y no afectar el curso del arbitraje. Al respecto, ciertos países, lejos de crear las oportunidades para poder fincarle responsabilidad al árbitro, le otorgan al mismo cierto tipo de inmunidad equiparable a la judicial, con el propósito de que realice su función jurisdiccional con plena independencia y libertad. Resultaría difícil que en cualquier tipo de procedimiento se le citara a la persona que hubiere fungido como árbitro que testificara sobre su actuación en detalle como tal. Inclusive, algunos centros de arbitraje mencionan en sus reglas la exclusión de responsiva en el conducción, desarrollo y administración del arbitraje.

recusado y sustituido. Lo anterior dista mucho de ser similar a un proceso ordinario para exigir el cumplimiento de un contrato de prestación de servicios.

Básicamente por lo que se confunde a la relación entre árbitros y partes con un especie de contrato de prestación de servicios, es por el elemento de la contraprestación que los relaciona. Consideramos que el hecho de que las partes pacten con el árbitro el pago de una cantidad por sus servicios jurisdiccionales, es una característica accesoria de las diversas que constituyen a la institución arbitral en materia de costos del procedimiento.

La prestación de la especie de servicio que proporciona el árbitro tiene un sustento netamente procesal y laboral, más no esencialmente material, como es el caso de los contratos de prestación de servicios profesionales o comerciales, y del mandato, o cualquiera de sus figuras análogas ⁷³⁰.

La formalización de la obligación de pago, así como otras relacionadas con el desempeño de la función del árbitro, pueden ser suscritas en lo individual o en conjunto. mediante convenios de aceptación de la función arbitral para cada caso concreto. Esto constituye una forma más de caracterización del procedimiento arbitral que la ley concede a los particulares, como partes y como árbitros.

Resulta lógico que al no ser autoridad los árbitros, éstos se encuentran fuera del presupuesto de gobierno, y como ni los jueces públicos o estatales prestan sus servicios gratuitamente, aquellos no son la excepción. El Estado hace que los particulares se subroguen en su obligación de mantener un aparato de justicia, a través de cubrir a este tipo de funcionarios jurisdiccionales una determinada contraprestación por sus servicios o funciones.

Generalmente, las características de la contraprestación en materia arbitral, redundan en las condiciones en que el árbitro y las partes pactan el pago de sus honorarios. Entre estas puede existir la condición de continuar como árbitro en la medida en que se cumplan con los plazos de pago. En caso de incumplimiento, puede el árbitro tomar la determinación de renunciar a su cargo, sin responsabilidad alguna.

⁷³⁰ Misión o encargo.

La falta de pago de las costas arbitrales ⁷³¹ no significa necesariamente el término del arbitraje. Las partes o la propia autoridad estatal pueden resolver dicha omisión a través de fórmulas alternativas o, inclusive, de manera coactiva. Lo importante es mantener el objetivo principal : resolver la controversia mediante el procedimiento arbitral.

- *Nombramiento de funcionarios para los árbitros.* En este rubro es el propio CPCDF ⁷³² el que norma el nombramiento de funcionarios para apoyar al árbitro o al tribunal arbitral. Cuando exista árbitro único, las partes pueden nombrarle un secretario, y si dentro del tercer día empezando desde aquél en que deba actuar no se han puesto de acuerdo, el propio árbitro podrá designarlo y a costa de los mismos interesados desempeñará sus funciones. Si son varios los árbitros, entre ellos mismos elegirán al que fungirá como secretario, sin que por ello reciba mayores emolumentos.

- *Procedimiento de recusación de los árbitros.* Las partes pueden pactar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia ⁷³³, o si no posee las cualidades convenidas por las partes ⁷³⁴. Es decir, por ser el árbitro un órgano que desempeña la función jurisdiccional, y su fundamento de existencia ante todo se encuentra previsto por la propia ley, las partes no pueden hacer que se retire de sus funciones sino solamente por las razones que induzcan a concluir que es parcial, dependiente, o que no cumple con los requisitos acordados por ellas mismas en el convenio arbitral correspondiente.

Una parte sólo podrá recusar al árbitro designado por ella, o en cuyo nombramiento haya intervenido, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. Aunque con esta directriz se trató de evitar una maniobra dilatoria del procedimiento arbitral, la parte que designa a un árbitro puede todavía, aunque de manera

⁷³¹ Entendiéndose como tales a los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros; costo de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos aprobados por el tribunal arbitral; costo de representación y asistencia legal de la parte vencedora si se reclamó dicho costo; y honorarios y gastos de la institución que haya intervenido en el arbitraje, entre otros.

⁷³² Art. 621 del CPCDF.

⁷³³ (impartiality and independence). La imparcialidad esencialmente hace referencia a no tener prevención en favor o en contra de una persona o cosa. La independencia se refiere a la inexistencia de una relación subordinada o de dependencias entre determinadas personas.

⁷³⁴ (duty to disclose)

El árbitro, al momento de aceptar el cargo, entra en funciones como lo hace el órgano judicial cuando recibe una promoción en su juzgado. Tanto el juez como el árbitro se desvinculan de su contratante, es decir del Estado, o de las propias partes, para adquirir plena independencia ⁷²⁸, ya que sin ella difícilmente podrían desempeñar la función jurisdiccional para resolver una controversia. Existe un contrato de prestación de servicios, pero el derecho personal que se deriva de este vínculo jurídico difiere del relativo al del tradicional contrato de la materia. Su enfoque se concentra en un aspecto más laboral que del derecho civil o mercantil, de ahí que se conciba como un convenio de aceptación de la función arbitral ⁷²⁹, más que un simple contrato de prestación de servicios, un mandato, una misión, o un encargo.

La propia ley es la que designa al árbitro como un órgano jurisdiccional, y a su actividad o funciones como derivadas de la propia institución arbitral que la misma regula. Las partes solamente caracterizan el procedimiento al permitirseles proponer a las personas que serán los que resuelvan la controversia correspondiente, así como la normatividad que se les aplicará a las mismas, en todo momento tutelada en conjunto por el ordenamiento jurídico. El fundamento de la figura del árbitro, o del órgano que ejerce la jurisdicción en un arbitraje deriva de la ley no de la voluntad de las partes. La función que ejerce el árbitro es una función jurisdiccional, y tal vez la misma podrá designarse como un encargo o misión ordenada por el ordenamiento jurídico a los árbitros, pero nunca como un encargo o una misión ordenada a éstos por las partes.

El convenio de aceptación de la función arbitral viene a regular la relación de servicios que necesariamente se tiene que dar entre el particular y el árbitro, consecuencia natural de la institución arbitral. Lo anterior no significa que la función jurisdiccional sea materia estrictamente de fines económicos y que la relación entre el particular y el árbitro sea una de contratante y contratado.

Cuando el árbitro omite la realización de alguna de sus responsabilidades, las partes pueden inconformarse y obligarlo a realizarlas de la forma que la ley manda, y en caso de persistir en la omisión, o inclusive, actuar de manera negligente o parcial, puede ser

⁷²⁸ Esta independencia la ejerce dentro del marco de la normatividad aplicable, misma que puede derivar de la voluntad de las partes y/o de la *lex arbitri*.

⁷²⁹ Este instrumento está sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes, pero también a las directrices que sobre la materia señala el ordenamiento jurídico.

dolosa, aparentar desconocer una información de éste que genere un supuesto para su recusación, y posteriormente, cuando se manifieste la misma, utilizar dicho recurso.

En el caso del tercer árbitro designado indirectamente, éste debe de manifestar al designante y a las propias partes sobre cualquier circunstancia o hecho que pudiere dar lugar a la recusación.

El CPCDF en su artículo 623 señala :

"Los árbitros sólo son recusables por las mismas causas que lo fueren los demás jueces."

Como causas de impedimento y de recusación que motivan que los jueces y los secretarios se inhiiban de conocer un determinado asunto figuran :

- 1.- Cuando tengan un interés directo o indirecto en el litigio correspondiente.*
- 2.- Cuando el interés provenga de su cónyuge o a sus parientes consanguíneos en línea recta sin limitación de grados, a los colaterales dentro del cuarto grado, y a los afines dentro del segundo.*
- 3.- Si fuere pariente por consanguinidad o afinidad del abogado o procurador de alguna de las partes, en los mismos grado señalados en el numeral anterior.*
- 4.- Ser socio, arrendatario o dependiente de alguna de las partes.*
- 5.- Haber sido tutor o curador de alguno de los interesados, o administrar actualmente sus bienes.*
- 6.- Ser heredero, legatario o donatario de alguna de las partes.*
- 7.- Haber sido abogado, perito o testigo en el negocio de que se trate.*
- 8.- Haber conocido del negocio como juez, árbitro o asesor, resolviendo algún punto que afecte a la substancia de la cuestión.*

- 9.- Siempre que por cualquier motivo haya externado su opinión antes del fallo.
- 10.- Seguir algún proceso en que sea juez o árbitro o arbitrador alguno de los litigantes.
- 11.- Ser el juez, su mujer o sus hijos acreedores o deudores de alguna de las partes.
- 12.- Haber sido el juez administrador de algún establecimiento o compañía que sea parte en el proceso.
- 13.- Haber gestionado en el proceso, haberlo recomendado o contribuido a los gastos que ocasione.
- 14.- Admitir dádivas o servicios de alguna de las partes.

Complementando a las causales de recusación e impedimento para fungir como árbitro, la LOTSJDF señala lo siguiente en materia de incompatibilidades :

Art. 23.- "Los magistrados, jueces, consejeros y secretarios no podrán en ningún caso aceptar ni desempeñar empleo, cargo o comisión de la Federación, de los Estados, del Distrito Federal o de particulares, salvo los cargos no remunerados en asociaciones o instituciones científicas, docentes, artísticas o de beneficencia que no interfieran en su horario de trabajo ni menoscabe el pleno ejercicio de sus funciones.

Las incompatibilidades a que se refiere este precepto serán aplicables a los servidores públicos judiciales que gocen de licencia."

Art. 25.- "Los servidores públicos de la administración de justicia, no podrán ser corredores, comisionistas, apoderados judiciales, tutores, curadores, albaceas, depositarios, sindicos, administradores, interventores, árbitros, peritos, ni ejercer la abogacía, sino en causa propia."

En nuestra opinión, los árbitros deberían de tener la obligación de excusarse del conocimiento del arbitraje si en el mismo ocurre alguna causal de impedimento o de recusación, aún si las partes no los recusaran, con el propósito de garantizar la equidad e imparcialidad del procedimiento.

De acuerdo con el CC y el CPCDF no se admite la recusación :

- 1.- *En las diligencias de reconocimiento de documentos y en las relativas a declaraciones que deban servir para preparar el juicio.*
- 2.- *Al cumplimentar exhortos o despachos.*
- 3.- *En las demás diligencias cuya práctica se encomiende por otros jueces o tribunales.*
- 4.- *En las diligencias de mera ejecución; más si lo serán, en las de ejecución mixta, o sea, cuando el juez executor deba de resolver sobre las excepciones que se opongan.*
- 5.- *En los demás actos que no radiquen jurisdicción ni importen conocimiento de causa.*

El art. 1143 del CC determina : *"En las diligencias precautorias, en los juicios ejecutivos y en los procedimientos de apremio no se dará curso a ninguna recusación sino practicado el aseguramiento, hecho el embargo o desembargo, en su caso, o expedida y fijada la cédula."*

Si no se inhibiere el árbitro recusado, o si no existiera acuerdo entre las partes para recusar a los árbitros, la parte que desee hacerlo, debe de enviar al tribunal arbitral ⁷³⁵, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de la manifestación de la circunstancia que de lugar a dudas justificadas respecto de la cualidad, independencia o imparcialidad del árbitro que corresponda, un escrito en los que se expongan los motivos para dicha recusación, dándose por iniciado el incidente recusacional. El tribunal arbitral debe de resolver este recurso a menos que el árbitro recusado renuncie, o la otra parte acepte la recusación.

Si el tribunal arbitral rechaza al recusación, la parte recusante puede pedir al juez competente, dentro de los treinta días siguientes de notificada la resolución de los árbitros, que resuelva sobre la situación planteada. La decisión que resulte, será inapelable ⁷³⁶.

⁷³⁵ Tratándose de la recusación de un miembro de un órgano jurisdiccional colegiado, el art. 1135 señala : *"De la recusación de un magistrado que integre un tribunal colegiado, conocerá el propio tribunal del que forma parte..."*

⁷³⁶ El CC no establece, o por lo menos no lo hace directamente, el recuso que en su caso tendría la contraparte de la recusante, si procediera la recusación correspondiente. Consideramos que la redacción debería enfocarse a otorgar a ambas partes el derecho de plantear la controversia ante el juez competente, sea cual fuera la decisión del tribunal arbitral de que se trate.

Este sistema de apelación ante la autoridad estatal, de la recusación intentada por una parte en un procedimiento arbitral de un sólo árbitro, resulta efectivo, por la situación de que el mismo árbitro recusado es también el órgano decisor del recurso intentado. Tratándose de tribunales arbitrales de tres o más árbitros, quienes deberían de resolver en definitiva la recusación sería aquellos que no estuvieren siendo recusados, dejando a un lado la intervención de la autoridad estatal.

En materia de recusación y excusas de los árbitros, el CPCDF determina que de ellas conocerá el juez ordinario conforme a las leyes y sin ulterior recurso ⁷³⁷.

Todas las actuaciones del árbitro recusado, incluso la elaboración y emisión del laudo definitivo, podrán proseguir, mientras el juez resuelve sobre la procedencia de la recusación⁷³⁸.

No obstante que la propia ley señala al tribunal arbitral como el idóneo para resolver el procedimiento de recusación de árbitros, en materia de falta de ejercicio de funciones de los árbitros, el artículo 1430 del CC señala : *"Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o por disposición legal para ejercer sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez de por terminado el encargo, decisión que será inapelable."*

En lugar de que sea el propio tribunal arbitral el que resuelva la situación de omisión de funciones de un árbitro, en el caso de que el árbitro impedido no renuncie a su cargo, o cuando las partes no se pongan de acuerdo en su remoción, el precepto en comento, remite directamente a la autoridad estatal para que sea ésta la que resuelva en definitiva. Lo anterior atenta contra el principio de competencia del tribunal arbitral reafirmado en el

⁷³⁷ Debe de entenderse que los jueces ordinarios conocerán de la recusación y excusas después de que el propio tribunal arbitral haya resuelto la promoción correspondiente. Aunque la propia ley faculte a los tribunales estatales para conocer directamente de este tipo de recursos, la vía idónea será el tribunal arbitral aludiendo a su carácter autónomo. *(Los árbitros pueden conocer de los incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal...)*. Lo anterior, siempre y cuando existan circunstancias suficientes para su procedencia. En el caso de árbitro único, podría resolver de manera más efectiva y eficiente el tribunal estatal. *Cfr.* arts. 629 y 630 del CPCDF.

⁷³⁸ Esta situación es similar a lo que establecen los artículos 1139 del CC y 180 del CPCDF, respectivamente : *"...Mientras se decide la recusación, no suspende la jurisdicción del tribunal o juez, por lo que se continuará con la tramitación del procedimiento..."* y *"Entre tanto se califica o decide, la recusación no suspende la jurisdicción del tribunal o del juez, por lo que se continuará con la tramitación del procedimiento. Si la recusación se declara fundada, será nulo lo actuado a partir de la fecha en que se interpuso la recusación."*

artículo que le antecede al citado, y que hace referencia al procedimiento de recusación de árbitros.

El CPCDF determina que, durante la sustanciación del arbitraje, los árbitros no pueden ser revocados sino por el consentimiento unánime de las partes ⁷³⁹. Esta revocación adquiere la forma de una recusación conjunta de las partes involucradas en la designación de los árbitros.

A nuestro parecer, el empleo de la palabra "revocados" es incorrecto. La revocación consiste en dejar sin efectos un acto jurídico, es decir terminar un poder, un mandato, un encargo, o una misión ⁷⁴⁰. Las partes tienen que llevar a cabo, para dejar sin efectos el nombramiento de un árbitro, un procedimiento de recusación conjunta, o realizar éste ante el propio tribunal arbitral, o ante los tribunales estatales.

En materia de la designación de árbitros, aunque la revocación y la recusación generen los mismos efectos, es decir la interrupción del ejercicio de determinadas funciones o actividades a cargo de un tercero, son vías jurídicas distintas. La revocación es empleada para suspender de sus funciones, mediante un acto voluntario de las partes, a aquella persona a la que se le ha dado una concesión o facultad, producto de un acto jurídico perfeccionado por las mismas con anterioridad. Por el contrario, la recusación busca suspender en sus funciones a la persona u órgano a los que se les asignan ciertas facultades jurisdiccionales, ya sea por voluntad de las partes que la designaron, o por ministerio de ley.

En ninguno de los supuestos que genera el CC en materia de designación o recusación de árbitros y la intervención del poder judicial con respecto a dichos rubros, se manifiesta la vía por la cual se debe de intentar el recurso correspondiente ante el mismo. La vía incidental para ser la más idónea por la naturaleza accesoria del procedimiento que se desee resolver en dicha instancia.

⁷³⁹ Art. 618 del CPCDF.

⁷⁴⁰ Aunque se le de distinta denominación, erróneamente se concibe a la función de los árbitros como un acto derivado de la voluntad de las partes involucradas y no de la propia ley, como en todo caso debería de ser, por su naturaleza de órgano jurisdiccional.

El procedimiento de recusación de árbitros que sigue el RPCIAC es el siguiente :

- a) Cualquier persona que se contacte para fungir como árbitro, debe de manifestar de inmediato y durante el procedimiento correspondiente cualquier circunstancia que pudiere dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.
- b) Sólo podrá una parte recusar al árbitro designado por ella misma, por causas que se manifiesten después del nombramiento.
- c) Cualquier parte que intente recusar a algún árbitro debe de enviar la notificación de su recusación dentro de los quince días siguientes a la notificación correspondiente de la designación del árbitro que se intenta recusar, o dentro de los quince días siguientes a que las circunstancias supervenientes de recusación se hacen manifiestas a la parte recusante.
- d) La recusación debe de notificarse a la contraparte, al árbitro recusado y a los demás árbitros del tribunal arbitral. La notificación debe de hacerse por escrito y en la misma se deben de fundamentar las razones de la recusación intentada.
- e) Cuando existe la recusación de una parte, la otra puede acordar sobre la misma. El árbitro puede igualmente renunciar a su cargo una vez notificado de las razones de su recusación. En ninguno de los casos anteriores se implica que se aceptan los fundamentos de la recusación intentada. Para la designación del árbitro o árbitros sustitutos de los que se recusen, se estará al procedimiento de designación descrito en párrafos anteriores, aún si cualquiera de las partes no hubiere intervenido en la designación del o de los árbitros en primera instancia.
- f) Si la otra parte no acepta la recusación, o el árbitro no renuncia a su cargo, la decisión de este recurso la determinará la CIAC a través de su sección nacional ⁷⁴¹.
- g) Si la CIAC declara procedente la recusación ⁷⁴², se debe de designar un nuevo árbitro de conformidad con el procedimiento establecido.

⁷⁴¹ La CIAC hace las funciones que el CC deja al tribunal arbitral correspondiente. Existe intervención de una institución pero no en el grado de considerar que se trata de un arbitraje institucional.

⁷⁴² (disqualification)

- **Procedimiento de sustitución de árbitros.** La sustitución de árbitros acontece de la misma forma en que se desarrolla el procedimiento de designación del tribunal arbitral ⁷⁴³.

En este rubro, el CPCDF señala en su artículo 624 : *"Siempre que haya de reemplazarse un árbitro se suspenderán los términos durante el tiempo que pase para hacer el nuevo nombramiento."*

El RPCIAC señala en este rubro :

a) En el caso de renuncia o de muerte de cualquiera de los árbitros durante el desarrollo del procedimiento, se deberá de designar un árbitro sustituto de conformidad con el mismo procedimiento que se eligió el sustituido.

b) Cuando un árbitro no ejerce sus funciones, o dicha omisión es una consecuencia de hecho o de derecho, se deben de aplicar al caso concreto los procedimientos sobre recusación y sustitución de árbitros descritos con anterioridad.

c) Si el árbitro sustituido es el árbitro único o el que preside el tribunal arbitral, cualquier audiencia previamente celebrada se tendrá que repetir ante el árbitro sustituto; en el caso de cualquier otro árbitro sustituido, dicha repetición será realizada de manera discrecional por el tribunal arbitral.

- **Terminación de la función de árbitro.** El árbitro cesa en sus funciones por las siguientes causas :

- *Solución de la controversia planteada en el arbitraje.*

- *Recusación declarada procedente por el tribunal arbitral o por la autoridad estatal.*

- *Por su renuncia voluntaria.*

- *Por acuerdo unánime de las partes involucradas en el arbitraje.*

- *Por decisión del juez competente a solicitud de una de las partes por encontrarse impedido de hecho o por disposición legal, u omitiera el desempeño de sus funciones en un plazo razonable⁷⁴⁴.*

⁷⁴³ Para facilitar la designación de árbitros sustitutos, resulta aconsejable que cuando se designen los árbitros, también se les designen suplentes.

⁷⁴⁴ Ver art. 1430 del CC.

- *Por cualquier otra situación de hecho o de derecho que ocasione la terminación de sus funciones.*

En aquellos casos en que resulte procedente, las partes, la institución designada, o el propio tribunal judicial, deben de designar el árbitro sustituto.

h) Notificaciones, cómputo de plazos y términos

En este rubro el CC dispone los siguientes lineamientos ⁷⁴⁵ :

1.- Salvo que las partes pacten algo distinto, en materia de notificaciones :

- Se considera como recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que la misma haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal. Si no se logra identificar cualquiera de los lugares citados, se considerará como recibida la comunicación escrita enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario, por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega. La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

- Las disposiciones del capítulo de arbitraje del CC no son aplicables a las comunicaciones habidas en un procedimiento judicial.

2.- Los plazos comienzan a correr desde el día siguiente a aquél en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día del plazo correspondiente es feriado oficial o no laborable en el lugar de residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, dicho plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás días feriados oficiales o no laborables que ocurran, durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del mismo.

La legislación adjetiva civil del Distrito Federal determina en su artículo 617 : *"El compromiso será válido aunque no se fije término del juicio arbitral y, en este caso la*

⁷⁴⁵ El RPCIAC establece los mismos lineamientos.

misión de los árbitros durará sesenta días ⁷⁴⁶. *El plazo se cuenta desde que se acepte el nombramiento.*"

Por otra parte, el CPCDF señala ⁷⁴⁷ que si las partes no han convenido sobre el cómputo de plazos, se seguirán supletoriamente los determinados para los tribunales estatales.

i) Lugar

El lugar del arbitraje constituye uno de los elementos del arbitraje más importantes con relación al desarrollo de procedimientos efectivos, dinámicos y ejecutables. Es importante recordar, que el marco jurídico interno define expresa o supletoriamente todas aquellas circunstancias que las partes no han prevenido, o que las mismas no pueden evitar de observar por tratarse de normas irrenunciables. Por lo anterior, se deben de tomar en cuenta estos antecedentes para decidir el lugar más idóneo para desarrollar el arbitraje y garantizar la ejecución de sus resoluciones.

Salvo convenio de las partes, será el tribunal arbitral quien determine el lugar del arbitraje. De la misma forma, a menos que las partes dispongan otra cosa, el tribunal arbitral puede designar el local en donde deberán de celebrarse las actuaciones del procedimiento, así como el lugar en donde se verificarán las revisiones o inspecciones relacionadas con el mismo.

El RPCIAC señala en este rubro las mismas directrices que el propio CC, determinando además que el laudo definitivo tiene que dictarse en el lugar en donde se desarrolló el arbitraje.

⁷⁴⁶ Hace referencia a días hábiles. Art. 64 del CPCDF : "*Las actuaciones judiciales se practicarán en días y horas hábiles. Son días hábiles todos los del año, menos los sábados y domingos, y aquellos que las leyes declaren festivos...*". Art. 131 del CPCDF : "*En ningún término se contarán los días en que no puedan tener lugar actuaciones judiciales.*"

⁷⁴⁷ Art. 619 del CPCDF.

j) Idioma

Dada la naturaleza del arbitraje comercial, en la que las probabilidades de que una parte sea extranjera son muchas, tanto el CC como el RPCIAC señalan que, salvo acuerdo de las partes involucradas en el arbitraje, será el tribunal arbitral quien determine el lenguaje a utilizar durante el desarrollo del procedimiento.

De acuerdo con lo anterior, las partes o el propio tribunal arbitral pueden acordar en que sean más de uno los idiomas a utilizar durante el arbitraje. Asimismo, el tribunal arbitral, puede ordenar la traducción de alguna prueba documental o de cualquier otro documento que considere relevante a alguno de los idiomas que rijan el procedimiento.

El idioma o idiomas escogidos serán utilizados sobre aquellas partes del procedimiento y actuaciones que determinen las partes o el propio tribunal arbitral. A falta de señalamiento regirán sobre todo el arbitraje.

k) Jueces competentes

La propia existencia del arbitraje comercial, o en estricto sentido de la institución arbitral por sí misma, presupone una estrecha relación o vínculo de carácter procesal con las autoridades estatales, específicamente con el poder judicial local federal según corresponda.

Al carecer de imperio, automáticamente, salvo el caso de la cumplimentación espontánea de los resolutive del árbitro o árbitros, el arbitraje como proceso heterocompositivo de solución de controversias, requiere el apoyo de la fuerza coactiva de la autoridad estatal.

De igual forma acontece con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones emitidas por árbitros con base en la sustanciación de procedimiento arbitrales internacionales. Es así como en cualquiera de sus dos modalidades, nacional o internacional, el arbitraje requiere, casi obligatoriamente ⁷⁴⁸, la intervención, en carácter de colaboración o apoyo, de la autoridad estatal, y ésta, tiene a su vez, la obligación de proporcionárselo.

⁷⁴⁸ El art. 1421 del CC señala : "*Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.*" La salvedad que presenta este artículo del CC, genera los espacios de intervención de la *lex arbitri*, específicamente de las normas irrenunciabes constitutivas de la misma, así como la aplicación de la ley

La intervención de los tribunales estatales con relación al arbitraje se da por cualquiera de las siguientes causas :

- *Apoyar al procedimiento arbitral*
- *Impugnar al procedimiento arbitral*
- *Ordenar a las partes a someterse al arbitraje* ⁷⁴⁹
- *Ordenar a las partes a someterse a la jurisdicción judicial*
- *Auxiliar al tribunal arbitral*
- *Impugnar resoluciones del tribunal arbitral*
- *Auxiliar a las partes vinculadas con un procedimiento arbitral*

El CC señala como jueces competentes con relación a los procedimientos arbitrales el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar en donde se desarrolle el arbitraje.

En el caso de arbitrajes comerciales internacionales, son competentes el juez de primera instancia federal o del orden común competente del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.

De acuerdo con la legislación adjetiva civil del D.F., el juez competente para conocer cualquier acto relativo al procedimiento arbitral, es el designado en el propio convenio arbitral, a falta de éste, el que esté en turno.

En materia de interrelación entre tribunales arbitrales y tribunales estatales, el CPCDF menciona las directrices, que a continuación se enlistan, mismas que consideramos resumen el tipo de auxilio que la autoridad estatal le brinda a la institución arbitral, a saber :

a) Los jueces competentes tiene la obligación de impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros.

b) Para emplear los medios de apremio ⁷⁵⁰, *así como para la ejecución de autos y decretos, los árbitros deben de recurrir al juez competente* ⁷⁵¹.

señalada por voluntad de las partes. Para el ordenamiento jurídico mexicano, en materia de arbitrajes comerciales, la aplicación de la norma adjetiva por los tribunales estatales, es de carácter excepcional.

⁷⁴⁹ (motion to compel arbitration)

l) Inicio del procedimiento arbitral

Como medida para garantizar el respeto a las garantías individuales, el capítulo de arbitraje del CC, incluye el principio procesal del trato igualitario a todas las partes vinculadas con el arbitraje, y el principio que garantiza a las mismas plena oportunidad para hacer valer sus derechos.

- *Medidas cautelares provisionales.* El CC y el RPCIAC facultan al tribunal arbitral, salvo convenio en contrario de las partes, para que el mismo pueda ordenar, a solicitud de cualquiera de ellas, la práctica de medidas cautelares provisionales, y cuando así lo amerite el caso, solicitar con relación a dichas medidas, garantías suficientes a cualquiera de las partes.

Estas medidas, estipuladas a través de autos o determinaciones ⁷⁵², laudos provisionales o interlocutorios ⁷⁵³, contribuyen a la dinámica de la institución arbitral, permitiendo al propio órgano jurisdiccional adoptar las providencias necesarias para la adecuada sustanciación del procedimiento, y de esta forma eliminar aquellos obstáculos que pudieran atentar contra su efectividad. Las providencias precautorias no tienden a resolver en definitiva la controversia entre las partes.

Como ejemplos de este tipo de medidas el RPCIAC señala en su artículo 26, párrafo primero, las siguientes :

- *Depósito de los bienes materia de la controversia en manos de un tercero.*
- *Venta de los bienes perecederos relacionados con el arbitraje.*

De la misma forma, figuran como medidas cautelares :

- *El nombramiento de peritos.*

⁷⁵⁰ De acuerdo con la definición propuesta por Héctor Fix-Zamudio, los medios de apremio son aquellos instrumentos jurídicos a través de los cuales el juez puede hacer cumplir coactivamente sus resoluciones. Destacan como medidas de apremio las siguientes : a) Multas, b) El auxilio de la fuerza pública, c) El rompimiento de cerraduras, d) El cateo por órdenes escritas, y e) El arresto hasta por 36 horas.

⁷⁵¹ Si fuere procedente algún recurso intentado por la parte afectada, lo admitirá el juez que reciba los autos o decretos y remitirá éstos al Tribunal Superior, sujetándose en todos sus procedimientos a lo dispuesto para los juicios comunes,

⁷⁵² (order)

⁷⁵³ (interim arbitral award)

- *La acumulación de procedimientos arbitrales conexos.*
- *Las garantías sobre ciertas medidas cautelares, o sobre el propio laudo definitivo.*
- *La inspección de bienes.*
- *El impedimento para difundir información relacionada con la disputa.*
- *La continuación del desarrollo de las obligaciones contractuales.*
- *El aseguramiento de documentos probatorios.*
- *El pago de cantidades de dinero*
- *La preparación de pruebas*

Con el propósito de evitar que la confusión doctrinal y práctica de las facultades del tribunal arbitral con relación a la posibilidad de que este mismo órgano dicte providencias precautorias, el CC prevé en su artículo 1425 la posibilidad de que sean solicitadas las mismas directamente a la propia autoridad estatal, aún después de iniciado el arbitraje. Generalmente, las medidas cautelares que dicta el tribunal judicial, suelen ser antes del inicio del procedimiento arbitral o después de que se es dictado el laudo correspondiente, debido a que una vez constituido el tribunal arbitral, ese órgano es el idóneo en materia de competencia para conocer de cualquier medida o recurso que intenten las partes y que se relacione con la materia del arbitraje ⁷⁵⁴.

El maestro Ovalle Favela clasifica a las medidas cautelares provisionales en las siguientes :

- a) *Personales o reales, según se dicten sobre personas o bienes.*
- b) *Conservativas o innovativas, según sean para mantener o modificar el estado de las cosas.*
- c) *Nominadas o innominadas, según hagan referencia a una medida específica que tenga que ejecutar el juez, o un poder general para que éste decrete las medidas pertinentes con el propósito de asegurar la ejecución del laudo correspondiente.*

⁷⁵⁴ La tendencia en el arbitraje comercial en materia de competencia para ordenar medidas cautelares es que, en la medida en que un tribunal arbitral posea suficientes facultades para dictar este tipo de medidas, los jueces no deberán invadir dicha esfera, aceptando como procedente la solicitud que formule alguna de las partes en tal sentido, sobre todo si conoce que existe un convenio arbitral o un arbitraje sustanciándose.

Las medidas cautelares provisionales ⁷⁵⁵ se pueden ser decretadas por el tribunal arbitral antes o durante el procedimiento.

En materia de arbitrajes comerciales internacionales, los árbitros toman cierta precaución en su facultad de ordenar medidas cautelares provisionales, para evitar que ello sea interpretado por los tribunales judiciales nacionales como una forma de prejuzgar al controversia. Para determinar correctamente dicha facultad resulta recomendable que las partes señalen textualmente lo siguiente ⁷⁵⁶ :

"Sin perjuicio de las medidas cautelares que se pudieren solicitar con base en el ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje, o de otro relacionado con la sustanciación de dicho procedimiento, el tribunal arbitral se encuentra plenamente facultado para ordenar éstas medidas y sancionar ⁷⁵⁷ su incumplimiento."

Al carecer el tribunal arbitral de poder coercitivo para hacer cumplir una medida cautelar, la orden correspondiente adquiere la forma de una directriz procedimental dirigida a una de las partes. Sin embargo, independientemente de que el tribunal arbitral pueda auxiliarse del juez estatal para hacer cumplir dicha determinación, este órgano jurisdiccional puede manifestar a la parte a quien dirige la medida cautelar, que la falta de su cumplimiento puede traducirse en una inferencia negativa en contra de la misma, en los resolutive del laudo definitivo ⁷⁵⁸.

A diferencia de las medidas cautelares ordenadas por un juez estatal, las ordenadas por un tribunal arbitral estrictamente surten efectos solamente contra las partes del propio arbitraje.

⁷⁵⁵ También conocidas como *pre - award protective measures*.

⁷⁵⁶ Hunter, Martin - Paulsson, Jan - Rawding, Nigel & Redfern. Alan, *ob. cit.* p. 47.

⁷⁵⁷ Generalmente la sanción que aplica el tribunal arbitral es una multa.

⁷⁵⁸ Wagoner, David E. *"Medidas Cautelares en el Arbitraje Internacional"*. (Título traducido de *"Interim Relief in International Arbitration"*). Ponencia presentada en la XIV Conferencia Interamericana sobre Arbitraje Comercial, *Solución de Controversias en las Américas*, realizada del 20 al 22 de septiembre de 1995, en la Ciudad de San Antonio, Texas, EE.UU.

II. Etapa expositiva o postulatoria

Esta etapa se concreta a la exposición de las pretensiones de las partes ante el órgano jurisdiccional, quien debe de revisar o calificar la admisibilidad de las mismas, en la forma de demanda, y de contestación de la demanda o reconvencción.

Presentación de la demanda

a) Plazo y forma de presentación

El escrito de demanda ⁷⁵⁹, documento a través del cual la parte actora formula sus pretensiones ⁷⁶⁰, debe de presentarse dentro del plazo convenido por las propias partes, o en su defecto, en aquél determinado por el tribunal arbitral. Tanto el propio CC, como la legislación adjetiva civil del D.F., concluyen que la forma de presentar la demanda es la escrita.

El RPCIAC señala que a menos que la demanda de arbitraje no se incluya en la notificación de arbitraje, ésta se debe de presentar en el tiempo que determine el tribunal arbitral ⁷⁶¹, proporcionando por escrito ejemplares de la misma tanto a la demandada como a cada uno de los árbitros.

b) Requisitos

El formato correspondiente es libre, basado en lo que las partes determinen. En caso de que las partes no determinaran nada sobre el particular, ésta exige la inclusión de los hechos en que se funda la demanda ⁷⁶², los puntos controvertidos ⁷⁶³, así como las

⁷⁵⁹ (statement of claim)

⁷⁶⁰ Estas pretensiones pueden consistir en un dar, en un hacer, o en un no hacer, vinculadas a un bien jurídicamente tutelado.

⁷⁶¹ Dicho lapso no debe de ser mayor de 45 días, pudiendo prorrogarse si el tribunal arbitral lo considera necesario, o si las partes convienen en otro período de tiempo.

⁷⁶² (statement of the facts supporting the claim)

⁷⁶³ (points at issue)

prestaciones que se reclaman ⁷⁶⁴. Además de estos tres datos, el RPCIAC exige los nombres y el domicilio de las partes, copia del contrato principal, y copia del contrato principal.

Es común que, además de los requisitos mínimos anteriormente señalados, se deba o se pudiera incluir al escrito de demanda los siguientes rubros :

- 1.- Nombres y domicilio de los testigos que haya presenciado los hechos sobre los que se funda la demanda.
- 2.- El poder que acredite la personalidad del que comparece en nombre de alguna de las partes.
- 3.- El documento o documentos que acrediten el carácter con que el representante legal o asesor legal se presenta al arbitraje, en el caso de tener representación legal de alguna persona o entidad, o cuando el derecho que reclame provenga de habersele transmitido por otra persona.
- 4.- Copia simple o fotostática de toda la documentación para el tribunal arbitral y para la contraparte.
- 5.- El valor de lo demandado.

Las partes, al formular sus alegatos deben de aportar todos los documentos que consideren pertinentes, o hacer referencia de los que vayan a presentar ⁷⁶⁵.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, u opinión en contrario del tribunal arbitral⁷⁶⁶, la parte actora podrá modificar o ampliar su demanda.

⁷⁶⁴ (relief or remedy sought)

⁷⁶⁵ En el caso de que se carezca de un documento citado como base de una acción o excepción, de preferencia se debe de acreditar haber solicitado su expedición con la copia simple sellada de la promoción, por la correspondiente entidad o dependencia en donde se encuentren los originales. En caso de que lo anterior no fuere posible, la parte correspondiente deberá de manifestar al tribunal arbitral dicha situación para que éste determine si solicita el apoyo de la autoridad judicial para la obtención de las pruebas relacionadas.

⁷⁶⁶ El tribunal arbitral podrá oponerse a la modificación o ampliación de la demanda, si ésta se hiciera de forma tal que demorara el propio procedimiento, o no la considerara basada en pruebas supervenientes.

Si la actora no presenta su **demanda** en los **términos** descritos, y nada se hubiere acordado al respecto, y no se invoca **causa justificada**, el tribunal arbitral debe de dar por terminadas sus actuaciones.

Al respecto, el RPCIAC determina que si la actora omite la presentación de su demanda, sin que medie **causa justificada**, dentro del período impuesto por el tribunal arbitral, éste debe de dar por terminadas las actuaciones.

Atendiendo a la estructura formal de la demanda, ésta se divide esencialmente en los siguientes rubros :

- *Proemio (Datos de identificación del procedimiento y las prestaciones reclamadas)*
- *Hechos*
- *Derecho*
- *Puntos petitorios*

c) Efectos

Como efectos principales de la presentación de la demanda de arbitraje tenemos :

- *Interrumpir la prescripción, si no lo está por otros medios, como es el caso de la notificación de arbitraje.*
- *Fijar el principio de la etapa expositiva.*
- *La de terminación del valor de las prestaciones exigidas.*

Presentación de la contestación de la demanda

Una vez emplazada la contraparte al procedimiento arbitral ⁷⁶⁷, la contestación de la demanda ⁷⁶⁸ debe formularse de semejante forma que el escrito inicial de la demanda, teniéndose como elementos mínimos a incluir la referencia a todo lo planteado por el actor.

El RPCIAC determina en materia de la contestación de la demanda, que ésta debe presentarse dentro del plazo señalado por el tribunal arbitral.

El demandado también puede modificar o ampliar su contestación en los términos descritos para la demanda.

Otros elementos que se pueden incluir en la contestación de la demanda son :

- 1.- Señalamiento del tribunal arbitral ante quien se conteste.
- 2.- Indicación de su nombre, domicilio para recibir notificaciones, y las personas autorizadas para recibir notificaciones, documentos y valores.
- 3.- Manifestación de todas las excepciones que se tengan ⁷⁶⁹, cualquiera que sea su naturaleza.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, y sin invocar causa justificada, cuando el demandado no presenta su contestación en los términos descritos, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de lo alegado por el actor.

⁷⁶⁷ Los efectos del emplazamiento son principalmente : 1.- Prevenir el procedimiento en favor del tribunal arbitral que lo hace; 2.- Sujetar al emplazado a seguir el procedimiento ante el tribunal arbitral que lo emplazó; 3.- Obligar al demandado a contestar ante el tribunal arbitral que lo emplazó; y 4.- Producir todas las consecuencias de la interpelación de un órgano jurisdiccional.

⁷⁶⁸ (statement of defense)

⁷⁶⁹ Son excepciones procesales : 1.- La incompetencia del juez, 2.- La litispendencia, 3.- La conexidad de la causa, 4.- La falta de personalidad del actor o del demandado, o la falta de capacidad en el actor, 5.- La falta de cumplimiento del plazo, o de la condición a que esté sujeta la acción intentada, 6.- La división y la exclusión, 7.- La improcedencia de la vía, 8.- La cosa juzgada, entre otras.

El RPCIAC señala que, si el demandado no emite su contestación de la demanda en el tiempo oportuno, sin que medie causa justificada, el tribunal arbitral debe de continuar con las actuaciones.

Presentación de la reconvencción

En los casos en que proceda, la demanda reconvenccional ⁷⁷⁰ debe de proponerse en la contestación de la demanda. De este documento se le debe de correr traslado a la parte actora para que la conteste en el término que corresponda ⁷⁷¹. De acuerdo con las directrices del RPCIAC, la demandada puede presentar la demanda reconvenccional aún después de haber contestado la demanda de la actora, siempre y cuando el tribunal arbitral considere justificable este retraso.

De acuerdo con la legislación adjetiva civil del Distrito Federal, el tribunal arbitral podrá conocer de la reconvencción en los casos en que se hubiere pactado expresamente, o cuando se oponga como compensación hasta la cantidad que importe la demanda.

La demanda reconvenccional debe de elaborarse apegada a los lineamientos de la demanda principal.

III. Etapa probatoria ⁷⁷²

Dentro de esta etapa del procedimiento arbitral, las partes tienen la oportunidad de ofrecer los medios de prueba ⁷⁷³ necesarios, para fundamentar y verificar los hechos afirmados en los correspondientes escritos de demanda, de contestación de la demanda, y de reconvencción.

La etapa probatoria se desarrolla fundamentalmente a través de los actos de ofrecimiento de los medios de prueba, su admisión o rechazo, su preparación y su

⁷⁷⁰ (counterclaim)

⁷⁷¹ Como en el caso de la contestación de la demanda, en materia de juicios ordinarios mercantiles, de dicha contestación a la reconvencción se le debe de dar vista al reconveniente.

⁷⁷² (evidentiary hearings; fact - finding)

⁷⁷³ (evidence)

desahogo⁷⁷⁴. Sin embargo, la *lex arbitri*, otorga a las partes y al propio tribunal arbitral, una amplia libertad para determinar el desarrollo de la etapa probatoria. Por lo general, la forma de conducir el procedimiento probatorio depende en gran medida del criterio seguido conforme al sistema jurídico del que provenga cada uno de los árbitros.

Desarrollo de la etapa probatoria :

a) Ofrecimiento de los medios de prueba. Las partes deben de ofrecer sus medios de prueba ante el tribunal arbitral de manera escrita, relacionando los mismos con cada uno de los hechos controvertidos. El ofrecimiento de pruebas también puede verificarse de manera parcial o total desde el escrito de demanda.

b) Admisión o rechazo de los medios de prueba. Una vez propuestas las pruebas por las partes, el tribunal arbitral procederá a calificarlas individualmente para su debida admisión o rechazo. Al respecto, el artículo 1435 del CC señala : *"Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones."*

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas."

Por lo general, en los procedimientos arbitrales, se admiten todas aquellas pruebas que no sean contrarias al derecho, a la moral o a las buenas costumbres.

c) Preparación de los medios de prueba. Existen diversos medios de prueba que por su naturaleza tienen que ser preparados para su debido desahogo. Tal es el caso de la citación de las partes para absolver posiciones, citación de testigos y peritos, despacho de exhortos, ordenar traer copias, documentos, etc...

⁷⁷⁴ Ovalle Favela, José. *"Derecho Procesal Civil"...*ob. cit., p. 42.

d) Reuniones previas para terminar la preparación de los medios de prueba ⁷⁷⁵. Estas reuniones son de gran utilidad sobre todo para que las partes definan ciertos puntos de los medios de prueba que van a presentar en la audiencia o audiencias correspondientes.

e) Desahogo de los medios de prueba ⁷⁷⁶. Este desahogo tiene verificativo en la celebración de las diligencias y audiencias que se convoquen para tal efecto.

Dentro de los principios más relevantes acordes con la prueba contenidos en el CC figuran :

- El que afirma está obligado a probar.

- Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras.

- Las pruebas deben de ofrecerse expresando claramente el hecho o hechos que se tratan de demostrar con las mismas, así como las razones por las que el oferente considera que demostrarán sus afirmaciones.

- Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos, y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, de terceros, de peritos, documentos públicos o privados, la inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, reconstrucciones de hechos, y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad.

De acuerdo con la naturaleza de la prueba ofrecida, el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación de éste, podrá solicitar la asistencia de la autoridad judicial para el desahogo de pruebas ⁷⁷⁷.

El RPCIAC señala la facultad del tribunal arbitral para ordenar a las partes ⁷⁷⁸, la presentación de documentación e información que considere relevante para la solución de la

⁷⁷⁵ (pre - hearing conference; preliminary hearings)

⁷⁷⁶ (discovery)

⁷⁷⁷ Sin embargo, priva el criterio que, la necesidad y no la conveniencia, debe de fundamentar la solicitud de apoyo en esta etapa al tribunal estatal.

controversia ⁷⁷⁹. De la misma forma, este órgano es el que determina la admisibilidad y la relevancia de las pruebas ofrecidas por las partes.

f) Audiencias. Salvo que las partes dispongan otra cosa, el tribunal arbitral tiene la facultad de determinar si para la presentación de pruebas y/o alegatos orales o escritos, es necesario la celebración de audiencias, o si las actuaciones se desarrollarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

Siempre y cuando las partes no renuncien al derecho de celebrar audiencias, el tribunal arbitral tiene la obligación de convocarlas y llevarlas a cabo siempre que las solicite cualquiera de ellas.

Sin embargo, el CPCDF señala en el artículo 619 : *"...Cualquiera que fuere el pacto en contrario, los árbitros siempre están obligados a recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes lo pidiere..."*

Lo anterior contradice el principio de autonomía de la voluntad de las partes, al negarles a las mismas la oportunidad que sí les brinda el propio CC, de renunciar a la celebración de juntas o audiencias. Esta disposición desvirtúa completamente la esencia de la institución arbitral, al permitir la injerencia estatal en un área del procedimiento que toca a las partes diseñar. Consideramos que este caso no es materia de defensa de las garantías individuales, sino del derecho a caracterizar un procedimiento de común acuerdo por las partes involucradas.

Para la celebración de audiencias y reuniones del tribunal arbitral se debe de notificar a las partes con suficiente antelación.

De toda la información que una de las partes suministre al tribunal arbitral, se debe de correr traslado a la otra parte.

⁷⁷⁸ (subpoenas)

⁷⁷⁹ Por lo general, en caso de que la parte requerida falle en la presentación de la documentación o información requerida por el tribunal arbitral, este órgano en lugar de sancionar o penalizar a dicha parte, la previene de que su actitud será considerada como inferencia negativa en la elaboración del laudo definitivo. Sin embargo, el tribunal arbitral puede apoyarse en la orden del tribunal estatal para hacer cumplir con lo que se ha requerido a una determinada parte; si persiste el incumplimiento, ahora de la orden judicial, se le podrán aplicar a dicha parte medidas de apremio. El tribunal arbitral puede ordenar la presentación de documentación o de información que estime necesaria a cualquier tercero, en caso de incumplimiento, podrá apoyarse en los tribunales estatales.

Durante las audiencias, el tribunal arbitral debe de garantizar a las partes la oportunidad para presentar todas las pruebas e información relacionada con sus pretensiones.

Si las partes nada hubieren acordado y no mediare causa justificada, cuando una de las partes no se presenta a una audiencia, o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar con el procedimiento y emitir su resolución definitiva con fundamento en las pruebas de que disponga.

El RPCIAC hace referencia a las audiencias en las que figuren testigos, para las cuales se exige que, por lo menos quince días antes de las mismas, las partes se proporcionen y también al tribunal arbitral, una lista con los nombres y direcciones de los testigos que se pretende presentar, la materia sobre la que se basará el testimonio y el idioma en que éste tendrá verificativo. En caso de que el tribunal arbitral lo considere necesario, o que las partes lo acordaren, éste deberá de prepara la traducción y/o el registro de la audiencia.

De acuerdo con este Reglamento, las audiencias deben de celebrarse a puerta cerrada, salvo que las partes determinen otra situación. El tribunal arbitral tiene la facultad de decidir la forma en que los testigos serán interrogados. El testimonio de los testigos puede presentarse también de forma escrita. Si cualquiera de las partes debidamente notificada de la fecha de una audiencia no se llega a presentar a la misma, y no exista causa justificada para su omisión, el tribunal arbitral debe de continuar con el arbitraje.

En lo referente al cierre de las audiencias, el RPCIAC determina que el tribunal arbitral preguntará a las partes si tienen más pruebas que ofrecer, testigos que presentar, exposiciones que formular, en caso contrario cerrará el periodo de celebración de audiencias. Bajo circunstancias excepcionales, el tribunal arbitral, actuando de propia iniciativa, o a petición de parte, puede ordenar la celebración de audiencias extraordinarias hasta antes de dictar el laudo definitivo.

g) *Nombramiento de peritos o expertos.* Salvo que las partes dispongan otra cosa, el tribunal arbitral puede auxiliarse de peritos o expertos en determinados campos o materias relacionadas con la controversia sometida al arbitraje; inclusive, puede ordenar a la partes que proporcionen toda su cooperación para que el perito o el experto realice su trabajo.

En este rubro, el RPCIAC señala de que en caso de que exista una controversia entre la parte requerida y el perito o experto correspondiente, esta misma será resuelta por el tribunal arbitral.

Asimismo, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo requiera o el tribunal arbitral lo determine, el perito o el experto, después de rendir su informe o su testimonio, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán la oportunidad de formular preguntas y presentar otros peritos o expertos para que opinen con relación a los puntos controvertidos.

El RPCIAC determina que, para el desahogo de esta audiencia, se deben de seguir los lineamientos aplicados para la sustanciación de audiencias con testigos.

h) Renuncia a la normatividad. Si las partes no objetan el incumplimiento de una disposición del convenio arbitral, o de la *lex arbitri* aplicable, sin que dicha omisión verse sobre normas irrenunciables, en el tiempo para ello, y sin que medie causa justificada, se entiende como renunciado su derecho a impugnar.

IV. Etapa conclusiva

Esta etapa en los procedimientos arbitrales se concentra en la emisión del laudo arbitral definitivo por parte del tribunal arbitral.

a) Concepto de laudo arbitral definitivo

El laudo arbitral definitivo ⁷⁸⁰ se define como el documento a través del cual el órgano jurisdiccional o tribunal arbitral emite su decisión con fuerza vinculativa sobre la controversia planteada por las partes. El laudo arbitral definitivo también es designado como sentencia arbitral. Generalmente, éste documento pone fin al procedimiento arbitral ⁷⁸¹.

La Convención de Nueva York, también considera como laudo arbitral definitivo, aunque no agregue este adjetivo al concepto, no solamente a las sentencias dictadas por los

⁷⁸⁰ (final award)

⁷⁸¹ Es importante no confundir el laudo arbitral definitivo con otro tipo de laudos que el tribunal arbitral pudiera llegar a emitir durante el proceso para resolver incidentes, y que se denominaría laudo provisionales o interlocutorios.

árbitros, sino también a las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

b) Clasificación del laudo arbitral definitivo ⁷⁸²

De acuerdo con lo estipulado por el maestro Silva ⁷⁸³, las clasificaciones más relevantes entorno al laudo definitivo, son aquellas que se fundamentan tanto en la estructura, como en la pretensión resuelta por el mismo. Con base en ello tenemos, que la sentencia arbitral se clasifica:

Atendiendo a la estructura en ⁷⁸⁴ :

- **Laudo simple;** es el que hace referencia a la solución del conflicto planteado ante el tribunal arbitral. Por lo general, marca el final de la función del tribunal arbitral ⁷⁸⁵.

- **Laudo corregido ⁷⁸⁶;** es el que hace el tribunal arbitral a petición de una de las partes con notificación a la otra, para corregir cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar ⁷⁸⁷.

- **Laudo interpretado;** es el que hace el tribunal arbitral por acuerdo de las partes, para interpretar un punto o una parte concreta del laudo.

- **Laudo adicional;** es el que hace el tribunal arbitral a petición de cualquiera de las partes con notificación de la otra, para que se dicte un laudo respecto de reclamaciones formuladas

⁷⁸² Aunque no forman parte de esta clasificación, es importante tomar en cuenta a los laudos provisionales, y a los laudos interlocutorios (ambos también son conocidos como laudos parciales). Como parte de las decisiones emitidas por el tribunal arbitral también figuran los decretos.

⁷⁸³ Silva, Jorge Alberto. "Arbitraje Comercial Internacional en México"...ob., cit., pp. 211 a 225.

⁷⁸⁴ Ver arts. 1450 y 1451 del CC.

⁷⁸⁵ (arbitrators functus officio)

⁷⁸⁶ La petición de corrección del laudo arbitral definitivo debe solicitarse dentro de los treinta días siguientes a la notificación del mismo por parte del tribunal arbitral. Este plazo puede variar si las partes convienen en ello. Lo anterior se aplica también a la solicitud de interpretación o de adición del laudo. La corrección o la interpretación debe manifestarse dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud correspondiente. La adición debe de manifestarse dentro de los sesenta días posteriores. De estimarlo necesario, estos últimos plazos pueden ser prorrogados por el propio tribunal arbitral.

⁷⁸⁷ Dentro de los treinta días siguientes a la fecha de notificación del laudo definitivo, el tribunal arbitral, a iniciativa propia, puede corregir este tipo de errores.

en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo. En este caso, el tribunal arbitral puede llegar a requerir la celebración de nuevas audiencias, o la presentación de nuevas pruebas o demás información necesaria.

- **Laudo transaccional** ⁷⁸⁸; es el que hace el tribunal arbitral a petición de las partes, con base en la transacción convenida entre las mismas. El RPCIAC determina que, si antes de que el tribunal arbitral emita el laudo definitivo, las partes llegan a un acuerdo para resolver la controversia, este órgano puede dictar una orden de conclusión del procedimiento, o como se asentó anteriormente, dictar un laudo cuyo contenido será la transacción a que hubieren llegado las partes, sin que el mismo requiera de motivación alguna.

- **Laudo conclusivo**; este laudo es el que dicta el tribunal arbitral cuando estima que la continuación del procedimiento es innecesaria o imposible. Este laudo puede ser objetado por cualquiera de las partes ⁷⁸⁹.

Atendiendo a la pretensión resuelta en :

- **Laudo declarativo**; este laudo define una situación específica relativa a una relación jurídica determinada.

- **Laudo constitutivo**; este laudo crea, modifica o extingue derechos u obligaciones entre las partes sometidas a un arbitraje.

- **Laudo condenatorio**; este laudo impone el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer, o de no hacer.

c) Nacionalidad del laudo arbitral definitivo

Este rubro tiene especial importancia en lo referente a arbitrajes comerciales internacionales y su vinculación con la normatividad internacional aplicable.

⁷⁸⁸ (consent award)

⁷⁸⁹ Ver art. 34, inciso 2 del RPCIAC.

La Convención de Nueva York establece que será aplicada :

1.- Al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas ⁷⁹⁰ en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias.

2.- A las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales ⁷⁹¹ en el Estado en el que se pide su reconocimiento y su ejecución ⁷⁹².

De esta forma, la nacionalidad de un laudo arbitral varía de acuerdo con el lugar en que se dictó; con el lugar en donde se pretende invocar, y con la ley del país que lo rige.

La importancia de calificar la nacionalidad de los laudos arbitrales definitivos incide en la normatividad adjetiva a aplicar en caso de falta de estipulación expresa de las partes, también ésta determina el poder considerar dicho fallo como cosa juzgada o sentencia firme.

d) Requisitos del laudo arbitral definitivo

Aunque el propio CC no establezca un formato definido ⁷⁹³ para los laudos arbitrales definitivos, y solamente menciona algunos requisitos para los mismos, resulta recomendable incluir en todo laudo arbitral definitivo los elementos que a continuación se analizan.

Requisitos formales :

Los requisitos formales del laudo arbitral definitivo son ⁷⁹⁴ :

1.- Documento por escrito ⁷⁹⁵.

⁷⁹⁰ Por el término "*dictadas*" se entiende el lugar en donde se sustanció la mayor parte del procedimiento arbitral.

⁷⁹¹ (domestic awards)

⁷⁹² Dentro de este rubro se encuentran aquellos laudos que están sometidos a un derecho extranjero, o aquellos que derivan de arbitrajes en donde las partes tienen sus domicilios, o el principal asiento de sus negocios, involucrados con el procedimiento, en el extranjero.

⁷⁹³ Algunos laudos arbitrales definitivos son formateados como sentencias judiciales en preámbulo (datos de identificación del litigio), resultandos (antecedentes del litigio), considerandos (conclusiones del órgano jurisdiccional), puntos resolutivos (forma de cumplir con las conclusiones del órgano jurisdiccional).

⁷⁹⁴ Los primeros cuatro requisitos los establece el propio CC.

⁷⁹⁵ Este requisito también es exigido por el RPCIAC, a través de su artículo 32, inciso 2.

- 2.- Documento firmado por el tribunal arbitral.
- 3.- Se debe de incluir la fecha en que ha sido dictado.
- 4.- Se debe de incluir la especificación del lugar en que ha sido dictado, es decir el lugar del arbitraje.
- 5.- Nombre completo de las partes contendientes.
- 6.- Nombre completo de los miembros del tribunal arbitral.

Requisitos sustanciales :

Estos requisitos adquieren la forma de principios o bases procesales, y son la congruencia, la motivación, y la exhaustividad.

1.- Congruencia : De acuerdo con este principio, el tribunal arbitral debe de resolver exclusivamente las pretensiones y excepciones que le hubieren planteado las partes involucradas en el arbitraje, sin extralimitar sus facultades.

Las materias sobre las que el tribunal arbitral debe de resolver son las acordadas o manifestadas por las partes, tanto en el convenio arbitral, como en sus escritos de demanda y contestación de la demanda y reconvención, y demás promociones (pretensiones o excepciones) que hubiere autorizado dicho tribunal, así como las que determine la propia *lex arbitri*. La sanción que se deriva de la inobservancia de este principio es la nulidad absoluta del laudo arbitral, en todo lo concerniente a los actos del tribunal arbitral que hubieren ido más allá, o hubieren estado fuera de lo pedido por las partes en el arbitraje ⁷⁹⁶.

2.- Motivación : Como parte de las garantías individuales, aparece el deber de las autoridades de motivar y fundar sus actos de molestia. A través de la motivación, se precisan los hechos que son tomados como referencia para tomar una decisión. El deber de

⁷⁹⁶ Siempre y cuando estas materias se puedan separar de lo lícitamente arbitrable. *Ver* arts. 1457 y 1462, fraccs. I, incisos c, del CC.

fundamentar consiste en explicar las razones que sustentan la aplicación de determinadas normas jurídicas.

De acuerdo con el CC y el RPCIAC, el tribunal arbitral tiene la obligación de motivar el laudo arbitral, a menos que las partes dispongan otra cosa, o que se trate de arbitrajes o laudos transaccionales ⁷⁹⁷.

Igualmente, las Convenciones de Nueva York y de Panamá no exigen la directa motivación y fundamentación de los laudos arbitrales para otorgarles reconocimiento y ejecutarlos en el país en donde éstos se invoquen.

3.- Exhaustividad : Este principio procesal impone al tribunal arbitral la obligación de resolver todos los puntos litigiosos que hubieren sido objeto de la controversia. La falta de observancia del tribunal arbitral de este principio, puede ser subsanada a través de la promoción que intente cualquiera de las partes para que dicho órgano dicte el correspondiente laudo adicional.

Todas las copias del laudo arbitral definitivo que se entreguen a las partes, deberán de ir firmadas en original por el tribunal arbitral.

4.- Posibilidad de existencia : El laudo arbitral tiene que ser eficaz, es decir tiene que surtir plenamente sus efectos declarativos, constitutivos y/o ejecutivos. Para ello tiene que ser física y jurídicamente posible.

e) Votación del laudo arbitral definitivo

El CC señala que, salvo que las partes determinen otra cosa, en los arbitrajes de más de un árbitro, toda decisión debe de adoptarse por mayoría de votos. Debido a lo anterior, es altamente recomendable adoptar tribunales arbitrales de números impar ⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ Podríamos agregar el caso de arbitrajes *ex aequo et bono* como excepciones a la obligación de motivar el laudo arbitral definitivo. Resulta recomendable que el laudo arbitral definitivo se motive y fundamente, ya que de lo contrario podría traducirse como atentatorio del orden público del lugar de aplicación o de ejecución.

⁷⁹⁸ Consideramos que hubiera sido prudente el que el CC incluyera la posibilidad de que el presidente del tribunal arbitral decidiera por sí sólo la controversia, en caso de que fuera imposible alcanzar la mayoría entre los miembros del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral tiene la obligación de hacer constar las razones de la falta de firmas o de los votos disidentes, después de adoptar la votación final para emitir el fallo correspondiente.

f) Eficacia del laudo arbitral definitivo

La eficacia del laudo arbitral definitivo se divide para su análisis en sustantiva y procesal. Los efectos vinculativos, obligatorios y finales que el laudo genera entre las partes, existen desde su formal emisión y/o notificación. La eficacia procesal es aquella que es otorgada por la autoridad estatal al laudo arbitral, una vez sustanciado el respectivo procedimiento de homologación o *exequatur*, dándole a dicho fallo el carácter de documento ejecutivo.

De acuerdo con la doctrina y el ordenamiento jurídico mexicano, cuando una decisión definitiva emitida por un órgano jurisdiccional, ya no puede ser impugnada por ningún medio, adquiere la calidad de cosa juzgada, es decir se convierte en una sentencia o en un laudo firme, que ha causado ejecutoria ⁷⁹⁹.

Al respecto la legislación internacional aporta conceptos relevantes, como es el caso de la Convención de Nueva York que señala :

- Cada uno de los Estados miembros deben de reconocer la autoridad ⁸⁰⁰ del laudo arbitral y conceder su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio en donde el laudo sea invocado.
- Para el reconocimiento o para la ejecución de los laudos arbitrales a que se aplica esta Convención, no se deben de imponer condiciones notoriamente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los que se aplican al reconocimiento o a la ejecución de los laudos arbitrales nacionales.
- Esta Convención no impide que las autoridades de los Estados miembros, a petición de cualquiera de las partes, y en la medida en que la legislación interna lo permita, declaren

⁷⁹⁹ Las sentencias o laudos pueden alcanzar la autoridad de cosa juzgada por ministerio de ley o por declaración judicial.

⁸⁰⁰ La presunción a favor de la firmeza del laudo arbitral es salvo prueba en contrario.

procedente cualquier recurso que intenten las mismas, para hacer valer un laudo en la forma y medidas admitidos por dicho ordenamiento jurídico del país en donde se invoca dichas sentencia arbitral.

Con relación al tema de la definitividad del laudo arbitral, la Convención de Panamá señala que los laudos arbitrales no impugnables según la ley o las reglas procesales aplicables, tiene fuerza de sentencia judicial ejecutoriada, y su ejecución o reconocimiento se puede exigir en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales judiciales nacionales o extranjeros, de conformidad el ordenamiento jurídico del país en donde se invoquen.

Ambas Convenciones coinciden en que, cuando en un arbitraje se solicita o intenta, ante la autoridad del país en donde se verificó el mismo, la suspensión o impugnación del laudo arbitral respectivo, es decir se interrumpe la firmeza de dicha resolución, la autoridad del país en donde se invoca el laudo arbitral podrá discrecionalmente ordenar la ejecución del mismo, o su aplazamiento, ordenando, a petición de la parte favorecida, el otorgamiento de garantías, a la parte condenada.

A lo anterior, existen dos soluciones en caso de controversia sobre que criterio debe de privar, si la declaratoria de laudo firme del lugar en donde se dicta el laudo o del lugar en donde se invoca :

1.- Por un lado, las partes, y en su defecto el propio tribunal arbitral, en ejercicio de la autonomía privada, pueden escoger la ley adjetiva que regirá todos los aspectos relacionados con el concepto procesal de cosa juzgada.

2.- El CC propone otra solución que se encuentra prevista en el artículo 1347 - A, a saber : *"Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones : ...V. Que tenga el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no existe recurso ordinario en su contra..."*

Otra de las formas de llegar a que el laudo arbitral definitivo, adquiera la autoridad de cosa juzgada, es a través de la renuncia de las partes a su derecho de impugnar o apelar el

laudo definitivo. En el arbitraje *ad - hoc*, normalmente, las partes renuncian a la apelación, por lo que el laudo es final, obligatorio y ejecutable ⁸⁰¹.

Al respecto, el artículo 619 del CPCDF señala : "...Las partes podrán renunciar a la apelación..."

En materia arbitral, el concepto de apelación se hace extensivo a todo medio de impugnación intraprocesal ⁸⁰², y relacionado con el laudo arbitral definitivo, es decir dichos recursos de defensa, versan sobre actos u omisiones imputados al tribunal arbitral.

De acuerdo con el RPCIAC, el laudo arbitral definitivo debe de ser obligatorio para las partes del arbitraje.

g) Efectos del laudo arbitral definitivo

- *Cosa juzgada* : Este efecto acontece cuando el laudo arbitral ya no puede ser impugnado por ningún medio, en virtud de razones jurídico - procesales, o porque las partes renunciaron al derecho de impugnar al decisión definitiva del tribunal arbitral.

- *Actio judicati* : Este efecto hace referencia a la facultad del vencedor dentro del procedimiento arbitral para exigir la ejecución coactiva del laudo correspondiente.

- *Pago de costas procesales* : Para el debido manejo de este rubro, las partes pueden acordar someterse a las disposiciones que sobre el mismo determinen otros cuerpos normativos, de índole pública o privada. A falta de acuerdo, supletoriamente rigen las directrices del CC sobre costas en el procedimiento arbitral.

En la elaboración del laudo, el tribunal arbitral debe de fijar en el mismo las costas del arbitraje ⁸⁰³. Una vez emitido el laudo arbitral definitivo, el tribunal arbitral entregará a las partes, un estado de cuenta de los depósitos efectuados y les reembolsará todo saldo no utilizado ⁸⁰⁴.

⁸⁰¹ Briseño Sierra, Humberto. "Sobre Arbitraje, Estudios"...ob. cit., p. 73.

⁸⁰² Se encuentran comprendidos en esta clasificación los remedios procesales, la apelación, las nulidades, etc...

⁸⁰³ Ver nota 516.

⁸⁰⁴ (unexpended balance)

Apoyo de la autoridad judicial ⁸⁰⁵

A petición de parte, se puede solicitar a un juez ordinario que exprese sus recomendaciones sobre los honorarios de los árbitros, o sobre los depósitos que se les exige a las partes durante el procedimiento arbitral. En estos casos, el tribunal arbitral debe de concluir las cantidades tomando en consideración las opiniones vertidas sobre el tema por la autoridad judicial.

Honorarios de los árbitros ⁸⁰⁶

En lo que respecta al rubro de honorarios de los árbitros, éstos deben determinarse de manera razonable por el propio tribunal arbitral, tomando en cuenta el monto de la disputa, la complejidad del tema, el tiempo efectivo dedicado por ellos mismos al asunto, y demás circunstancias relevantes. En el laudo arbitral se deben de manifestar los honorarios de cada árbitro por separado. El tribunal arbitral no debe de cobrar honorarios adicionales por interpretar, rectificar o adicionar el laudo definitivo.

Costo de representación y de asistencia legal

En este rubro, el tribunal arbitral puede optar por ordenar que el pago del mismo lo haga en su totalidad una de las partes contendientes, o bien, que el mismo sea prorrateado ⁸⁰⁷ por dicho órgano entre las partes del arbitraje.

Costas procesales distintas a la representación y asistencia legal

El tribunal arbitral puede optar por ordenar que este tipo de costas sea cubierta por la parte vencida, o si la mismas deben de ser prorrateadas entre las partes.

⁸⁰⁵ En lugar de autoridad judicial, el RPCIAC señala a la representación de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que corresponda, para apoyar al procedimiento en este rubro. El CC debería de designar a una institución administradora de arbitrajes para que en lugar de un juez ordinario, ofreciera a las partes y al tribunal arbitral, aún en arbitrajes *ad - hoc*, los lineamientos para determinar las costas del arbitraje.

⁸⁰⁶ (fees)

⁸⁰⁷ (apportion)

Falta de cumplimiento de la obligación de pago de las costas procesales

Si después de treinta días transcurridos desde la notificación del tribunal arbitral relativa al pago de los depósitos relacionados con alguno o algunos de los elementos de las costas procesales, éstos no se han cubierto en su totalidad y en la forma requerida, dicho órgano informará de este hecho a las partes, con el propósito de que observen su correspondiente obligación. Si este pago no se verifica por alguna de ellas, el tribunal arbitral puede dar por suspendido o por concluido el arbitraje ⁸⁰⁸.

El CPCDF señala que el tribunal arbitral puede condenar en costas, y en daños y perjuicios, así como imponer multas a las partes.

h) Publicidad del laudo arbitral

Por ser un proceso de carácter privado, el arbitraje se reserva, generalmente, exclusivamente a las partes que lo pactaron.

Sin embargo de acuerdo con el RPCIAC el laudo arbitral definitivo puede hacerse público si las partes así lo desean.

i) Plazo para dictar el laudo arbitral definitivo

Al respecto nada dice el CC ni el RPCIAC, sin embargo resulta recomendable que las partes fijen en el convenio arbitral o en las juntas preliminares, un tiempo fijo, prorrogable por mutuo acuerdo o a discreción del tribunal arbitral, para concluir el procedimiento mediante la emisión del laudo definitivo que corresponda.

En caso de que las partes no fijen un plazo determinado, el CPCDF señala al tribunal arbitral un plazo de sesenta días para emitir el laudo arbitral definitivo, contándose dicho plazo a partir de la aceptación que cada árbitro haga de su nombramiento ⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Esta forma de suspender o de terminar el arbitraje, se da por la emisión de la orden de suspensión o de conclusión por parte del tribunal arbitral.

⁸⁰⁹ Al respecto, la jurisprudencia determina : "*ARBITRAJE. la facultad que la ley concede a los particulares, para sujetar a arbitraje sus cuestiones privadas, se concreta mediante la ejecución de un acto solemne, pues el compromiso*

j) Notificación del laudo arbitral definitivo

Una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros.

Al respecto, la jurisprudencia señala : *"ARBITROS, HOMOLOGACION DE SUS LAUDOS. Si un laudo arbitral no fue notificado a las partes de acuerdo con la ley, la autoridad del orden común está imposibilitada para dictar el exequatur, conforme al artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal."*⁸¹⁰

k) Procedimiento de homologación del laudo arbitral nacional⁸¹¹

De acuerdo con el maestro Ovalle Favela, la homologación consiste en el reconocimiento que hace un tribunal estatal de la regularidad de un laudo pronunciado por un tribunal arbitral, para poder proceder a su ejecución coactiva⁸¹².

En lo concerniente a los laudos arbitrales de carácter nacional, se estima que no necesitan ser homologados para su ejecución. El laudo arbitral surte plenamente sus efectos en el instante en que adquiere la condición de cosa juzgada. Haciendo referencia a este tema el CPCDF fortalece esta idea en su artículo 632, mismo que señala : *"Notificado el laudo, se pasarán los autos al juez ordinario para su ejecución, a no ser que las partes pidieran aclaración de sentencia..."*

debe de constar forzosamente en escritura pública, si concluye el término que por voluntad de las partes, se ha señalado al árbitro, para que ejerza sus funciones, el compromiso se extingue, el árbitro deje de serlo, y una vez despojado de su investidura, no puede aportar el elemento lógico de la sentencia, entonces el exequatur no tiene materia sobre que recaer, y los tribunales no pueden ordenar la ejecución del laudo, aún cuando lo soliciten de común acuerdo los interesados, pero el término fijado al árbitro para que dicte su laudo, debe computarse descontando los días en que, por diversas circunstancias, no estuvo legalmente capacitado para actuar." Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo : XXXVIII, pág. 804. Cía. mexicana de Petróleo "El Aguila", S.A.. Sup. de julio de 1933, 26 de mayo de 1933.

⁸¹⁰ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVII, pág. 3953. Amparo en Revisión 7795/36, Sección 1a. López Negrete Angel, 2 de agosto de 1938. Mayoría de tres votos. Disidentes : Alfonso Pérez Gasga y Presidente Sabino M. Olea.

⁸¹¹ Existe una tendencia a considerar similares al procedimiento de homologación y al procedimiento de *exequatur*. Aquellos que distinguen entre el procedimiento de homologación y el procedimiento de *exequatur*, afirman que la homologación es el resultado positivo del *exequatur*; la homologación es el reconocimiento dado al laudo arbitral una vez desahogado el procedimiento de *exequatur*.

⁸¹² Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo D - H). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas; Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. p. 1591.

Aún que no exista exigencia para la homologación, el juez estatal puede oponerse a la ejecución del laudo arbitral en los siguientes supuestos ⁸¹³ :

- 1.- *Cuando el asunto sobre el que se dicta el laudo arbitral no está clara e inequívocamente precisado en el convenio arbitral* ⁸¹⁴.
- 2.- *Cuando se trata de materias inarbitrables.*
- 3.- *Cuando la designación del tribunal arbitral se verificó por quien no está en pleno ejercicio de sus derechos, o no se realizó en la forma y con los requisitos de la lex arbitri correspondiente*⁸¹⁵.
- 4.- *Cuando el árbitro designado es incapaz.*
- 5.- *Si el laudo arbitral se dictó fuera del plazo convenido por las partes.*
- 6.- *Violación a las garantías individuales en el desarrollo del procedimiento (formalidades esenciales del procedimiento).*
- 7.- *El laudo arbitral atenta contra el orden público.*

Como argumento en favor de la ejecución directa de los laudos arbitrales firmes, el artículo 1391 del Código de Comercio estipula : *"El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.*

Traen aparejada ejecución :

I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348..."

Por otra parte, el artículo 602 del CPCDF señala los siguientes requisitos para que la autoridad judicial ejecute las sentencias o laudos arbitrales :

⁸¹³ *Idem.*

⁸¹⁴ *Ver art. 616 del CPCDF.*

⁸¹⁵ *Ver arts. 612 a 614 del CPCDF, y arts. 1426 a 1431 del CC.*

- Que versen sobre cantidad líquida o cosa determinada individualmente.
- Que si tratasen de derechos reales sobre inmuebles o de bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal fueren conformes a las leyes del lugar.
- Tratándose de derechos personales o del estado civil, la persona condenada se sometió expresamente o por razón de domicilio a la justicia que la pronunció.
- Siempre que la parte condenada haya sido emplazada personalmente para ocurrir al juicio.

1) Procedimiento de *exequatur* ⁸¹⁶ u homologación del laudo arbitral extranjero

El procedimiento de *exequatur* del laudo arbitral extranjero consiste en un medio de revisión o de control sustanciado ante la autoridad estatal de un país distinto en donde se dicta dicha sentencia, la cual tiene que ser por lo menos obligatoria ⁸¹⁷, y que tiene como objetivo el reconocimiento de la eficacia de la misma para lograr su ejecución conforme a derecho.

⁸¹⁶ En latín "*cúmplase*".

⁸¹⁷ Ver art. V, primer párrafo, inciso e de la Convención de Nueva York, y art. VI del mismo ordenamiento; ver art. 5, primer párrafo, inciso e de la Convención de Panamá, y art. 6 del mismo ordenamiento. Con esto se evitó la necesidad del doble *exequatur*. Comenta Horacio Grigera en su ponencia citada, que al respecto del tema de obligatoriedad del laudo arbitral extranjero para efectos del *exequatur*, las jurisprudencias francesa y sueca relativa a la Convención de Nueva York, sostienen que bastará que el laudo haya sido dictado para que adquiera fuerza obligatoria para las partes sobre la base del acuerdo arbitral por ellas celebrado, aunque se encuentren pendientes de resolución, recursos o vías de nulidad contra el laudo en el país de origen, conforme a las leyes bajo las cuales fue dictado, o no hayan expirado los plazos para recurrir contra el laudo u obtener su nulidad. De manera que, desde el mismo momento en que el laudo es pronunciado, se encuentra potencialmente en situación de surtir efectos extraterritoriales. También se advierten tendencias jurisprudenciales con fuerte sustento doctrinario, según las cuales un laudo dictado en el extranjero no será considerado como obligatorio por el foro de reconocimiento o ejecución sólo si está sujeto a recursos que hacen al fondo o al mérito de lo decidido, como es el caso de los recursos de apelación normales, y en consecuencia sí será considerado obligatorio si está sujeto a recursos que hacen a aspectos procesales, como cuando se alega que el tribunal arbitral decidió fuera de los límites de lo acordado por las partes, o el proceso arbitral adolece de vicios. Por otra parte, es relativo que los recursos relacionados con el fondo de la controversia, salvo aquellos, tales como los llamados "extraordinarios por arbitrariedad" o de "amparo", destinados a resguardar garantías constitucionales, puedan de todas maneras ser interpuestos en el país donde el laudo se dictó, porque: 1.- En la legislación de casi todos los países ese tipo de recursos no se encuentra disponible respecto a los arbitrajes en equidad o de amigable composición, de manera que si las partes han optado por ese tipo de arbitraje, los recursos sobre el fondo o el mérito de la causa no estarán disponibles. 2.- Aún en el caso de arbitrajes de derecho, la mayor parte de las legislaciones permiten la renuncia por las partes, frecuentemente al pactar el arbitraje, a los recursos referentes al fondo o al mérito del laudo arbitral, o prescriben que tal renuncia se opera de pleno derecho, salvo acuerdo en contrario.

De acuerdo con Patrick Staelens Guillot ⁸¹⁸, el procedimiento de *exequatur* se encuentra relacionado con la autoridad de cosa juzgada de la que goza toda sentencia extranjera legalmente emitida. En este procedimiento, la autoridad judicial se limita a verificar la regularidad internacional de la sentencia o laudo del tribunal arbitral que la dictó. El mismo autor define al procedimiento de *exequatur* como el procedimiento judicial por medio del cual el tribunal competente de un determinado estado, ordena la ejecución sobre su territorio de un laudo arbitral emitido en el extranjero.

- ***Criterios de eficacia.*** La eficacia de los laudos arbitrales de carácter extranjero depende tanto de la *lex arbitri* del lugar del arbitraje, como la del lugar en donde éstos se invocan. Un laudo arbitral que sea ineficaz de acuerdo con la ley del sitio de arbitraje, puede ser, o no reconocido plenamente en el país en donde se invoca ⁸¹⁹. De la misma forma, el laudo arbitral que sea eficaz en el lugar del arbitraje, puede no serlo en el sitio en donde se invoca ⁸²⁰.

- ***Objetivo del reconocimiento.*** Las partes pueden solicitar el reconocimiento de un laudo arbitral por los siguientes motivos : a. Para utilizarlo como medio de prueba ⁸²¹, b. Para acreditar la autoridad de cosa juzgada de una determinada controversia ⁸²², y c. Para Conseguir la ejecución forzosa del mismo (título ejecutivo) ⁸²³.

- ***Efectos del laudo arbitral extranjero.*** Los efectos del laudo arbitral extranjero pueden comenzar desde que éste es definitivo (eficacia obligatoria), o desde que dichos efectos son plenamente reconocidos por la autoridad estatal del país en donde se invoca (eficacia ejecutiva).

- ***Autoridad judicial competente para conocer del procedimiento de exequatur.*** De conformidad con lo señalado en el segundo párrafo del artículo 1422 del CC, tratándose de

⁸¹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo D - H)...p. 1386.

⁸¹⁹ Ver párrafo primero del artículo VII de la Convención de Nueva York.

⁸²⁰ Ver inciso 2 del artículo V de las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

⁸²¹ De acuerdo con el CFPC, tratándose de laudos arbitrales extranjeros que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que los mismos llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos, para que puedan ser incorporados al procedimiento correspondiente.

⁸²² En el caso de que se presente un laudo arbitral definitivo de carácter extranjero como parte de una excepción o de un incidente de cosa juzgada, éste deberá llenar solamente los requisitos de autenticidad requeridos para los laudos utilizados como medios de prueba.

⁸²³ Cuando se busca la ejecución coactiva de un laudo arbitral definitivo de carácter extranjero, se recurre al procedimiento de *exequatur*.

laudos arbitrales extranjeros, conocerá de su reconocimiento y de su ejecución, el juez de primera instancia federal o local competente del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes ⁸²⁴. Tratándose de jurisdicción federal, la autoridad judicial competente es el juez de distrito en materia civil; en el caso de jurisdicción local, el juez de primera instancia en materia civil.

- **Normatividad aplicable al procedimiento de exequatur.** La normatividad aplicable al procedimiento de *exequatur* hace referencia al conjunto de normas secundarias principalmente adjetivas, y específicamente a las relativas a la *lex arbitri* correspondiente, que rigen al mismo, y que se aplican a los arbitrajes nacionales, y a los internacionales. Dicha normatividad puede derivar de la voluntad de las partes, o supletoriamente del propio ordenamiento jurídico. La aplicación de estos preceptos se hace constar en el desarrollo del mismo a través de las siguientes etapas :

Solicitud del procedimiento de exequatur

El procedimiento de exequatur se desarrolla de manera incidental de conformidad con lo estipulado por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no es objeto de recurso alguno ⁸²⁵.

El inicio de este procedimiento acontece con la solicitud que en su caso presenta la parte interesada en invocar el laudo extranjero en el país en donde se promueve el mismo.

El CC determina que los laudos arbitrales extranjeros deben de ser reconocidos como vinculantes y ejecutables. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución debe de presentar el original del laudo debidamente autenticado ⁸²⁶ o copia certificada del mismo, y el original del convenio arbitral. Si el laudo o el convenio no estuvieran redactados en español, la parte que lo invoca debe de presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.

⁸²⁴ Tratándose de laudos arbitrales que versen sobre bienes inmuebles el juez competente será el del lugar de la ubicación de los mismos.

⁸²⁵ Ver art. 1463 del CC.

⁸²⁶ Implica el reconocimiento de la firma y del cargo del signante. Se puede verificar de conformidad con la ley del lugar en que se dicta el laudo arbitral, o la de aquél en la que éste se invoca. Generalmente son los funcionarios diplomáticos o los consulares los encargados de la autenticación y/o certificación de los laudos y/o convenios arbitrales.

Al respecto, la Convención de Nueva York señala :

- Cada Estado miembro debe de reconocer la autoridad del laudo arbitral, y conceder su ejecución, de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el país en donde dicho laudo sea invocado, y con las que la misma Convención contiene.
- Dispone el *trato nacional* o trato igualitario en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, con respecto a los requisitos exigidos a los laudos arbitrales nacionales.
- Los requisitos que señala este instrumento internacional para el reconocimiento y al ejecución de los laudos arbitrales extranjeros son :
 - *Presentar ante la autoridad competente la solicitud de exequatur* ⁸²⁷.
 - *Acompañar a dicha solicitud el original debidamente autenticado del laudo arbitral* ⁸²⁸, o *una copia de ese original* ⁸²⁹ *que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad* ⁸³⁰, ⁸³¹
 - *El original del convenio arbitral, o una copia con las características mencionadas.*
 - *Si el laudo o el convenio no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de este último, deberá de presentar una traducción a ese idioma de ambos documentos. La traducción debe de ser*

⁸²⁷ (recognition and/or enforcement request)

⁸²⁸ (the duly authenticated original award)

⁸²⁹ (duly certified copy)

⁸³⁰ Se le considera al laudo arbitral extranjero un título que *prima facie* debe de reconocerse en todos sus efectos.

⁸³¹ La parte contra la cual se invoca el laudo, puede intentar hacer valer en esta etapa de certificación de la autenticidad del mismo, dos excepciones de carácter dilatorio consistentes en lo siguiente : a) *Que el laudo que se desea reconocer y/o ejecutar no fue recibido por el juez requerido a través de un exhorto o carta rogatoria*; y b) *Que dicho laudo no ha sido homologado en el lugar en que fue dictado*. En lo concerniente a la primera excepción, ésta se resuelve al seguir los lineamientos que para el procedimiento de *exequatur* postula la Convención de Nueva York, es decir, la parte interesada o el propio tribunal arbitral pueden requerir el reconocimiento y la ejecución de manera directa, sin que medie exhorto, sobre todo por la naturaleza jurídica del propio arbitraje. La segunda excepción se resuelve atendiendo a las exigencias de la *lex arbitri* del lugar en que se dicta el laudo arbitral. Si esta ley demanda la homologación del laudo arbitral para ser considerado como obligatorio para las partes, entonces se tiene que verificar este reconocimiento judicial de eficacia. Para la Convención de Nueva York, basta con que el laudo sea obligatorio para las partes, sin necesidad de que éste sea homologado en el lugar en que se pronuncia.

certificada por un traductor oficial, o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

En este rubro la Convención de Panamá sólo hace referencia a que los laudos arbitrales no impugnables deben de ser considerados como una sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento puede exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, de conformidad con las leyes adjetivas internas del país en donde se invoquen, y con lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

Por otra parte, el CFPC determina en su artículo 572 lo siguiente : *"El exhorto del juez o tribunal requeriente deberá acompañarse de la siguiente documentación :*

...IV.- Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación." 832

Desarrollo del procedimiento de *exequatur*

Promovido el incidente de reconocimiento del laudo arbitral extranjero, el juez competente debe de mandar traslado de la petición a la otra parte, para que dentro del plazo de tres días puedan promover las pruebas pertinentes.

Una vez transcurrido dicho término, si las partes no promovieren pruebas, ni el tribunal las estimare necesarias, se citará, para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará concurran o no las partes.

Si se llegare a promover pruebas, o el tribunal las estimare necesarias, se abrirá una dilación probatoria de diez días y se verificará la audiencia de la siguiente forma :

- Abierta la audiencia, podrá el juez a discusión, en los puntos que estime necesarios, la prueba documental del actor, y , en seguida, la del demandado concediendo a cada parte el

832 Con el propósito de agilizar el procedimiento de *exequatur*, también se debería de señalar el domicilio del ejecutado.

uso de la palabra, alternativamente, por dos veces respecto de la prueba de cada parte por un término que no ha de exceder de quince minutos.

- Discutida la prueba documental, se pasará a la discusión de la pericial, en los puntos que el tribunal estime necesarios, si hubiere habido discrepancia entre los peritos, concediéndose a éstos el uso de la palabra, sólo una vez, por un término que no excederá de treinta minutos. Si no hubiere habido discrepancia, se pasará a la discusión de la prueba testimonial, la que se llevará a efecto exclusivamente por interrogatorio directo del juez a los testigos y a las partes, puestos en formal careo, para el efecto de aclarar los puntos contradictorios observados en sus declaraciones.

- No impedirá la celebración de la audiencia la falta de asistencia de las partes, ni la de los peritos o testigos, siendo a cargo de cada parte, en su caso, la presentación de los peritos o testigos que cada una haya designado. La falta de asistencia de los peritos o testigos que el tribunal haya citado para la audiencia, por estimarlo así conveniente, tampoco impedirá la celebración de la audiencia; pero se impondrá a los renuentes una multa hasta de mil pesos.

- En cualquiera de los casos anteriores, el juez, dentro de los cinco días siguientes, dictará su resolución.

Resolución del procedimiento de *exequatur*

Existen dos posibles resoluciones : el otorgamiento del reconocimiento, o la negación del reconocimiento del laudo arbitral extranjero. Dicha resolución no es objeto de recurso alguno.

Suspensión del procedimiento de *exequatur*

El CC y las Convenciones de Nueva York y de Panamá, señalan que si se solicitó a un juez ⁸³³ del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución de laudo podrá

⁸³³ La nulidad o suspensión del laudo se puede tramitar ante dos autoridades competentes : a) La del lugar en donde se dictó el laudo arbitral, y b) La del país bajo cuya ley se desarrolló el arbitraje.

(facultad potestativa, ejercitada de oficio o a petición de parte), si lo considera procedente, aplazar su decisión (sentencia) y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá (facultad potestativa) también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes.

- *Requisitos para recibir la homologación en un procedimiento de exequatur* ⁸³⁴. El maestro Silva ⁸³⁵ reconoce los siguientes requisitos o condiciones para homologar los laudos arbitrales extranjeros, a saber ⁸³⁶ :

Requisitos relativos al convenio arbitral

De acuerdo con las Convenciones de Nueva York y de Panamá, así como con lo estipulado en el CC, el juez para homologar un laudo arbitral extranjero debe de analizar :

- *La capacidad de las partes.*
- *Existencia y validez del convenio arbitral.*

Requisitos relativos al procedimiento arbitral

Dentro de este rubro, los ordenamientos citados en el inciso anterior mencionan los siguientes requisitos :

- *La designación del árbitro, así como la constitución del tribunal arbitral, debe de verificarse de conformidad con la normatividad aplicable*
- *Las facultades y poderes jurisdiccionales del tribunal arbitral deben de ejercerse de conformidad con la normatividad aplicable.*
- *El demandado debe de ser emplazado al procedimiento arbitral conforme a derecho.*

⁸³⁴ También podría denominarse a este rubro : "*requisitos para recibir el reconocimiento del laudo arbitral extranjero en el procedimiento de exequatur*".

⁸³⁵ Silva, Jorge Alberto. "*Arbitraje Comercial Internacional en México*"...pp. 253 - 261.

⁸³⁶ Estos requisitos o condiciones se presumen cubiertos, salvo prueba en contrario.

- *Las partes deben de tener la plena oportunidad de hacer valer sus defensas.*
- *El procedimiento debe de apegarse a la normatividad aplicable* ⁸³⁷.
- *El laudo arbitral definitivo debe de resolver sólo y todo lo convenido y requerido por las leyes correspondiente.*
- *El laudo arbitral tiene que ser obligatorio para las partes.*

La falta de firmeza de un laudo arbitral extranjero no es causa suficiente para denegar su correspondiente homologación y ejecución, solamente puede suspender el procedimiento de *exequatur*.

- ***Facultad del juez para revisar el fondo del asunto dentro del procedimiento de exequatur.*** De conformidad con los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los jueces a los que se solicite la ejecución de un laudo arbitral pueden rechazar lo resuelto por el tribunal arbitral, en aquellos casos en que dicho elemento lógico atente contra normas irrenunciables.

Es de esta manera como el juez ante quien se solicite la homologación, debe, si es preciso de oficio, revisar que el laudo arbitral haya versado sobre materia arbitrable de conformidad con ley interna correspondiente; que no atente contra el orden público; y que no se presente la litispendencia en el país en donde se invoca ⁸³⁸.

V. Etapa impugnativa

La etapa impugnativa consiste en el espacio procesal a través del cual las partes ejercitan el derecho a la revisión del procedimiento heterocompositivo al cual se sometieron, y/o del laudo arbitral dictado por los árbitros como resultado del mismo. De igual forma,

⁸³⁷ Es decir, al convenio arbitral, leyes aplicables, y demás acuerdos a los que hubieren llegado las partes, o el propio tribunal arbitral, con relación a los aspectos adjetivos del arbitraje. La falta de observancia de este conjunto normativo, atenta contra el orden público.

⁸³⁸ Al respecto el art. 575 del CFPC señala: "*Ni el tribunal de primera instancia, ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional.*"

esta etapa también representa la oportunidad de las partes para atacar todo laudo arbitral que hubiere sido dictado en contravención de la *lex arbitri*, y de las demás leyes aplicables en el foro del arbitraje.

a) Medios de impugnación

Los medios de impugnación son actos procesales de las partes y de terceros legitimados que tienen como objetivo obtener un nuevo examen de una determinada resolución de un órgano jurisdiccional, y la correspondiente nueva resolución de dicho órgano. Los medios de impugnación pueden recaer en aspectos de fondo, de forma o de fijación de los hechos.

b) Resoluciones inimpugnables

Existen algunas resoluciones de tribunales ordinarios relacionadas con determinadas actuaciones dentro del procedimiento arbitral, que, de conformidad con la *lex arbitri*, son de carácter inapelable, esto es, no son impugnables por ningún medio de los que hace referencia la ley adjetiva aplicable, esto es el CC o el CPCDF.

Entre los supuestos de resoluciones inimpugnables relacionadas con el procedimiento arbitral se encuentran :

- *Resoluciones del tribunal judicial relativas al procedimiento de designación de árbitros*⁸³⁹.
- *Resolución del tribunal judicial sobre la recusación de árbitros*⁸⁴⁰.
- *Resolución del tribunal judicial sobre la remoción de un árbitro del tribunal arbitral*⁸⁴¹.
- *Resolución judicial sobre la competencia del tribunal arbitral*⁸⁴².

839 Ver art. 1427, fracc. V del CC.

840 Ver art. 1429 del CC, y art. 629 del CPCDF.

841 Ver art. 1430 del CC.

842 Ver art. 1432 del CC.

- *El laudo arbitral derivado de un convenio arbitral celebrado con relación a una controversia en grado de apelación* ⁸⁴³.
- *La sentencia definitiva emitida por el tribunal judicial resolviendo un recurso de apelación del laudo arbitral definitivo.*
- *Sentencia resolutoria del incidente de nulidad del laudo arbitral*
- *Sentencia resolutoria del exequatur de un laudo arbitral extranjero*
- *El auto de ejecución del laudo arbitral firme, o del laudo arbitral derivado del exequatur.*

Sin embargo, algunas de estos fallos del órgano jurisdiccional, pueden dar lugar a algún supuesto del juicio de amparo, entre los que destacan ⁸⁴⁴ :

Actos materia del juicio de amparo indirecto (acción de inconstitucionalidad) ante los juzgados de distrito :

⁸⁴³ Ver art. 619 del CPCDF.

⁸⁴⁴ El art. 103 constitucional señala : "Las tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite : I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; II.- Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y III.- Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal." Para la tramitación del juicio de amparo es importante considerar el siguiente supuesto de improcedencia de dicho juicio, que señala la ley en la materia en su artículo 73 : "El juicio de amparo es improcedente : ...XIII.- Contra las resoluciones judiciales o de tribunales administrativos o del trabajo respecto de las cuales conceda la ley algún recurso o medio de defensa, dentro del procedimiento, por virtud del cual puedan ser modificadas, revocadas o nulificadas, aún cuando la parte agraviada no lo hubiese hecho valer oportunamente...", y XIV.- Cuando se esté tramitando ante los tribunales ordinarios algún recurso o defensa legal propuesta por el quejoso, que pueda tener por efecto modificar, revocar, o nulificar el acto reclamado..." Con relación al análisis de los supuestos de improcedencia en el juicio de amparo tenemos la siguiente jurisprudencia : "ARBITROS. SU RESOLUCION NO ENTRAÑA UN ACTO DE AUTORIDAD. Es correcto el desechamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las partes en conflicto, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego es claro que la determinación de un árbitro en las condiciones señaladas, implica un acto de particular que no puede ser materia del juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia en términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la Ley de Amparo." Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Reclamación 1/91. Sección Número Uno del Sindicato de Trabajadores de la Industria Cinematográfica, Similares y Conexos de la República Mexicana, C.T.M. 20 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente : Horacio Cardoso Ugarte. Secretaria : Teresa Sánchez Medellín.

1.- Actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. Cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de éstas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia.

2.- Actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido. Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.

3.- Actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación.

4.- Actos ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercera.

Actos materia del juicio de amparo directo (recurso de inconstitucionalidad) ante los tribunales colegiados de circuito :

- Procede contra sentencias definitivas ⁸⁴⁵, o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que cometida durante el procedimiento, afecta a las

⁸⁴⁵ El artículo 46 de la Ley de Amparo define a las sentencias definitivas como aquellas que decidan el juicio en lo principal, y respecto de las cuales las leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas. También se considerarán como sentencias definitivas las dictadas en primera instancia en asuntos judiciales del orden civil, cuando los interesados hubieren renunciado expresamente la interposición de los recursos ordinarios que procedan, si las leyes comunes permiten la renuncia de referencia. Se entenderán como resoluciones que ponen fin al juicio, aquellas que sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido, y respecto de las cuales las leyes comunes no conceden ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas.

defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo ⁸⁴⁶, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados.

c) Especies de medios de impugnación

Entre los medios de impugnación que se pudieran intentar con motivo de un arbitraje comercial, ya sea ante el propio tribunal arbitral, o ante el tribunal judicial se encuentran :

- **Apelación.** La apelación consiste en un recurso ordinario y vertical o devolutivo, a través del cual, una de las partes dentro de un procedimiento solicita al órgano jurisdiccional de un grado distinto o superior (juzgador *ad quem*), una revisión o ulterior examen de una resolución emitida por otro órgano jurisdiccional de grado inferior o de primera instancia (juzgador *a quo*), con el propósito de que el primero la modifique o revoque.

Generalmente, la apelación se interpone contra la sentencia o laudo definitivo, o contra la sentencia o laudo interlocutorio, contra el auto definitivo que ponga fin al juicio, así como en contra de las demás resoluciones del órgano jurisdiccional en las que la misma proceda y la cuantía lo permita ⁸⁴⁷.

La apelación puede ser admitida con un sólo efecto, o efecto ejecutivo o devolutivo, es decir, el órgano *a quo* no suspende la tramitación o ejecución de la resolución, o en

⁸⁴⁶ De acuerdo con el art. 159 de la Ley de Amparo, en los juicios seguidos ante tribunales civiles, administrativos o del trabajo, se considerarán violadas las leyes del procedimiento y que se afectan las defensas del quejoso, en los siguientes casos : 1.- Cuando no se le cite al juicio o se le cite en forma distinta de la prevenida por la ley; 2.- Cuando el quejoso haya sido mala o falsamente representado en el juicio de que se trate; 3.- Cuando no se le reciban las pruebas que legalmente haya ofrecido, o cuando no se reciban conforme a la ley; 4.- Cuando se declare ilegalmente confeso al quejoso, a su representante o apoderado; 5.- Cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad; 6.- Cuando no se le concedan los términos o prórrogas a que tuviera derecho con arreglo a la ley; 7.- Cuando sin su culpa se reciban, sin su conocimiento, las pruebas ofrecidas por las otras partes, con excepción de las que fueren instrumentos públicos; 8.- Cuando no se le muestren algunos documentos o piezas de autos de manera que no pueda alegar sobre ellos; 9.- Cuando se le desechen los recursos a que tuviere derecho con arreglo a la ley, respecto de providencias que afecten partes substanciales de procedimiento que produzcan indefensión, de acuerdo con los supuestos citados; 10.- Cuando el tribunal judicial, administrativo o del trabajo, continúe el procedimiento después de haberse promovido una competencia, o cuando el juez, magistrado o miembro de un tribunal del trabajo impedido o recusado, continúe conociendo del juicio, salvo los casos en que la ley lo faculte expresamente para proceder; y 11.- En los demás casos análogos a los citados, a juicio de la Suprema Corte de Justicia o de los Tribunales Colegiados de Circuito, según corresponda.

⁸⁴⁷ Entre este tipo de resoluciones (autos) tenemos : 1.- Las que ponen término al procedimiento, haciendo imposible su continuación; 2.- Las que resuelven una parte sustancial del procedimiento; 3.- Las que no pueden modificarse por sentencia o laudo definitivo; y 4.- Los que causan un gravamen irreparable en la sentencia definitiva.

ambos efectos o con el efecto **suspensivo**, en donde sí se paraliza la ejecución de la resolución apelada.

El fallo del órgano jurisdiccional *ad quem* puede ser en cualquiera de los siguientes sentidos :

a. Confirmación del laudo o sentencia definitiva, es decir, se consideran infundados los agravios expresados en el recurso de apelación.

b. Modificación parcial de la sentencia o laudo de primera instancia, es decir, se declaran procedentes y fundados algunos de los agravios expresados mediante el recurso de apelación.

c. Revocación total de la sentencia o laudo de primera instancia.

- **Aclaración de sentencia.** Procede cuando el texto de la sentencia definitiva es contradictorio, oscuro o ambiguo.

- **Revocación.** La revocación es un recurso ordinario y horizontal mediante el cual se solicita al juzgador la modificación total o parcial de una resolución por él emitida ⁸⁴⁸.

- **Incidentes impugnativos.** A través de estos medios impugnativos se combaten o tramitan cuestiones o resoluciones accesorias a la disputa principal dentro del propio procedimiento. Se resuelven mediante sentencias interlocutorias.

⁸⁴⁸ Generalmente son impugnables mediante este recurso los decretos emitidos por el órgano jurisdiccional y todos aquellos autos que no sean recurribles mediante el recurso de apelación. Al respecto los artículos 1334 y 1335 del CC establecen : "Los autos que no fueren apelables y los decretos pueden ser revocados por el juez que los dictó o por el que lo substituya en el conocimiento del negocio. De los decretos y autos de los tribunales superiores, aun de aquellos que dictados en primera instancia serían apelables, puede pedirse la reposición (revocación)." "Tanto la revocación en primera instancia como la reposición deberán pedirse por escrito dentro de los tres días siguientes a que haya surtido efectos la notificación del proveído a impugnar, dando vista a la contraria por un término igual y el tribunal debe resolver y mandar notificar su determinación dentro de los tres días siguientes. De la resolución en que se decida si se concede o no la revocación o la reposición no habrá ningún recurso."

d) Medios impugnativos en el arbitraje

Los medios impugnativos que generalmente se hace valer contra los actos u omisiones del tribunal arbitral son :

- *Remedios procesales*
- *Incidentes*

- ***Remedios procesales.*** Como parte de los medios impugnativos a los que se hace referencia en este análisis, se identifican a los *remedios procesales*, es decir, aquellos recursos correctivos que se sustancian o interponen ante el mismo tribunal arbitral, que los emite o deja de emitir. Estos gravitan esencialmente en el laudo arbitral para solicitar su aclaración o interpretación, corrección, y su complementación o adición.

- ***Incidentes.*** Los incidentes son los medios impugnativos que se promueven dentro del juicio arbitral, y se relacionan con la controversia principal. Como ejemplo destacan los siguientes incidentes : incidente de competencia del tribunal arbitral, incidente recusacional, incidente de suspensión del procedimiento arbitral, incidente de acumulación de procedimientos, entre otros.

e) Apelaciones

De acuerdo con la naturaleza de este tipo de procesos heterocompositivos, la economía procesal es prácticamente un presupuesto de su existencia, por lo cual, sin que la *lex arbitri* defina concretamente la existencia y procedencia de este tipo de medios impugnativos con relación a los actos u omisiones del tribunal arbitral, o con relación a las sentencias o laudos definitivos o interlocutorios pronunciados por el mismo órgano, se concluye que la apelación sólo es procedente en los casos en que las partes expresamente lo acuerden, pudiendo renunciar a la misma por así convenir a sus intereses.

Las partes pueden pactar la renuncia expresa de cualquier medio de impugnación con relación a cualquier tipo de actos y de resoluciones del tribunal arbitral ⁸⁴⁹. Lo anterior se

⁸⁴⁹ No se comprenden dentro de este supuesto los siguientes actos u omisiones de los tribunales judiciales : 1.- Los referentes a la etapa preliminar del procedimiento arbitral, como es el caso de las medidas cautelares provisionales, o la designación de árbitros; 2.- Los referentes al apoyo para el desarrollo de determinadas actuaciones solicitados por el

encuentra fundamentado por el artículo 619 del CPCDF. Si las partes renuncian a este derecho procesal, el laudo arbitral definitivo adquiere automáticamente calidad de cosa juzgada.

Al respecto, la jurisprudencia determina :

- *"JUICIOS ARBITRALES, RENUNCIA AL DERECHO DE APELACION EN LOS. La renuncia a la apelación, contraria como es al régimen del Código de Procedimientos Civiles, vigente en el Distrito Federal, no repugna a la economía del proceso arbitral. Con respecto al arbitraje voluntario, ese ordenamiento admite la validez de esa renuncia, conforme al artículo 619; y en lo que atañe al arbitraje forzoso, es aplicable la misma regla, al tenor del artículo 14 transitorio, como norma especial, limitadora de la prohibición prevista en el artículo 55 del Código citado."*⁸⁵⁰

En lo concerniente a las violaciones procedimentales que no sean de las formalidades esenciales, el maestro Briseño Sierra concluye que las mismas serán convalidadas por la emisión del laudo arbitral, lo que deja por sabido que los vicios que afecten a las facultades para arbitrar, se verán convalidados si las partes actúan dentro del arbitraje sin objeciones⁸⁵¹ al respecto⁸⁵².

En caso de que se pacte la apelación, la misma podrá ser sustanciada de conformidad con el procedimiento establecido por las partes, o en su defecto por las normas de la apelación judicial establecidas en los Códigos de Comercio y de Procedimientos Civiles, Federal o Local⁸⁵³.

tribunal arbitral; 3.- Los referentes al procedimiento de homologación o *exequatur*, 4.- Los referentes a la ejecución del laudo arbitral nacional o extranjero.

⁸⁵⁰ Quinta Epoca, tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo : XCIII, pág. 2323. Matienzo Andrés, Sucn. de 18 de septiembre de 1947, 4 votos.

⁸⁵¹ Ver art. 1420 del CC.

⁸⁵² Briseño Sierra, Humberto. *"Sobre Arbitraje, Estudios"...ob. cit.*, p. 76.

⁸⁵³ De conformidad con lo estipulado por el CPCDF y por el CFPC, en materia de sustanciación del recurso de apelación relacionado con un laudo arbitral, éste se tramita, en materia común, ante las salas del Tribunal Superior de Justicia, y en materia federal ante los Tribunales Unitarios de Circuito. La correspondiente resolución que resuelva el recurso de apelación sí podrá ser impugnada vía juicio de amparo.

Con respecto a lo anterior, el CC señala :

- *La apelación es el recurso que se interpone para que el tribunal superior confirme, reforme o revoque las resoluciones apelables del inferior.*

- *Pueden apelar de una sentencia : I. El litigante condenado en el fallo si creyere haber recibido algún agravio; II. El vencedor que, aunque haya obtenido en el litigio, no ha conseguido la restitución de frutos, la indemnización de daños y perjuicios, o el pago de las costas; y III. La parte que venció puede adherirse a la apelación interpuesta al notificársele la admisión de ésta, o dentro de los tres días siguientes a esa notificación. En este caso, la adhesión al recurso sigue la suerte de éste.*

- *La apelación puede admitirse en el efecto devolutivo y en el suspensivo, o sólo en el primero.*

- *En los juicios mercantiles, tanto ordinarios como ejecutivos, procederá la apelación en ambos efectos : I. Respecto de sentencias definitivas; y II. Respecto de sentencias interlocutorias o autos definitivos que pongan término al juicio, cualquiera que sea la naturaleza de éste.*

- *La apelación sólo procede en juicios mercantiles cuando su interés exceda de ciento ochenta y dos veces el salario mínimo general vigente, en la fecha de interposición en el lugar en que se ventile el procedimiento.*

- *La sentencia de segunda instancia causará ejecutoria cuando la misma no pueda ser recurrida por ningún otro medio ordinario o extraordinario de impugnación, cualquiera que sea el interés que en el litigio se verse.*

Asimismo, el CPCDF en materia de arbitraje y apelaciones señala :

- *Las partes pueden renunciar a la apelación.*

- *Cuando el compromiso en árbitros se celebre respecto de un negocio en grado de apelación, la sentencia arbitral será definitiva sin ulterior recurso.*

- *La apelación sólo será admisible conforme a las reglas del derecho común.*

f) Nulidad del laudo arbitral

Este procedimiento impugnativo tiene como propósito dejar sin efectos al propio laudo arbitral emitido con el carácter de definitivo. Si el juez ante el cual se desarrolle este incidente impugnativo lo declara procedente, el convenio arbitral permanece, y por lo tanto se tiene que volver a desarrollar el procedimiento respectivo.

Las causales de nulidad del laudo arbitral de acuerdo con la *lex arbitri* son ⁸⁵⁴ :

Causales que se interponen a petición de parte :

- 1) Cuando una de las partes en el convenio arbitral esté afectada por alguna incapacidad.
- 2) Cuando el convenio arbitral no sea válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, y si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana.
- 3) Cuando alguna de las partes no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- 4) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral, o contiene decisiones que exceden los términos del mismo. Si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrá anular estas últimas.
- 5) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviere en conflicto con una disposición normativa irrenunciable, o a falta de dicho acuerdo que no se ajustaron a la disposiciones de arbitraje del CC.

⁸⁵⁴ Ver art. 1457 del CC.

Causales que pueden ser interpuestas por las partes o por la propia autoridad judicial :

- 1) Cuando el objeto de la controversia es inarbitrable de conformidad con el ordenamiento jurídico mexicano.
- 2) Cuando el laudo arbitral atente contra el orden público interno.

Procedimiento de nulidad del laudo arbitral

- 1.- La solicitud de nulidad del laudo arbitral debe de formularse dentro de un plazo de tres meses, contado a partir de la fecha de la notificación del laudo. En caso de interpretación, corrección, o adición del laudo arbitral, el plazo correrá a partir de que se haya resuelto cualquiera de las tres peticiones.
- 2.- El juez cuando se le solicite la anulación de un laudo podrá suspender las actuaciones de nulidad cuando corresponda y así lo solicite una de las partes, por el plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal elimine los motivos para la petición de nulidad.
- 3.- El procedimiento de nulidad se tramita incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.
- 4.- La resolución que resuelva el incidente de nulidad no es apelable.

VI. Etapa ejecutiva

Esta etapa hace referencia a la ejecución del laudo arbitral ⁸⁵⁵, sea esta cumplimentada de manera espontánea por las partes ⁸⁵⁶, o de manera coactiva a través de mandamiento de la autoridad judicial ⁸⁵⁷. También cabe el supuesto de que un tercero con

⁸⁵⁵ (enforcement of arbitral awards)

⁸⁵⁶ También designado esto como *cumplimiento*.

⁸⁵⁷ Aludido en términos procesales como *ejecución*.

interés jurídico solicite la ejecución correspondiente del laudo arbitral. A continuación se analizará la ejecución coactiva de los laudos arbitrales comerciales nacionales e internacionales.

De acuerdo con el maestro Arellano García, el cumplimiento del laudo arbitral es la conducta que adopta voluntariamente el sujeto o sujetos destinatarios, para cumplir con determinados deberes jurídicos.

Por otra parte, mediante la ejecución del laudo arbitral, la autoridad judicial apoya al tribunal arbitral, ordenando a la parte o partes destinatarias, el cumplimiento de lo dispuesto en dicho documento, aún en contra de su voluntad, es decir, de forma coactiva.

Al respecto de la ejecución del laudo arbitral, el CC señala :

- *Debe de ejecutar el laudo arbitral el juez designado en el convenio arbitral, o el competente⁸⁵⁸.*
- *Cuando se solicite la ejecución del laudo arbitral, si no hay bienes embargados, se procederá al embargo.*
- *Si el laudo arbitral no contiene cantidad líquida la parte a cuyo favor se pronunció al promover la ejecución presentará su liquidación.*
- *En fase de ejecución o en el juicio ejecutivo se pueden oponer las excepciones de pago, de transacción, de novación, entre otras ⁸⁵⁹, y se debe de dar trámite a las tercerías excluyentes.*

La ejecución del laudo arbitral puede verificarse a través de la vía de apremio, o a través del juicio ejecutivo.

⁸⁵⁸ Al respecto, el art. 504 del CPCDF señala : "La ejecución de las sentencias arbitrales...se hará por el juez competente designado por las partes o, en su defecto, por el juez del lugar del juicio." Cfr. con el art. 1422 del CC.

⁸⁵⁹ Todas estas excepciones deben de ser posteriores al laudo arbitral firme, y constar en instrumento público, en documento judicialmente reconocido, o en confesión judicial.

a) Vía de apremio ⁸⁶⁰

La vía de apremio consiste en la etapa procesal final por medio de la cual, el laudo arbitral firme es debida y coactivamente cumplimentado. La vía de apremio procede a instancia de parte

b) Juicio ejecutivo

Esta vía constituye un procedimiento en forma, fundamentado en que el laudo arbitral firme constituye un título ejecutivo. Se desarrolla de conformidad con las reglas generales de los juicios ejecutivos.

c) Reglas generales de la ejecución procesal

Entre las reglas generales más importantes que deben de observarse durante la ejecución procesal, se encuentran :

- *La ejecución del laudo arbitral tiene que ser pedida a instancia de parte ⁸⁶¹.*
- *La ejecución del laudo arbitral se realizará por el juez competente designado por las partes, y en su defecto por el que se encuentre en turno en el lugar del juicio arbitral.*
- *La inimpugnabilidad sólo es aplicable a las resoluciones judiciales que estén encaminadas directa e inmediatamente a la ejecución de un laudo arbitral ⁸⁶².*
- *Todos los gastos y costas que se originen por la ejecución de un laudo arbitral, serán a cargo del que fue condenado en el mismo.*

⁸⁶⁰ *Apremio* : Conducta obligatoria que nace del mandamiento de la autoridad judicial.

⁸⁶¹ Esta acción es tradicionalmente conocida como *actio iudicati*.

⁸⁶² Al respecto, el art. 527 del CPCDF determina : "*De las resoluciones dictadas para la ejecución de una sentencia no se admitirá otro recurso que el de responsabilidad, y si fuere sentencia interlocutoria, el de queja por ante el superior.*"

Como complemento a las reglas generales de la ejecución procesal se encuentra la siguiente jurisprudencia :

1.- "LAUDOS ARBITRALES. SU EJECUCION NO REQUIERE INCIDENTE QUE SATISFAGA LA GARANTIA DE AUDIENCIA. En términos del artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, cuando se trate de la ejecución de un laudo, una vez notificado éste, deben pasarse los autos al juez ordinario para su ejecución; ello es así toda vez que las partes en el procedimiento arbitral pudieron hacer valer los derechos y medios de defensa que a su interés conviniera, de conformidad con el compromiso suscrito para someter a árbitros la decisión de las controversias que surgieran con motivo del vínculo que las une; luego, en la etapa de ejecución que corresponde al órgano jurisdiccional, sólo debe tenerse en cuenta, para decretar la ejecución del laudo, el análisis que se realice respecto a los siguientes extremos : a) Que durante el procedimiento arbitral se haya respetado la garantía de audiencia a que se refiere el artículo 14 constitucional y lo previsto por el artículo 619 del Código de Procedimientos Civiles; b) Que el árbitro se haya sujetado a los términos del compromiso arbitral; y c) Que el negocio sometido a su conocimiento no sea de los prohibidos en el artículo 615 del mismo ordenamiento; o bien que tratándose de los supuestos a que se refieren los artículos 612 (tutores), 613 (albaceas) y 614 (sindicos), todos del citado ordenamiento, se hayan dado los requisitos a que dichos preceptos se refieren. En tal virtud, no existe necesidad de que se abra incidente alguno para que se otorgue al ejecutado la garantía de audiencia por le juez de la instancia en la ejecución del laudo arbitral." ⁸⁶³

2.- "ARBITROS JUDICIALES EN EL DISTRITO FEDERAL, SUSPENSION TRATANDOSE DE EJECUCION DE SUS LAUDOS. la suspensión debe de concederse, mediante fianza, contra la resolución judicial que mande ejecutar un laudo arbitral, por reunirse los requisitos establecidos en el artículo 55 de la Ley de Amparo; sin que obste en contrario, al circunstancia de que el amparo se enderece únicamente contra la autoridad judicial que ordena la ejecución, y no contra el árbitro, puesto que, en primer lugar, al cuestión de que si el laudo está consentido o no, es ajena a la procedencia de la suspensión

⁸⁶³ Octava Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo : VIII - Diciembre, pág. 239. Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 1281/87. Padilla Graciano Luis, Amira Kuri de Padilla y Begoña Cortés de Miguel. 25 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente : Luz María Perdomo Juvera. Secretario : Rodolfo Ortiz Jiménez. Amparo en revisión 1231/87. Laura Elena González Muñoz. 25 de enero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente : Eduardo Lara Díaz. Secretario : Agustín García Silva.

y, en segundo, el laudo no entraña una sentencia, sino en cuanto la autoridad judicial le otorga el *exequatur*." ⁸⁶⁴

3.- "ARBITROS, LAUDOS DE LOS. Aún cuando se haya designado en un contrato un árbitro o la manera de nombrarlo, y éste haya dictado un laudo, si no se constituyó el arbitraje con notorio apego a la ley, no puede considerarse que si en realidad existe el laudo arbitral, pues si no hubo demanda, ni prueba, ni alegatos, ni citación para sentencia, dicho laudo no podrá ejecutarse, ya que de llevarse a cabo la ejecución, por conducto de un juez, se cometería una violación flagrante al artículo 14 constitucional." ⁸⁶⁵

4.- "ARBITRAJE. Los jueces al presentárseles un laudo arbitral para su ejecución, tienen la obligación ineludible de aceptar el elemento lógico, que con autorización de la Ley Procesal, les proporciona el árbitro constituido por la voluntad de las partes, pudiendo rechazar ese elemento lógico, sólo cuando haya en juego y resulten violados, preceptos que irrefragablemente deben observarse. la función del *exequatur* es completar la sentencia, sin que el juez tenga que juzgar sobre el material lógico que se le presenta; es entonces cuando surge la posibilidad de impugnaciones; pues la seguridad en el procedimiento arbitral, requiere que el juez ejecutor carezca de facultades para nulificar el laudo, negándole el *exequatur*, a menos que la negativa se imponga, por razón de un interés superior a la voluntad de los contendientes. Desaparecida la casación, los interesados pueden ocurrir al amparo; de modo que el remedio contra el laudo, debe intentarse por las vías y ante los tribunales establecidos por la ley, porque, de lo contrario, equivaldría a desconocer la más elemental noción del orden en el procedimiento." ⁸⁶⁶

5.- "LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSAR LA EJECUCION DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE LE ARBITRO NO CUMPLIO LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTION ES DE ORDEN PUBLICO. Aunque los jueces del orden común carecen de facultades para revisar la legalidad del laudo arbitral, en cuanto al fondo, lo que es propio de la apelación en el supuesto de que tal recurso no haya sido renunciado por las partes, si pueden, en cambio,

⁸⁶⁴ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLVI, pág. 3565. Pesqueira Roberto V. 13 de noviembre de 1935.

⁸⁶⁵ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo ; XXXIX, pág. 1817. Castro Antonio, 4 de noviembre de 1933.

⁸⁶⁶ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo : XXXVIII, pág. 800. Cía. Mexicana de Petróleo "El Aguila", S.A.

rehusar la ejecución del laudo, cuando adviertan que el árbitro se ha apartado ostensiblemente de los requisitos procesales estipulados en el respectivo compromiso o cláusula compromisoria, con evidente violación a las normas esenciales de todo juicio, que son de orden público." ⁸⁶⁷

d) Modalidades de la ejecución de los laudos arbitrales condenatorios

Los laudos arbitrales de condena se clasifican, según el tipo de obligación que tiene que ser observada por la parte condenada a la misma, en laudos arbitrales de condena de dar, de hacer, y de no hacer.

- *Laudos arbitrales de condena de dar.* Como ejemplo más común se encuentra el caso en el que se ordena a una de las partes el pago o la entrega de una determinada cantidad de dinero a la otra. En la mayoría de ocasiones, la ejecución de este tipo de condenas se verifica a través del embargo y la enajenación de bienes de la parte vencida. Cuando se trata de bienes distintos del dinero, en el caso de bienes inmuebles, mediante la ejecución se procede a poner en posesión de los mismos a la persona con justo título. En el caso de bienes muebles, se debe de requerir su entrega al obligado, utilizando los medios de apremio que el juez estime necesarios.

- *Laudos arbitrales de condena de hacer.* En este caso, la condena consiste en una determinada conducta que obligatoriamente tiene que ser observada por el condenado, de manera personal, o a través de un representante, pudiendo ser este mismo el propio juez.

- *Laudos arbitrales de condena de no hacer.* Cuando el laudo arbitral es de este tipo, su infracción se resuelve mediante el pago de daños y perjuicios a la parte vencedora.

e) Ejecución de laudos arbitrales en distintas entidades de la República Mexicana

Al respecto de este tema, el artículo 121 constitucional señala :

⁸⁶⁷ Séptima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Volumen : 103 - 108, pág. 129. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 286/77. Etlá, S.A., 23 de septiembre de 1977. Unanimidad de votos. Ponente : Martín Antonio Ríos.

"En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes :

I.- Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él;

II.- Los bienes muebles e inmuebles se registrarán por la ley del lugar de su ubicación:

III.- Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste cuando así lo dispongan sus propias leyes.

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente, o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio;

IV.- Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros; y

V.- Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, son sujeción a sus leyes serán respetados en los otros."

Por lo que respecta al Distrito Federal, el CPCDF determina :

- El juez executor que reciba un exhorto para la ejecución de una sentencia (laudo arbitral) debe de cumplir con lo que disponga el juez requiriente, siempre que lo que haya de ejecutarse no fuere contrario a las leyes del Distrito Federal.

- Durante el trámite de la ejecución ante el juez executor, sólo es procedente la excepción de incompetencia y las tercerías excluyentes.

- Los requisitos que deben de reunir las sentencias para ser ejecutadas son :

I.- Que versen sobre cantidad líquida o cosa determinada individualmente.

II.- Que si tratasen de derechos reales sobre inmuebles o de bienes inmuebles ubicados en el Distrito Federal fueren conformes a las leyes del lugar.

III.- Si tratándose de derechos personales o del estado civil, la persona condenada se sometió expresamente o por razón de domicilio a la justicia que la pronunció.

IV.- Siempre que la parte condenada haya sido emplazada personalmente para ocurrir al juicio.

En materia de cooperación procesal internacional dicho ordenamiento establece :

- Los exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán de homologación cuando impliquen ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos. Los exhortos relativos a notificaciones, recepción de pruebas y a otros asuntos de mero trámite se diligenciarán cuando proceda, sin formar incidente.

- Las sentencias y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno. Tratándose de sentencias o resoluciones jurisdiccionales que solamente vayan a utilizarse como prueba, será suficiente que las mismas llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como documentos públicos auténticos.

f) Ejecución de laudos arbitrales extranjeros ⁸⁶⁸

En el momento de convenir sobre el lugar del arbitraje, o de identificar el o los posibles lugares de ejecución del laudo arbitral correspondiente, es preciso tomar en cuenta la existencia de instrumentos internacionales sobre arbitraje para asegurarse de la plena eficacia de dicho proceso.

⁸⁶⁸ (enforcement of foreign arbitral awards)

Al respecto de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la Convención de Nueva York determina que no se deben de exigir condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los que se aplican a la ejecución de laudos arbitrales nacionales.

Por su parte, la Convención de Panamá señala que, la ejecución de los laudo arbitrales no impugnables, se podrá exigir en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se invoquen y lo que establezcan los tratados internacionales.

Es decir, este instrumento permite que el procedimiento de *exequatur* se verifique de conformidad con la legislación doméstica ⁸⁶⁹, o con base al sistema de derecho internacional aplicado en el país donde dicho documento se invoca.

La ejecución se tramita de manera incidental ante el juez que conoce del *exequatur*, tal y como la determina el propio CC. El juez puede conceder la ejecución parcial de un laudo arbitral.

Tanto en materia de reconocimiento, como de ejecución de laudos arbitrales extranjeros, las Convenciones de Nueva York y de Panamá concluyen lo siguiente ⁸⁷⁰ :

1.- El tribunal del *exequatur*, en principio, no debe de revisar el fondo del asunto, sólo puede controlar si el laudo arbitral extranjero es incompatible con el orden público del lugar en donde se invoca el mismo, o si ha versado sobre materia inarbitrable de conformidad con la ley del mismo sitio.

2.- Es obligación de la parte que se opone al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral la carga de la prueba acerca de si existen algunas de las razones descritas en dichas convenciones.

⁸⁶⁹ Ver arts, 1346 a 1348 del CC., y supletoriamente la aplicación de los arts. 569 a 577 del CFPC, y de los arts. 604 a 608 del CPCDF.

⁸⁷⁰ Cfr. Grigera Naon, Horacio A. "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales en América Latina". Ponencia presentada en la XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, desarrollada en Cali, Colombia el 21 y 22 de noviembre de 1994.

3.- Se excluye el requisito de doble *exequatur*, es decir el laudo extranjero no tiene que ser firme, basta con que sea obligatorio, para poder invocarse en el país del reconocimiento y/o de la ejecución.

4.- Las causales de denegación del reconocimiento y/o de la ejecución previstas en las convenciones, no imponen al juez competente la obligación, por su sola existencia, para proceder en ese sentido.

5.- La Convención de Nueva York introduce el principio de la *legislación más favorable* para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Dicho principio puede invocarlo cualquiera de las partes, o en su caso, el propio juez del *exequatur*.

6.- La Convención de Nueva York otorga al laudo arbitral extranjero efectos de cosa juzgada, salvo que se compruebe lo contrario.

g) Causales de negación al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral extranjero ⁸⁷¹

Las excepciones que se pueden oponer al procedimiento de reconocimiento y de ejecución del laudo arbitral extranjero son ⁸⁷² :

Excepciones oponibles por el demandado :

La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución que ⁸⁷³ :

- **Falta de capacidad de alguna de las partes, e invalidez del convenio arbitral ⁸⁷⁴**. Una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho

⁸⁷¹ (grounds for refusal to recognize or enforce foreign arbitral awards). De estas causales son consideradas como sustantivas las relativas al orden público, la inarbitrabilidad de la controversia, la incapacidad de las partes o invalidez del convenio arbitral, y la relativa a la extralimitación de facultades decisorias del tribunal arbitral. Como causales de carácter procesal se encuentran la violación del debido proceso, la irregularidad en la constitución del tribunal arbitral y durante el desarrollo de las actuaciones, y la falta de eficacia del laudo arbitral.

⁸⁷² Ver art. V de la Convención de Nueva York; art. 5 de la Convención de Panamá; y art. 1462 del CC.

⁸⁷³ El demandado es el que tiene la carga de la prueba de las causales de rechazo del reconocimiento y/o la ejecución de un laudo arbitral extranjero.

convenio no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

El convenio arbitral suscrito por un incapaz es nulo.

En lo concerniente a la libertad de las partes para elegir la normatividad que regule al convenio arbitral, la doctrina señala que dicha elección debe de apegarse a los requisitos mínimos que exige la Convención de Nueva York, según corresponda. En caso de que el convenio arbitral no se apege a dichos requisitos, la parte que solicite el reconocimiento y la ejecución debe de apoyarse en la *lex arbitri*, u otro tratado más favorable, del lugar de donde se invoca el laudo arbitral.

- ***Violación del debido proceso*** ⁸⁷⁵. No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos ⁸⁷⁶.

Los árbitros no pueden resolver la controversia sin que le hubieren dado oportunidad a las partes a presentar sus argumentos, sea esto de conformidad con la normatividad aplicable, mediante la petición de cualquiera de ellas, o si el tribunal arbitral lo estima necesario para el procedimiento. Cada parte tiene el derecho conocer los documentos, pruebas y demás información presentada por la contraparte, para poder estar en posición de formular sus defensas e impugnaciones.

De conformidad con la naturaleza de la institución arbitral, los tribunales judiciales deben de ser flexibles en lo concerniente a vicios del procedimiento permitidos por el propio tribunal arbitral, por no afectar sustancialmente al procedimiento en general. Tal es el caso de notificaciones fuera de tiempo en las que no hubiere resultado notoriamente perjudicada alguna de las partes; o si el laudo fue dictado rebasando el plazo acordado por las partes.

- ***Laudo dictado extra petita o ultra petita*** ⁸⁷⁷. El laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral, o contiene decisiones que exceden los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas

⁸⁷⁴ (incapacity of the parties or invalidity of the arbitration agreement)

⁸⁷⁵ Esta causal está relacionada con la relativa al orden público. (denial of a fair hearing; lack of due process)

⁸⁷⁶ (unable to present his case)

⁸⁷⁷ (excess of authority or lack of jurisdiction)

al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.

Este supuesto genera el fundamento del reconocimiento y la ejecución de los laudos parciales, facultad que es ejercida por el juez del *exequatur* de manera potestativa. De acuerdo con la doctrina, esta facultad debe de regirse por la ley que norma al convenio arbitral. Su procedencia es sumamente imposible en aquellas países en los que el convenio arbitral tiene que ser interpretado de la forma más extensa que en derecho proceda.

- *Irregularidades en la constitución del tribunal arbitral o en la sustanciación del procedimiento arbitral* ⁸⁷⁸. La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

En caso de que la normatividad adjetiva determinada por las partes haya entrado en colisión con las normas imperativas del lugar en donde se verificó el procedimiento, dando lugar a un recurso de nulidad o de suspensión en dicho sitio, por haber violado el arbitraje normas de orden público, o en el caso de que para evitar lo anterior, el tribunal arbitral no respete las normas pactadas por las partes, el juez del *exequatur* debe de decidir si opta por aplicar la causal d) o la causal e).

Es común que la negligencia, corrupción, falta de independencia, y parcialidad de los árbitros, así como cualquier conducta de los mismos que afecte los derechos de alguna de las partes, sea sancionada través de esta causal.

- *Carácter no obligatorio del laudo, o nulidad o suspensión del mismo* ⁸⁷⁹. El laudo no sea aún obligatorio para las partes, o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que conforme a cuyo derecho hubiere sido dictado ese laudo.

El que bastara que el laudo arbitral fuera solamente obligatorio ⁸⁸⁰ para las partes, fue con el objetivo de que el mismo, una vez dictado por el tribunal arbitral, estuviere en posición para ser inmediatamente trasladado al país en donde se pretendía su reconocimiento y ejecución, dejando atrás la intervención del poder judicial del foro del arbitraje. El

⁸⁷⁸ (procedural irregularities; improper composition of the arbitral tribunal or arbitral procedure)

⁸⁷⁹ (invalid award; award is not yet binding or has been set aside or suspended by a court)

⁸⁸⁰ (binding)

fundamento de esta obligatoriedad nace del consenso de las partes para someter su controversia al arbitraje. Sin embargo, si la *lex arbitri* o la ley aplicable establece que, para que un laudo sea obligatorio se tienen que verificar determinados requisitos, las partes deberán de cumplimentarlo para evitar la anulación u suspensión del laudo. En este último caso, si se llegare a omitir este procedimiento para que el laudo arbitral alcanzara la obligatoriedad sancionada por el Estado y no solamente se tuviera la derivada del acto del propio tribunal arbitral, el juez del *exequatur* deberá de tomar en cuenta para resolver, que el propio espíritu de la Convención de Nueva York es el de evitar los doble *exequatur*, y expeditar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Para fundamentar de oficio el rechazo al reconocimiento y a la ejecución de un laudo arbitral extranjero declarado nulo o en suspenso, o en procedimiento de serlo, por el juez del foro del arbitraje, el juez del *exequatur* puede aludir a la excepción de orden público.

Ruben Santos Belandro concluye que la pendencia del procedimiento de anulación o suspensión constituye un obstáculo al reconocimiento y a la ejecución del laudo arbitral extranjero, aunque no un impedimento. El juez del *exequatur* decidirá discrecionalmente al estudiar el caso concreto. La Convención de Nueva York únicamente limita el rechazo al caso en que el laudo haya sido realmente anulado ⁸⁸¹.

De acuerdo con lo estipulado por Horacio Grigera, la idea de la Convención de Nueva York, que la mera interposición de un recurso contra el laudo que no hace al mérito o sustancia de éste, no paraliza su ejecución mientras no haya sido definitivamente anulado a raíz de un recurso exitoso y definitivo que determine la nulidad del laudo. Si el recurso de nulidad ha sido exitoso, el laudo se tornará entonces nulo con efecto *erga omnes* de cosa juzgada en el país donde fue dictado y no podrá luego ser ejecutado en dicho país o en el exterior. Los efectos tanto de la nulidad del laudo como del rechazo a su reconocimiento y su ejecución son distintos. En el caso de la nulidad, de prosperar el recurso, el laudo es anulado con efecto *erga omnes*, lo que importa, en la medida en que dicha anulación sea reconocida internacionalmente, que el laudo ha sido aniquilado como tal y no puede ser ejecutado o reconocido en ningún país del mundo; en el caso del rechazo al reconocimiento y a la ejecución, la oposición exitosamente deducida ante un tribunal judicial, implicará que

⁸⁸¹ Santos Belandro, Ruben B., *ob. cit.* p. 120.

no es ejecutable en tal país, pero no implica su extinción como laudo ni la imposibilidad de perseguir exitosamente su reconocimiento o ejecución en otras jurisdicciones ⁸⁸².

Los tribunales judiciales también pueden llegar a considerar a un laudo arbitral extranjero como obligatorio, en el momento en que éste se convierte en ejecutable de acuerdo con la ley que gobierna al procedimiento, o en el momento en que el laudo cumple los requisitos de término que lo haga considerarlo como obligatorio.

En lo concerniente a la nulidad o suspensión de l laudo arbitral extranjero, cualquiera de éstas tiene que ser decretada por una autoridad judicial.

Motivos de rechazo interpuestos de oficio ⁸⁸³ por el juez ⁸⁸⁴ :

El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el reonocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público ⁸⁸⁵.

En lo concerniente a la calificación de la arbitrabilidad de la controversia, el juez del *exequatur* debe de manejar un criterio muy flexible, tomando como referencia para declarar o no como procedente esta causal, a la ley que gobierno al convenio arbitral. Esto resulta lógico en materia internacional ya que, al pactar una operación comercial de este alcance, las partes tienen como objetivo que su relación jurídica, así como todos los derechos y obligaciones que deriven de la misma, surtan plenamente sus efectos contra cualquier tercero. De esta forma, los poderes judiciales de los países deben de apoyar al sistema de solución de controversias a un nivel internacional, operando, en la medida de lo posible, como si actuaran en una misma competencia, omitiendo obstáculos y favoreciendo la normatividad con base en la cual se originó la posibilidad de someter una controversia al arbitraje.

⁸⁸² Grigera Naon, Horacio A. "Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales en América Latina"...ob. cit.

⁸⁸³ (on its own motion)

⁸⁸⁴ También pueden ser intentados a petición de parte.

⁸⁸⁵ (non arbitrability and public policy)

La parte que intente la causal de inarbitrabilidad, debe de comprobar que el país en donde se invoca el laudo arbitral extranjero, hace un especial énfasis en la improcedencia de la arbitrabilidad del tipo de controversias materia del arbitraje sustanciado.

La causal de orden público es comúnmente relacionada y confundida con las causales b), d), y la de inarbitrabilidad. En este rubro los tribunales deben de distinguir entre la afectación del orden público en materia nacional, y en materia de relaciones internacionales.

El juez competente tiene la obligación de atender y resolver solamente los casos que versen sobre cualquiera de las causales citadas, y aún existiendo cualquiera de ellas tiene la potestad para declararla procedente o improcedente, según la gravedad de la misma.

h) Amparo contra la resolución del incidente de nulidad del laudo arbitral

Este proceso de defensa debe de sustanciarse a través de un amparo indirecto ante los Juzgados de Distrito.

i) Amparo contra la resolución de la apelación de la homologación de un laudo arbitral nacional

En los casos en que el juez se oponga a la ejecución procesal de un determinado laudo arbitral nacional, procede la apelación de su resolución. Sobre ésta última procede el amparo indirecto.

j) Amparo contra el incidente de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero

Este proceso de defensa debe de sustanciarse a través de un amparo indirecto ante los Juzgados de Distrito. El órgano jurisdiccional federal debe de resolver sobre los aspectos de la autenticidad en la homologación, y revisar si se respetaron las garantías individuales del quejoso.

k) Amparo contra el auto de ejecución del laudo arbitral nacional o del laudo arbitral derivado del exequatur

Este proceso de defensa debe de sustanciarse a través de un amparo indirecto ante los Juzgados de Distrito

Con referencia a lo anterior la jurisprudencia señala :

- *"LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACION Y EJECUCION DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TERMINOS DEL ARTICULO 114, FRACCION III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO. Cuando se reclama en juicio de garantías un laudo arbitral homologado, a los acuerdos tendientes a declararlo, así como los actos de ejecución con relación al mismo, el procedente es el juicio de amparo indirecto ante los jueces federales, atento lo que al respecto dispone el artículo 114, fracción III, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, ya que por la complejidad de los mismos actos que se impugnan no se está en el caso de la sola sentencia definitiva que constituye el laudo arbitral homologado, para reclamarlo en amparo directo, conforme al señalamiento del artículo 158 del mismo cuerpo legal."* ⁸⁸⁶

- *"LAUDOS ARBITRALES, AMPARO TRATANDOSE DE. (RECURSOS ORDINARIOS IMPROCEDENTES, NO INTERRUMPEN EL TERMINO PARA EL AMPARO). Las resoluciones dictadas por el juez civil respectivo, en ejecución del laudo pronunciado por el árbitro tercero en discordia, en un juicio arbitral, invisten de imperio al propio laudo, elevándolo a la categoría de acto jurisdiccional, susceptible de ser reclamado en amparo; pero si el quejoso hizo valer contra dichas resoluciones del juez de lo civil, el recurso de apelación, que no le fue admitido, debe estimarse que dicho recurso no interrumpió el término dentro del cual debió promoverse el amparo contra las repetidas resoluciones, por haberse declarado improcedente el recurso de que se trata, según lo ha resuelto al Suprema Corte de Justicia en su jurisprudencia."* ⁸⁸⁷

⁸⁸⁶ Octava Epoca, Tercera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo : 72, diciembre de 1993, Tesis : 3a./J. 32/93. pág. 41.

⁸⁸⁷ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo : CXI, pág. 716. Amparo civil directo 4092/51. Pérez José N. 28 de enero de 1952. Unanimidad de 4 votos. Ausente : Carlos I. Meléndez. Ponente : Carlos I. Meléndez.

- "...Ya se ha establecido jurisprudencia en el sentido de que cuando el quejoso dice en su demanda de amparo, que no fue emplazado al juicio, o fue citado en forma distinta a la prevenida por la ley, el conocimiento del amparo compete a un juez de distrito y no a la Suprema Corte de Justicia. Ahora bien las razones que apoyan este criterio son las siguientes : 1.- El quejoso que dice en su demanda de amparo no haber sido emplazado al juicio o haber sido citado a él en forma distinta a la prevista en la ley, es un extraño a dicho juicio, por no haber sido llamado al procedimiento, ya que en ese caso propiamente no existió en el juicio. 2.- El quejoso por medio del amparo indirecto tiene la posibilidad de aportar ante el juez de distrito, en la audiencia constitucional, las pruebas necesarias para demostrar que o fue emplazado o fue hecho en forma distinta a la ley. 3.- En cambio, en amparo directo, el quejoso se encontrará en la imposibilidad de presentar dicha prueba por no haber sido parte en el juicio. 4.- En las condiciones apuntadas, el quejoso no ataca intrínsecamente el laudo, sino todo el procedimiento seguido en contra y al cual se le pretende dar carácter y efecto de juicio, sin serlo en realidad, por no haberse satisfecho las formalidades esenciales entre las cuales figura el emplazamiento. Esto sería negarle la protección constitucional." ⁸⁸⁸

- "ARBITROS, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES DE LOS. De acuerdo con la fracción I del artículo 1ro. de la Ley de Amparo, en relación con la fracción I del artículo 103 de la Constitución Federal, el amparo sólo procede contra actos de autoridad que violen las garantías individuales. Ahora bien, aunque los árbitros, por disposición de la ley, tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes cometan a su consideración, como aquellos que emanan de un compromiso formado entre particulares, su función es privada e igual carácter tiene el laudo que dictan. La función jurisdiccional es una función pública del Estado, por lo que sólo puede ser conferida por el Estado mismo; y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio, no obran en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, se deduce lógicamente que las funciones de los árbitros no son públicas. En tal virtud, no pueden los mismos árbitros conceptuarse como autoridades del Estado, por lo que los amparos que se intenten contra las resoluciones que dicten, resultan improcedentes, mientras no exista un mandamiento de ejecución que libre el juez competente, cuando es requerido por los árbitros para el cumplimiento del laudo; exequatur que es indispensable para que la resolución arbitral pueda causar algún perjuicio a las partes. El laudo, una

⁸⁸⁸ Quinta Epoca, Cuarta Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo : LXXXV, pág. 2438, 28 de septiembre de 1945.

vez decretado su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y es hasta entonces cuando el agraviado deberá ocurrir en demanda de amparo, ya sea porque en su concepto se hayan cometido violaciones a los términos del compromiso o desatendido los requisitos esenciales del procedimiento, como la falta de recepción de pruebas, de audiencia, o porque se ataquen en el laudo disposiciones de estricto orden público." ⁸⁸⁹

Arbitraje institucional

I. Etapa preliminar en el arbitraje institucional ⁸⁹⁰

La etapa preliminar en los arbitrajes institucionales es similar a la de los arbitrajes *ad hoc* en los siguientes rubros :

- *Identificación de las partes involucradas en el conflicto*
- *Medidas cautelares provisionales o providencias precautorias solicitadas a la autoridad estatal*
- *Notificación de reclamación*
- *Juntas preliminares*
- *Medios preparatorios*
- *Notificaciones, cómputo de plazos y términos* ⁸⁹¹
- *Jueces competentes*

En los rubros en que es diferente es en los siguientes :

- a) *Notificación del arbitraje*
- b) *Designación de árbitros o instalación del tribunal arbitral*
- c) *Lugar*

⁸⁸⁹ Quinta Epoca, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CII, pág. 424, Flores García Jesús, 17 de octubre de 1949 - 4 votos.

⁸⁹⁰ Para el análisis del arbitraje institucional se utilizaron las reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (RAIAAA), y las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (RACCI).

⁸⁹¹ Algunas normas institucionales señalan que, salvo acuerdo en contrario de las partes, o por disposición del tribunal arbitral, las notificaciones a las partes pueden verificarse a través de la forma escrita comunicada por conducto de cualquier forma electrónica de comunicación (transmisión de fax, telex, o de telegramas, utilización del internet, etc...). Cfr. art. 1423 del CC. De todas formas, es recomendable que las partes pacten, ya sea en el convenio arbitral, o en los términos de referencia o acta de misión, todos los medios de comunicación que podrán ser utilizados para las notificaciones durante el procedimiento.

d) Idioma

e) Inicio del procedimiento arbitral

a) Notificación del arbitraje ⁸⁹²

Generalmente, en los arbitrajes administrados por una institución o centro especializado el inicio del procedimiento es descrito en el propio convenio arbitral, en donde las partes señalan a la entidad que se va a encargar del desarrollo del mismo.

A diferencia del arbitraje *ad hoc*, en los arbitrajes institucionales, desde que formaliza el convenio arbitral, las partes tienen a su servicio un órgano, distinto al tribunal arbitral, que apoya a las mismas y al propio procedimiento para su debido desarrollo. Este órgano es comúnmente denominado como "el Administrador" o "el Secretariado", y ante el mismo, y de acuerdo con algunas reglas institucionales, también ante la parte demandada, se presenta el documento denominado "notificación del arbitraje" o "demanda de arbitraje" ⁸⁹³. Estos órganos son por lo general los cuerpos encargados de la dirección y/o administración de los centros de arbitraje ⁸⁹⁴.

Solicitud de arbitraje (demanda)

El documento que se presenta ante el Administrador o el Secretariado tiene una doble naturaleza, es al mismo tiempo la vía para notificar la existencia de una controversia, y la vía para formular las pretensiones de la actora, es decir en un sólo documento se conjuntan la notificación del arbitraje y la propia demanda del promovente del arbitraje.

La razón por la cual los textos de las instituciones administradoras de arbitraje hayan decidido denominar a esta demanda de arbitraje como *notice of arbitration* o *request for*

⁸⁹² Debido a la naturaleza de la notificación del arbitraje, esta misma representa también a la etapa expositiva o postulatoria en el arbitraje institucional.

⁸⁹³ La designación *demanda de arbitraje* alude a la traducción de la frase *request for arbitration*, cuya correcta traducción hubiera sido la de *solicitud o petición de arbitraje*. La traducción jurídica de *demanda* proviene de *lawsuit, action, o sue*, palabras que no aparece en los textos institucionales revisados relativos al inicio del arbitraje.

⁸⁹⁴ Las partes pueden designarlos como centros de presentación de documentos relativos al arbitraje que se encuentren sustanciando, en lugar de presentar la documentación directamente ante el tribunal arbitral, aún si éste ya estuviere debidamente constituido.

arbitration podría ser por que en estricto sentido la demanda de arbitraje se debe de presentar directamente ante el propio tribunal arbitral, quien funge como órgano jurisdiccional. La intervención del órgano administrativo en esta primera etapa del arbitraje institucional es de carácter preparativo, todavía no existe como tal el tribunal arbitral que conducirá el procedimiento correspondiente.

Una vez recibida la solicitud de arbitraje por parte del órgano administrador, éste deberá de notificar de dicha recepción a ambas partes, fijando como inicio del procedimiento la fecha en que tuvo verificativo la misma.

La solicitud de arbitraje debe de contener, por lo menos, la siguiente información :

1.- *La petición de que la controversia se someta al arbitraje descrito en el convenio arbitral.*

2.- *Nombre completo y el domicilio de las partes.*

3.- *La exposición de los hechos y de los actos o hechos jurídicos que constituyan los antecedentes de las pretensiones de la actora.*

4.- *La relación de las prestaciones y demás pretensiones de la actora, y condenas solicitadas, incluyendo, en la medida de lo posible, la indicación de la suma reclamada y sus intereses.*

5.- *El documento base de la acción*⁸⁹⁵, *y el convenio arbitral*

Si la actora omite la presentación del convenio arbitral, puede dar lugar a que el centro de arbitraje considere que *prima facie* no existe tal documento, y por lo tanto remitiría a las partes a probar la existencia del convenio correspondiente ante la autoridad estatal.

Sin embargo, difícilmente se inicia un procedimiento arbitral ante una institución especializada en su administración si no se ha convenido previamente sobre el sometimiento

⁸⁹⁵ Además de estos documentos, el tribunal arbitral procederá a solicitar todos aquellos que puedan manifestar información relevante sobre el caso a resolver.

de la controversia ante la misma. Por lo cual, el órgano competente ante el cual se presente la solicitud de arbitraje, puede hacer notar a la actora que ha omitido la presentación del convenio arbitral en su primera entrega de documentos, dándole oportunidad para que subsane la omisión cometida.

6.- Propuestas acerca del número y la designación de árbitros, idioma del procedimiento, lugar del arbitraje, y sobre la normatividad aplicable.

En este rubro se pone de manifiesto la flexibilidad de aplicación de la normatividad institucional en materia arbitral. No obstante teniendo los centros de arbitraje todo un cuerpo de reglas en forma, éste abre la posibilidad a las partes para que las mismas caractericen el procedimiento correspondiente en la medida en que su normatividad lo permita y éstas así lo quieran.

Este ejercicio de autonomía privada, complementa y favorece a la propia institución arbitral, conciliando las preferencias de las partes para preparar un procedimiento equitativo, con el profesionalismo de una institución especializada en la administración de arbitrajes.

De la misma forma, este inciso se justifica en caso de que las partes hayan pactado en el convenio arbitral que las vincula, que en el momento de solicitar el arbitraje, la parte que lo intente, deberá de proponer las cualidades y el número de los árbitros, el lugar del arbitraje y demás elementos necesarios para la debida conformación del mismo.

En la medida en que una solicitud de arbitraje sea lo suficientemente completa en información y documentación, facilitará al centro de arbitraje la selección de la persona más adecuada para presidir el tribunal arbitral. De la misma forma, una información lo suficientemente extensa garantiza al presunto árbitro el enterarse más detalladamente del caso al cual se le está proponiendo participar, y con ello lo sitúa en una mejor posición para desempeñar correctamente su función.

Asimismo, permitirá que la contraparte manifieste en su respuesta, todo lo relacionado con la información vertida en dicha solicitud, generando un sólido acervo de partida para el tribunal arbitral.

La solicitud de arbitraje debe de ser presentada en original y en fotocopias ⁸⁹⁶. Asimismo, la actora deberá pagar el anticipo que el centro de arbitraje (el centro) le solicite por concepto de gastos administrativos. En caso de omisión en el pago, el centro podrá optar por fijar a la actora un plazo de cumplimiento, y en caso de no verificarse el pago, la solicitud de arbitraje correspondiente quedará archivada sin perjuicio de que la demandante intente su acción en otra ocasión.

La presentación de la solicitud de arbitraje, así como de los documentos anexos, se realiza de forma libre, generalmente de aquella en que estén más familiarizados los consultores jurídicos de las partes. La forma estándar de presentación de documentos para un arbitraje comercial atiende más a lo práctico que al exceso de formalismos y formulismos.

Contestación de la solicitud de arbitraje (contestación de la demanda)

Una vez recibidos el original y las copias de la solicitud de arbitraje, así como el pago de la cuota inicial administrativa ⁸⁹⁷, el Secretariado correrá traslado de la solicitud de arbitraje a la contraparte, la cual tendrá un plazo promedio de treinta días contados, generalmente, a partir del día siguiente en que reciba dicha notificación, para contestar lo que a sus intereses convenga.

Dicho plazo puede extenderse si el propio centro considera que la complejidad del caso lo amerita. Para que la prórroga sea procedente, la demandada debe de responder en dicha solicitud, los comentarios sobre la conformación del tribunal arbitral (número y perfil de los árbitros), inclusive, designar el árbitro que le corresponda.

Lo anterior tiene como propósito que la constitución del tribunal arbitral no se retrase y el arbitraje correspondiente cuente de inmediato con el órgano de conducción del mismo.

⁸⁹⁶ Deben de tomarse en cuenta para las fotocopias los árbitros, la o las partes demandadas, y el órgano competente del centro de arbitraje.

⁸⁹⁷ También es conocido como *el anticipo*, determinado por el arancel para el cálculo de gastos del arbitraje de cada centro de arbitraje. Esta aportación tiene como objetivo el cubrir los gastos del arbitraje erogados desde la recepción, por parte del centro de arbitraje, de la solicitud correspondiente, hasta antes del envío del expediente al tribunal arbitral que se constituya para el caso concreto, o antes de la fijación de la litis. Generalmente este anticipo no es reembolsable, y su monto se deduce de la cuota administrativa final que imponga el centro de arbitraje correspondiente.

En la práctica, resulta recomendable, sobre todo para la celeridad en el desarrollo del procedimiento, que al mismo tiempo que el demandante envía al centro de arbitraje la solicitud o demanda correspondiente, también le mande una copia de la misma a la propia demandada, informándola del inminente inicio de las actuaciones arbitrales.

En su contestación deberá manifestar :

1.- Nombre completo y su domicilio.

2.- Sus observaciones respecto de los hechos y actos o hechos jurídicos que constituyan los antecedentes de la solicitud de arbitraje.

3.- Su posición sobre las pretensiones de la demandante.

4.- Sus observaciones y/o designaciones en torno al número y nombramiento de los árbitros, idioma, lugar y normatividad aplicable al arbitraje.

Reconvención

En su contestación, la demandada puede reconvenir a la actora. La demanda reconvenzional debe de contener los mismos rubros que la demanda original, y debe de ser contestada por la actora en un periodo promedio de quince a treinta días, contados a partir del siguiente a la notificación de dicha contestación ⁸⁹⁸.

La contestación debe de ser presentada ante el correspondiente Secretariado, y a través del mismo, se le notifica de la contestación a la actora.

Tratándose del anticipo y del depósito para gastos del arbitraje, en caso de que la demandada efectivamente reconvenga a la actora, el centro que corresponda, generalmente le fija a la primera, la obligación de realizar otro anticipo y otro depósito, además del hecho por concepto de la demanda principal.

⁸⁹⁸ La demanda reconvenzional incrementa automáticamente la cuota administrativa del centro de arbitraje, así como la tarifa de honorarios de los árbitros, por el incremento que representa en la cantidad considerada como litigiosa.

Acumulación de procedimientos

Las partes pueden solicitar la acumulación de todos aquellos procedimientos que guarden conexidad con el planteado y que se desarrollen en el mismo centro de arbitraje, siempre y cuando se cumpla con los lineamientos correspondientes.

Efectos del convenio arbitral en materia de arbitraje institucional

Las partes al convenir sobre el sometimiento del arbitraje a un centro administrador de este tipo de procesos, adquieren determinados derechos y obligaciones, entre los que destacan:

1.- Su relación procesal se encuentra sujeta a los lineamientos y reglamentos del centro de arbitraje designado. Las partes libremente pueden determinar si se someten al reglamento y/o lineamientos vigentes al momento de firmar el convenio, o al momento en que se inicie el arbitraje que las vincula.

2.- Aun en el caso de que alguna de las partes se niegue o abstenga de participar, el arbitraje será desarrollado en rebeldía de conformidad con los procedimientos establecidos.

La falta de comparecencia o de contestación en la que incurra cualquiera de las partes durante el arbitraje, con relación a un determinado acto procesal, genera la situación jurídica denominada rebeldía o contumacia.

Específicamente, la falta de contestación de la demanda o solicitud de arbitraje, omisión que por excelencia genera un supuesto de contumacia, sin ser una obligación procesal, sino más bien una carga de la parte demandada, coloca a ésta última en un circunstancia adversa, ya que el desarrollo del procedimiento arbitral continúa su marcha, pudiendo el tribunal arbitral declarar precluido su derecho para responder a la actora y declararla fictamente confesa de todos los hechos relatados por aquella, observándose lo que dispone la ley en esta materia ⁸⁹⁹.

⁸⁹⁹ La ley adjetiva aplicable determinará en que casos la confesión ficta será en sentido positivo o en sentido negativo de los hechos relatados en la demanda.

Con el propósito de evitar complicaciones en el reconocimiento y/o en la ejecución de un laudo resultado de un procedimiento arbitral desarrollado en rebeldía, el centro de arbitraje, procurará en todo momento invitar a la parte rebelde a incorporarse al arbitraje, básicamente notificándolo de todas las actuaciones verificadas o a verificarse.

3.- El centro de arbitraje, a través de las instancias competentes, podrá resolver u opinar *prima facie* sobre la existencia de un convenio arbitral y por lo tanto de la procedencia del procedimiento respectivo, que se encuentren relacionados con la normatividad y los servicios de administración de arbitrajes del mismo. La decisión definitiva de admisibilidad o de procedencia en esta materia, la tiene el propio tribunal arbitral que se constituya.

4.- Si el convenio arbitral no se identifica con los requerimientos mínimos que exige la normatividad del centro de arbitraje para considerarlo como existente, éste puede *prima facie*, considerar al arbitraje de que se trate como improcedente, dejando a las partes la opción de recurrir a la autoridad estatal para que determine la existencia o inexistencia de dicho convenio arbitral. Es decir, el centro de arbitraje puede reservarse el derecho de declarar inexistente, inaplicable, o ineficaz a un convenio arbitral, sin la intervención u opinión del tribunal arbitral que se hubiere derivado de dicho convenio calificado.

5.- El convenio arbitral es autónomo del contrato o instrumento base de la acción, por lo tanto aún en el caso de invalidez o inexistencia de los mismos, éste se conserva dando lugar a la jurisdicción del tribunal arbitral.

b) Designación de árbitros o instalación del tribunal arbitral

- **Número de árbitros.** Estos centros de arbitraje suelen señalar tribunales arbitrales de uno o tres árbitros. No solamente la práctica ha demostrado las ventajas de uno o tres árbitros, la misma esencia del arbitraje comercial favorece a esta constitución.

Si las partes no pactan en el convenio arbitral o en la solicitud de arbitraje y en su respectiva contestación, sobre el número de árbitros, generalmente se designa uno sólo, a

menos que el órgano competente del centro determine otro número, tomando en consideración la complejidad de la controversia planteada ⁹⁰⁰.

Nacionalidad de los árbitros

El criterio es similar al del Código de Comercio, salvo acuerdo en contrario de las partes o del centro de arbitraje, la nacionalidad no es un obstáculo para poder fungir como árbitro.

Procedimiento para el nombramiento de árbitros

El proceso de conformación de las listas de árbitros de la mayoría de los centros de arbitraje constituye un excelente medio para garantizar la imparcialidad e independencia de dichos funcionarios. Aún después de su acreditación como árbitros de un determinado centro, las personas que se designan como árbitros tiene que comprometerse a cumplir con los siguientes lineamientos :

- Antes de su designación o confirmación como árbitros, deben de suscribir una declaratoria de independencia, y comunicar por escrito al órgano competente del centro, cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su independencia o imparcialidad ante las partes. Dicho órgano debe de comunicar la información correspondiente a las partes, para que éstas, en un plazo determinado, manifiesten lo que a su derecho convenga. Generalmente esta información llega a las partes a través de un resumen curricular del árbitro. En esta primera etapa de objeciones, se brinda la oportunidad a las partes para que rechacen la designación de un árbitro sin que el mismo haya entrado en funciones todavía. En caso de que estos hechos o circunstancias surjan durante el procedimiento arbitral, deberán de ser notificados por el árbitro afectado, el órgano competente del centro, las propias partes, y los demás miembros del tribunal arbitral.

- Ninguna de las partes puede sostener con cualquiera de los árbitros o candidatos a árbitros, pláticas relacionadas con la controversia fuera de las instancias señaladas en el propio

⁹⁰⁰ Si el centro considera que deben de ser tres los árbitros, éste propondrá a las partes que elijan uno cada una, eligiendo el mismo el tercer árbitro, u optando para que los árbitros designados lo elijan.

procedimiento, salvo la comunicación que las mismas realicen sobre los aspectos generales del caso y/o de los requisitos para fungir como árbitro en el procedimiento correspondiente.

- Generalmente, las decisiones que emiten los órganos encargados de la designación y supervisión de los árbitros sobre su nombramiento, confirmación, recusación o sustitución son definitivas. Estos pueden reservarse el derecho de fundamentar sus resoluciones.

Lo anterior tiene su razón debido a lo difícil que sería que los centros de arbitraje establecieran criterios generales de lo que debe de entenderse como imparcialidad, independencia, calidad profesional, etc...

- Las personas que acepten fungir como árbitros de los centros de arbitraje, quedan totalmente obligadas al cumplimiento de sus normatividades.

El procedimiento de designación es similar al estipulado en el Código de Comercio. En el caso de árbitro único, si las partes no se pusieren de acuerdo para su nominación será designado por el centro ⁹⁰¹. En caso de tribunales arbitrales de tres árbitros, si cualquiera de las partes omitiera seleccionar a su correspondiente árbitro, lo hará supletoriamente el propio centro ⁹⁰²; salvo pacto en contrario, el tercer árbitro lo elige éste último, y fungirá como presidente del tribunal arbitral.

De la misma forma, se otorga libertad a las partes para que diseñen su propio sistema de nombramiento de árbitros ⁹⁰³. Si las partes omitieran hacer la designación en el tiempo pactado, de acuerdo al sistema diseñado por ellas mismas, el centro puede suplir dichas omisiones y desarrollar las etapas del sistema para completarlo e instalar el tribunal arbitral.

En el caso de arbitrajes multipartes, se opta por lo siguiente :

1- En el caso de tribunales arbitrales tripartitas, las partes actoras y las partes demandadas, cada una en bloque designarán a su correspondiente árbitro, mismo que generalmente es confirmado por el órgano o funcionario competente del centro de arbitraje.

⁹⁰¹ El propio centro actúa como autoridad nominadora, como es el caso de la autoridad estatal (juez).

⁹⁰² Usualmente los árbitros designados por las partes se nombran en el propio convenio arbitral, o en los escritos de demanda o solicitud de arbitraje y en la contestación correspondiente.

⁹⁰³ Esta designación de árbitros puede ser inclusive sin la intervención del centro de arbitraje.

2.- Si las partes no pudieren designar a los árbitros, el centro de arbitraje designará a todo el tribunal arbitral.

3.- Una tercera opción es que, en caso de arbitrajes multipartes, automáticamente se designa al centro de arbitraje como la autoridad nominadora de todo el tribunal arbitral.

Aceptación del nombramiento de árbitros

En reglas institucionales este rubro es conocido como *confirmación*. El órgano competente del centro, a través del funcionario designado, tiene la facultad de confirmar la designación de los árbitros llevada a cabo por las partes. El árbitro así designado debe de presentar una declaración de independencia⁹⁰⁴ que no de lugar a objeciones⁹⁰⁵. En el caso de que alguno de los árbitros no fuera confirmado, se tendrá que someter la situación ante el pleno del órgano citado.

En este procedimiento de confirmación, el centro y los funcionarios facultados para conducir el procedimiento de confirmación, deben de tomar en cuenta factores que incidan en la competencia, independencia e imparcialidad del árbitro correspondiente, como : su nacionalidad, su residencia, su curriculum profesional, su disponibilidad, y su aptitud para conducir el arbitraje, entre otros.

Tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, los centros de arbitraje son de la preferencia de escoger a juristas con amplia experiencia en el tema del arbitraje comercial y con suficientes conocimientos en el área en la cual versa la controversia.

En el caso de que se tenga que recurrir al centro para la designación de un árbitro en materia de un procedimiento internacional, éste puede solicitar a sus representaciones nacionales que considere vinculadas con el arbitraje, la elaboración de propuestas de posibles

⁹⁰⁴ (statement of independence)

⁹⁰⁵ Dicha declaración de independencia puede realizarse sin reservas, o con las mismas, siempre y cuando las partes no objeten esta situación. Las partes pueden renunciar a la declaración de independencia formulada por los árbitros designados por ellas mismas, en aquellos arbitrajes en los que cada uno de éstos funcionarios actúa como representante o abogado de cada una de las partes y el tercer árbitro actúa como *umpire*. Además de esta declaración de independencia, a los árbitros se les suele pedir un curriculum vitae.

árbitros ⁹⁰⁶. De la misma forma, salvo objeción de las partes, el centro puede recurrir a la elección de árbitros en países en donde carezca de representación nacional.

Nombramiento de funcionarios para los árbitros

Este rubro no es usualmente comprendido por las reglas institucionales de los centros de arbitraje.

Procedimiento de recusación de los árbitros

Como primera obligación que tienen los árbitros con el centro de arbitraje, es la manifestación de su independencia e imparcialidad o neutralidad, así como todas aquellas circunstancias que pudieran dar lugar a dudas justificadas sobre dichas cualidades.

La posibilidad de cuestionar la capacidad, independencia e imparcialidad de cualquier árbitro puede darse en cualquiera de las siguientes etapas del procedimiento arbitral ⁹⁰⁷ :

- a) Por objeción formulada por cualquiera de las partes, después de que un árbitro ha sido nominado por su contraparte, o está siendo considerado para nominación por conducto del centro de arbitraje., pero antes de la correspondiente designación y confirmación.*
- b) Mediante recusación, después de que el árbitro ya ha sido nombrado y confirmado para desempeñar sus funciones jurisdiccionales.*
- c) Por determinación del centro de arbitraje ⁹⁰⁸, en cualquier momento durante el procedimiento arbitral.*

⁹⁰⁶ Para el caso de árbitros que tienen que designar las partes en un tribunal arbitral tripartita, el centro puede recurrir a la representación nacional de cada uno de los países de los que son nacionales las partes (atendiendo a que las partes comúnmente designan como árbitro a alguien de su misma nacionalidad), o en su defecto, a otro país; en el caso de árbitro único, o del tercer árbitro o presidente del tribunal arbitral, el centro escogerá al árbitro de la representación nacional o del país que considere más apropiado, siempre y cuando no exista objeción de alguna de las partes. Por lo general, el país más apropiado es aquél en donde se ubica el lugar del arbitraje.

⁹⁰⁷ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.* p. 215.

⁹⁰⁸ Pudiera incluirse también, por la petición que cualquiera de las partes le formule al órgano competente.

Entre los rubros más comunes de recusación de árbitros encontramos ⁹⁰⁹ :

Imparcialidad e independencia. Esta es la causa más común y la cual pudiera designarse como la genérica, al lado también de la técnica, que deriva de las cualidades profesionales que se le pudieran llegar a exigir al árbitro.

Es importante distinguir entre la imparcialidad e independencia exigida al árbitro designado por las partes, sea individual o conjuntamente, y la exigida al árbitro designado por el centro de arbitraje para fungir como árbitro único o presidente del tribunal arbitral.

Las partes por lo general designan árbitros que les generan ante todo confianza, sea esta resultado del conocimiento de la trayectoria profesional del árbitro, o de su relación personal o profesional con el mismo. Esto no significa que el árbitro así designado carezca de la obligación profesional de conducirse de acuerdo con la equidad y el derecho, durante todo el arbitraje.

Las partes pueden pactar que los árbitros designados por ambas, individual o conjuntamente, sean neutrales con respecto a las mismas o no lo sean del todo. Debe de quedar expresamente manifiesta dicha situación para evitar demoras en el procedimiento por recusaciones que en lo posterior intente cualquiera de las partes.

Nacionalidad y residencia. Las partes tienen la libertad de nombrar el árbitro de la nacionalidad que quieran, sin temor a que se les recuse por ello. El conflicto relacionado con la nacionalidad puede derivarse del árbitro designado por el centro de arbitraje. Si alguna de las partes se opone a que dicho árbitro sea de la misma nacionalidad que la de su contraparte, puede generar un supuesto para recusarlo.

Intereses económicos y relación profesional o laboral. Resulta obvio que cuando de manera directa se comprueba esta relación de subordinación, es fácilmente procedente la recusación que se intente por este motivo, sea en el plano de negocios o profesional. En los casos en que el centro de arbitraje debe de ponderar los fundamentos de la recusación por estas causas, es en el supuesto en que exista una relación económica y/o profesional pero de manera indirecta, es decir cuando la persona física o moral con la que el árbitro tiene nexos, está relacionada con la parte designante por vínculos a su vez con terceras y cuartas

⁹⁰⁹ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.* pp. 227 - 234.

personas. La labor del centro de arbitraje consistirá en determinar que tanto esta relación indirecta realmente afecta o puede afectar la equidad e imparcialidad del árbitro durante el procedimiento.

Aún en el caso de relaciones directas, resulta oportuno determinar la frecuencia con la que las mismas se han dado entre la parte designante y el árbitro.

Antecedentes sobre intereses económicos, laborales o profesionales. Puede acontecer que el motivo de recusación o impedimento devenga del vínculo económico, profesional o laboral que anteriormente hubiera existido entre la parte designante y el árbitro. En esta situación se encuentra latente la posibilidad de que dicha relación se active nuevamente, generando con ello un conflicto de intereses, resultando dudas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro correspondiente. Asimismo, el árbitro designado podría tener información que lo colocara en una situación distinta a los demás miembros del tribunal arbitral, como consecuencia de una relación anterior con la parte designante.

Sin embargo, para considerar procedente una recusación por este motivo, es preciso determinar la frecuencia del contacto, así como el tiempo transcurrido desde el último entre la designante y el árbitro. Lo importante es comprobar que tanto el árbitro, como la parte que lo designa, han continuado manteniendo contacto desde la última vez que tuvieron algún tipo de vínculo económico, laboral o profesional.

Predisposición ⁹¹⁰ u opinión sobre la controversia manifestado con anterioridad. Todas aquellas personas que con anterioridad hubieren dictaminado u opinado sobre parte o la totalidad de asunto materia del arbitraje, sea en un aspecto académico o profesional, no deberán de fungir como árbitros del mismo. Esto resulta específicamente importante considerar en el caso del árbitro único, o del presidente del tribunal arbitral.

La recusación que intente alguna de las partes alegando subjetivamente que existe predisposición del árbitro sobre la propia controversia, difícilmente procede. Sin embargo, es importante que el centro de arbitraje correspondiente, le haga saber al árbitro que el procedimiento muy probablemente adquiriría un perfil adversarial entre la parte recusante y él mismo, haciéndolo reconsiderar sobre su permanencia como miembro del tribunal arbitral.

⁹¹⁰ (bias)

Criterios sobre recusación de los tribunales estatales. Los centros de arbitraje, así como los árbitros pueden tomar en cuenta los precedentes de cortes nacionales, especialmente los del lugar del arbitraje ⁹¹¹, para considerar las recusaciones intentadas por alguna de las partes fundamentadas en los mismos.

A diferencia del arbitraje *ad hoc*, la demanda o escrito de recusación se presenta por la parte interesada no ante el tribunal arbitral, sino ante el funcionario u órgano competente del centro de arbitraje.

Dicho documento se debe de presentar en el tiempo que señale el propio centro a partir de la notificación de designación o confirmación del árbitro de que se trate por el órgano competente del mismo, o de la manifestación de la circunstancia, hecho o información que genere la duda justificada sobre su independencia, imparcialidad y/o competencia.

Una vez presentado el escrito de recusación ante el órgano o funcionario correspondiente, éste le dará oportunidad a las partes, al árbitro recusado y a los demás árbitros para que aleguen y prueben lo que a su derecho convenga, o realicen comentarios que sean de utilidad para fundamentar la decisión que proceda en definitiva. Una vez desahogada esta instancia, generalmente se turna el expediente al pleno del órgano competente del centro de arbitraje, para que emita la resolución definitiva.

De todas formas, es usual que las normas institucionales estipulen que, si ambas partes acuerdan sobre la recusación, o el propio árbitro recusado renuncia voluntariamente, se dará por concluido el procedimiento de recusación correspondiente, sin que ello implique que se consideraron procedentes las bases de la demanda o escrito de recusación.

En el momento que se piense en recusar a algún árbitro, sea esto por falta de capacidad, imparcialidad o independencia, es preciso que la parte que desea intentar este recurso considere muy bien los beneficios de dicha recusación y los problemas que ésta ocasionaría, sobre todo en el retraso del procedimiento. La recusación no garantiza que el siguiente árbitro sea más neutral que el recusado. A menos que existan circunstancias obvias que afecten el procedimiento en su esencia, las partes deben de proseguir con las actuaciones y dar paso a la constitución del tribunal arbitral.

⁹¹¹ (seat of arbitration)

Procedimiento de sustitución de árbitros

Generalmente, en las reglas institucionales figuran como supuestos de sustitución de los árbitros los siguientes ⁹¹² :

- *Fallecimiento.*
- *Cuando el órgano competente del centro de arbitraje acepta su renuncia,*
- *Cuando el órgano competente del centro de arbitraje declare procedente su recusación.*
- *Por acuerdo de todas las partes.*
- *Cuando el órgano competente del centro de arbitraje considere que no cumple con la normatividad institucional aplicable, o que existe un impedimento de hecho o de derecho para que el mismo ejerza sus funciones* ⁹¹³.

En este caso, dicho órgano competente tiene facultades que pueden ser ejercidas de oficio para garantizar el adecuado desarrollo del arbitraje, mediante la sustitución de uno o de todos los árbitros que constituyen el tribunal arbitral.

Comúnmente se utiliza el mismo procedimiento usado en la designación de árbitros para nombrar al sustituto. Sin embargo, algunas reglas institucionales otorgan cierta libertad al órgano competente encargado de hacer la reasignación de árbitro, para que utilice el procedimiento que más convenga al caso concreto.

Por lo general la sustitución se hace efectiva en el momento en que se verifica el reemplazo del árbitro sustituido con el árbitro sustituto. Mientras tanto las actuaciones arbitrales deben de continuar su curso.

Cuando hubiere terminado el procedimiento de sustitución y el tribunal arbitral se encuentre plenamente constituido, sus integrantes, después de escuchar a las partes, deberán decidir si se repiten las actuaciones desarrolladas en ausencia del árbitro sustituto, o si

⁹¹² Las partes pueden acordar otras opciones diferentes a la sustitución de árbitros. Tal es el caso de que el tribunal arbitral prosiga con el arbitraje sin el árbitro o árbitros faltantes; que se termine el procedimiento arbitral, etc...

⁹¹³ (misconduct of arbitrators)

prosigue el arbitraje. Si el procedimiento se encontrara en la etapa final y se diera una sustitución de árbitros, el tribunal arbitral, o el órgano competente del centro, escuchando previamente a las partes, deberá de decidir si prosigue el dictamen del laudo definitivo con los árbitros restantes, o se procede al nombramiento del árbitro sustituto.

Algunos de los lineamientos generales que deben de observar los árbitros en procedimientos institucionales son ⁹¹⁴ :

- Cuando un árbitro se comunique con una parte por escrito, debe de remitir copia de dicha comunicación a la otra partes o partes, a los demás árbitros, y al órgano competente del centro, en su caso.
- Un árbitro no debe de discutir el caso con una parte en ausencia de las demás y de los demás miembros del tribunal arbitral, si los hubiere.
- Un árbitro puede comunicar a una de las partes el cambio o modificación de fechas relacionadas con el procedimiento, así como otros aspectos materiales y prácticos, siempre y cuando el contenido de estas comunicaciones se los haga saber de inmediato a las otras partes y a los demás árbitros.
- El tribunal arbitral debe de permitir que las partes lleguen a acuerdos relacionados con las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje que las vincule.
- Un árbitro no debe de discutir el caso con otro árbitro en ausencia del tercero o de los demás. En caso de que existiere acuerdo para hacerlo, en todo momento se le deberá de turnar la información correspondiente a los árbitros ausentes.

c) Lugar

Si las partes no convienen sobre el lugar en que se desarrollará el procedimiento arbitral, éste será elegido por el centro de arbitraje. Sin embargo puede acontecer que las reglas institucionales otorguen esta facultad en primer término al propio centro, y una vez

⁹¹⁴ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 240.

constituido el tribunal arbitral sea éste quien determine en definitiva el lugar para sustanciar dicho procedimiento.

Por lo que respecta al sitio o sitios en donde el tribunal arbitral celebrará las actuaciones, se atienden básicamente las mismas directrices que se señalan para el arbitraje *ad - hoc* derivado de la *lex arbitri* mexicana.

d) Idioma

El o los idiomas a utilizar durante el arbitraje, serán aquellos que determinen las mismas. A falta de acuerdo, será el tribunal arbitral quien fije los idiomas que regirán el procedimiento, tomando en cuenta factores como el idioma del contrato principal, así como el del convenio arbitral, y todas aquellas circunstancias que considere apropiadas para deliberar sobre este rubro. El tribunal arbitral siempre tendrá la facultad para ordenar la traducción al idioma o idiomas del arbitraje, los documentos que estime pertinentes.

Mientras no se seleccione el idioma a utilizarse en el arbitraje, las partes deberán de presentar sus escritos en el idioma que para tal efecto señale cada centro.

e) Inicio del procedimiento arbitral

La sustanciación de los procedimientos arbitrales institucionales se debe de verificar de conformidad con las reglas de cada centro; en todo aquellos que fueren omisas, deberán de aplicarse las normas que las partes acuerden, y en su defecto, las que elija el tribunal arbitral.

Al igual que en el caso de los procedimientos *ad - hoc*, se debe de garantizar a las partes sus garantías individuales de carácter adjetivo, es decir deben de respetarse las garantías de audiencia y de legalidad, la imparcialidad, y la igualdad deben de prevalecer en todas las actuaciones y en todo momento ⁹¹⁵.

⁹¹⁵ Diversas normas institucionales puntualizan en la obligación de respetar el derecho de cada parte para que ésta tenga oportunidad de presentar sus argumentos con relación al caso concreto, así como la oportunidad de hacer valer todos sus derechos.

En ocasiones, el tribunal arbitral, mientras se apegue a los lineamientos generales de las reglas institucionales, puede conducir el arbitraje de la manera que considere pertinente, tomando en consideración las circunstancias del caso y la naturaleza de la controversia.

Es común que, pese a la adopción de reglas institucionales, los árbitros convoquen a las partes para que conjuntamente se organicen, y a la vez organicen más adecuadamente el procedimiento arbitral que los vincula.

Toda la documentación e información que se presenta ante el tribunal arbitral debe de compartirse con las demás partes.

La normatividad aplicable al fondo del litigio, será aquella elegida por las partes, en su defecto, la que determine el propio tribunal arbitral. En todo momento, el tribunal arbitral debe de tomar en cuenta el clausulado del contrato principal, así como los usos y costumbres aplicados a la operación materia de la controversia.

El tribunal arbitral resolverá la disputa de conformidad con el derecho aplicable. Sólo resolverá en equidad o como amigable componedor en aquellos casos en que expresamente lo convinieran las partes involucradas en el arbitraje.

Medidas cautelares provisionales

Esencialmente este rubro es similar al descrito en la propia *lex arbitri* anteriormente analizada. Para que procedan estas medidas en los arbitrajes institucionales, se requieren lo siguiente :

- *Que no medie acuerdo en contrario de las partes con relación a esta facultad del tribunal arbitral.*
- *Que medie petición de parte.*
- *Que se otorguen debidamente las garantías que en su caso señalare el tribunal arbitral.*

La orden del tribunal arbitral referente a este tipo de medidas, puede adquirir la forma de un mandamiento procesal (auto), o de un laudo ⁹¹⁶.

Tratándose de providencias precautorias solicitadas a la autoridad judicial, estas procederán antes de la entrega del expediente de la controversia al tribunal arbitral, y de manera excepcional, después de dicha entrega ⁹¹⁷. Tanto la solicitud de estas medidas tramitada por la vía judicial, como su respectiva orden deben de notificarse por la parte que las intenta al órgano competente del centro de arbitraje, y éste a su vez lo hará al tribunal arbitral si ya estuviera constituido.

Medidas interlocutorias ordenadas por el tribunal arbitral

Para el apoyo del procedimiento, en los arbitrajes institucionales, el tribunal arbitral puede ordenar una serie de medidas con el propósito de darle la misma oportunidad a la partes de presentar sus pruebas y alegatos, preservar el estado de las cosas, o inclusive mantener el desarrollo de la relación jurídica de la cual se deriva la controversia.

Estas medidas son practicamente similares, por lo menos en los efectos, a las medidas cautelares que son solicitadas a petición de parte.

Las medidas interlocutorias adquieren la forma de autos u ordenes del tribunal arbitral, mientras que las medidas cautelares pueden además adquirir la forma de un laudo, y por lo tanto ser más fácilmente ejecutables.

Entre las medidas interlocutorias destacan :

- La orden de presentación de documentación a cualquiera de las partes

⁹¹⁶ En materia de arbitrajes comerciales internacionales, el tema de las medidas cautelares provisionales es tratado distinto de acuerdo con la legislación local relacionada con alguna actuación referente al procedimiento arbitral. De aquí la importancia de considerar la orden de la medida dictada por el tribunal arbitral como un auto o como un laudo en forma de carácter provisional. Las Convenciones de Nueva York y la de Panamá aluden a las sentencias (laudos) arbitrales, sin hacer distinción específica de su tipo. De acuerdo con el profesor van den Berg, los factores a considerar para reconocer y ejecutar un laudo arbitral provisional o interlocutorio relativo a una orden de medidas cautelares en materia internacional son : a) Si dichas medidas hacen referencia a las controversias sometidas al arbitraje entre las partes, b) Si el laudo provisional o interlocutorio es obligatorio para las partes, y c) Si el laudo provisional o interlocutorio es ejecutable de acuerdo con la *lex arbitri* correspondiente.

⁹¹⁷ Esto debido al principio de *competence - competence* que tiene todo tribunal arbitral.

- *La práctica de inspecciones oculares*

- *El auxilio al tribunal arbitral de peritos, o de expertos en las materias relacionadas con la controversia* ⁹¹⁸.

Aunque la ejecución forzosa de este tipo de medidas es compleja, la parte a la que van dirigidas generalmente las observa y cumple, con el propósito de evitar una inferencia adversa por parte del tribunal arbitral que las ordena.

Envío del expediente al tribunal arbitral

Esta etapa es característica del arbitraje institucional. El órgano competente del centro de arbitraje, denominado en ocasiones como el Administrador o el Secretariado, ante el cual se presenta la solicitud de arbitraje y la correspondiente contestación, retiene el expediente de cada caso hasta la formal constitución y confirmación del tribunal arbitral que tendrá a su cargo la atención del procedimiento.

Además de esperar dicha conformación del órgano jurisdiccional, las partes deben de haber realizado parte ⁹¹⁹ del depósito por el concepto de gastos, cuotas administrativas, u otros, a que se hubieren obligado ante el centro de arbitraje ⁹²⁰.

⁹¹⁸ Este nombramiento lo podrá realizar consultando la opinión de las partes.

⁹¹⁹ Por lo general se determina al menos un cincuenta por ciento del total. En caso de que alguna parte omita el pago de su depósito, la otra en lugar de pagar el 50% puede de una vez pagar su 100%, con el objetivo de darle una opción, tanto al centro, como al tribunal arbitral, para continuar con el procedimiento.

⁹²⁰ El monto de este depósito es determinado por el centro de arbitraje de conformidad con el arancel correspondiente; en caso de que el monto de la demanda y/o de la reconvencción sean indeterminados, la determinación del depósito la hará discrecionalmente el propio centro. El monto de este depósito puede variar dependiendo la existencia de modificaciones ulteriores en el monto de la controversia, cambios en la estimación de gastos del tribunal arbitral, y la complejidad del procedimiento. Es usual que este pago sea realizado por las partes en cantidades iguales, si alguna de ellas no lo realiza, la otra podría hacerlo en suplencia, o tener la obligación de hacerlo para continuar con el arbitraje. En este último caso puede, una vez pagado su 50%, arreglar una garantía con una entidad financiera, relacionada con el monto de la parte que omite verificar su pago. Si no se verifica el pago de los gastos, el centro de arbitraje puede acordar con el tribunal arbitral la suspensión del procedimiento por un determinado periodo de tiempo hasta que éste se realice. Si no fuere así, se considerará la demanda, sea principal o reconvenccional como retirada, dejando a salvo los derechos que corresponda a cada parte para hacerla valer en otro proceso. En el caso de la existencia de demandas reconvenccionales, cada parte debe de pagar su correspondiente 50%. Si a la parte demandada que reconviene se le fija un monto notoriamente más elevado que el fijado a la actora, y no lo pagare, el centro puede determinar que el arbitraje siga con el sólo depósito y la atención a la demanda principal. Si la actora no hiciere el depósito de los gastos del arbitraje y sí lo hiciera la demandada, el arbitraje podrá proseguir, exigiendo la obligación de pago en el propio laudo definitivo. De la misma forma, el centro, el tribunal arbitral, y las partes en todo momento pueden solicitar el apoyo de los tribunales estatales para exigir el cumplimiento de las obligaciones de pago asentadas en la normatividad designada.

Una vez cumplidos ambos requisitos, dicho órgano competente debe de remitir el expediente al correspondiente tribunal arbitral para radicar el asunto bajo su jurisdicción.

f) Fijación de la litis

En el arbitraje institucional se suelen fijar las pretensiones y prestaciones de las partes a través de la elaboración de los *términos de referencia*⁹²¹ o el *acta de misión*. Este documento tiene como propósito fijar o resumir el contenido del procedimiento arbitral respectivo, en lo concerniente a la etapa expositiva o postulatoria.

Los términos de referencia tiene su fundamento en la necesidad u obligación, de determinados ordenamientos jurídicos, de fijar la *jurisdicción arbitral* a través de la elaboración de un compromiso arbitral en forma, y no dejar depender todo un procedimiento heterocompositivo, solamente en una simple cláusula arbitral contenida en un contrato o documento.

Asimismo, este documento, muy probablemente constituye una de las características mas notables de los procedimientos institucionales. Mediante los términos de referencia quedan establecidos practicamente todos los elementos relevantes del procedimiento. Lo anterior evita en gran medida la procedencia de medios impugnativos en contra del arbitraje así conducido.

Una vez recibido el expediente del asunto, enviado por el órgano competente del centro de arbitraje, el tribunal arbitral correspondiente, debe de redactar, tomando en cuenta las promociones de las partes, así como los últimos argumentos de las mismas, los términos de referencia o el acta de misión.

El contenido de los términos de referencia es, en esencia, el siguiente :

a) Nombre completo de las partes.

Las costas del arbitraje hacen referencia a : 1.- Honorarios y gastos del tribunal arbitral (estos también pueden ser acordados, guiados por el centro que corresponda, entre los árbitros y las partes, sin tomar en consideración el arancel preestablecido); 2.- Gastos administrativos del centro de arbitraje; 3.- Honorarios y gastos de los peritos y demás expertos o apoyos solicitados; 4.- Los gastos razonables de las partes (específicamente la de los la vencedora) derivados del procedimiento arbitral.

⁹²¹ (terms of reference)

- b) *Domicilio de las partes para efectos de notificaciones durante el arbitraje.*
- c) *Breve exposición de las pretensiones de las partes, incluyendo la suma reclamada.*
- d) *Lista de los puntos controvertidos a resolver.*
- e) *Nombre completo y domicilio de los árbitros.*
- f) *Lugar del arbitraje.*
- g) *Indicación de las reglas aplicables al procedimiento. (Dentro de este rubro es importante especificar : 1.- El lenguaje del procedimiento, 2.- El intercambio de documentación entre las partes y el tribunal arbitral, 3.- Manejo de documentos probatorios, 4.- Presentación de testimonios, 5.- Forma de operar del tribunal arbitral en lo concerniente a aspectos secundarios del procedimiento, y 6.- Directrices para laudos provisionales. Todos estos rubros deben de ser abordados de una manera muy general, dejando lo específico directamente a la decisión del tribunal arbitral.)*
- h) *Mención de los poderes de amigable componedor del árbitro, o para decidir la controversia en equidad.*
- i) *Manifestación expresa de la competencia y jurisdicción del tribunal arbitral.*

El tribunal arbitral cuenta con un promedio de treinta días para mandar los términos de referencia al órgano competente del centro de arbitraje, debidamente requisitados y firmados por dicho órgano y por las partes.

Aún en el caso de que alguna de las partes no firmara los términos de referencia, éstos podrán ser aprobados directamente por el órgano competente del centro de arbitraje. Sin embargo, dicho centro debe de ser muy cuidadoso en aquellos aspectos procedimentales en los que la *lex arbitri* demanda el consenso expreso de las partes. Una de las soluciones consiste en dejar fuera de los términos de referencia a todos aquellos asuntos en los que forzosamente se requiera la firma de todas las partes para que sean válidos y surtan plenamente sus efectos. La existencia de los términos de referencia aún sin la firma de alguna de las partes, es lo que los distingue de la figura del convenio arbitral. Tampoco en aquellos casos en que estos términos son firmados por todas las partes deben de ser considerados

como convenios arbitrales. Los términos de referencia deben de ser considerados como un documento derivado de una etapa procesal de ciertas reglas institucionales de centros de arbitraje, que complementa al convenio arbitral previamente acordado por las partes.

Una vez firmados o aprobados dichos términos, el tribunal arbitral, previo consenso de las partes, deberá elaborar un calendario procesal ⁹²², mismo que notificará al órgano competente del centro de arbitraje.

Las partes necesitarán la autorización del tribunal arbitral para presentar reclamaciones posteriores a la firma o a la aprobación de los términos de referencia.

En caso de que el tribunal arbitral no respete los términos de referencia, el laudo arbitral podrá ser anulado bajo el razonamiento de que el órgano jurisdiccional no se apegó el convenio arbitral.

Aún con la aprobación formal de los términos de referencia, el tribunal arbitral puede suspender el procedimiento hasta en tanto no sean cubiertos los depósitos para los gastos del arbitraje que correspondan. Si se establecieron depósitos separados, el tribunal arbitral podrá comenzar la revisión de la demanda, o de la contestación de la misma, o la propia demanda reconvenzional, dependiendo que parte hubiere ya realizado su pago.

III. Etapa probatoria ⁹²³

Después de la fijación de la litis, en los arbitrajes institucionales procede la instrucción de la causa por parte del tribunal arbitral, quien, salvo pacto en contrario de las partes, tiene plena libertad de dirigir la etapa probatoria. Este órgano puede, salvo convenio en contrario de las partes, definir la controversia con los documentos que posea, o además, con la información vertida en las audiencias que soliciten las partes, o que él mismo convoque.

El tribunal arbitral debe de conducir esta etapa tomando en consideración la naturaleza y complejidad de la controversia, la opinión de las partes, y los términos de

⁹²² (procedural timetable)

⁹²³ (establishing the facts of the case)

referencia. En todo momento se deben de conservar mínimos estándares de la observancia y respeto de las garantías individuales ⁹²⁴.

El tribunal arbitral debe de requerir a las partes el pago de depósitos para cubrir las diligencias que se desahogarán en esta etapa. Los depósitos deben de ser pagados por ambas partes, o por lo menos, por una de ellas, antes del inicio de dichas diligencias.

Dentro del arbitraje institucional existen ciertos principios generales que el tribunal arbitral suele aplicar en los procedimientos probatorios, a saber ⁹²⁵ :

1) Las reglas a aplicarse en la etapa probatoria no deben de copiarse íntegramente de un determinado cuerpo adjetivo, sino más bien, deben de adecuarse al caso concreto.

2) En caso de diferencia de ubicación entre la sede del tribunal arbitral, las partes, y los propios testigos que se ofrezcan, el primero debe de dar prioridad a la información documental que se exhiba, así como a la interpretación de los documentos, en lugar de llamar a testigos para su interpretación.

3) El tribunal arbitral debe de determinar que tipo de perito o experto es apropiado para el caso en concreto. Puede decidir entre un perito que esté durante todo el procedimiento probatorio a su disposición ⁹²⁶, uno que se le encomiende una diligencia en particular ⁹²⁷, o los que designen las partes ⁹²⁸.

4) El tribunal arbitral debe de definir las directrices de la sustanciación del procedimiento probatorio, salvo que las partes lo hayan previamente acordado.

5) A las declaraciones juradas no se les debe de otorgar tal relevancia, sino están relacionadas con el derecho de interrogar a quien las formuló.

En presencia o en ausencia de las partes, previa notificación, el tribunal arbitral puede determinar la procedencia de la audición de testigos, peritos, o de cualquier otra persona.

⁹²⁴ (arbitral due process)

⁹²⁵ Robert, Jean. "Administration of Evidence in International Commercial Arbitration." 1 Yearbook 221, 1976.

⁹²⁶ (expert - assessor)

⁹²⁷ (neutral expert)

⁹²⁸ (expert witnesses)

En materia probatoria, el tribunal arbitral es el que de termina la relevancia y admisibilidad de los medios de prueba; puede requerir a las partes que presenten un resumen de la documentación e información que presentarán como medios de prueba para acreditar sus pretensiones.

Por lo general, la presentación de la documentación es de manera libre, inclusive en fotocopias simples, salvo que se cuestionen su autenticidad por alguna de las partes o por el propio tribunal arbitral. La presentación de la información debe de realizarse de manera ordenada, y de preferencia debe de hacerse acompañar de un resumen en donde se relacione cada documento con los argumentos de la parte que los presenta.

Para la sustanciación de las actuaciones, las partes pueden asesorarse o hacerse representar por personas de su elección, las cuales se considerarán debidamente acreditadas mediante los escritos dirigidos al tribunal arbitral, o al órgano competente del centro de arbitraje.

Durante el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral tiene la facultad de ordenar a las partes la presentación de documentos o información relevante, relacionada con los puntos controvertidos. Asimismo, este órgano puede dictar medidas destinadas a proteger secretos comerciales e industriales, así como información confidencial ⁹²⁹.

a) Audiencias

Para la celebración de las audiencias, las partes deben de ser convocadas por el tribunal arbitral con suficiente antelación, para que las mismas estén en posibilidad de acudir en la fecha, lugar, y hora indicados ⁹³⁰. Es usual que el tribunal arbitral notifique de las audiencias al órgano competente del centro de arbitraje, con fines de seguimiento procesal - administrativo.

⁹²⁹ Es común que, cuando un tribunal arbitral se rehusa a dictar una orden de presentación de documentación a una parte, por solicitud de la otra, dicha negativa no sea interpretada como una falta a la garantías del debido proceso. Esto se explica a raíz de la falta de imperio de lo árbitros.

⁹³⁰ Algunas normas institucionales determinan o señalan un plazo mínimo promedio de 30 días de antelación con el que debe de citar el tribunal arbitral a la primera audiencia. Para las demás audiencias, si las hubiera, los plazos serán relativamente más cortos.

El tribunal arbitral puede llegar a estar facultado para exigir a las partes la presentación, con suficiente tiempo de antelación a la audiencia respectiva, de los datos generales de los testigos que ofrecerá, así como la materia sobre la que versará su testimonio y el lenguaje en el que éste será manifestado ⁹³¹. Tratándose de las declaraciones por escrito de testigos ⁹³², el tribunal arbitral comúnmente ordena que el intercambio se realice de manera simultánea entre las partes que ofrecen este medio de prueba, para evitar cualquier tipo de ventaja de carácter procesal, así como la posibilidad de entrevistar al testigo en una audiencia dentro de la etapa probatoria.

El centro de arbitraje, a petición del tribunal arbitral o de las propias partes, debe de proveer lo necesario para la interpretación de testimonios orales, o para el registro de la audiencia.

Por lo general, la entrevista con testigos se realiza al final del periodo probatorio. Para facilitar el desahogo de dichas entrevistas, es recomendable que previamente se establezcan, por las partes o por el tribunal arbitral, directrices generales para su desarrollo.

Los puntos generales sobre los que se deben de establecer criterios normativos en materia de la prueba testimonial son los siguientes ⁹³³ :

- *Examen de testigos por el tribunal arbitral.*
- *Examen de testigos por los abogados de las partes.*
- *Interrogatorio de testigos por las partes o por sus abogados.*
- *Registro de los testimonios.*
- *Separación de testigos en las audiencias.*
- *Relación entre abogados y testigos de la misma parte.*

La faltas injustificadas a las audiencias, por una parte debidamente emplazada, origina que el tribunal arbitral pueda ordenar que éstas continúen a pesar de la ausencia.

El tribunal arbitral presidirá y llevará la conducción de las audiencias, permitiendo el acceso a la misma a terceros, sólo en aquellos casos en que este órgano y las partes lo hayan autorizado.

⁹³¹ Las partes pueden presentar el testimonio de sus testigos de manera escrita y firmada por ellos mismos.

⁹³² (pre - hearing submission of written testimony)

⁹³³ Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan, *ob. cit.*, p. 400.

Las partes pueden comparecer a las audiencias por sí mismas, o a través de representantes debidamente acreditados.

El tribunal arbitral debe de solicitar a las partes el pago de un depósito para cubrir los gastos de las diligencias periciales o similares que se ordenen durante el procedimiento. Esta cantidad debe de ser pagada por las partes, o por alguna de ellas, antes de que se verifique la diligencia correspondiente.

b) Nombramiento de peritos y de expertos

El tribunal arbitral, generalmente previo consenso con las partes, puede llevar a cabo la designación de peritos o expertos en determinadas materias, que pudieren aportar elementos que los conduzca a una definición más objetiva de la controversia. Las partes deben cooperar con el perito o experto designado por el tribunal arbitral en todo aquello que éste les requiera, desde la presentación de documentación, hasta la inspección de bienes o de locales. En caso de que la parte y el perito o el experto entren en controversia, ésta será resuelta por el tribunal arbitral.

Una vez rendido el informe o el testimonio del perito o del experto, el tribunal arbitral debe de presentarlo a las partes. Además de su opinión por escrito sobre dicho informe, las partes podrán interrogarlo en una audiencia convocada para tal efecto, pudiendo presentar a la vez, a otros peritos o expertos para que le realicen un interrogatorio ⁹³⁴.

c) Cierre de la instrucción ⁹³⁵

Una vez que las partes desahoguen sus derechos para presentar sus pruebas y argumentos, el tribunal arbitral debe de declarar cerrada la instrucción, no permitiendo la posterior celebración de audiencias, o la exhibición o presentación de documentos o información, a menos que dicho órgano lo considere necesario, lo cual tiene que verificarse antes de la emisión del laudo definitivo.

⁹³⁴ Cuando las partes ofrecen peritos o expertos, deben de hacer acompañar al informe rendido por los mismos, su curriculum profesional o cualquier otro documento en que se acredite sus conocimientos (qualifications), así como el modo de proceder a la revisión de la materia para la cual fue contratado.

⁹³⁵ (closing of the proceedings)

Posteriormente, el tribunal arbitral debe de notificar al órgano competente del centro de arbitraje la fecha probable de envío del proyecto del laudo final para su revisión.

Cuando cualquiera de las partes omite, sin causa justificada presentar sus defensas y demás pruebas en el término marcado por el tribunal arbitral, o no se presenta a una audiencia, a la cual hubiere sido debidamente emplazada, éste podrá continuar con las actuaciones, y emitirá el laudo correspondiente con base en la información que le hubiere sido oportunamente presentada.

d) Renuncia a la normatividad ⁹³⁶

Cuando cualquiera de las partes tenga conocimiento que durante el procedimiento arbitral se han dejado de observar ciertas disposiciones y no emite por escrito su objeción dentro de un tiempo razonable ante el tribunal arbitral, se entenderá por renunciado su derecho a objetar.

III. Etapa conclusiva

Al igual que en los arbitrajes *ad - hoc*, en esta etapa, el órgano jurisdiccional del arbitraje emite su decisión definitiva, a través de lo que conocemos como laudo arbitral definitivo.

a) Plazo para dictar el laudo ⁹³⁷

En los arbitrajes institucionales, generalmente, el plazo que tiene un tribunal arbitral para dictar el laudo definitivo es de cuatro a seis meses, contados a partir de que los términos de referencia, si los hay, surten sus efectos plenamente ⁹³⁸. Este plazo puede ser prorrogado a solicitud del tribunal arbitral, o directamente por el centro de arbitraje.

⁹³⁶ (waiver)

⁹³⁷ (time limit for the award)

⁹³⁸ Es decir, en la fecha cuando se cuenta con la última firma de los términos de referencia, o cuando éstos son aprobados por el órgano competente del centro de arbitraje, según el caso.

En promedio, se otorgan prórrogas por tres meses; si el tribunal arbitral fundamenta adecuadamente su calendario procesal, se pueden llegar a conceder en promedio seis meses, y si las partes intervienen conjuntamente con el tribunal arbitral en la solicitud de extensión de tiempo, éste puede prorrogarse hasta un año. La falta de cumplimiento del plazo para dictar el laudo arbitral puede ser una causal de nulidad del mismo.

b) Pronunciamiento del laudo ⁹³⁹

1.- Tratándose de tribunales arbitrales compuestos por dos o más árbitros, la votación del laudo arbitral definitivo es por mayoría. En caso de no contar con dicha mayoría, el presidente del tribunal arbitral debe de dictar el sólo el laudo definitivo. Se debe de asentar la razón de las partes disidentes ⁹⁴⁰.

Con el propósito de lograr laudos arbitrales definitivos plenamente ejecutables, es importante que los miembros del tribunal arbitral alcancen una decisión unánime en lo concerniente a la solución del conflicto.

2.- El presidente del tribunal arbitral puede dictar medidas concernientes al procedimiento sin consultar o contar con la votación de los demás árbitros, siempre y cuando esto sea acordado por las partes y por todos los miembros del tribunal arbitral, y sean revisadas por éste último.

3.- El tribunal arbitral debe de motivar el laudo arbitral definitivo, a menos que las partes dispongan lo contrario. En ningún momento se debe de confundir el tipo de motivación y fundamentación que tiene que hacer la autoridad judicial, con la que, por su parte, le corresponde a los árbitros. De acuerdo con la naturaleza de la institución arbitral, y que por lo general las partes renuncian a la apelación del laudo arbitral definitivo, la motivación y fundamentación a que hacen referencia los diversos ordenamientos jurídicos en la materia, es de carácter objetivo, conciso y simple. Basta que se asiente brevemente una narración del resumen del arbitraje a manera de resultandos y de considerandos, y que se cumplieron con los principios fundamentales de legalidad y de garantía de audiencia durante el desarrollo de las actuaciones, así como con la debida oportunidad dada a cada uno de los miembros del

⁹³⁹ (making of the award)

⁹⁴⁰ De la misma forma se cumple con este requisito, simplemente con la firma del árbitro disidente en el documento, asentando en un espacio adjunto el texto "disidente".

tribunal arbitral para expresar sus decisiones sobre la solución de la controversia sometida al arbitraje.

Las opiniones disidentes de los árbitros no se consideran como parte del laudo arbitral definitivo, sino como una especie de razón asentada para cumplir con la legalidad que todo procedimiento debe de observar. Sin embargo, su inclusión en el texto del laudo arbitral definitivo dependerá en gran medida de la *lex arbitri* del lugar del arbitraje, o de aquél en que se invoca dicho laudo.

- 4.- El laudo se considera dictado en la sede del arbitraje, en la fecha que en él se mencione.
- 5.- El laudo tiene que ser formulado por escrito.
- 6.- El laudo podrá hacerse público solamente por acuerdo de las partes, o por disposición de la ley.
- 7.- El laudo arbitral definitivo debe de ser registrado, si así lo ordena la ley en donde es dictado⁹⁴¹.
- 8.- El tribunal arbitral, además de estar facultado para dictar laudos definitivos, puede también dictar laudos u órdenes procesales de naturaleza provisional, interlocutoria, o parcial.

c) Laudo por consenso entre las partes ⁹⁴²

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia, después de que el expediente ha sido turnado al tribunal arbitral por el órgano competente del centro de arbitraje, éstas pueden solicitar al tribunal arbitral que a manera de conclusión del arbitraje, dicte un laudo cuyo contenido sea textualmente la transacción entre las partes. En este caso, el tribunal arbitral no se encuentra obligado a motivar el laudo correspondiente.

⁹⁴¹ La ventaja de registrar ante un tribunal estatal un laudo arbitral definitivo, consiste en certificar la fecha en que empieza a correr el plazo para su impugnación.

⁹⁴² (award by consent)

En el caso de que el tribunal arbitral considere que la continuación del procedimiento es innecesaria o imposible, dictará una resolución en tal sentido, teniendo las partes el derecho a objetar la misma.

Una de las razones de ser de este tipo de laudos, consiste en que las partes lo pueden hacer valer más fácilmente que un simple convenio finiquito, o una transacción no realizada ante fedatario público.

d) Revisión del laudo arbitral definitivo por el centro de arbitraje ⁹⁴³

Salvo que las partes dispongan algo distinto, por lo general, el tribunal arbitral debe de someter el proyecto del laudo definitivo al órgano competente del centro de arbitraje, el cual podrá formular opiniones y ordenar modificaciones sobre la forma del mismo ⁹⁴⁴, y exclusivamente brindar su opinión en asuntos relacionados con el fondo del arbitraje ⁹⁴⁵.

Entre los cambios relativos a la forma que pueden ser ordenados por el centro de arbitraje están los relacionados con los siguientes temas :

- *Requisitos formales del laudo arbitral.*
- *Relación y congruencia de la condena económica con el arancel del centro de arbitraje.*
- *Congruencia del laudo arbitral con los requerimientos de forma de la lex arbitri de carácter adjetivo correspondiente.*
- *Congruencia del laudo con la normatividad adjetiva aplicada.*

Las opiniones relativas a la sustancia del laudo arbitral se relacionan principalmente con la congruencia entre las pretensiones y/o defensas de las partes, con los considerandos o resolutivos de este documento.

Además de poder ordenar cambios en la forma del laudo, y de opinar sobre el fondo de la controversia que se pretende resolver a través del mismo, el centro de arbitraje, en su

⁹⁴³ (scrutiny of the award)

⁹⁴⁴ (mandatory powers)

⁹⁴⁵ También deben de ser objeto de revisión por parte del órgano competente del centro de arbitraje, los demás tipos de laudos que dicte el tribunal arbitral, sean estos laudos interlocutorios, o los laudos provisionales. Las simples órdenes de trámite, dentro del procedimiento arbitral, no serán objeto de examen.

caso, tienen la facultad de verificar que se haya cumplido con las prerrogativas del debido proceso. Esto sirve al arbitraje para asegurar que el mismo fue un procedimiento totalmente profesional y fundamentado en derecho.

La idea de que en los arbitrajes institucionales los laudos arbitrales sean revisados o supervisados por ciertos órganos dentro del centro de arbitraje, tiene como objetivo dotar a dichos documentos de una mayor credibilidad, y firmeza, lo que resulta en una mayor ejecutabilidad de los mismos.

Salvo que las partes acuerden en sentido diferente, los árbitros no deben de firmar aprobatoriamente un laudo que no haya sido revisado por el órgano competente del centro de arbitraje. Una vez que esto suceda, en principio, sus funciones se consideran como concluidas⁹⁴⁶.

e) Notificación, depósito, y carácter ejecutorio del laudo ⁹⁴⁷

Por lo general, el laudo arbitral definitivo debe de ser notificado a las partes por el órgano competente del centro de arbitraje. Esta notificación no se realizará hasta que se compruebe la total cobertura del pago de las costas del arbitraje. A solicitud de las partes o de sus representantes, el órgano competente del centro, deberá de expedir copias certificadas del laudo arbitral definitivo que corresponda. Generalmente, el centro de arbitraje conserva una copia del laudo arbitral definitivo.

El depósito del laudo arbitral definitivo en el centro de arbitraje, y la notificación del mismo a las partes, marcan el final del procedimiento arbitral.

Con el propósito de hacer más efectivo los procedimientos arbitrales, es usual que los centros de arbitraje, dentro de su normatividad, se encuentren disposiciones que impliquen a las partes, por su sola aceptación, renunciar expresamente al recurso de

⁹⁴⁶ Si se presenta el caso de que el laudo arbitral definitivo es nulificado y el convenio arbitral permanece, lo mismo sucederá con la obligación de someter la controversia nuevamente a arbitraje, en este caso institucional, pudiéndose originar la obligación de que el tribunal arbitral se reconstituya.

⁹⁴⁷ (notification, deposit and enforceability of the award)

apelación o cualquier otro medio impugnativo equivalente ⁹⁴⁸, con relación a medidas intraprocesales y específicamente el dirigido contra la sentencia o laudo arbitral definitivo.

Asimismo, se comprenden dentro de esta renuncia a la apelación, cualquier medio impugnativo relacionado con el arbitraje, y a desarrollarse ante la autoridad estatal.

Los laudos arbitrales dictados en procedimientos institucionales son finales y obligatorios para las partes, es decir, surten el efecto de cosa juzgada.

La renuncia a la apelación o a la impugnación del fallo del tribunal arbitral, no significa la renuncia a otro tipo de recursos concernientes a la invalidez del convenio arbitral y del laudo arbitral definitivo, que se encuentran comprendidos en las normas estatales de carácter obligatorio.

f) Corrección e interpretación del laudo ⁹⁴⁹

En caso de errores de forma, cálculo, tipográfico, o de naturaleza similar, en el laudo arbitral definitivo, el tribunal arbitral puede de oficio corregir los mismos, y dicha corrección debe de ser aprobada, en su caso, por el órgano competente del centro.

Las partes pueden solicitar directamente, o por conducto del órgano competente del centro de arbitraje, al tribunal arbitral, la corrección, la interpretación del laudo arbitral definitivo, o su adición, en lo concerniente a aquellas materias tratadas durante el procedimiento y omitidas en el fallo definitivo. De esta solicitud, se le debe de correr traslado a la otra parte y al propio tribunal arbitral. La contraparte tendrá derecho a manifestar lo que a su derecho convenga. En el caso que corresponda, toda modificación o interpretación que realice el tribunal arbitral debe de ser aprobada a su vez, por el órgano competente del centro de arbitraje. Esta última resolución se considera como una adición al laudo principal ⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ Siempre y cuando dicho recurso o medio impugnativo puede ser renunciante.

⁹⁴⁹ (correction and interpretation of the award)

⁹⁵⁰ A diferencia del CC, la corrección, interpretación, o adición de un laudo arbitral definitivo dictado en un arbitraje institucional, se realiza antes de finalizar las actuaciones.

g) Pago de costas

El tribunal arbitral debe de fijar en el laudo definitivo las costas procesales, incluyéndose los montos que en su caso fije el centro de arbitraje. En este documento, dicho órgano debe de determinar cual de las partes tiene que pagar las costas, o en que proporción lo harán todas las involucradas.

Es el propio centro de arbitraje quien determina las cantidades a cubrir por las partes con base en el arancel que expida para tal efecto, y tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

El tribunal arbitral en los arbitrajes institucionales actúa como un mediador para solicitar dichos depósitos, y en ocasiones somete al centro de arbitraje otros gastos en los que se incurrió por motivo de determinadas diligencias.

h) Exoneración de responsabilidad ⁹⁵¹

Por lo general, los centros de arbitraje incluyen en su normatividad para arbitrajes institucionales, la excluyente de responsabilidad de sus funcionarios, empleados, e inclusive de los propio árbitros, relacionada con cualquier hecho, acto, u omisión, vinculado con el arbitraje que se realice bajo su dirección y administración.

i) Interpretación de la normatividad institucional

Los centros de arbitraje, así como los árbitros, se suelen reservar la facultad para interpretar cualquier laguna que exista en un determinado caso regido por las normas institucionales de arbitraje, o las que se deriven del texto de las mismas. En todo momento deben de guiarse por el sentido, contenido y esencia de la normatividad institucional que apliquen, y deben de hacer todo lo posible para que el laudo arbitral sea reconocido y ejecutable en el sitio en donde se invoque. Para ello, las reglas institucionales se podrán adaptar a lo que marca la *lex arbitri* correspondiente.

⁹⁵¹ (exclusion of liability)

**" ARBITRAJE COMERCIAL; SU APLICACION
AL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO "**

CAPITULO TERCERO :

**Arbitraje comercial; su aplicación al
Sistema Financiero Mexicano**

Procesos y procedimientos de solución de controversias de carácter mercantil en el Sistema Financiero Mexicano

Siendo la materia financiera, un rubro comprendido dentro de la actividad mercantil, todas las controversias que se deriven de la misma, debe de ser ventiladas a través de las vías judiciales o extrajudiciales que disponen las leyes de carácter comercial.

I. Vías procesales judiciales

Las controversias mercantiles pueden someterse a dos tipos de vías procesales para su solución : a) Las vías procesales judiciales y b) Las vías procesales extrajudiciales.

Estas vías procesales, también conocidas como juicios mercantiles, hacen referencia a todos aquellos litigios que tienen por objeto ventilar y decidir controversias, que de conformidad con el Código de Comercio se deriven de los actos comerciales. Siempre que una de las partes del conflicto pueda ser considerada como comerciante, éste se regirá de conformidad con las leyes sustantiva y adjetiva mercantil.

Con respecto a este tema es importante citar el artículo 1099 del CC : *"No se dará curso a cuestión de competencia ni será materia de improcedencia de la vía cuando se hagan valer por comerciantes acciones o procedimientos especiales, en vía civil, derivada de contratos y actos reglamentados en el derecho común, o garantías derivadas de ese tipo de convenciones entre las partes, en que se alegue la necesidad de tramitar el juicio de acuerdo a las disposiciones mercantiles..."*

Esta disposición fundamenta la congruencia que debe de existir entre la acción procesal y la propia materia de la misma.

1.- La jurisdicción concurrente

La jurisdicción concurrente consiste en la opción procesal para someter determinadas controversias de carácter mercantil ante órganos jurisdiccionales locales o federales.

De acuerdo con el párrafo I - A del artículo 104 constitucional, corresponde a los tribunales federales conocer, entre otras materias, de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano.

En seguida, se relata en el precepto en comento el fundamento de la jurisdicción concurrente, versando de la siguiente manera : *"Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado."*

En este sentido, en materia mercantil y el litigio de intereses comerciales particulares, podrán conocer los jueces de primera instancia del fuero común, o los jueces de distrito que corresponda.

2.- Clasificación de los juicios mercantiles ⁹⁵²

a) Procedimiento convencional

El procedimiento convencional de naturaleza mercantil, es aquél que las partes en litigio o previo al mismo, pactan para ser sustanciado ante los tribunales judiciales, particularizándolo libremente y con estricto apego al ordenamiento jurídico. Con relación a este procedimiento, el CC determina las siguientes directrices :

- Los tribunales se deben sujetar al procedimiento convencional que las partes hubieren pactado siempre que le mismo se hubiere formalizado en escritura pública, póliza ante corredor o ante el juez que conozca de la demanda en cualquier estado del juicio.
- En el procedimiento convencional se deben de respetar las formalidades esenciales de todo procedimiento.

⁹⁵² Ver Libro Quinto del CC.

- Para su validez, la escritura pública, póliza o convenio judicial, mediante el cual se convenga el procedimiento convencional, debe de contener las previsiones sobre el desahogo de la demanda, la contestación, las pruebas y los alegatos, así como :

a. El o los asuntos materia del procedimiento.

b. El desarrollo de las actuaciones, pudiéndose excluir ciertos medios de prueba y demás rubros, siempre que no se afecten las formalidades esenciales del procedimiento.

c. Los términos que deberán seguirse durante el procedimiento, cuando se modifiquen los que la ley establece.

d. Los recursos legales a que renuncien, siempre que no se afecten las formalidades esenciales del procedimiento.

e. El juez que deba conocer el procedimiento, en los casos en que conforme al CC pueda prorrogarse la competencia.

f. Los nombres de los otorgantes, su capacidad para obligarse, el carácter con que contraten, sus domicilios, y demás datos que definan la especialidad del procedimiento.

El CC también estipula que en las demás materias, a falta de acuerdo u omisión de las partes en la regulación procesal convenida, se deben de observar las disposiciones de dicho ordenamiento.

b) Juicio arbitral

Este proceso se ventila de conformidad con las directrices señaladas en el Título Cuarto, Libro Quinto del CC.

c) Juicios ordinarios

Los juicios ordinarios son aquellos procesos contenciosos a los que se ajustan todas las contiendas entre partes que no tienen señalado un procedimiento especial ⁹⁵³.

d) Juicios ejecutivos

El juicio ejecutivo es un proceso especial, generalmente sumario, que se inicia con el requerimiento de pago o embargo de bienes, cuyo objeto es el cobro de créditos que constan en un título ejecutivo ⁹⁵⁴.

Por título ejecutivo se entiende el documento que conlleva un derecho preferente reconocido por las partes, y que define al acreedor y al deudor y determina la prestación cierta, líquida y exigible.

Al respecto, el CC. complementa que el procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Entre los documentos que traen aparejada ejecución destacan :

- *Las sentencias y laudo firmes.*
- *Los instrumentos públicos.*
- *La confesión judicial del deudor.*
- *Los títulos de crédito.*
- *Las pólizas de seguros.*
- *La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro.*

⁹⁵³ Becerra Bautista, José. JUICIO ORDINARIO en Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo I - O)...*ob. cit.*, p. 1862.

⁹⁵⁴ Cfr. Soberanes Fernández, José Luis. JUICIO EJECUTIVO en Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo I - O)...*ob. cit.*, p. 1856.

- *Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor.*
- *Los depósitos a plazo representados por certificados.*
- *Los bonos bancarios y cupones.*
- *Las obligaciones subordinadas y sus cupones.*
- *Los contratos o pólizas en que consten créditos otorgados por instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador de la institución acreedora.*
- *El contrato de apertura de crédito.*
- *El contrato o documento en que se haga constar crédito otorgado por las organizaciones auxiliares de crédito, junto con la certificación del estado de cuenta por el contador de la organización acreedora.*
- *El contrato o documento en que se haga constar el arrendamiento financiero que otorgue una organización auxiliar de crédito, notificado debidamente al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta del contador de la organización respectiva.*
- *El contrato o documento en que se haga constar el factoraje financiero que otorgue una organización auxiliar de crédito, notificado debidamente al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta del contador de la institución.*
- *Los documentos que demuestren los derechos de crédito transmitidos a empresas de factoraje financiero, notificados al deudor, junto con la certificación del estado de cuenta emitido por el contador del acreedor.*
- *Cupones vencidos de obligaciones vencidas y sorteadas y de las amortizaciones o reembolsos que se hayan vencido o decretado conforme al acta de emisión.*
- *El certificado de depósito.*
- *El bono de prenda.*

- *Los demás documentos que señale la ley.*

e) Juicios especiales

Los juicios especiales son aquellos que se encuentran regulados por leyes específicas de índole comercial.

Entre los juicios especiales destacan :

- ***Procedimiento de ejecución de prenda*** ⁹⁵⁵. El propósito de este procedimiento es la obtención de la autorización judicial para vender los bienes o títulos dados en prenda. Procede en los siguientes casos : a) Cuando vence la obligación garantizada mediante prenda; b) Si el precio de los bienes o títulos dados en prenda, baja, de manera que no baste para cubrir el importe de la deuda y en veinte por ciento más; y c) Si el deudor no cumple la obligación de proporcionar en tiempo los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse sobre los títulos ⁹⁵⁶. El producto de la venta debe de ser conservado en prenda por el acreedor, en substitución de los bienes o títulos vendidos.

- ***Procedimiento de cancelación y reposición de un título de crédito.*** Establece el artículo 42 de la LGT que el que sufra el extravío o el robo de un título nominativo, puede reivindicarlo o pedir su cancelación y en este último caso, su pago, reposición o restitución. El procedimiento reivindicatorio tiene por objeto el reconocimiento judicial de la titularidad del actor sobre el bien reclamado, y que el demandado devuelva el bien reivindicado ⁹⁵⁷. Por su parte, la cancelación busca que el título correspondiente quede sin efectos. En el procedimiento de cancelación se puede solicitar el pago del título, si ya está vencido, o su reposición en caso de que venza en fecha posterior a dicho procedimiento.

- ***Procedimiento especial de fianza.*** La Ley Federal de Instituciones de Fianzas señala que, los beneficiarios de fianzas deben de presentar sus reclamaciones por responsabilidades derivadas de los derechos y obligaciones que consten en la póliza respectiva, directamente

⁹⁵⁵ Ver art. 334 de la LGT. El contrato de prenda es definido por Vivante como el instrumento por el cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, confiriéndole el derecho de hacerse pago sobre la misma con preferencia a los demás acreedores, si no se le satisface su crédito.

⁹⁵⁶ Castillo Lara, Eduardo. *"Juicios Mercantiles"*. Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V., 2a edición. México, 1996. p. 154.

⁹⁵⁷ Este procedimiento se tramita por la vía ordinaria mercantil.

ante la institución de fianzas. En caso de que ésta no le de contestación dentro del término legal o que exista inconformidad respecto de la resolución emitida por la misma, el reclamante puede, a su elección, hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, ante los tribunales competentes en los términos de la citada Ley ⁹⁵⁸, o sustanciar un procedimiento convencional ante tribunales judiciales o tribunales arbitrales.

- *Procedimiento especial para solicitar la posesión de un bien dado en arrendamiento financiero.* Cuando una arrendadora financiera se ve afectada por la falta del cumplimiento del contrato respectivo por parte del arrendatario, puede ejercitar la vía ejecutiva mercantil para solicitar el pago de las rentas vencidas y debidas, así como pedir la posesión de los bienes objeto del arrendamiento por la vía especial.

- *Procedimiento de ejecución fiduciaria.* Estos procedimientos se verifican en las operaciones fiduciarias derivadas de la constitución de fideicomisos irrevocables traslativos de dominio y garantía, mediante los cuales, el fideicomitente, para garantizar una obligación determinada, transfiere la titularidad de ciertos bienes a una institución fiduciaria para que si éste o un tercero deudor no cumple con lo pactado, la institución proceda a la venta del bien y satisfaga las prestaciones acordadas en favor del fideicomisario o acreedor. Cuando en este tipo de operaciones no se establece de manera convencional el trámite de venta de los bienes afectados al fideicomiso, ésta procede en términos del artículo 341 de la LGT.

- *Procedimientos de quiebras y de suspensión de pagos* ⁹⁵⁹. La quiebra es un juicio universal, que tiene por objeto la liquidación del patrimonio del deudor común, para distribuirlo entre los acreedores legítimos en la proporción que les corresponda y la rehabilitación del quebrado, en el caso en que proceda ⁹⁶⁰. La suspensión de pagos es el estado judicial consistente en la declaración por sentencia de que un comerciante, individual o colectivo, se encuentra en la imposibilidad de cumplir de manera inmediata y satisfactoria con sus obligaciones, mismas que podrá solventar en un futuro de terminado, mediante la obtención de un convenio en el que le otorguen, sus acreedores, una moratoria o una quita, o ambas cosas a la vez. En caso contrario se declarará la quiebra ⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ Para estos procedimientos se aplica supletoriamente el CFPC.

⁹⁵⁹ Son competentes para conocer de la quiebra y de la suspensión de pagos de un comerciante el juez de distrito o el de primera instancia.

⁹⁶⁰ Acosta Romero, Miguel. QUIEBRA en Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo P - Z)...ob. cit., p. 2652.

⁹⁶¹ Acosta Romero, Miguel. SUSPENSIÓN DE PAGOS en Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo P - Z)...ob. cit., p. 3030.

- *Procedimiento para prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones ante la Comisión Federal de Competencia.* Este procedimiento se desarrolla ante la Comisión Federal de Competencia, organismo desconcentrado de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, y tiene como finalidad sustanciar procedimientos en los que se presume la existencia de supuestos que atenten contra el proceso de competencia y de libre concurrencia, como son los monopolios, las prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios.

- *Procedimientos en materia de prácticas desleales de comercio internacional y medidas de salvaguarda.* Estos procedimientos se ventilan ante la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y tienen por objetivo resolver las investigaciones en materia de prácticas desleales de comercio internacional, y en materia de medidas de salvaguarda.

- *Procedimiento especial hipotecario.* Este procedimiento tiene por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

- *Procedimiento en materia de arrendamiento inmobiliario.* Este procedimiento tiene como propósito la solución de todo tipo de controversias que verse sobre los contratos de arrendamiento inmobiliario.

3.- Análisis general de los principales títulos de crédito

a) Concepto de título de crédito ⁹⁶²

La Ley General de Título y Operaciones de Crédito (LGT) define a los títulos de crédito como los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna ⁹⁶³.

⁹⁶² También designado como *títulovalor*.

⁹⁶³ Ver art. 5 de la LGT.

b) Procedencia de la vía procesal judicial y de la vía procesal arbitral, para solucionar conflictos derivados de los títulos de crédito.

Al ser cosas mercantiles los títulos de crédito, su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que con ellos se realicen o que de los mismos se deriven⁹⁶⁴, son actos de comercio, y por lo tanto pueden ser materia de la jurisdicción judicial o arbitral. Los títulos de crédito son bienes muebles y cosas mercantiles.

Lo mismo acontece con la mayoría de formas disponibles para lograr cierto tipo de operaciones de crédito o de financiamientos corporativos, en lo referente a las dos vías procesales, judicial y arbitral, a las que se puede someter una controversia derivada del aumento de capital, de la contratación de un crédito bancario o privado, o de la emisión de obligaciones para allegarse recursos económicos necesarios.

c) Elementos del título de crédito

Naturaleza ejecutiva. Los títulos que tienen el carácter de ejecutivos, son una prueba preconstituida de la acción que se ejercita, pues antes de iniciarse el juicio demuestran la existencia de la acción procesal en torno a la cual se deducirá la totalidad del procedimiento. Los títulos de crédito contienen la confesión anticipada del deudor en cuanto a que, en efecto, debe dinero o al menos, de que efectivamente originó un obligación; y al mismo tiempo, prueban de pleno derecho, con anticipación al juicio, que el actor dispone de la acción de que se está valiendo para ejecutar, demandar y cobrar⁹⁶⁵.

Formalidad. El artículo 14 de la LGT determina que los títulos de crédito sólo producirán los efectos previstos por dicha ley, cuando contengan las menciones y llenen los requisitos correspondientes. Esta omisión en la forma no afecta la validez del negocio jurídico que dio origen al documento o al acto, pero sí a la ejecutabilidad del mismo.

⁹⁶⁴ Los actos y operaciones que tengan relación con un título de crédito se rigen por : 1.- La LGT, 2.- Demás leyes especiales, 3.- La legislación mercantil en general, 4.- Los usos bancarios y mercantiles, y 5.- El derecho común, siendo aplicable para toda la República para fines de la LGT, el Código Civil del Distrito Federal.

⁹⁶⁵ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I : Títulos de Crédito". Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla S.A. de C.V., 2a ed. México, 1992. p. 66.

Representación de obligaciones de dar. El derecho literal que se incorpora en los títulos de crédito consigna una obligación de dar (dinero, bienes, acceso a un derecho corporativo).

Incorporación. La incorporación consiste en la materialización de un derecho patrimonial en un documento para convertirse este mismo en un derecho patrimonial de cobro.

Literalidad. La literalidad consiste en la delimitación textual del derecho incorporado al documento de crédito, a través de letras, símbolos y de números. Con la literalidad se patentiza la existencia de una determinada obligación cambiaria.

Autonomía. Una deuda cambiaria existe por el sólo hecho de que se suscribió formalmente un determinado título de crédito ⁹⁶⁶.

Circulación. Los títulos de crédito son por lo general ambulatorios, es decir pueden transmitirse indefinidamente, salvo las excepciones de no negociabilidad dispuestas en la Ley, o voluntariamente.

Legitimación. La legitimación hace referencia a la facultad de cobro o legitimidad que tiene una determinada personas, sea esta la propietaria o aquella a quien dicho documento se le transmite a través de la tradición, el endoso o la cesión.

d) Principales títulos de crédito

i. La letra de cambio ⁹⁶⁷. La letra de cambio es un título de crédito que contiene la orden incondicional dada por una persona, llamada girador, a otra llamada girado (con la que tiene una relación patrimonial subyacente), para que pague, en lugar y época determinados a la orden de un tercero (o a la propia), llamado beneficiario (tenedor), una suma determinada de dinero ⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ Ver Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I: Títulos de Crédito"...p.71.

⁹⁶⁷ (bill of exchange)

⁹⁶⁸ Caso, Angel. "Derecho Mercantil". Edición propia. México, 1938. p. 233. Como conceptos relevantes relacionados con la letra de cambio tenemos : 1.- La aceptación, que consiste en el acto a través del cual el girado pasa a ser el obligado principal del pago; y la recomendación, que consiste en que el girado le indica al tenedor que presente la letra de cambio para su aceptación a varios girados., levantando el protesto a quienes no lo hubieren querido aceptar.

- Usos comunes de la letra de cambio

El uso de la letra de cambio ha venido disminuyéndose para permanecer como título de crédito en determinadas operaciones, convirtiéndose esencialmente en un instrumento de seguridad para las operaciones comerciales.

Entre los usos más comunes destacan :

- 1.- *Cambio de dinero de plaza.*
- 2.- *Compensación de créditos entre comerciantes.*
- 3.- *Operaciones de las instituciones de crédito de pago y de transferencia* ⁹⁶⁹.
- 4.- *Operaciones de las instituciones de crédito de financiamiento* ⁹⁷⁰.

ii. *El pagaré* ⁹⁷¹. El pagaré es un título de crédito que contiene la promesa incondicional de una persona llamada suscriptor a otra llamada beneficiario, de pagar en lugar y época determinados, una suma específica de dinero ⁹⁷².

- Usos comunes del pagaré

Entre los usos más comunes destacan ⁹⁷³ :

- 1.- *Documentación de préstamos.*
- 2.- *Contrato pagaré (es en el propio documento contractual en donde se contiene el texto del pagaré).*

⁹⁶⁹ En este rubro existen instrumentos crediticias similares a la letra de cambio como lo son el crédito documentario o carta de crédito, la orden de pago, el giro bancario y la aceptación bancaria.

⁹⁷⁰ Evolucionando en la figura de la aceptación bancaria.

⁹⁷¹ (promissory note)

⁹⁷² Caso, Angel. "*Derecho Mercantil*"...ob. cit., p. 256. También designado como papel comercial. Ejemplos : pagaré bancario, pagaré fiduciario, pagaré bursátil, entre otros.

⁹⁷³ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "*Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I : Titulos de Crédito*"...ob. cit., p. 214 y 215.

3.- *Garantía colateral de operaciones crediticias.*

4.- *Depósitos bancarios a plazo (contra el dinero depositado por los clientes, los bancos les entregan pagarés, que les son posteriormente restituidos, previa entrega a dichos clientes del dinero depositado más una prima o interés).*

5.- *Tarjeta de crédito.*

6.- *Papel comercial bursátil.*

iii. El cheque. También conocido como letra de cambio bancaria, el cheque es el título de crédito por medio del cual una persona (librador) ordena, incondicionalmente, a una institución de crédito (librado), en la que tiene fondos y quien la ha autorizado para disponer de ellos en tal forma, que pague (a un beneficiario), en lugar y época precisos, una determinada suma de dinero ⁹⁷⁴.

iv. La acción societaria. La acción societaria es el título valor que representa una de las fracciones iguales en que se divide el capital social de una sociedad anónima. Sirve para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio y su importe manifiesta el límite de la obligación que contrae el tenedor de la acción ante terceros y la empresa ⁹⁷⁵.

Entre los derechos contemplados por este título de crédito destacan ⁹⁷⁶ :

1.- *Voto (asamblea de accionistas).*

2.- *Dividendos (por distribución de utilidades netas repartibles).*

3.- *Reintegración del valor nominal de la acción y del remanente del haber social al momento de la liquidación.*

4.- *Derecho del tanto en la suscripción de nuevas acciones en el aumento de capital.*

⁹⁷⁴ Caso, Angel. "Derecho Mercantil"...ob. cit., p. 262.

⁹⁷⁵ Cortina Ortega, Gonzalo. "Prontuario Bursátil y Financiero". Editorial Trillas, S.A. de C.V., 4a reimpresión. México, 1992. p. 9.

⁹⁷⁶ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I : Títulos de Crédito"...ob. cit., p. 283 y 284.

5.- Cobro del derecho o cuota de retiro.

6.- Valor de venta de la acción.

v. **Las obligaciones.** Las obligaciones son títulos de crédito que representan la participación individual de sus tenedores (obligacionistas) en un crédito colectivo a cargo de una determinada entidad (emisora). Dávalos define a la emisión de obligaciones como la emisión de títulos que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo constituido a cargo de la sociedad el cual corresponde al dinero ingresado masivamente por la compra de dichos títulos ⁹⁷⁷.

Se clasifican en ⁹⁷⁸ :

Obligación convertible. Es la obligación que es convertible en acción.

Obligación indexada. Es la obligación que paga una tasa de interés indexada a un determinado factor.

Obligaciones fiduciarias. Aquella garantía que está constituida en un fideicomiso.

Obligaciones hipotecarias. Son aquellas que están garantizadas con hipoteca sobre bienes propiedad de la entidad emisora.

Obligaciones prendarias. Aquellas que están garantizadas por diversos bienes.

Obligaciones quirografarias. Las que únicamente están garantizadas por la firma de la emisora.

vi. **Los certificados de participación.** Los certificados de participación son títulos de crédito emitidos a través de un fideicomiso, a través de los cuales el público inversionista (tenedores de los certificados) adquiere una participación en los derechos derivados de los bienes fideicomitidos por una determinada entidad fideicomitente.

⁹⁷⁷ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I : Títulos de Crédito"...ob. cit., p. 292.

⁹⁷⁸ Cortina Ortega, Gonzalo. "Prontuario Bursátil y Financiero"...ob. cit., p. 111.

Se clasifican en :

1.- Los certificados de participación en el derecho de una parte alicuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita (certificados de participación relacionados con los frutos).

2.- Los certificados de participación en el derecho a una parte alicuota del derecho de propiedad o de la titularidad de los bienes, derechos o valores descritos en el numeral anterior (certificados de participación relacionados con la copropiedad).

3.- Los certificados de participación en el derecho a una parte alicuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores (certificados de participación relacionados con el producto neto de la venta).

4.- Los certificados de participación de vivienda que representan el derecho, mediante el pago de la totalidad de las cuotas estipuladas, a que se transmita la propiedad de una vivienda, gozándose entretanto del aprovechamiento directo del inmueble, y en caso de incumplimiento o abandono, a recuperar una parte de dichas cuotas de acuerdo con los valores de rescate que se fijen.

vii. El certificado de depósito y el bono de prenda. Los certificados de depósito son los títulos de crédito que expiden los almacenes generales de depósito para dar constancia de lo que se encuentra depositado en ellos.

El certificado de depósito acredita la propiedad de las mercancías o los bienes depositados en el almacén general de depósito que lo emite; por su parte, el título accesorio del certificado, denominado bono de prenda, acredita la existencia de un crédito prendario constituido sobre las mercancías o los bienes indicados en el certificado de depósito al que esté adherido. El legítimo tenedor del certificado de depósito y sus bonos de prenda ejerce dominio sobre las mercancías o bienes depositados, los cuales puede recoger en cualquier tiempo contra la entrega del certificado y los bonos correspondientes, siempre que le pague

al almacén y al fisco la renta y demás costos del almacenaje, así como los impuestos correspondientes, respectivamente ⁹⁷⁹.

Elementos

Los elementos del certificado de depósito y del bono de prenda son los siguientes :

- *El almacén general de depósito;* que es la emisora del título y la que debe de restituir los bienes depositados.

- *El tenedor del certificado;* que es el depositante de los bienes.

- *El tenedor del certificado y los bonos;* que es el emisor de una prestación que se garantiza con los bienes incorporados en el bono correspondiente.

- *El tomador del bono;* consiste en el acreedor prendario, no del certificado o del bono, sino de la prestación que le solicitó el tenedor del certificado y cuyo cumplimiento se garantizó con los bienes acentados en el bono.

viii. El conocimiento de embarque. El conocimiento de embarque es un título de crédito que representa mercancías depositadas en un embarque.

ix. Los certificados de aportación patrimonial (CAPS) de la banca de desarrollo. Son parte de los denominados títulos de crédito bancarios públicos, cuya ejecutabilidad varía con relación a la que poseen los títulos de crédito ordinarios. Estos certificados de aportación patrimonial constituyen el capital social de las instituciones de crédito públicas.

x. Los bonos bancarios. Estos bonos, son títulos de crédito que representan la participación individual de su tenedor en un crédito colectivo a cargo de una determinada entidad bancaria emisora. Su esquema es similar al de las obligaciones societarias.

xi. Las obligaciones subordinadas. Son títulos de crédito de pago privilegiado, emitidos por instituciones bancarias similares a los bonos bancarios y a las obligaciones societarias.

⁹⁷⁹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I : Títulos de Crédito"...ob. cit., p. 316.

xii. El certificado de depósito bancario de dinero. Es el título de crédito que ampara los depósitos a plazo con interés a cargo de la institución bancaria que lo emite ⁹⁸⁰.

e) La obligación cambiaria

La obligación cambiaria es la obligación de pago que conlleva todo título de crédito. De acuerdo con el maestro Dávalos Mejía, la obligación cambiaria se genera en un acto unilateral de voluntad que a partir de su perfeccionamiento formal se desprende del ánimo personal del suscriptor para integrarse al título exclusivamente ⁹⁸¹.

Elementos

Sus elementos son :

- **El obligado;** sujeto o entidad que se obligan al pago del título de crédito. Si éste hace el pago, termina la deuda representada en el documento correspondiente. En caso de que el beneficiario de un título de crédito no pueda cobrarlo al obligado a pagarlo, debe de intentar el cobro ante los responsables, y éstos a su vez, ante los demás, o ante el propio obligado principal.

- **Responsable del pago;** también designada como solidaridad cambiaria, en ella cada sujeto responde de su propia deuda, cualquiera de los solidarios es tan responsable como los demás, aunque por deudas individuales por el mismo monto, mismo título y ante el mismo acreedor, que es quien decide a cual de ellos requerirá el pago primero. La solidaridad cambiaria puede ser renunciable mediante la inscripción en el documento "*sin mi responsabilidad*". Lo anterior no libera a los demás solidarios.

- **El aval;** esta figura hace referencia a la garantía personal que ofrece un sujeto, respecto de que la obligación o responsabilidad de aquel a quien él avala, será cumplida. Es decir. el aval es la obligación personal y accesorio que un tercero ajeno al título, o alguno de sus propios signatarios presta directa y de manera exclusiva en favor de alguno de éstos, destinada a garantizarle al beneficiario que parte o la totalidad de su valor literal será pagado, para lo

⁹⁸⁰ Cortina Ortega, Gonzalo. "Prontuario Bursátil y Financiero"...ob. cit., p. 38.

⁹⁸¹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I : Títulos de Crédito"...ob. cit., p. 86.

cual el que la presta compromete, incluso, la totalidad de su patrimonio. Será aval de cumplimiento de una obligación, cuando el avalado sea el obligado principal, y de responsabilidad cuando el avalado sea alguno de los endosante o responsables ⁹⁸² El aval tiene que inscribirse en el propio documento o en hoja adherida al mismo. El avalista tiene acción cambiaria contra el avalado y contra los que están obligados para con éste en virtud del título de crédito.

f) La acción cambiaria

Las acciones cambiarias son aquellas que se derivan de los títulos de crédito, o del negocio o enriquecimiento que causó el mismo, y se dividen en :

Clasificación

- *Acción cambiaria directa*; esta acción se intenta por el último tenedor o por el responsable que paga el título de crédito, contra el principal obligado o contra sus avalistas.

- *Acción cambiaria en vía de regreso*; esta acción la intenta el último tenedor o el responsable que pagó el documento de crédito, contra cualquiera de los signatarios, excepto contra el principal obligado y sus avalistas. Esta acción sólo procede en contra de los responsables que hubieren firmado el documento antes de la fecha en que lo hubiere hecho el propio actor.

Tanto el último tenedor, como el responsable que pague el documento, pueden ejercitar indistintamente la acción cambiaria directa o la acción cambiaria en vía de regreso.

- *Acción causal*; acción autónoma de la acción cambiaria que procede ante su caducidad y que hace referencia al negocio que originó el título, sin que en tal negocio hubiera existido novación alguna. Puede intentarse contra el obligado principal o contra los responsables.

⁹⁸² Dávalos Mejía, Carlos Felipe. "Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo I : Títulos de Crédito"...ob. cit., p. 91.

- *Acción de enriquecimiento*; esta acción es subsidiaria de las acciones cambiarias y de la acción causal. Procede por el enriquecimiento del demandado en detrimento del actor. El artículo 169 de la LGT señala que extinguida por caducidad la acción de regreso contra el girador, el tenedor de la letra que carezca de acción causal contra éste, y de acción cambiaria o causal contra los demás signatarios, puede exigir al girador la suma de que se haya enriquecido en su daño. El que intente esta acción debe de carecer tanto de la acción cambiaria como de la causal no sólo contra el obligado, sino también contra los demás solidarios.

g) Reglas generales de utilización de los títulos de crédito

1.- La representación para otorgar o suscribir títulos de crédito se confiere : a) Mediante poder inscrito debidamente en el Registro de Comercio, y b) Por simple declaración escrita dirigida al tercero con quien habrá de contratar el representante. En estos dos casos, la representación no tendrá más límites que los que expresamente le haya fijado el representado⁹⁸³.

2.- La transmisión del título de crédito implica el traspaso del derecho principal en él consignado y, a falta de estipulación en contrario, la transmisión del derecho a los intereses y dividendos caídos, así como de las garantías y demás derechos accesorios ⁹⁸⁴.

3.- Los títulos de crédito pueden ser, según su circulación, nominativos o al portador. El tenedor del título no puede cambiar la forma de su circulación sin consentimiento del emisor, salvo disposición legal expresa en contrario ⁹⁸⁵.

4.- Los títulos nominativos pueden transmitirse por endoso, cesión ordinaria, recibo de su valor y entrega del título mismo, sin perjuicio de que puedan transmitirse por cualquier otro medio legal ⁹⁸⁶. Los títulos al portador se transmiten por simple tradición ⁹⁸⁷.

⁹⁸³ Ver art. 9 de la LGT.

⁹⁸⁴ Ver art. 18 de la LGT.

⁹⁸⁵ Ver art. 21 de la LGT.

⁹⁸⁶ Ver art. 26 de la LGT.

⁹⁸⁷ Ver art. 70 de la LGT.

5.- Los requisitos del endoso son : a. Constar en el propio título o en hoja adherida al mismo, b. Nombre del endosatario, c. Firma del endosante o de la persona que suscriba el endoso a su ruego o en su nombre, d. La clase de endoso, y e. Lugar y fecha ⁹⁸⁸.

6.- Mediante el endoso, el título de crédito puede transmitirse en propiedad (se transmite al endosatario la propiedad del título y todos los derechos inherentes), en procuración (faculta al endosatario para presentar el documento a la aceptación, para cobrarlo judicial o extrajudicialmente, para endosarlo en procuración y para protestarlo), o en garantía (otorga al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario, comprendiéndose las facultades del endoso en procuración).

7.- El que pierda o sea despojado de un título de crédito, o éste no se encuentre en condiciones de circular por haber sido destruido o mutilado en parte, puede reivindicarlo o pedir su cancelación, y en este último caso, su pago, reposición o restitución.

II. Vías procesales extrajudiciales ⁹⁸⁹

Los principales medios alternativos para la solución de controversias en materia mercantil y financiera, o vías procesales extrajudiciales, que comprende el ordenamiento jurídico mexicano son ⁹⁹⁰ : 1.- La mediación, 2.- La conciliación, 3.- La transacción y 4.- El arbitraje. La conciliación, la transacción y el arbitraje son vías de solución de controversias que aparecen en diversos cuerpos normativos, códigos y leyes. La mediación es mencionada a través de la figura de las denominadas *juntas de avenencia* ⁹⁹¹, comúnmente incluidas

⁹⁸⁸ Ver art. 29 de la LGT.

⁹⁸⁹ El término *vía procesal extrajudicial* se emplea en el sentido de quien resuelve la controversia es una persona distinta a una autoridad judicial, pudiendo ser las propias partes en conflicto, o un tercero ajeno a la controversia o relación jurídica.

⁹⁹⁰ Podrían comprenderse también el desistimiento y el allanamiento.

⁹⁹¹ AVENENCIA : Según el Diccionario de la Lengua Castellana, la palabra significa comparecer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. Jurídicamente se estima como la voluntad espontánea de cualquiera de las partes en un litigio para ponerle fin. Es también la mediación de un tercero para buscar un acuerdo entre ellas o establecer una coincidencia en sus intereses...En la terminología procesal la avenencia se toma como sinónimo de conciliación. En realidad la distinción resulta muy sutil porque como piensa Eduardo J. Couture, una es la especie y otra el género. Para él tanto el acto procesal que consiste en intentar ante un juez de paz un acuerdo amigable como el avenimiento, no encuentra etimológicamente una profunda distinción; pero para otros autores, en particular franceses e italianos, la avenencia es en principio el acuerdo entre las partes, en tanto que la conciliación es el resultado de tal acuerdo; la primera puede ser una tentativa de solución, la segunda es la solución misma y por eso para ellos debe hablarse en este segundo caso de una audiencia de conciliación, de un acta de conciliación, etc...por Barajas Montes de Oca, Santiago, en Instituto de Investigaciones Jurídicas. "Diccionario Jurídico Mexicano" (tomo A - CH)...ob. cit., p. 296.

como una especie de fase de negociación en numerosos apartados normativos de carácter adjetivo.

Los medios alternativos de solución de controversias son figuras auto y heterocompositivas tan antiguas como el propio Derecho, sin embargo desde hace alrededor unos treinta años, particularmente en los Estados Unidos de Norteamérica y en los países de Europa, estas vías extrajudiciales, a nivel doméstico fueron adquiriendo un fuerte impulso ante la crisis que desde entonces ha invadido al Poder Judicial, Federal y Local, ante los beneficios probados de las mismas, y ante una actitud a favor de la efectividad del marco jurídico.

Al mismo tiempo, en la medida en que las prácticas mercantiles desbordaron las fronteras para dar lugar a la globalización de las economías y de los flujos comerciales, estos medios alternativos de solución de controversias, se situaron como la garantía de seguridad jurídica para todos los actores del comercio global.

Ante la imposibilidad de convenir sobre el marco jurídico nacional bajo el cual se desarrollaran las disputas derivadas de las transacciones comerciales internacionales, así como ante la carencia de un efectivo sistema de derecho internacional de carácter público y privado, tanto en materia sustantiva como adjetiva, la comunidad de negocios, los profesionales del Derecho y los gobernantes, concluyeron que la mediación, la conciliación y el arbitraje, principalmente de carácter comercial, ofrecían ser los instrumentos jurídicos mediante los cuales se homogeneizaran las distintas formas de aplicación de las normas jurídicas.

Tal fue la aceptación del modelo, que actualmente, lejos de ser medios alternativos de solución de controversias, se han convertido en vías auto o heterocompositivas de primera elección de los comerciantes, por encima de la tradicional vía judicial o administrativa⁹⁹².

⁹⁹² A manera de ejemplo citamos lo mencionado por Todd B. Carver y Albert A. Vondra, en el artículo "*Alternative Dispute Resolution : Why it doesn't work and Why it does*", de la revista *Harvard Business Review*, del periodo de mayo a junio de 1994, en donde explican como una empresa tan importante como Chevron utilizó un proceso de mediación para solucionar una controversia, costándole dicho procedimiento \$25,000 dólares en honorarios de sus asesores legales, ahorrándole un estimado de \$2.5 millones de dólares en servicios de asesoría que hubiera tenido que erogar si se hubiera optado únicamente por la vía judicial. Estos mismos autores hacen énfasis en como la tendencia en la comunidad de negocios en América del Norte es la de evaluar a los abogados no solamente con base en cuantos litigios ganan, sino en cuantas relaciones de negocios preservan cuando existe una controversia entre la empresa que representan y el cliente o proveedor de la misma que figura como contraparte.

Como todo proceso, estas vías extrajudiciales se han venido perfeccionando, sin quedar exentas de adecuaciones necesarias que los propios usuarios les han ido imprimiendo, particularizándolas en la medida que esto es requerido según la materia de la negociación, o del propio conflicto.

Las vías extrajudiciales de solución de controversias en materia comercial se perfilan hacia el siglo XXI como la opción primaria a las que las partes en conflicto acudirán por los diversos y auténticos beneficios que representan, resaltándose entre éstos, dos sumamente importantes y buscados: equidad y honestidad.

Estas vías extrajudiciales son definidas de la siguiente manera:

1.- La mediación ⁹⁹³; mediante este procedimiento para la solución de controversias, un tercero imparcial con determinados conocimientos sobre la materia de la disputa, interviene en la misma por designación de las partes a través de convenio de mediación, para fungir como vínculo entre las mismas, con el propósito de acercar las posturas de cada una y que éstas, a través de un proceso de negociación conducido por dicho tercero, resuelvan el conflicto de pretensiones.

2.- La conciliación ⁹⁹⁴; a través de este procedimiento para la solución de controversias, las partes en conflicto designan, mediante un convenio conciliatorio, a un tercero imparcial con conocimientos en la materia de la disputa, para que proponga a las mismas posibles soluciones una vez que haya escuchado las pretensiones y posturas de éstas.

3.- La transacción ⁹⁹⁵; esta figura autocompositiva es definida como el contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. La transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos determinados por la ley ⁹⁹⁶. Para su total eficacia, o ejecución procesal, es recomendable que el contrato de transacción se formalice ante un fedatario público.

993 (mediation)

994 (conciliation)

995 (settlement)

996 Arts. 2944 y 2953 del Código Civil Distrital.

4.- *El arbitraje*; refiriéndose como tal al de carácter comercial ⁹⁹⁷, entendido como un proceso para la solución de controversias, de carácter heterocompositivo, en donde las partes facultan a un tercero imparcial para que decida la controversia, siendo dicha resolución definitiva, vinculativa y obligatoria para las partes.

5.- Procedimiento de solución de controversias ante la Comisión Nacional Bancaria y de Valores ⁹⁹⁸

De acuerdo con la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), este órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tiene, entre otras, la facultad de dar atención a las reclamaciones que le presenten los usuarios de las entidades bancarias, bursátiles y auxiliares del crédito que determinen las leyes en la materia, y actuar como conciliador y árbitro, así como proponer la designación de árbitros, en conflictos originados por operaciones y servicios que hayan contratado dichas entidades con su clientela ⁹⁹⁹.

Es la propia Ley la que traduce ciertas funciones de la CNBV como generadoras de vías procesales extrajudiciales para la solución de controversias relativas a las entidades bancarias, a los intermediarios financieros no bancarios y a los intermediarios bursátiles. El que el ordenamiento jurídico comprenda este tipo de figuras heterocompositivas en el Sistema Financiero Mexicano, fundamenta la existencia de los medios alternativos de solución de controversias que proporciona a las entidades financieras y a sus usuarios opciones de alta efectividad frente a la tradicional vía judicial.

⁹⁹⁷ En materia estrictamente financiera, el arbitraje es entendido como la operación de compra y venta simultánea de valores iguales en diferentes plazas o mercados.

⁹⁹⁸ De acuerdo con información proporcionada por la CNBV, en el periodo del primero de enero al 31 de agosto de 1998, se recibieron 11,552 quejas, a través de la Dirección de Quejas (3,443) y de las Delegaciones Estatales (8,109), todas ellas por un monto cercano a los \$8,237 millones de pesos. De estas 11552 reclamaciones, la CNBV logró una conciliación favorable para 6,370 usuarios, es decir para el 55% del total de demandas. Por otra parte, 5,182 (45%), se encuentran en proceso de solución, o bien, se dejaron a salvo los derechos del reclamante, o declinó el mismo, la institución o ambas partes. Se han emitido 76 resoluciones en materia de dictámenes técnicos, 35 emitidos y 41 improcedentes. En lo concerniente a los procedimientos arbitrales que se han derivado de este volumen de reclamaciones presentadas, estos se reducen a sólo 9 en total dentro de dicho periodo de tiempo. No obstante al procedimiento conciliatorio ante la CNBV, existe una tendencia para iniciar la solución de controversias otorgando un plazo perentorio a las partes en conflicto de 10 días para negociar la respuesta a su conflictiva, en caso de no llegar a algún acuerdo entonces, el reclamante puede continuar el procedimiento tradicional ante dicha Comisión.

⁹⁹⁹ Esta facultad está a cargo de : a) La Presidencia de la CNBV, b) La Vicepresidencia Jurídica de la CNBV, c) La Dirección General de Atención a Usuarios del Sistema Financiero, d) La Dirección de Quejas, e) La Dirección de Delegaciones Estatales, y f) Los Delegados Estatales.

Al percatarse de la complejidad y especialidad de las operaciones en este sector del comercio, el legislador, así como el Poder Ejecutivo, consideraron totalmente oportuno el dotar de este tipo de funciones a organismos claves para la viabilidad del sistema crediticio y de pagos de nuestro país.

La CNBV actúa como una especie de centro de solución de controversias, con la capacidad de administrar conciliaciones y arbitrajes. Asimismo, esta entidad puede actuar como institución designadora de árbitros o de tribunales arbitrales.

El procedimiento de solución de controversias ante la CNBV se constituye de las etapas siguientes :

a) Procedimiento conciliatorio

En caso de que los usuarios de los bancos, de las organizaciones auxiliares del crédito y casas de cambio; o de las casas de bolsa o especialistas bursátiles, opten por presentar sus reclamaciones derivadas de una relación comercial con una determinada entidad bancaria ante la CNBV, se desahogará como primera etapa un procedimiento conciliatorio entre las partes, coordinado por dicha autoridad. La sustanciación de esta conciliación es forzosa para la institución bancaria, para la organización auxiliar del crédito, y para la casa de cambio, una vez iniciada la misma por el cliente ¹⁰⁰⁰.

Consideramos que, aunque representa una medida eficaz para dotar de dinamismo a la solución de un conflicto, el decretar forzoso el procedimiento conciliatorio para las entidades financieras que señalan las leyes correspondientes, viola el principio de consensualismo que tiene que existir en todo procedimiento extrajudicial de solución de controversias; inclusive, esta obligatoriedad se considera violatoria del artículo 17 constitucional. Al imponer el procedimiento conciliatorio, se está atentando contra la clasificación de las 2 diferentes vías para la solución de conflictos en el sistema financiero, al crear *por decreto* una tercera forma jurisdiccional para solucionar las diferencias entre particulares consistente, en este caso, en la conciliación ordenada por la Ley.

¹⁰⁰⁰ Tratándose de un conflicto bursátil, la etapa conciliatoria no es forzosa para el inversionista o para el propio intermediario bursátil.

En el caso de las controversias relacionadas con entidades aseguradoras, la Ley que las gobierna obliga al usuario correspondiente a desahogar de manera forzosa, previo al libre sometimiento de la vía judicial o extrajudicial de su controversia, un procedimiento conciliatorio, violando nuevamente el consensualismo que debiera privar en estas vías de solución de disputas ¹⁰⁰¹. No solamente se impone una forma procesal, sino que se inhibe al usuario el libre ejercicio de sus derechos procesales garantizados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tratándose de las uniones de crédito, en las operaciones de comercialización, la CNBV sólo conocerá de las diferencias que se susciten con sus propios socios.

Cuando las diferencias sean derivadas de la operación de fideicomisos, la CNBV sólo conocerá de las reclamaciones que presenten los fideicomitentes o fideicomisarios en contra de los fiduciarios.

En el caso del ámbito bursátil, los agentes bursátiles están obligados a primero desahogar su reclamación ante la CNBV antes de acudir a los tribunales competentes para la sustanciación del procedimiento correspondiente, salvo el caso de reconvencción ¹⁰⁰².

La CNBV puede suplir las deficiencias en las reclamaciones en beneficio del usuario. Consideramos más apropiado y eficaz, que la Comisión también pudiera formular comentarios a la formulación de reclamaciones planteadas por entidades financieras, de esta forma no se violaría el principio de equidad en la administración de justicia.

¹⁰⁰¹ El art. 136 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros señala : *"En materia jurisdiccional : I.- Los tribunales no darán entrada a demanda alguna contra una empresa de seguros si el actor en ella no afirma bajo protesta de decir verdad, que ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas se agotó el procedimiento conciliatorio a que se refiere al fracción I del artículo anterior. En cualquier momento en que aparezca que no se agotó el procedimiento conciliatorio, deberá sobreseerse la instancia e imponer al actor las costas originadas por el procedimiento. La omisión del procedimiento conciliatorio en la vía administrativa constituye, además una excepción dilatoria que puede interponerse por la empresa de seguros demandada..."* La deficiente redacción de este precepto no solamente atenta contra el consensualismo del procedimiento conciliatorio, sino que además proporciona una doble puerta para retrasar la administración de justicia en esta materia al afirmar, por una parte que la falta de desahogo de dicho procedimiento ante la CNSF constituye una causa de sobreseimiento del litigio intentado por el usuario en la vía judicial, por la otra, que la omisión en comento constituye una excepción dilatoria. A nuestro parecer, lo procedente sería que la omisión en el desahogo del procedimiento conciliatorio ante la CNSF fuera constitutiva solamente de una excepción dilatoria de previo y especial pronunciamiento.

¹⁰⁰² En este caso, acontece la misma obligatoriedad de la conciliación, ahora, a diferencia del ámbito de seguros, para la entidad bursátil que presta el servicio.

Asimismo, podrá solicitar que la reclamación sea aclarada, desechará las que sean notoriamente improcedentes y aquellas de las que esté conociendo la autoridad judicial.

La CNBV tiene la facultad de allegarse todos los elementos, documentos e información que juzgue necesarios para procurar la conciliación o resolver los arbitrajes correspondientes, así como para emitir los dictámenes técnicos.

La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción a que se encuentren sujetas las acciones de carácter civil o mercantil que sean procedentes. Con el propósito de que las partes que intervengan en una disputa dentro del sistema financiero, tenga la seguridad de que, si aún en la posibilidad que les otorga la Ley no pudieran convenir sobre la vía procesal extrajudicial a utilizar para resolver el asunto correspondiente, tengan como opción dejar a salvo sus derechos procesales para ejercitarlos mediante la vía judicial.

Fases de la conciliación :

- 1.- Las reclamaciones se presenta por escrito ante la propia CNBV o a través de sus delegaciones regionales.
- 2.- Con el propósito de tener los elementos para emitir una acertiva propuesta de conciliación, la autoridad le requerirá a la institución bancaria, a la organización auxiliar del crédito o casa de cambio, al intermediario bursátil, o al propio usuario un informe del asunto correspondiente, que deberá de ser presentado en la fecha que determine la propia CNBV para la junta de avenencia. Como conciliador, la Comisión tiene la obligación de formular posibles respuestas a la controversia planteada, para lo cual la Ley la faculta para allegarse de información y estar en la posición de proponer alternativas viables para que las partes accedan a conciliarse.
- 3.- La CNBV cita a las partes para averirlas tomando en cuenta los elementos proporcionados por las mismas. Esta cita sólo podrá diferirse una sola vez. La naturaleza sumaria de este tipo de procedimientos imposibilita el postergar las audiencias, salvo las pocas excepciones que la misma prevé
- 4.- Si el reclamado no presenta el informe en la junta de avenencia o no lo rinde en la forma requerida, la Comisión puede diferir la junta y/o solicitarle las aclaraciones que estime

necesarias. Dada la importancia de este documento, sin el cual la Comisión carecería de importante información para emitir su opinión, se constituye una posibilidad de extender el procedimiento conciliatorio.

La falta del informe cuando corresponda rendirlo al inversionista se entenderá como no aceptación de la conciliación.

5.- En caso de que el reclamante no comparezca ni justifique su ausencia en un plazo de diez días hábiles, contado a partir de la fecha de celebración de la junta respectiva, se entenderá que no desea la conciliación, dándose por concluido el procedimiento respectivo, quedando a salvo sus derechos para hacerlos valer ante los tribunales competentes ¹⁰⁰³.

Cuando el reclamante abandone el procedimiento conciliatorio sin causa comprobable y justificada, además de darse por concluida la conciliación, se le debería de sancionar económicamente ya que, al ser obligatorio el procedimiento para la entidad financiera, el reclamante ocasiona que la misma, al igual que la propia Comisión, incurran en inversión de tiempo de personal para atender la controversia por esta vía, y en consecuencia, la imposición de esta sanción tendría como objetivo convencer al reclamante de que por lo menos se ventile el procedimiento respectivo hasta su etapa final. Como otra opción consideramos el quitar la obligatoriedad de atender el procedimiento conciliatorio a cargo de la entidad financiera que sea convocada.

6.- En caso de que las partes no concilien sus intereses, la CNBV las invitará a que la nombren arbitro (intermediarios financieros bancarios e intermediarios financieros no bancarios) o para que ella misma les proponga otros árbitros y los escojan (materia bancaria y materia bursátil). El compromiso se debe de hacer constar en un acta que se levante ante la CNBV.

Como instancia extrajudicial de solución de controversias, la Comisión debería incluir una tercera opción que brindar a las partes consistente en la utilización de un centro especializado en administrar arbitrajes, inclusive mediaciones o conciliaciones para someter su controversia a los mismos, detallando las ventajas de presentar una disputa de carácter financiero a profesionales de la materia, que hacerlo ante la autoridad judicial, cuya

¹⁰⁰³ En materia bursátil, en caso de que el reclamante no prosiga con la conciliación, se encontrará imposibilitado para presentar nueva reclamación sobre el mismo caso.

percepción de la realidad de los hechos podría variar negativamente en perjuicio de un fallo justo y equitativo.

7.- En caso de que sea la institución financiera la que decline el arbitraje y la CNBV estime procedente la reclamación del usuario, ésta podrá entregar al mismo un dictamen técnico que contenga su opinión sobre el asunto, para que lo haga valer ante los tribunales competentes, los que deberán tomarlo en cuenta para mejor proveer en el procedimiento respectivo.

Nuevamente la Ley incurre en violación de la equidad que debe privar en todo procedimiento, al otorgar un elemento a favor de la contraparte de la entidad financiera, aún sabiendo que las partes pueden escoger libremente la vía procesal para resolver sus controversias. Resulta ilógico para la figura de la conciliación por una parte, la obligatoriedad de sometimiento, y por la otra el que la Comisión, aún habiendo sido despojada de facultades jurisdiccionales y, por lo tanto, de competencia por una de las partes, ésta a su discreción dota exclusivamente al usuario de una prueba que debiera de carecer de fundamento al ser el procedimiento que la generó inexistente, ya que la Comisión proporciona este dictamen posteriormente de que una de las partes declina el sometimiento al proceso arbitral .

8.- Las delegaciones regionales pueden tramitar la etapa conciliatoria y en su caso el procedimiento arbitral escogido, debiendo al efecto presentar los proyectos de laudos que formulen a la consideración de la CNBV, la que emitirá el laudo correspondiente.

Consideramos que esta disposición retarda enormemente a los procedimientos arbitrales, ocasionando su pérdida de eficacia y ventajas ante el proceso judicial tradicional. Los laudos arbitrales deberían de ser emitidos directamente por las delegaciones estatales de la CNBV no concentrados para su revisión y posterior emisión por el sector central de la misma. La medida tiene como propósito unificar criterios y resolver las deficiencias en la formulación de los laudos. Esto no sería necesario si se capacitara correctamente a los funcionarios encargados de las conciliaciones y de los procedimientos arbitrales, ya que nadie mejor que ellos, por el principio de la inmediatez, para resolver adecuadamente una controversia ventilada ante los mismos desde el inicio de cada procedimiento.

En materia bursátil, el procedimiento conciliatorio se tendrá por agotado si cualquiera de las partes no concurre a la junta de aveniencia, si al concurrir a la junta relativa

argumentan su voluntad de no conciliar, o bien si concilian sus diferencias. La CNBV levantará acta en la que se hará constar cualquiera de estas circunstancias y la terminación del procedimiento de conciliación.

El incumplimiento de un agente bursátil a los acuerdos dictados por la CNBV dentro del procedimiento conciliatorio, se sancionará por la propia Comisión con multa administrativa de cien a tres mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

De nueva cuenta la Ley incurre en otra inequidad procesal al ser sólo la entidad bursátil de entre las partes la que recibe sanción económica en caso de incumplimiento al convenio conciliatorio. Este tipo de distinciones negativas son las que han desmotivado la utilización de esta vía extrajudicial para la solución de controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano. La actitud proteccionista y paternalista de los procedimientos asentados en la Ley de la materia vulnera la imparcialidad requerida en toda *sana* administración de justicia.

b) Procedimiento arbitral ¹⁰⁰⁴

El procedimiento arbitral puede ser tramitado ante la propia CNBV, o ante las delegaciones regionales.

Arbitraje de amigable composición

En este tipo de arbitraje la CNBV o los árbitros que las partes escojan, tendrán plena libertad para resolver en conciencia y con buena fe, sin sujeción a reglas específicas ¹⁰⁰⁵, pero observando las formalidades esenciales del procedimiento, los puntos de controversia fijados por las partes. La resolución o laudo arbitral que emita la CNBV sólo admitirá aclaración de la misma.

¹⁰⁰⁴ Los árbitros en este tipo de procedimientos pueden ser : a) La propia CNBV, o b) Cualquier árbitro privado que proponga la CNBV.

¹⁰⁰⁵ En este tipo de arbitrajes, existen directrices adjetivas mínimas que son propuestas por las partes, por la propia Comisión, o por los árbitros designados.

Resulta interesante el que no su hubiere previsto como medio de impugnación de un laudo arbitral emitido por la CNBV en su carácter de árbitro en amigable composición, el juicio de amparo, ya que esencialmente, lo que se resuelve en amigable composición es el fondo del asunto, teniendo que respetarse en todo momento las garantías del debido proceso que obligatoriamente establece el ordenamiento jurídico nacional, siendo por tanto impugnabile por la vía mencionada cualquier violación que de las mismas hiciere dicho organismo.

Dada la naturaleza de este procedimiento, no existen términos ni incidentes.

Arbitraje de estricto derecho

En el arbitraje de estricto derecho, las partes convencionalmente establecen las reglas del procedimiento, mismas que tendrán que acatar la propia CNBV o los árbitros designados, aplicándose supletoriamente el Código de Comercio, salvo el artículo 1419 ¹⁰⁰⁶; a falta de disposición de dicho Código, el de Procedimientos Civiles de cada Entidad Federativa o el Distrital, según el caso particular.

Las resoluciones emitidas por la CNBV durante el desarrollo del procedimiento sólo admitirán como recurso el de revocación y el laudo dictado (firmado) sólo podrá ser impugnado en juicio de amparo indirecto ¹⁰⁰⁷.

Tratándose de árbitros designados por las partes, el laudo arbitral sólo admite aclaración a instancia de parte. Todas las demás resoluciones admitirán como único recurso el de revocación.

El arbitraje conducido por este tipo de árbitros es de los considerados como arbitrajes comerciales institucionales.

¹⁰⁰⁶ Este artículo se refiere al cómputo de plazos dentro del procedimiento arbitral.

¹⁰⁰⁷ Entre lo supuestos del amparo indirecto ante los juzgados de distrito se encuentran los actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. En este caso aunque la institución arbitral pudiera calificarse como asunto privado, quien suscribe el laudo definitivo son los funcionarios públicos de la propia CNBV. Este procedimiento bi - instancial se tramita ante el juzgado de distrito competente en materia administrativa, y en vía de revisión, ante un tribunal colegiado de circuito, también en materia administrativa.

El incumplimiento o desacato de las entidades financieras a los requerimientos o resoluciones emitidos por la CNBV como resultado de los procedimientos ventilados ante la misma serán sancionados con multa administrativa por cantidad equivalente de cien a mil veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal.

Como en el caso del incumplimiento del convenio conciliatorio, ambas partes son las que deberían de ser sancionadas, no solamente la entidad financiera.

Las instituciones de crédito contarán con un lapso de tiempo de quince días hábiles contados a partir de la notificación del laudo arbitral correspondiente para cumplimentarlo; en caso contrario la CNBV les impondrá a una multa de hasta tres veces el importe de lo condenado, si éste fuera cuantificable o hasta cinco mil veces (en el caso de las organizaciones auxiliares del crédito y de las casas de cambio hasta diez mil veces) el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal si no lo fuere ¹⁰⁰⁸.

Las notificaciones en el juicio arbitral de estricto derecho se hacen a las partes por cédula fijada en los estrados de la CNBV o de la delegación regional correspondiente, excepción hecha del traslado de la reclamación, de la demanda, de la citación a la junta conciliatoria y del laudo, que tiene que hacerse personalmente o por correo certificado con acuse de recibo ¹⁰⁰⁹. Las notificaciones surten sus efectos al día siguiente a aquél en que se efectúan.

Cuando alguna de las partes faltare al cumplimiento de lo convenido en la conciliación o a lo dictado por la CNBV a través del laudo arbitral correspondiente, la afectada podrá auxiliarse del poder judicial para la ejecución de los puntos resolutivos de la controversia.

La caducidad de la instancia operará de pleno derecho cualquiera que sea el estado del juicio arbitral desde el emplazamiento hasta antes de la expresión de los alegatos, si

¹⁰⁰⁸ En el caso de arbitrajes en el ámbito bursátil, el laudo que condene a un agente bursátil le otorgará para su cumplimiento un plazo de quince días hábiles a partir de su notificación. Cuando el laudo sea impugnado conforme a la legislación aplicable y la resolución judicial que lo confirme haya causado estado, persistiéndose en su incumplimiento, la CNBV impondrá al agente bursátil una multa hasta por el importe de lo condenado; en caso de incumplimientos reiterados la propia CNBV podrá suspender o proponer a la SHCP que se cancele la inscripción correspondiente del agente en la Sección de Intermediarios.

¹⁰⁰⁹ El requisito de que las partes sean debidamente notificadas se cumple con la simple constancia de recepción que se emita según el caso.

transcurridos ciento ochenta días hábiles, contados a partir de la notificación del último acuerdo arbitral, no hubiere promoción de cualquiera de las partes.

Requisitos para ser designado árbitro por la CNBV :

Para fungir como árbitro designado por la CNBV se requiere :

- Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos.
- No tener menos de treinta y cinco años cumplidos el día de su designación.
- Poseer título profesional de licenciado en derecho, registrado ante la autoridad competente.
- Tener cuando menos cinco años de práctica legal en el mercado de valores.
- Haber residido en el país durante los últimos tres años anteriores a su designación.
- Gozar de buena reputación y de honorabilidad comprobada.

6.- Procedimiento de solución de controversias ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas ¹⁰¹⁰

¹⁰¹⁰ De conformidad con datos proporcionados por la CNSF al segundo trimestre de 1998, se dio atención a un total de 1,836 quejas en contra de instituciones de Seguros. De ese total, se concluyeron 1,741, que representan el 94.8% del total y las 95 restantes se encuentran en trámite. Respecto al rubro de quejas concluidas, es importante señalar que el 54.3% de éstas se resolvieron mediante orientación al asegurado, por tratarse de inconformidades con el monto de la indemnización, retrasos en el pago de la misma, etc...; el 30.3% fueron solucionadas ante la propia CNSF a través del cumplimiento de las obligaciones de las instituciones de seguros, y 268 quejas, que representan el 15.4% del total, fueron orientadas para darles trámite como reclamación, a la Dirección General Jurídica de la CNSF. Por otra parte, el número de reclamaciones atendidas por la Comisión al segundo trimestre de 1998 ascendió a 1,700. Para el segundo trimestre de 1998, tuvieron lugar 2,643 juntas de avenencia, lo que representa un promedio de 1.6 juntas de avenencia por reclamación. La acción conciliatoria de la Comisión permitió resolver de manera expedita 419 casos, lo que representó el 24.6% de las reclamaciones atendidas. Del resto de las inconformidades, en 1,003 casos los quejosos optaron por acudir directamente a los tribunales competentes, mientras que en 464 casos se designó a la CNSF como árbitro en estricto derecho o en amigable composición.

a) Procedimientos para la solución de controversias en materia de seguros

Conciliación ¹⁰¹¹

Cuando surja una reclamación ¹⁰¹² contra una institución o sociedad mutualista de seguros, se estará a lo siguiente :

- 1.- Se debe de agotar el procedimiento conciliatorio ante la CNSF ¹⁰¹³.
- 2.- El reclamante ¹⁰¹⁴ debe de presentar un escrito ante la CNSF con el que se correrá traslado a la empresa de que se trate. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción de la acción correspondiente ¹⁰¹⁵.
- 3.- La CNSF requerirá a la empresa de seguros para que presente antes o en el momento de la junta de avenencia un informe contestando todos los hechos de la reclamación. La falta de presentación del mismo no puede ser causa para suspender o diferir dicha junta y ésta debe de darse por concluida el día señalado para su celebración. En caso de que no se pueda verificar la junta en la fecha establecida para ello, la misma se realizará dentro de los diez días hábiles siguientes. Si la empresa no presenta el informe se hará acreedora a una sanción de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.
- 4.- La CNSF podrá por sí misma o a petición del reclamante, exigir a la empresa de seguros que proporcione más información con relación a la reclamación en la misma junta de avenencia o dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a la celebración de la misma. En este caso se diferirá la junta requiriendo a la empresa para que en la nueva fecha presente el informe adicional. En caso de que no lo haga se le sanciona con la multa citada.
- 5.- Al concluir la junta de avenencia, la CNSF ordenará a la empresa de seguros que dentro de los diez días hábiles siguientes, constituya e invierta una reserva técnica específica para

¹⁰¹¹ Existe una inconformidad en materia de seguros que se puede presentar ante la CNSF en la forma de queja, ocasionando la intervención de dicha Comisión para que la entidad aseguradora valore el planteamiento del quejoso. Constituye un requerimiento informal de tipo administrativo.

¹⁰¹² Esta reclamación debe de derivar del contrato de seguro.

¹⁰¹³ Requisito elemental del usuario para intentar la vía judicial.

¹⁰¹⁴ La reclamación puede ser interpuesta por : a) El asegurado, b) El contratante, c) Los acreedores de los bienes asegurados, o por d) El beneficiario designado por el asegurado.

¹⁰¹⁵ El art. 81 de la Ley sobre el Contrato de Seguro señala : "*Todas las acciones que se deriven de un contrato de seguro prescribirán en dos años, contados desde la fecha del acontecimiento que les dio origen.*"

obligaciones pendientes de cumplir, cuyo monto no deberá de exceder la suma asegurada. Esta reserva preventiva se realiza con el propósito precautorio de apartar determinados recursos de la disposición normal de la empresa aseguradora para que los mismos estén disponibles en el caso que proceda.

6.- La junta de avenencia se realizará dentro de los veinte días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la reclamación. Si no comparece el reclamante se entenderá que no desea la conciliación y que es su voluntad no someter sus diferencias al arbitraje de la Comisión. En el caso de que la empresa de seguros no comparezca, se hará acreedora a una multa de doscientos a trescientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, pudiéndosele citar cuantas veces sea necesario, a menos que el reclamante solicite que se dejen a salvo sus derechos y la reincidencia se puede castigar con una multa hasta del doble de la ya impuesta. Nuevamente se incurre en otra disposición que rompe la equidad procesal, debiéndose sancionar por igual a ambas partes. En la junta de avenencia la empresa de seguros puede argumentar la imposibilidad de conciliar y de someterse al arbitraje de la CNSF. Si de todas formas la entidad aseguradora simplemente puede acudir a la junta conciliatoria para declinar dicho procedimiento o el arbitral, no es comprensible el porqué de las sanciones económicas tan altas para la misma en caso de no comparecencia.

7.- En caso de que en la junta de avenencia se dejen a salvo los derechos del reclamante, éste debe de acreditar ante la CNSF, dentro de los ciento veinte días naturales siguientes haber presentado su demanda y en caso de no hacerlo, la empresa de seguros puede cancelar bajo su responsabilidad la constitución de la reserva técnica específica. La empresa de seguros debe de reconstituir esta reserva dentro de los diez días hábiles siguientes al en que se le emplace a juicio.

8.- Durante la junta de avenencia ¹⁰¹⁶ se exhorta a las partes a conciliar sus intereses y si no llegaren a algún acuerdo para finalizar su controversia, la CNSF las invitará para que voluntariamente y de común acuerdo la designen árbitro, en amigable composición o de estricto derecho. El compromiso correspondiente se hará constar mediante un acta que se levanta ante la citada Comisión.

9.- Las delegaciones regionales de la Comisión tramitan el procedimiento conciliatorio y en su caso el procedimiento arbitral hasta la formulación del proyecto del laudo.

¹⁰¹⁶ Debería de denominarse *junta conciliatoria*.

Arbitraje

Arbitraje en amigable composición

En este tipo de procedimientos arbitrales, las partes facultan a la propia CNSF para que la misma pueda resolver libremente los puntos controvertidos que ellas mismas fijan¹⁰¹⁷, estableciéndose además las etapas, formalidades o términos a que se sujetará el arbitraje.

Arbitraje de estricto derecho

1.- En este tipo de arbitraje las partes facultan a la CNSF a resolver la controversia planteada con apego a las disposiciones legales aplicables y determinan las etapas, formalidades y términos a que se sujetará el mismo, para lo que se señala :

a. Nueve días para la presentación de la demanda contados a partir del día siguiente al de la celebración del compromiso y el mismo plazo para realizar la contestación, contado a partir del día siguiente a aquél en que surta efecto la notificación, debiendo acompañar a dichos escritos el documento o documentos en que se funde la acción y las excepciones y defensas correspondientes y aquellos que puedan servir como prueba a su favor. Sólo les serán admitidos con posterioridad los que comprende el Código de Comercio.

b. Contestada la demanda o transcurrido el término para hacerlo se dictará auto abriendo el juicio a prueba durante un plazo de cuarenta días, de los cuales los primeros diez serán para su ofrecimiento y los treinta restantes para su desahogo. En todo caso se tendrán como pruebas todas las constancias que integren el expediente, aunque no hayan sido ofrecidas por las partes. Los exhortos y oficios se entregan a la parte que haya ofrecido la prueba correspondiente para que los haga llegar a su destino. La oferente de la prueba tiene la obligación de gestionar su diligencia.

c. Diez días comunes a las partes para formular alegatos.

2.- Transcurridos los términos fijados, sin necesidad de que se acuse rebeldía, continuará el procedimiento y se tendrá por perdido el derecho que debió ejercitarse. Los términos son

¹⁰¹⁷ Son las propias partes las que fijan la litis.

improrrogables, se computan en días hábiles y empiezan a contarse a partir del día siguiente a aquél en que surten efectos las notificaciones respectivas. se aplica supletoriamente en orden, el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

3.- Opera la caducidad de la instancia si no existe promoción de parte por un lapso de más de noventa días contado a partir de la notificación de la última actuación.

4.- La CNSF puede allegarse todos los elementos necesarios para resolver la disputa, para lo cual contará con el apoyo de las autoridades administrativas y el poder judicial. Solamente se limitarán las pruebas prohibidas por la ley y las contrarias a la moral.

5.- El laudo arbitral y las resoluciones que ponen fin a los incidentes de ejecución, sólo admiten como medio de defensa el juicio de amparo indirecto ¹⁰¹⁸. Las partes puede solicitar la aclaración del laudo dentro de las setenta y dos horas siguientes a su notificación. Las demás resoluciones que conforme al Código de Comercio admitan apelación o revocación, pueden impugnarse en el juicio arbitral mediante el recurso de revocación.

6.- Si el laudo arbitral condena a la institución, ésta cuenta con un lapso de quince días hábiles a partir de su notificación para cumplirlo. La CNSF ejecutará el laudo mandando a efectuar el pago a la persona en cuyo favor se hubiere dictado el mismo, con cargo a la reserva que se haya constituido. Es decir, la Comisión no requerirá del apoyo de la autoridad judicial para ejecutar sus resoluciones. En caso negativo u omisión la CNSF en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo de quince días citado, ordenará el remate de los valores invertidos.

7.- Los convenios celebrados ante la propia CNSF tienen el carácter de una sentencia ejecutoria y pueden ser ejecutados por la misma. Dichos convenios se equiparan a un laudo arbitral.

Es importante destacar lo citado por el artículo 136 de dicha ley que establece que los tribunales no pueden dar entrada a demanda alguna contra una empresa de seguros si el actor en ella no afirma bajo protesta de decir verdad que ante la CNSF se agotó el procedimiento conciliatorio correspondiente.

¹⁰¹⁸ Sustanciado ante los Juzgados de Distrito en materia Administrativa.

b) Procedimientos para la solución de controversias en materia de fianzas

Los procedimientos que se realizan ante la CNSF son :

- **Conciliación**
- **Arbitraje en amigable composición**

Conciliación

En caso de que el beneficiario de la fianza decidiera presentar su reclamación ante la CNSF, debe de desahogar en primer término un procedimiento conciliatorio ante la misma, siendo éste obligatorio para la institución de fianzas, cayéndose de nueva cuenta ante una inequidad procesal. Se desarrolla de la siguiente manera :

- 1.- El reclamante debe de presentar el escrito correspondiente ante la CNSF para que la misma le corra traslado a la institución de fianzas en un plazo de diez días naturales contados a partir de la fecha en que es presentada la reclamación. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción de las acciones legales correspondientes.
- 2.- Una vez recibida la reclamación, la institución contará con un plazo de diez días naturales para rendir un informe por escrito a la CNSF, mediante el cual se de respuesta a cada uno de los hechos de la misma. En caso de no presentar este informe, la institución será acreedora de una sanción de cien a doscientos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. La institución puede solicitar a la CNSF que cite al fiado a la junta de avenencia o conciliación respectiva.
- 3.- La CNSF citará a las partes y en su caso al fiado a una junta de avenencia, que se realizará dentro de los veinte días naturales contados a partir de la fecha de presentación de la reclamación. Si la junta no se pudiese celebrar en la fecha indicada, se verificará dentro de los ocho días naturales siguientes. En la junta la institución hará el pago de la reclamación o en su defecto presentará el informe correspondiente. Si no comparece el reclamante se entenderá que no desea la conciliación. Si la que no comparece es la institución se le multará por conducto de la propia CNSF por un monto de 200 a 300 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal y bajo este supuesto se volverá a citar a las partes hasta que acuda la institución. Si a partir de la segunda citación ésta no asiste su reincidencia se

podrá castigar con multa hasta del doble de la ya impuesta. Si el fiado es el que no comparece se podrá desahogar la junta de avenencia.

4.- Si las partes no pudieren conciliar sus intereses la CNSF las invitará a que voluntariamente y de común acuerdo la designen árbitro. El convenio correspondiente se hace constar mediante un acta que se levanta ante la citada CNSF. Al igual que en el caso de seguros, la Ley omite la opción de designar como árbitros a personas físicas que pudiera proponer la propia Comisión, en el caso de que las partes convinieran en ello.

Arbitraje en amigable composición

En caso de que las partes acepten el procedimiento arbitral ante la CNSF, el mismo se desarrolla de la siguiente manera :

1.- En el convenio en que se pacte el juicio arbitral ante la CNSF las partes fijarán los puntos a resolver mediante el mismo y previa opinión de la Comisión se determinarán las etapas y demás formalidades de dicho procedimiento. Las delegaciones regionales de la CNSF tramitarán tanto la conciliación como el procedimiento de arbitraje. El que la Comisión pueda emitir su opinión sobre la estructura del procedimiento garantiza que el mismo conserve los atributos que todo arbitraje de esta clase debe de tener.

2.- La CNSF puede allegarse todos los elementos necesarios para resolver la disputa, para lo cual contará con el apoyo de las autoridades administrativas y el poder judicial. Solamente se limitarán las pruebas prohibidas por la ley y las contrarias a la moral.

3.- El laudo arbitral sólo admite como medio de defensa el juicio de amparo indirecto. Las partes puede solicitar la aclaración del laudo dentro de las setenta y dos horas siguientes a su notificación. Las demás resoluciones que conforme al Código de Comercio admitan apelación o revocación, pueden impugnarse en el juicio arbitral mediante el recurso de revocación.

4.- En el caso de que no exista promoción de parte durante un lapso de más de noventa días, contado a partir de la notificación de la última actuación, operará la caducidad de la instancia.

5.- Si el laudo arbitral condena a la institución, ésta cuenta con un lapso de quince días hábiles a partir de su notificación para cumplirlo. La CNSF ejecutará el laudo mandando a efectuar el pago a la persona en cuyo favor se hubiere dictado el mismo. En caso de negativo u omisión la CNSF en un plazo máximo de cinco días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo de quince días citado ordenará el remate de los valores invertidos conforme a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas.

7.- Procedimiento de solución de controversias ante la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro ¹⁰¹⁹

El procedimiento para la solución de controversias en materia del sistema de ahorro para el retiro es el siguiente :

Los trabajadores titulares de cuentas individuales y sus beneficiarios, así como los patrones pueden, a su elección, presentar ante la CONSAR sus reclamaciones en contra de las instituciones de crédito o administradoras, o bien, hacer valer sus derechos ante los tribunales competentes.

Los procedimientos para la solución de controversias que comprende dicha Comisión son : La conciliación y el arbitraje.

Es obligación de la entidades financieras relacionadas con la materia, el someterse a la conciliación. Disposición que consideramos injusta e inequitativa por las razones expuestas anteriormente.

La CONSAR debe suplir las deficiencias que existan en las reclamaciones propuestas por los trabajadores.

¹⁰¹⁹ El artículo 5 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro señala : *"La Comisión tendrá las facultades siguientes : ...XII. Recibir y tramitar las reclamaciones que formulen los trabajadores o sus beneficiarios y patrones en contra de las instituciones de crédito y administradoras conforme al procedimiento de conciliación y arbitraje establecido en esta ley y su reglamento..."*. El tipo de reclamaciones que se ventilan ante la CONSAR derivan de inconformidades con las AFORES por cancelación por falsificación, multifiliación, cancelación por falta de información, entre otros, y de inconformidades contra las instituciones de crédito por retiro de fondos, traspasos y unificación, principalmente.

a) Conciliación

1.- El reclamante debe de formular su reclamación por escrito asentando sus demandas y las razones de su fundamento. La Comisión puede solicitarle al reclamante que aclare la demanda, señalándole los defectos, en caso de que incumpla con ello, la misma se tendrá por no presentada. La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción de las acciones de carácter civil o mercantil que sean conducentes.

2.- La otra parte debe de contestar dicha demanda a través de la elaboración de un informe por escrito. En caso de que la administradora o la institución de crédito no presente a tiempo el informe se hará acreedora a una multa de mil a tres mil días de salario mínimo general vigente en el D.F.

3.- La CONSAR debe de citar a las partes a una junta de avenencia que se celebrará dentro de los treinta y cinco días hábiles contados a partir de la presentación de la demanda. La cita no se puede diferir más de una vez si las partes han sido debidamente notificadas. Si no se presenta el reclamante se entiende que no desea ni la conciliación ni el procedimiento arbitral, dejando a salvo sus derechos. Lo anterior impide al actos que vuelva a presentar la misma reclamación ante la Comisión. En el caso de que la institución de crédito o la administradora no asistan, la fecha de la junta se diferirá y se le impondrá una multa de mil a tres mil días de salario mínimo general vigente en el D.F. A toda reclamación se le expedirá, después de desarrollada la conciliación, un dictamen técnico por parte de la Comisión ¹⁰²⁰. Si las partes deciden señalar como árbitro a la CONSAR no se emitirá dicho dictamen.

4.- La conciliación termina si el reclamante no concurre a la junta de avenencia, si al concurrir las partes argumentan su voluntad de no conciliar, o si logran conciliar sus diferencias. El incumplimiento de las instituciones de crédito o de las administradoras a los convenios o acuerdos dictados por la Comisión en la conciliación, se sancionará con multa administrativa de tres mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en el D.F.

5.- Si las partes no logren conciliarse, la CONSAR las invitará a que la designen árbitro.

¹⁰²⁰ El dictamen técnico es la opinión jurídica que emite la Comisión con base en los hechos de la reclamación, el informe de la institución de crédito o administradora, así como lo actuado en la junta de avenencia o en el procedimiento conciliatorio.

b) Arbitraje

1.- El procedimiento arbitral a desahogar es en amigable composición. Se deben de fijar ante la Comisión la litis del arbitraje que deben de derivarse de la reclamación y del informe correspondientes.

2.- La Comisión es la que propone las reglas para el desarrollo del juicio. No existen incidentes y la resolución sólo admite aclaraciones de la misma, a instancia de parte, presentada dentro de los tres días hábiles siguientes al de la notificación. En todo momento se deben de observar las formalidades esenciales del procedimiento.

3.- La CONSAR tiene la facultad de allegarse todos los elementos que estime necesarios para resolver el arbitraje.

4.- El laudo condenatorio se debe de cumplir en un plazo de quince días hábiles a partir de su notificación. Cuando no sea impugnado, o siendo impugnado y la resolución judicial que lo confirme haya causado estado, persistiéndose en su incumplimiento, la Comisión impondrá una multa de tres mil a diez mil días de salario mínimo diario general vigente en el D.F.; en caso de incumplimientos reiterados la propia Comisión incrementará el monto de la sanción hasta un cincuenta por ciento sobre el límite máximo de la prevista, y en su caso podrá incluso suspender o revocar la autorización correspondiente. Se entiende que en este apartado se hace referencia tanto a la entidad bancaria, como a la administradora involucrada en la reclamación.

5.- Para la ejecución del laudo o, en su caso, de la transacción derivada del procedimiento conciliatorio, las partes deben de acudir a los tribunales judiciales. En contra del laudo arbitral sólo procede el amparo indirecto.

8.- Estructura base del procedimiento conciliatorio administrado por un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal (comisión) dentro del ámbito financiero.

En los procedimientos conciliatorios analizados en los apartados anteriores existen elementos comunes que nos permiten construir el esquema básico adjetivo que ofrece la conciliación dirigida por una Comisión, a saber :

- 1.- *El procedimiento conciliatorio es dirigido por la Comisión que corresponda.*
- 2.- *Toda conciliación comienza por la presentación de la correspondiente reclamación.*
- 3.- *El procedimiento conciliatorio es obligatorio para las entidades financieras.*
- 4.- *La presentación de la reclamación interrumpe la prescripción de las acciones civiles y mercantiles.*
- 5.- *La parte reclamada debe de rendir un informe contestando los hechos vertidos en la reclamación.*
- 6.- *La Comisión cita a junta de avenencia para conciliar a las partes.*
- 7.- *Si el reclamante no se presenta a la junta de avenencia sin que medie causa justificada, se entiende que el mismo no desea proseguir con la conciliación. Si la entidad financiera es la que no asiste a dicha junta, se le aplica una sanción económica.*
- 8.- *Si en la junta de avenencia no se logra la conciliación, la Comisión exhorta a las partes para que la nombren árbitro, o para que designan como tal a las personas que la misma propone.*
- 9.- *Terminando la junta de avenencia o el procedimiento conciliatorio, las partes pueden solicitar a la Comisión la expedición de un dictamen técnico sobre el asunto de la reclamación.*
- 10.- *La Comisión tiene la facultad de obtener todo tipo de información necesaria para resolver los asuntos que se le someten en conciliación o arbitraje.*

9.- Estructura base del procedimiento arbitral en amigable composición administrado por un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal (comisión) dentro del ámbito financiero.

Este tipo de procedimientos arbitrales se desarrollan básicamente tomando en cuenta los siguientes elementos :

1.- El compromiso arbitral se formaliza ante la Comisión que corresponda mediante acta administrativa.

2.- En el acta que se formalice se fijan los puntos controvertidos a resolverse por esta vía arbitral, y, en su caso, se designan los árbitros que constituirán el tribunal arbitral correspondiente.

3.- Por lo general, es la propia Comisión o los árbitros elegidos, los que propone a las partes el formato del procedimiento para que las mismas lo aprueben.

4.- El fondo del asunto es resuelto por la Comisión o los árbitros designados, con base a su criterio, conciencia y a buena fe guardada, respetando en todo momento las formalidades esenciales del procedimiento.

5.- No existen términos ni incidentes, y el único recurso que procede es la aclaración del laudo arbitral a instancia de parte.

6.- El laudo definitivo firmado por la Comisión (representantes) puede ser impugnado mediante el juicio de amparo indirecto.

10.- Estructura base del procedimiento arbitral en estricto derecho administrado por un órgano desconcentrado de la Administración Pública Federal (comisión) dentro del ámbito financiero.

El arbitraje en estricto derecho se verifica de la siguiente manera :

1.- El compromiso arbitral se formaliza ante la Comisión que corresponda mediante acta administrativa.

2.- En dicho compromiso las partes fijan los puntos controvertidos y la lex arbitri aplicable.

3.- Durante el procedimiento solamente es admitido el recurso de revocación y el laudo definitivo dictado (firmado por los representantes de la Comisión) sólo puede ser impugnado en juicio de amparo indirecto.

4.- *El incumplimiento o desacato por parte de las entidades financieras de requerimientos o resoluciones ordenados por la Comisión en el curso de los procedimientos analizados, son castigados con multa administrativa.*

5.- *En caso de que las entidades financieras no cumplan con lo establecido en los laudos arbitrales que se dicten, la Comisión les impondrá multas administrativas.*

6.- *Por lo general, para ejecutar un laudo arbitral o una transacción derivada de una conciliación, las partes tiene que apoyarse en la autoridad judicial.*

7.- *Las notificaciones se tiene que verificar por cédula fijada en los estrados de la Comisión o de la delegación regional que corresponda, con excepción del traslado de la reclamación, de la demanda, de la citación a la junta conciliatoria y del laudo, que tienen que hacerse personalmente o por correo certificado con acuse de recibo.*

11.- Procedimientos de solución de controversias en materia financiera ante entidades o instituciones privadas.¹⁰²¹

De conformidad con el fundamento legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico relativo a la existencia de la mediación, conciliación, la transacción y el arbitraje como medios auto y heterocompositivos para solucionar disputas, la viabilidad de la institución arbitral como medio idóneo para resolver disputas derivadas de determinadas operaciones y contratos en el ámbito financiero se ha convertido en una necesidad real del sector y de lo clientes del mismo.

La utilización del arbitraje comercial como vía jurisdiccional para resolver litigios dentro del ámbito financiero ha sido una práctica jurídico - procesal que ha venido aumentando considerablemente. Lo anterior no ha sido una tendencia uniforme. En países desarrollados el incremento en la designación del arbitraje comercial como vía procesal para solucionar conflictos derivados de relaciones comerciales netamente financieras ha sido

¹⁰²¹ Entre las principales funciones de una entidad privada especializada en administrar procesos extrajudiciales se encuentran: a) Examinar la propuesta de reclamación presentada por el demandante o presunto afectado; b) Contactar a la contraparte y notificarle la existencia del procedimiento iniciado; c) Designar a las personas que conducirán el procedimiento correspondiente, o proponer a las partes una lista de los mismos y d) La administración de procedimientos o el brindar sus servicios de asistencia para determinadas funciones requeridas.

bastante superior, en comparación con países cuyas economías son de las clasificadas como *emergentes*.

Una de las razones que son manifiestas es que la práctica de dicho tipo de arbitraje comercial es directamente proporcional a la recurrencia de la propia institución arbitral, es decir, en la medida en que el uso del género (arbitraje) crece, también lo hacen las diferentes especies (arbitraje comercial en sistema financiero, en la industria de la construcción, en la industria de las comunicaciones, en la industria médica, etc...).

En México, la utilización del arbitraje comercial como vía para arreglar conflictos de carácter financiero, que por lo menos, data o está prevista desde 1935, no ha tenido una evolución muy significativa, básicamente porque la propia figura arbitral tampoco lo ha tenido. De la misma forma, debemos mencionar que, a lo anterior, se añaden diversos factores como : la falta de apoyo de las leyes adjetivas al procedimiento arbitral, la falta de cultura y capacitación del poder judicial sobre esta figura, la carencia de profesionales que se encuentren familiarizados con la vía arbitral, y la incertidumbre de las personas sobre la efectividad en el cumplimiento y en la ejecución de las resoluciones derivadas de dicho procedimiento jurisdiccional.

Sin embargo, a medida que las operaciones financieras se hacen más complejas, la necesidad o beneficio de recurrir al arbitraje comercial empieza a cambiar la mentalidad de todas las partes relacionadas en una controversia de esta naturaleza.

La utilización del arbitraje comercial ha representado a instituciones financieras del perfil de Bank of America ¹⁰²², un sustancial ahorro de tiempo, dinero y sobre todo de problemas con sus clientes ¹⁰²³.

Las entidades financieras han venido adoptando el arbitraje comercial en determinadas operaciones y contratos que por su complejidad y cuantía así lo ameriten. Dentro de los objetivos que se persiguen con esta opción procesal es abatir el costo

¹⁰²² Esta entidad financiera de los Estados Unidos de Norteamérica adoptó el arbitraje comercial en sus operaciones y contratos de crédito a partir de 1986.

¹⁰²³ Entre los beneficios primarios que una entidad financiera y los propios usuarios obtienen de la utilización de vías procesales extrajudiciales para solucionar sus controversias destacan : a) Proceso fijo a una determinada duración, b) Eficientización de costos procesales, incluyéndose la valuación de capital humano, c) Profesionalismo en la conducción de la controversia, d) Flexibilidad para diseñar el procedimiento o durante la sustanciación de las actuaciones y e) Fallos justos y equitativos.

destinados al litigio tradicional, así como a evitar fallos inequitativos o desproporcionados. En bancos como el mencionado, la opción arbitral ha demostrado ser tan eficaz, que esta entidad financiera ha expandido el uso del arbitraje a la mayoría de operaciones comunes que realiza con sus clientes ¹⁰²⁴.

El éxito obtenido en la utilización del arbitraje comercial por determinadas entidades financieras ha sido resultado de un cuidadoso estudio previo de su aplicación por área, operación y tipo de contrato. Al iniciar estos estudios de aplicabilidad se tiene que tener en cuenta que la implementación del arbitraje se enfoca principalmente a la obtención de procedimientos jurídicos de solución de controversias a cargo de expertos en la materia financiera ¹⁰²⁵, procedimientos expeditos, equitativos ¹⁰²⁶, justos ¹⁰²⁷, cuyo costo saben de antemano todas las partes involucradas ¹⁰²⁸. No debe confundirse arbitraje con la garantía de que siempre se van a obtener fallos favorables para la entidad financiera que adopte esta figura.

La introducción del arbitraje comercial como política procesal en entidades financieras, debe de tomar en cuenta las siguientes etapas :

- 1.- *Estudio legal, corporativo, financiero y de relaciones públicas de la adopción del arbitraje comercial por parte de la entidad financiera.*
- 2.- *Designación del líder del proyecto.*

¹⁰²⁴ Como son : operaciones de tarjeta de crédito, créditos hipotecarios, créditos corporativos, contratos de servicios, contratos de depósito, entre otras.

¹⁰²⁵ La experiencia de las entidades financieras que han adoptado la figura arbitral concluye que la cláusula que la comprende desalienta la presentación de demandas notoriamente improcedentes al saberse que las mismas serán analizadas por expertos en la materia.

¹⁰²⁶ Desde cualquier punto de vista, del arbitraje comercial en materia financiera siempre se derivarán fallos acorde con el estricto derecho que corresponda, sean estos adversos o favorables para cualquiera de las partes, entidades financieras o clientes.

¹⁰²⁷ Es importante mencionar que al ser el arbitraje comercial en materia financiera un procedimiento dirigido y resuelto por expertos en dicha actividad comercial, difícilmente se emiten laudos o sentencias que a través de conceptos como daños y perjuicios, o negligencia, condenen excesiva o injustamente a cualquiera de las partes involucradas.

¹⁰²⁸ Inclusive, los arreglos a los que las partes pueden llegar en una disputa financiera, pueden ocurrir mucho más rápido en un juicio arbitral que en un litigio judicial. El arbitraje crea un ambiente mucho más propicio para lograr un convenio entre las partes que el clima netamente adversarial de los tribunales. El proceso arbitral implica un riesgo igual que el proceso judicial, en el cual, por lo menos el costo es considerablemente menor para ambas partes.

3.- *Elaboración de la estrategia de aplicación del arbitraje por áreas, operaciones y contratos* ¹⁰²⁹.

4.- *Capacitación del área jurídica, de atención al público y de promoción sobre la institución arbitral*

5.- *Acercamiento paulatino con el cliente para lograr su autorización de someter cualquier controversia derivada de la operación que efectúe a un procedimiento arbitral* ¹⁰³⁰.

6.- *Identificación e información al cliente de la entidad que administrará el procedimiento arbitral.*

7.- *Constante asesoría al cliente por parte de la entidad financiera sobre el procedimiento arbitral.*

Tradicionalmente las entidades financieras no veían mayor problema en optar por la vía judicial para resolver sus controversias, ya que básicamente en los litigios se contaba con tres factores principales : 1.- El capital prestado o monto de la inversión ¹⁰³¹, 2.- Los intereses pactados ¹⁰³² y 3.- El incumplimiento del pago ¹⁰³³. además, dicha vía les brindaba la oportunidad de utilizar ciertos recursos procesales para garantizar la recuperación de su dinero de una forma más o menos rápida. Pero, a medida de que las operaciones financieras se han vuelto mucho más complejas, y la falta de efectividad del proceso judicial ha complicado el escenario procesal, el arbitraje comercial se ha convertido en un alternativa altamente recomendable para conservar el curso de los procedimientos de una manera equitativa y expedita, en específicos sectores u operaciones de carácter financiero.

¹⁰²⁹ Dentro de este rubro resulta sumamente importante el compromiso que la administración de la entidad financiera haga para que la implementación del arbitraje sea todo un éxito. Como primer concepto debe de asimilarse que el compromiso a entender la esencia de la institución arbitral debe de ser mucho mayor que el compromiso a ganar todas las diputadas que se ventilen mediante este proceso. Entre los elementos de esta estrategia, debe de comprenderse la elaboración de los siguientes documentos : a) Programa de capacitación y entrenamiento sobre medios alternativos de solución de controversias, b) Programa integral de comunicación sobre medios alternativos de solución de controversias dirigido al personal relacionado de la entidad financiera y c) Programa de seguimiento y evaluación de etapas y de resultados.

¹⁰³⁰ Esto puede verificarse a través de una explicación profesional que brinde la entidad financiera al usuario sobre el proceso arbitral. De la misma forma, puede proponérsele esta figura procesal al usuario o cliente a través de un documento por separado del contrato original, para que el mismo no se afecte en caso de que el cliente opte por la vía judicial.

¹⁰³¹ (the amount of the principal)

¹⁰³² (the rate of interest)

¹⁰³³ (the event of default; non - payment)

Este sector comercial se caracteriza por la constante incorporación de usos y costumbres de carácter financiero en la mayoría de sus operaciones y contratos, lo cual hace idónea al arbitraje como medio de solución de controversias, al contemplar el mismo árbitros expertos en la materia que se encuentran ampliamente familiarizados con dichos usos y costumbres.

Generalmente las controversias dentro del ámbito financiero que son más adecuadas para arbitrar son las que se identifican con los siguientes elementos :

- 1.- Operación o contrato altamente complejo y con diversas implicaciones técnicas.*
- 2.- Incorporación de usos y costumbre de carácter financiero - comercial.*
- 3.- Esquema sofisticado de daños causados.*
- 4.- Operación o contrato de carácter internacional.*

La forma que ha demostrado tener más éxito en la implementación del arbitraje comercial en el ámbito de las controversias derivadas de las operaciones y contratos celebrado con las entidades financieras ha sido la vía institucional, es decir el sometimiento de cada procedimiento que surja a la administración de un centro especializado en este tipo de arbitrajes, o por lo menos que sean dichas entidades las que designen al árbitro o árbitros que tendrán a su cargo la conducción del arbitraje que corresponda.

De la misma forma, es muy recomendable que las entidades financieras conjuntamente con los centros especializados en administrar arbitrajes comerciales de carácter financiero, elaboren reglas de procedimiento acordes con la naturaleza de la operación o del contrato a las que se comprometan en designar para cada arbitraje.

La existencia de estos centros garantiza la neutralidad de la denominada autoridad jurisdiccional, y en sí, todo el procedimiento.

12.- Aplicación del arbitraje comercial como instrumento para la solución de controversias derivadas de operaciones y contratos relacionados con los intermediarios bancarios, con los intermediarios no bancarios y con los intermediarios bursátiles

Durante estos últimos años, prácticamente la totalidad de entidades financieras han sido blanco común de numerosas acciones o demandas judiciales, surgidas como consecuencia de : a) Nuevas responsabilidades que les imputa la legislación en la materia; b) La ampliación de la defensa del consumidor en materias de servicios financieros; c) La falta de capacitación del personal y funcionarios del sistema financiero que formalizan y/o dan seguimiento a las operaciones con los clientes; d) La incursión de las instituciones financieras en nuevos negocios; e) La falta de una adecuada técnica legislativa en materia financiera y f) Influencia de grupos de presión ante las autoridades encargadas de administrar la ley.

Lo anterior ha ocasionado u ocasionará que las entidades financieras mantengan constantemente juicios que a su vez son procesos interminables o poco fundamentados por :

- 1.- La falta de capacitación o especialización de los jueces y funcionarios de los tribunales.*
- 2.- Los invariables "retrasos del proceso" que los litigantes hábilmente aprovechan de la deficiente legislación en esta materia.*
- 3.- El gran cúmulo de asuntos por juzgado pendientes por desahogar.*
- 4.- Abogados de cobranza que amenazan al cliente lejos de negociar con él.*
- 5.- Falta de una ingeniería de soluciones a cada asunto.*

La propuesta de utilizar los medios alternativos para la solución de controversias, principalmente la mediación y el arbitraje en todos aquellos contratos u operaciones que por su naturaleza o conveniencia así lo amerite, inclusive en disputas existentes, relacionadas con operaciones financieras, tiene como objetivo reducir a su más mínima expresión los fallos jurisdiccionales injustos, desproporcionados y tardíos, así como reducir el costo del rubro de litigios; lo anterior, inminentemente se daría, mediante la solución de estas disputas por expertos en la materia valiéndose de estos eficaces instrumentos, en centros especializados.

Como se comentaba en el apartado anterior, para que la institucionalización de la figura de la mediación y del arbitraje comercial como medios alternativos para solucionar las controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano sea verdaderamente un éxito es necesario tener presente que los funcionarios, accionistas, ejecutivos y directores de las instituciones financieras deberán comprometerse seriamente a respaldar estas figuras y estar totalmente convencidos que desde cualquier perspectiva la mediación y el arbitraje proporcionarán mayores ventajas que desventajas. Los beneficios comprenden desde una solución rápida y equitativa de la controversia, hasta la conservación de la relación comercial con el cliente.

Así como existen estas ventajas, también estas figuras pueden acarrear desventajas tales como : Laudos arbitrales adversos (pero siempre fundamentados), en aquellos casos en que verdaderamente haya habido error de parte de la institución financiera; existirán costos y gastos, los procesos de mediación y arbitraje no pueden ser gratuitos.

Estas mismas personas deben de tener presente que no siempre el arbitraje va a resultar a su favor; es necesario que se comprometan a respaldar estas figuras de solución de controversias como algo mayormente benéfico que algo que siempre les garantizará ganar todas las disputas. De una cosa sí deben de estar seguros, la experiencia que han tenido otros países (USA, Canadá) en desahogar disputas por estos medios, en lugar de intentarlo a través de las cortes ha resultado mucho más ventajoso.

Debe de existir un compromiso para mantener los procedimientos en marcha. Esto se garantiza cuando la mediación y/o el arbitraje se realiza a través de un centro especializado. Generalmente, tanto la mediación como el arbitraje se introducen como medios para solucionar controversias a través de cláusulas en los contratos u operaciones con las entidades financieras que se estime conveniente. En aquellos casos en los que no se haya incluido la cláusula de mediación y/o arbitraje será necesario acordarlo con el cliente, acercándose con el mismo para explicarle de las ventajas de estas figuras.

En el pasado existían pocas razones para que las entidades financieras exploraran otros medios diferentes a los tribunales locales o federales para resolver controversias relativas a sus operaciones con los usuarios del sistema financiero. Aparentemente estos foros, brindaban mas o menos una solución a sus problemas. El carácter de estas disputas comúnmente dejaban al juzgador dos decisiones: una parte ganaba todo y la otra perdía todo. Lo anterior, por la carencia de complejidad en las operaciones y sobre todo el sistema

financiero prácticamente estatizado ofrecía básicamente los mismos productos y servicios en todas las instituciones que lo conformaban.

Ahora, las entidades financieras realizan a diario muy diversas y complejas operaciones de carácter nacional e internacional. Muchos productos y servicios financieros traen aparejado consigo una serie de tecnicismos que ameritan *cuidadoso estudio para su correcta interpretación*. De la misma forma los usos y costumbres financieras van caminando más rápido que la legislación existente, ocasionando como resultado numerosas lagunas que en ocasiones se convierten en verdaderas trampas para las propias entidades financieras.

Todo lo comentado en esta sección es una realidad: los problemas para resolver de manera expedita, justa, equitativa y creativa operaciones y contratos, sobre todo los sofisticados o complejos, dentro del Sistema Financiero Mexicano, van en aumento, trayendo consigo monumentales pérdidas de recursos económicos a todas las partes involucradas, inclusive a la sociedad en general (cartera vencida absorbida por el Estado.)

Afortunadamente existe solución a este problema, que sin ser una panacea, si reduciría a su mínima expresión la cantidad de controversias no resueltas o resueltas injustamente. La puesta en operación de los medios alternativos para la solución de controversias relativas a las entidades financieras, tales como la mediación y el arbitraje, sin duda alguna son una viable solución al único rubro que ha permanecido fuera de la estrategia de la reingeniería del sistema financiero : el jurídico.

A continuación se mencionan algunas áreas en las que la mediación y el arbitraje han sido todo un éxito frente a la vía judicial procesal según prestigiadas entidades financieras como : BankAmerica, First Interstate Bank of Texas, Bank of California, NationsBank, Wells Fargo Bank y Chase Manhattan Bank. Sin embargo, en la aplicación de estos medios alternativos de solución de controversias, cada entidad financiera deberá analizar en que productos, servicios, operaciones o contratos, sería más ventajoso el uso de la mediación y/o del arbitraje :

Los rubros citados en los que se opera la mediación y el arbitraje son :

a) Disputas entre entidades financieras

Controversias relacionadas con la compra y venta de acciones, participaciones en la estructura societaria de cualquier clase, asignación de créditos, comercio interbancario, operaciones de crédito, transferencias de dinero, cartas de crédito, coinversiones, tarjetas de crédito (relación con operadoras internacionales y entidades financieras corresponsales), relaciones comerciales vinculadas al negocio financiero, relaciones y operaciones con agentes colocadores, calificadoras de riesgo y valores, operaciones con instrumentos del mercado de dinero y del mercado de capitales, prácticas bursátiles, etc...

b) Disputas con usuarios o clientes

Controversias relacionadas con créditos comerciales, aceptación de préstamos, créditos hipotecarios, operaciones con instrumentos del mercado de dinero y del mercado de capitales, prácticas bursátiles, emisión internacional de bonos u obligaciones, créditos para la construcción, constitución de depósitos, tarjetas de crédito y de débito, operación con valores, custodia de valores, operación con diversos documentos mercantiles, cartas de crédito, operaciones fiduciarias, avalúos, etc...

c) Disputas con proveedores

Aplicación de la mediación y/o del arbitraje en las controversias derivadas de la contratación y desarrollo comercial que las entidades financieras realizan con sus proveedores de bienes y servicios.

13.- Esquema general del desarrollo de los procedimientos de mediación y arbitraje comercial cuando se aplican como medio de solución de controversias relativas a operaciones y contratos relacionados con los intermediarios bancarios, con los intermediarios no bancarios y con los intermediarios bursátiles

El desarrollo del proceso arbitral en materia de controversias financieras difiere relativamente poco al procedimiento general de arbitraje analizado en el capítulo anterior. Cabe mencionar que el proceso arbitral que se plantea para el análisis es, dentro del rubro

comercial - financiero de carácter genérico, pudiéndose adecuar a la naturaleza de la controversia, dependiendo de la operación o contrato de que se trate.

De la misma forma, incluimos en el estudio una breve referencia al procedimiento de mediación que consideramos una figura altamente eficaz como prelude de todo arbitraje comercial, sobre todo en materia de controversias relacionadas con intermediarios bancarios y con intermediarios no bancarios.

14.- Substanciación de la mediación a través de un centro especializado en la solución de controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano ¹⁰³⁴

La mediación es un medio para resolver controversias que puede originarse en diferentes momentos:

- *Cuando se pacta en el clausulado o texto de algún documento como medio para resolver conflictos.*
- *Cuando existe una disputa y antes de que las partes concurran a los tribunales o a otros medios alternativos de solución de controversias ¹⁰³⁵.*
- *Durante o paralelamente a un proceso judicial o extrajudicial, hasta antes de que se dicte sentencia o se emita un laudo.*
- *Después de la sentencia o del laudo, las partes de común acuerdo pueden mediar sobre la ejecución del mismo.*

De conformidad con la definición proporcionada de este proceso en apartados anteriores, la mediación esencialmente es una negociación entre las partes involucradas en

¹⁰³⁴ Existe una fuerte tendencia en el Poder Judicial de los Estados Unidos de Norteamérica para que todos aquellos casos que se encuentran pendientes de ser atendidos en tribunales judiciales, sean obligatoria y previamente revisados por mediadores o neutrales expertos en la materia de la controversia. De esta manera se genera la posibilidad de que dichos asuntos sean resueltos sin la necesidad inclusive de iniciar juicio, y por otra parte, el desahogo de este tipo de procedimientos no afectan los derechos de las partes para continuar con los trámites de litigio ante el juez competente.

¹⁰³⁵ Es muy común que las entidades financieras a través de sus áreas de atención al público realicen *especies* de mediaciones / negociaciones con sus clientes cuando existe un punto controvertido en el clausulado de algún contrato o durante el desarrollo de una determinada operación financiera que las vincule jurídicamente.

una determinada controversia, en donde las mismas son asistidas por un tercero neutral facultado para dirigir dicho proceso y proponer alternativas de solución cuando así se hubiere convenido. El mediador carece de autoridad para imponer sus decisiones; son las propias partes las que tienen que acordar la solución que en definitiva resuelva la controversia.

Dada la naturaleza obligacional de la mediación, las partes pueden acudir a ella sin el riesgo del sometimiento forzoso a una decisión de un tercero ajeno a la controversia. Esta característica de la mediación la ha posicionado como el medio extrajudicial más recurrido para resolver conflictos de una forma no adversarial. De la misma forma, al ser el mediador un tercero que tiene como principal objetivo *tender* los puentes hacia posibles soluciones, las partes gozan con una mayor libertad y confianza para manifestar ante el mismo hechos y actos relevantes para el caso que no les hubiera convenido exponer ante un árbitro o ante un juez, por temor a que los mismos fueran utilizados como precedente adverso para obligarlas en el laudo o sentencia correspondiente.

Otro aspecto importante de la mediación es que, en la mayoría de las veces, la solución a la disputa es resultado de trabajo conjunto entre todas las partes involucradas en la operación o en el contrato del cual se deriva. Siendo experto en estos procesos y en el fondo del asunto objeto de la negociación, el mediador perfecciona la resolución acordada, para que la misma sea implementada de forma adecuada y equitativa.

La mediación como un medio alternativo para la solución de controversias relativas al sistema financiero, se realiza básicamente antes de una arbitraje o de un litigio judicial, a través del siguiente procedimiento que se desahoga por conducto de personas expertas en la materia, en centros especializados en administrar este tipo de figuras procesales, o por mediaciones de carácter *ad - hoc* :

1.- Acuerdo de las partes para someterse al proceso de mediación. Como se ha mencionado en este documento, para que pueda existir la mediación, es preciso incluir una cláusula compromisoria en el contrato sobre el cual se origina o puede originar la controversia, o si no se realiza lo anterior, basta que las partes convengan por escrito en resolver sus diferencias a través de una mediación de conformidad con el reglamento del centro que se determine.

Con el propósito de que el proceso de mediación funcione con éxito, es importante contar con la presencia de funcionarios de la entidad financiera que forme parte de la misma, que posean capacidad de negociar la materia de la disputa. De la misma forma, debe de tomarse en cuenta por las partes que este procedimiento es conducido por un mediador que una vez que conoce del asunto se integra al mismo como facilitador de las negociaciones a las que lleguen las propias partes en conflicto.

2.- Inicio de la mediación. La mediación comienza en el momento en que cualquiera de las partes que considera que la otra o las otras están vulnerando o afectando sus derechos, o incumpliendo determinadas obligaciones a las que se comprometieron, como parte de un contrato u de una determinada actividad que las vincula jurídicamente, notifica a su contraria o contrarias de dicha situación y ambas accesan a este procedimiento a través de una requisición por escrito al centro que corresponda, acompañando al mismo el pago de una cuota que se debe, por lo general, cubrirse al mismo.

Cuando no se hubiere pactado la mediación de forma previa a la disputa, la parte que desea la mediación, puede solicitar al centro correspondiente que invite a las demás partes a mediar el conflicto.

3.- Solicitud de la mediación. Esta solicitud deber de contener los datos generales de las partes y de sus representantes legales, y un resumen de los hechos generadores de la controversia.

4- Nombramiento del mediador. Una vez recibida la solicitud de mediación, el centro nombrará a un mediador o a mediadores profesionales según la naturaleza y la complejidad de la materia. En caso de que en el acuerdo de mediación se haya estipulado el proceso de selección de mediador, se seguirá el mismo.

5.- Requisitos para ser mediador. Los requisitos para ser mediador para atender controversias relacionadas con contratos u operaciones del sistema financiero, son esencialmente los siguientes :

1.- Experiencia de un mínimo de determinados años en el área de la controversia.

2.- Contar con la capacitación profesional debida sobre el proceso de mediación que el centro correspondiente determine.

3.- *Contar con un amplio curriculum profesional y/o académico en el área de la controversia.*

4.- *Compromiso de servir como mediador neutral e imparcialmente en los casos para los cuales sea designado.*

No deberá de ser mediador de un caso específico, quien tenga interés particular en el mismo, salvo que las partes lo autoricen por escrito. La persona que actuará como mediador deberá manifestar si le consta que por alguna razón o causa deber de renunciar a dicha mediación. En caso de que el mediador propuesto no pueda por cualquier causa ejercer sus funciones, el centro designará a otra persona.

Las partes en todo momento pueden objetar el nombramiento del mediador.

6.- *Lugar, fecha y hora de la mediación.* El mediador es quien debe de señalar el lugar, la fecha y hora de cada sesión dentro del proceso de mediación. Dicho proceso se desarrollará en las instalaciones que convengan las partes, o el propio mediador, siendo por lo general en el centro destinado a servir para tal efecto. En caso de que el mediador estime conveniente, este sitio podrá cambiarse a otro diferente, siempre y cuando las partes accedan a hacerlo.

Las partes deben de manifestar al mediador, al propio centro y entre ellas, el nombre y datos generales de sus representantes legales.

7.- *Materias de la mediación.* Con el propósito de hacer un procedimiento expedito y dinámico, con una anterioridad de por lo menos diez días hábiles a la primera sesión de la mediación, cada una de las partes debe entregar al mediador un pliego de posiciones, en donde manifiesten su postura ante los hechos. Este documento puede intercambiarse entre las partes si lo acuerdan de esa manera.

En la primera sesión, cada una de las partes debe de proporcionar al mediador toda la información que le permita tener un panorama más exacto de lo sucedido. El mediador puede requerir a las partes esta información o cualquier otra relacionada con el objeto de la mediación.

Al igual que acontece en casi todos los procedimientos extrajudiciales anteriormente analizados, al órgano que dirige la mediación, se le otorgan amplias facultades para allegarse de la documentación necesaria para estar en posición de facilitar a las partes a lograr una efectiva negociación que ponga fin a la disputa que les concierne.

8.- Facultades del mediador. El mediador actuará solamente como un facilitador entre las partes para que las mismas lleguen a un acuerdo. Podrá en todo momento proponer soluciones que acerquen a las partes a una negociación definitiva. El mediador tiene la facultad de conducir sesiones entre las partes o realizarlas por separado con cada una. Cuando sea necesario, podrá asistirse de asesoría de cualquier tipo que estime conveniente de acuerdo con la naturaleza del caso concreto, la cual correrá por cuenta de las partes.

Además, el mediador debe :

- Trabajar para mejorar la comunicación entre las partes.
- Ayudar a cada una de las partes a clarificar su posición en la disputa y a que las mismas entiendan la de su contraparte.
- Explicar la fortaleza y debilidad que desde la perspectiva legal tiene cada parte en la reclamación de prestaciones y en la posibilidad de cumplir con determinadas obligaciones. Es decir, explicarles a las partes la procedencia de sus reclamaciones con base en el derecho aplicable al fondo del asunto.
- Explicarles a las partes las consecuencias que tiene el no llegar a un acuerdo en la mediación, así como los problemas y costos en los que incurrirían en caso de continuar con la etapa adversarial para solucionar su conflictiva.

9.- Privacidad. Siendo la mediación un procedimiento de carácter estrictamente privado, las partes deben de guardar absoluta discreción acerca de todo lo actuado en la misma. Las partes y sus representantes son los únicos legitimados a estar en las sesiones. Sin embargo, si las partes lo acuerdan y lo autoriza el mediador, podrán estar en dichas sesiones otras personas extrañas a la controversia.

Esta característica es una de las razones de la alta efectividad de este proceso de solución de controversias, especialmente para atender disputas en el sistema financiero, en el

cual la secrecía de la información en el desarrollo de las operaciones y/o de los contratos es fundamental.

10.- Confidencialidad. Toda la información que se presente al mediador debe de ser manejada con estricta confidencialidad. El mediador no podrá divulgar por ningún medio y bajo ninguna circunstancia la información de la que tenga conocimiento. Las partes deberán mantener en todo momento la confidencialidad de la mediación y no podrán valerse de la información vertida durante el procedimiento de mediación como evidencia en un procedimiento judicial o extrajudicial de: 1) Propuestas de solución a la controversia hechas por cualquiera de las partes en la mediación; 2) Propuestas hechas por el mediador; 3) El hecho de que una de las partes haya demostrado o no voluntad para aceptar una propuesta de solución de la disputa realizada por el mediador; 4) Hechos que hubieren aceptado cualquiera de las partes.

11.- Negociación de propuestas. El mediador deberá de asistir a las partes para que ellas mismas negocien y pacten la solución a su problema. Podrá promover cualquier solución emitida por alguna de las partes que estime adecuada. Si el mediador estima que se han agotado las fases de la mediación y todavía no se ha solucionada la disputa, propondrá a las partes que consideren la evaluación que el mismo ha hecho del caso y los citará de nuevo para escuchar sus conclusiones.

12.- Bases generales de la mediación.

Como lineamientos generales de todo proceso de mediación, existen las siguientes directrices :

a) Las partes deberán cooperar ampliamente con el mediador. Tanto las entidades financieras como los usuarios deben de comprometerse a trabajar conjuntamente con el mediador para alcanzar el resultado propuesto al momento de pactar dicho procedimiento. Las partes deben de tener presente que la mediación significar negociar, lo que resulta en ser flexibles en el manejo de ventajas proporcionadas por derechos que cada una posean.

b) El mediador es quien dirige el proceso de mediación. Aunque sean las propias partes las que deben de llegar a un acuerdo por mutua consentimiento, es la figura del mediador la que tiene bajo su responsabilidad la conducción de todas las actuaciones y promociones dentro de la sustanciación del procedimiento. La importancia del mediador es tal, que el centro

debe de contemplar personas completamente capacitadas en técnicas de negociación y prácticas de mediación, además de contar con un amplia experiencia en la materia de la que se deriva este procedimiento de solución de controversias.

c) Durante las sesiones, cada parte deberá tener a alguien autorizado o facultado para negociar la disputa. Esto, al igual que en otros procedimientos extrajudiciales, es con el propósito de que las partes se encuentren en la posibilidad de llegar a un acuerdo en el momento preciso en que el desarrollo de la mediación así lo presente. El que la presencia de la o las personas facultadas para tomar decisiones de fondo acerca de la operación o del contrato materia de la controversia se de carácter inmediato, coadyuva a que las propuestas de soluciones sea aceptadas o desechadas de una manera expedita y concluyente.

d) El proceso deberá de ser expedito. Siempre es recomendable que las partes sometan el proceso de mediación a reglas específicas previamente elaboradas por los centros especializados en administrarlas. Siempre y cuando se opte por escoger las normas descritas, no importa que la mediación se desarrolle en las instalaciones de un sitio distinto al local del centro, lo esencial es que la partes eviten *legislar* en materia adjetiva para desahogar su mediación ya que de lo contrario, invariablemente obtendrían un proceso largo o no tan expedito como se hubiera deseado.

e) Las partes se abstendrán de intentar cualquier acción procesal durante el proceso de mediación. La mediación no es un proceso que tenga matices adversariales. Si las partes no hacen una *tregua* de acciones arbitrales o, en su caso, judiciales, es muy probable que todo el proceso de mediación sea visto como un simple trámite para llegar a un litigio judicial o extrajudicial. Debe de considerarse a la mediación como una inmejorable oportunidad para resolver controversias contractuales o extracontractuales; opción procesal mucho más expedita, barata y cordial que cualquier otra alternativa jurisdiccional. En los últimos años, la mediación ha demostrado ser un procedimiento mucho más efectivo para solucionar disputas que el propio arbitraje comercial.

f) El mediador se deberá de limitar a aplicar y/o interpretar sólo aquellas disposiciones que se relacionen con su función, las demás aspectos serán materia exclusiva del centro. Las ventajas de utilizar una mediación administrada, es la multiplicidad de opciones con que las partes se encuentran al momento de que el procedimiento respectivo sufra una falta de coordinación o de entendimiento. Al mismo tiempo, el que sea un centro especializado el que en última instancia sea el rector y vigilante de que la mediación sea correctamente

desahogada, garantiza una percepción de completa imparcialidad en las actuaciones, motivando a las partes a realmente comprometerse para llegar a una solución integral de su diferencia.

g) Para mantener la flexibilidad en las negociaciones, salvo pacto en contrario, el mediador evitará cualquier tipo de grabaciones durante el proceso de mediación. En ocasiones, las partes preferirán evitar cualquier tipo de registro de sus negociaciones con el propósito de mantener un alto dinamismo en la oferta y contraoferta de las propuestas que se intenten.

13.- Conclusión de la mediación. La mediación terminará principalmente por las siguientes causas:

- 1.- Cuando las partes acceden a un acuerdo que soluciona definitivamente la disputa.
- 2.- La declaración por escrito del mediador en el sentido de que resulta improcedente continuar la mediación. Puede recomendar que las partes opten por un procedimiento judicial o extrajudicial.
- 3.- La declaración por escrito de cualquiera de la partes dando por terminada la mediación, dejando a salvo sus derechos para hacerlos valer en cualquier otra vía.

14.- Cuotas administrativas. Como todo proceso privado e institucional, la mediación que se intente dentro de un centro, administrada por el mismo, o sustanciada con su asistencia en determinados rubros o etapas, significa un costo procesal que cubrir por las partes. De la misma forma, los honorarios del mediador constituyen uno de los puntos más importantes a tomar en cuenta cuando se propone este tipo de soluciones de controversias. Por más onerosa que resulte la mediación, si previamente se estudió su inclusión en determinadas operaciones y contratos de carácter financiero, siempre será una ventaja sobre un litigio judicial. Generalmente, todos los gastos derivados de este proceso son cubiertos por partes iguales, salvo que se pacte otro mecanismo. Cada parte paga el costo de sus testigos y/o preparación de sus pruebas o de las diligencias para obtener las mismas.

15.- Limitante de responsabilidad. El mediador y/o el centro no serán responsables ante ninguna de las partes, por ningún acto u omisión relacionado con la mediación conducida conforme al reglamento respectivo, salvo que ellos sean responsables para con alguna de las partes por las consecuencias de su negligencia y agravios conscientes y

deliberados. Ningún mediador ni el centro deben de ser considerados como parte en los procedimientos judiciales que se relacionen con la mediación sustanciada.

15.- Sustanciación del arbitraje comercial a través de un centro especializado en la solución de controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano

En el caso del arbitraje, los procedimientos y reglas varían de acuerdo a lo que las partes pacten, Por lo general los arbitrajes que han probado tener mayor éxito en controversias relativas al sistema financiero son los que se realizan en centros especializados, con base a su reglamento de procedimientos, en donde se cubren básicamente las siguientes etapas:

1.- Convenio arbitral. Como se ha citado previamente, para que pueda existir el arbitraje, es preciso incluir una cláusula compromisoria en el contrato sobre el cual se origina o puede originar la controversia, o si no se realiza lo anterior, basta que las partes convengan por escrito en resolver sus diferencias a través de un arbitraje de conformidad con el reglamento del centro que se determine.

2.- Inicio del procedimiento. La parte actora notifica al centro su deseo de arbitrar el conflicto, a través de una requisición por escrito conteniendo principalmente: a) Datos generales de las partes; b) Una síntesis de la relación jurídica de la que resulte la controversia; c) Las prestaciones reclamadas; d) Propuesta sobre el número y la selección de árbitros cuando no haya sido previamente convenido por las partes y e) Arbitro que se propone, en su caso. El centro notificará al demandado sobre el requerimiento de arbitraje, anexando a la notificación una copia de la información señalada en el párrafo anterior.

3.- Composición del tribunal arbitral. Se instala el tribunal arbitral de conformidad a lo pactado por las partes o en su defecto de acuerdo a los procedimientos del reglamento del centro.

4.- Providencias precautorias. Cualquiera de las partes o el tribunal arbitral podrán ordenar la adopción de las providencias precautorias necesarias respecto del objeto de la controversia. Lo anterior puede verificarse, inclusive previamente a la requisición del proceso arbitral.

5.- Facultades de los árbitros. Las facultades mínimas del tribunal arbitral serán aquellas que establezca el reglamento del centro, salvo que ambas partes pactaran su ampliación.

6.- Términos de referencia. Previo al inicio del procedimiento, el tribunal arbitral formulará una guía del arbitraje, valiéndose de la información que requiera y de la o las audiencias preliminares que desahogue con las partes, cuyo contenido básicamente se referirá a : a) Datos generales de las partes, b) Domicilio para notificaciones, c) Representantes o apoderados, d) Resumen de las pretensiones, e) Síntesis de la controversia, f) Datos generales de los árbitros

7.- Audiencias. El tribunal arbitral establecerá la fecha, lugar y hora de las audiencias de conformidad con el reglamento del centro.

8.- Medios de prueba. Las partes podrán presentar todo tipo de pruebas relevantes autorizadas para el caso en disputa. El tribunal arbitral determinará la importancia y pertinencia de las pruebas. Las partes desahogarán las pruebas de conformidad con lo que establezca el tribunal arbitral.

9.- Cierre de la instrucción. El tribunal arbitral, de conformidad con sus facultades y el reglamento del centro, será el que determine el fin de las audiencias del procedimiento.

10.- Laudo arbitral definitivo. El laudo arbitral deberá sujetarse a las formalidades que para el mismo se establezcan en el reglamento del centro. Generalmente se establece que el laudo será definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. El laudo se ejecutará en los términos dictados por el tribunal arbitral y de la manera prevista por la ley. Las partes sólo podrán pedir la aclaración, rectificación o complementación del mismo y en su caso podrán intentar el recurso de nulidad que corresponda de conformidad con la *lex arbitri* aplicable.

11.- Cuotas administrativas. Determinación y pago de los gastos, honorarios y cuotas que se hayan devengado por el arbitraje. Generalmente son cubiertos por la parte condenada, salvo que el tribunal arbitral o las reglas del centro determinen otra cosa.

12.- Limitante de responsabilidad. El tribunal arbitral y/o el centro no serán responsables ante ninguna de las partes, por ningún acto u omisión relacionado con el arbitraje conducido conforme al reglamento respectivo, salvo que ellos sean responsables

para con alguna de las partes por las consecuencias de su negligencia, agravio consciente y deliberado. Ninguno de los árbitros o el propio centro serán parte necesaria en los procedimientos judiciales que se relacionen con el arbitraje llevado a cabo.

16.- Aspectos procesales que deben de contemplarse en todo proceso arbitral administrado relacionado con controversias relativas a operaciones y contratos celebrados con intermediarios bancarios, con intermediarios no bancarios y con intermediarios bursátiles

En ocasiones debido a la complejidad de la operación o del contrato celebrado entre una entidad financiera y su cliente, es preciso añadir a los procedimientos institucionales rubros como los que a continuación se mencionan, con el propósito de conducir mejor el arbitraje y en consecuencia obtener un fallo razonado, fundado y equitativo.

Por ejemplo, las transacciones de valores, operaciones esencialmente realizadas por intermediarios bursátiles, suponen esquemas complejos y técnicos en los que se ven relacionadas diferentes partes, que intervienen o pueden llegar a intervenir en un determinado movimiento bursátil.

Día con día, las operaciones crediticias, los servicios financieros, así como las operaciones en los mercados de capital y de dinero, se vuelven mucho más técnicas, dinámicas, con elementos de carácter internacional, que las hacen formar parte de los designados *actos jurídicos sofisticados* propicios para que, en caso de controversias derivadas de los mismos, éstas sean resueltas a través del arbitraje comercial relativo al sistema financiero, vía que ofrece a las partes la revisión de su asunto por expertos en la materia.

Resulta incuestionable, como lo es en muchos aspectos mercantiles o comerciales, que el sector financiero requiere de instrumentos jurídicos que permitan al flujo de negocios contar con el respaldo de una amplia garantía de seguridad jurídica que brinde a los mercados, a los intermediarios y a los inversionistas la confianza para no solamente mantener las transacciones financieras, sino aumentarlas, fortaleciendo de esta manera la economía de todo el país.

Es por ello, que el arbitraje comercial en materia financiera, debe de ser matizado o adecuado a las circunstancias en las que se desarrollan las operaciones y se pactan los contratos, debiendo formar parte de este tipo de procedimientos los siguientes rubros :

1.- Conferencia previa al inicio de las actuaciones. El centro, si lo estima necesario, puede requerir a las partes y a sus representantes, así como a otras personas que estime necesario, la celebración de una audiencia en sus instalaciones, en las que designen las partes, o a través de conferencias telefónicas o por video. Lo anterior con el objetivo de comprender mejor la naturaleza de la controversia y adecuar las etapas procesales; para discutir acerca de los requisitos que deben de tener las personas que se propongan como árbitros; para considerar una etapa de mediación o el uso de otra figura no adjudicativa para intentar llegar a una solución más inmediata.

2.- Determinación del número, cualidades y honorarios de los árbitros. Aún el caso de que las partes hubieran pactado en el convenio arbitral cualquiera de estos rubros. Al momento de que el centro, por conducto de sus representantes, les explican a las mismas el alcance de sus compromisos de acuerdo con la naturaleza de la controversia, los involucrados en la controversia pueden decidir variar o modificar sus acuerdos previos para obtener, después de la opinión emitida por el centro, un mejor arbitraje.

3.- Consulta preliminar ante el tribunal arbitral. Una vez designado y conformado el tribunal arbitral o el árbitro que dirigirá el procedimiento, se debe de convocar a una junta preliminar para especificar distintos aspectos del arbitraje como pueden ser :

- *Criterios y leyes aplicables a asuntos que pudieran surgir durante el desahogo del procedimiento.*

- *Clasificación y listado de los medios de prueba a ofrecerse.*

- *Identificación y fechas de las exposiciones o audiencias.*

- *Identificación de testigos y peritos que ofrecerá cada parte.*

- *Grabación de las audiencias.*

- *Contacto de autoridades gubernamentales.*

- *Coordinación en la designación entre el procedimiento escrito y el procedimiento oral.*
- *Sistema de pago de las costas procesales.*
- *Causales específicas de terminación del procedimiento.*

4.- Administración de los procedimientos. Los árbitros deben de estar autorizados para dirigir el arbitraje de forma tal que se eviten retrasos innecesarios, obstáculos al correcto desarrollo del mismo, y tener la posibilidad de erradicar cualquier otro factor que atente contra el desarrollo del procedimiento. Las partes deben de cooperar mutuamente para el intercambio de documentación e información que se estime indispensable para exponer correctamente el caso ante el tribunal arbitral o ante el árbitro. En la preparación y autorización de los medios de prueba, el tribunal arbitral o el árbitro pueden solicitar a las partes a limitar su exposición y, a solicitud de una de ellas, citar a rendir testimonio a personas que posean información relevante para el litigio.

5.- Examen, interpretación, comprensión y calificación de rubros específicos atendiendo la operación financiera involucrada en la controversia sometida al procedimiento arbitral. Este apartado es el que imprime las características particulares a cada uno de los procedimientos arbitrales que se relacionen con operaciones y contratos celebrados con entidades financieras. La materia financiera implica en cada operación la combinación de elementos altamente técnicos y complejos que la hace susceptible de ser analizada por expertos en la materia y no solamente por jueces o abogados. Lo anterior es base de la justificación para utilizar la vía procesal arbitral para la solución de controversias en esta materia.

6.- Estructura y contenido del laudo arbitral definitivo. este rubro es sumamente importante sobre todo si se considera que el mismo es prácticamente la resolución última a la que las partes estarán sujetas.

Resulta conveniente para este tipo de casos que el árbitro fundamente su resolución con el propósito de evitar que la impugnación que intente la parte condenada proceda según criterio de la autoridad judicial que revise dicha promoción. Además, debe de especificarse si las partes estarán conformes en que el árbitro sea el que determine la fecha de los intereses, el tipo de tasa, la moneda en que se efectuará el pago, la fecha de finiquito, la inclusión del pago de prestaciones, gastos y/o comisiones que se hubieren estipulado, etc...

17.- Contenido base de un convenio arbitral por el cual se somete al arbitraje comercial una controversia derivada de una operación o contrato celebrado con un intermediario bancario, con un intermediario no bancario o con un intermediario bursátil

Además de hacer referencia a un determinado reglamento de procedimientos arbitrales, generalmente de un centro especializado en administrar este tipo de procedimientos, es recomendable que se incluyan las siguientes especificaciones en el convenio arbitral que pacten la entidad financiera y su cliente :

- 1.- Determinar que si el monto de dinero en controversia excede de un cierto límite el arbitraje debe de ser conducido por tres árbitros, en caso de que no se alcance dicho límite, deberá de ser uno sólo el que atienda la controversia.
- 2.- Los árbitros deberán de resolver la controversia tomando en cuenta la ley aplicable al fondo del asunto ¹⁰³⁶, así como los usos y costumbres comerciales y de operación comúnmente utilizados en el sector de que se trate.
- 3.- Debido a que en este tipo de controversias la materia de la disputa (dinero o valores) se encarece a diario de una manera extremadamente rápida, es determinante fijar un tiempo límite para las etapas del arbitraje y de todo el proceso en conjunto.
- 4.- Tomando en consideración el sistema de impugnación del laudo arbitral fijado por el ordenamiento jurídico en México, resulta conveniente que las partes obliguen al árbitro o al tribunal arbitral, a motivar y fundar correctamente todas sus resoluciones.
- 5.- Fijar las disputas que serán sometidas al procedimiento arbitral ¹⁰³⁷.
- 6.- La solicitud e implementación de las providencias precautorias que tendrá derecho a ejercer la entidad financiera en caso de incumplimiento de pago o de presunción de lo mismo por parte del cliente.

¹⁰³⁶ De acuerdo con las cualidades que se les solicitan, los árbitros deben de ser expertos en el manejo de la ley aplicable al fondo del asunto.

¹⁰³⁷ En ocasiones, puede resultar conveniente que de las operaciones y materias que se contemplen en un mismo contrato de naturaleza financiera, se dividan aquellas controversias que serán sometidas a arbitraje y aquellas que serán sometidas a tribunales judiciales.

- 7.- Incidentes y recursos durante el procedimiento arbitral.
- 8.- Desarrollo de procedimientos especiales como medidas provisionales, demandas subordinadas ¹⁰³⁸, excepciones a la jurisdicción arbitral, rebeldía, entre otros.
- 9.- Medios de prueba autorizados.
- 10.- Apoyo e intervención de la autoridad judicial.
- 11.- Que las partes se obliguen a realizar una lista base de los principales documentos que deben de anexarse como soporte de la operación financiera en disputa.
- 12.- Causas de terminación del procedimiento arbitral (además de las contempladas en la normatividad aplicable, definir las causales de terminación a solicitud de parte y por abandono de la instancia).

18.- Ejemplo de cláusula arbitral para créditos comerciales ¹⁰³⁹

"De conformidad con las estipulaciones siguientes, la entidad financiera y el cliente convienen en someter a un procedimiento arbitral de carácter obligatorio y definitivo todas las controversias y reclamaciones que se susciten entre ellos y sus respectivos empleados, funcionarios, representantes legales y otros agentes, relacionadas con la operación financiera materia del contrato de crédito, así como aquellas que se deriven de la negociación del mismo, de su desarrollo, ejecución, administración, pago, modificación, extensión, cobranza, colateralización ¹⁰⁴⁰, y con todos aquellos documentos u operaciones relacionados o derivados del citado instrumento.

El arbitraje se debe de desarrollar en México, Distrito Federal; el fondo del asunto será decidido de conformidad con las leyes financieras aplicables de México, y debe de ser

¹⁰³⁸ También designadas como demandas incidentales o adicionales.

¹⁰³⁹ American Arbitration Association. *"Resolving Commercial Financial Disputes, a Guide to Alternative Dispute Resolution."* American Arbitration Association, 1993.

¹⁰⁴⁰ La materia crediticia es plenamente arbitrable. Debido a que una operación de esta naturaleza puede involucrar a diversas entidades o personas además del prestatario, el prestamista debe de incluir en otros documentos conexos al contrato principal una cláusula arbitral que haga referencia a la contenida en dicho instrumento para, en caso de disputas consolidar los arbitrajes.

sustanciado de conformidad con las normas sobre arbitraje del Centro para la Solución de Controversias Relativas al Sistema Financiero, Plaza Ciudad de México. El idioma del arbitraje será español y debe de ser administrado por el Centro citado. El reconocimiento y la ejecución del laudo puede ser solicitado ante cualquier tribunal competente de la República Mexicana.

Las partes tendrán plena libertad para ejercitar sus derechos relacionados con cualquier tipo de medidas precautorias, ejecución de garantías, salvaguarda de derechos, nombramiento de depositarios, antes, durante o después del procedimiento arbitral ¹⁰⁴¹.

El ejercicio de cualquiera de las acciones anteriormente citadas no significa la renuncia de la parte que la o las intente para someterse al arbitraje convenido.

El arbitraje deberá de ser conducido por un tribunal constituido por tres árbitros designados de conformidad con las reglas del Centro aplicables."

19.- Propuesta de creación de los Centros para la Solución de Controversias Relativas al Sistema Financiero Mexicano

Para la adecuada operación de la vía arbitral (principalmente) como medio para la solución de controversias relativas a operaciones o contratos que se deriven de una relación comercial entre entidades financieras y otras entidades financieras y entidades financieras y sus clientes, es preciso seguir una serie de etapas que conlleven a la constitución de centros especializados para administrar arbitrajes comerciales, mediaciones y conciliaciones, derivados de convenios entre las partes para someter a ese tipo de jurisdicción o forma autocompositiva de resolver litigios, controversias de naturaleza financiera.

Afirmamos que la adecuada implementación de las vías extrajudiciales en materia financiera sola o principalmente se logra a través de la institucionalización de los procedimientos, debido a que las partes que pueden llegar a involucrarse en los mismos, la complejidad y sofisticación de las materias que pueden ser objeto de la obligación de arbitrar, mediar o conciliar, el impacto de la administración de justicia en este sector

¹⁰⁴¹ Debido a la diversidad de recursos o acciones a los que pudiera tener derecho cualquiera de las partes, es recomendable que se trate de limitar o especificar las materias objeto de la obligación de arbitrar.

comercial, y las demás consideraciones de tipo económico y financiero, no debe dejarse en manos exclusivamente de las propias partes que pudieran verse mezcladas en un litigio.

La imparcialidad, el profesionalismo, la equidad, la estricta aplicación del derecho y la confianza, son factores determinantes para alcanzar el éxito como calificación del desarrollo de estas vías extrajudiciales, que sólo se pueden obtener a través de entidades conformadas y administradas por la mayoría de los sectores relacionadas con la actividad financiera en nuestro país. Es decir, este tipo de centros debe de convocar a toda la comunidad de negocios en materia financiera y bursátil para delinear el mejor proyecto de operación y administración que garantice a todos los involucrados lo que el poder judicial no ha podido o no podrá brindarles jamás.

De la misma forma, la constitución, administración y sobre todo la operación de estas entidades para administrar arbitrajes, mediaciones y conciliaciones, debe de contar con la opinión, asesoría y colaboración de personas e instituciones expertas en la materia, que revisen y diseñen la mejor logística y operación de los procedimientos en los que intervenga el centro correspondiente.

Todo lo anterior, solamente puede ser logrado a través del arbitraje, la mediación y la conciliación administradas. La experiencia en otros países comprueba las anteriores afirmaciones y desecha al arbitraje *ad - hoc* como alternativa de éxito para este tipo de empresas procesales.

De esta forma, la propuesta de creación de los Centros para la Solución de Controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano debe de comprender las siguientes etapas para su formal constitución y operación :

a) PRIMERA ETAPA :

- Actualización de la situación que guardan las vías procesales extrajudiciales con respecto a controversias de carácter nacional e internacional.
- Estudio del desarrollo de las vías procesales extrajudiciales, principalmente el arbitraje comercial, la mediación y la conciliación, respecto al ámbito financiero y al ámbito jurídico - financiero.

- Análisis de la legislación financiera, mercantil y procesal, así como los tratados internacionales, tomando como objetivo la implementación, adecuación y la fundamentación de los procesos extrajudiciales para la solución de controversias derivadas de operaciones y contratos celebrados entre o con entidades financieras.
- Análisis de la legislación financiera, mercantil y procesal, así como los tratados internacionales, para adecuar, actualizar, modificar y/o crear el andamiaje jurídica - procesal necesario para lograr la plena efectividad en la utilización de los procesos extrajudiciales para la solución de controversias en materia financiera.
- Acercamiento con organismos internacionales, centros especializados, entidades de investigación e instituciones académicas, nacionales y/o extranjeras, todos ellos designados como organismos especializados, que tengan como objetivo, entre otros, el desarrollo, fomento, administración, financiamiento y utilización de los procesos extrajudiciales para la solución de controversias, principalmente el arbitraje comercial, la mediación y la conciliación.
- Incorporación de las principales entidades, autoridades, grupos o cámaras empresariales, grupos o colegios de profesionistas, a la propuesta o proyecto piloto para la creación de los Centros para la Solución de Controversias relativas al Sistema Financiero Mexicano (CSC)

b) SEGUNDA ETAPA :

- Difusión, capacitación, acercamiento a la cultura de la utilización de los medios alternativos para la solución de controversias dentro del sistema financiero, principalmente el arbitraje comercial, la mediación y la conciliación, y ventajas que ofrecen las vías procesales extrajudiciales dentro del ámbito de las disputas derivadas de las operaciones y contratos relacionados con los servicios que prestan las entidades financieras.
- Elaboración conjunta por parte de todos los representantes empresariales, autoridades y organismos especializados, de la estrategia de difusión de la utilización, operación y administración de los medios alternativos de solución de controversias.
- Acercamiento con el Poder Judicial estatal y federal para la elaboración de la estrategia para crear el compromiso de apoyo procesal (desde la modificación de leyes y/o apartados

adjetivos o procesales, hasta la expedita ejecución de las resoluciones emitidas por los árbitros), a los medios alternativos de solución de controversias en materia financiera.

- Elaboración conjunta por parte de todos los representantes empresariales, autoridades y organismos especializados, de la estrategia de capacitación en la utilización, operación y administración de los medios alternativos de solución de controversias.
- Desarrollo de estudios de aplicabilidad por tipo de operación y de contrato relacionados con el ámbito financiero, de las vías procesales extrajudiciales.
- Análisis de los programas de estudio, a nivel licenciatura y posgrado, de las facultades, escuelas y departamentos de Derecho, y de materias o licenciatura afines al sector financiero, para revisar la situación que guarda el estudio y la investigación académica y las bases de datos relacionadas con los medios alternativos de solución de controversias.

c) TERCERA ETAPA :

- Elaboración conjunta por parte de todos los representantes empresariales, autoridades y organismos especializados, de la estrategia de constitución de los primeros listados (a nivel nacional o por regiones) de posibles candidatos a formar parte del conjunto de árbitros, mediadores y conciliadores, que desempeñarán sus servicios en los CSC.
- Elaboración conjunta por parte de todos los representantes empresariales, autoridades y organismos especializados, de los proyectos de convenios arbitrales autorizados para incluirse o utilizarse para acceder a los servicios institucionales de arbitraje comercial, mediación y/o conciliación que tendrán a su cargo los CSC.
- Elaboración conjunta por parte de todos los representantes empresariales, autoridades y organismos especializados, del proyecto piloto para la constitución del primer CSC.

d) Ejemplo de propuesta para la creación del CSC piloto

El CSC piloto debe de fungir como una entidad autónoma, preferentemente bajo el régimen jurídico de una asociación civil sin fines de lucro, cuyo financiamiento proviniera

principalmente de las cuotas de los asociados, cuotas administrativas derivadas del desarrollo de procedimientos o designaciones del CSC correspondiente para alguna función en arbitrajes *ad - hoc* o en arbitrajes institucionales, captación de fondos de organismos nacionales e internacionales y demás ingresos obtenidos por diversos servicios que pudiera prestar al público en general (renta de salones, consulta de información, venta de publicaciones, entre otros).

En lo concerniente a la estructura y funcionamiento del CSC piloto se propone lo siguiente :

Asamblea General

Comité Directivo

Dirección General

Coordinaciones

Asamblea General

La Asamblea General será el órgano supremo del centro. Este órgano es el que dispondrá las directrices funcionales, administrativas y estructurales del centro. Se encontrará constituido por todas aquellas personas y/o entidades que determinen los estatutos correspondientes.

Comité Directivo

El Comité Directivo será el órgano colegiado presidido por el director general y constituido por los representantes de las entidades o grupos de entidades que conforman el centro. Tendrá como objetivo, entre otros, : 1.- Ejecutar los acuerdos de la Asamblea General; 2.- Proponer y ejecutar acciones relativas al funcionamiento de carácter estrictamente administrativo u operativo del centro; 3.- Llevar la coordinación con los demás CSC que se constituyan; 4.- La promoción y difusión de los medios alternativos de solución

de controversias en materia financiera y 5.- Supervisar los procedimientos que se lleven a cabo en el centro de conformidad con la normatividad que se expida.

Este órgano estará estructurado de la siguiente manera : a) Presidente, b) Secretario, c) Tesorero y d) Vocales. Las vocalías serán ocupadas por un representante de cada una de las entidades o grupos de entidades financieras y empresariales que sean fundadoras del centro, así como por las demás personas físicas y morales que se determinen mediante Asamblea General.

Dirección General

La Dirección General del CSC estará representada por un director general. El director general del CSC será la persona encargada de ejecutar los acuerdos del Comité Directivo del centro. Tendrá bajo su encargo la administración del centro y el ejercicio de poderes y facultades que se le otorguen. Intervendrá en los procedimientos que se verifiquen en el centro en los casos y circunstancias que se indiquen en la normatividad correspondiente.

Coordinaciones

El CSC desarrollará sus funciones a través de las siguientes coordinaciones :

- Coordinación de árbitros, mediadores, conciliadores, peritos o expertos, corredores públicos y notarios públicos.
- Coordinación de procedimientos.
- Coordinación de información y publicaciones.
- Coordinación administrativa.

Coordinación de árbitros, mediadores, conciliadores, peritos o expertos, corredores públicos y notarios públicos

Esta coordinación tendrá a su cargo la elaboración de las listas de profesionales y expertos de cualquier giro comercial, académico o de oficios, que tengan el deseo de ser considerados para fungir como árbitros, mediadores, o conciliadores, en las disputas que se presenten ante el centro. De la misma forma, esta coordinación tendrá a su cargo la implementación de los cursos de capacitación que deberán de aprobar las personas citadas.

Coordinación de procedimientos

Esta coordinación es la supervisora del correcto desarrollo de cada procedimiento que se desahogue en el centro. Atenderá y revisará cada caso desde su inicio hasta su conclusión, de conformidad con el reglamento respectivo.

Coordinación de información y publicaciones

Esta coordinación manejará la comunicación interna y externa del centro, así como la difusión y venta de publicaciones sobre la materia.

Coordinación administrativa

Esta coordinación se encargará de administrar los recursos humanos y materiales del centro, así como el cobro y seguimiento de las cuotas por cada una de los servicios solicitados por los usuarios. Proveerá el apoyo de personal y de servicios necesarios para el correcto desarrollo de cada procedimiento, así como para la operación del centro mismo.

e) CUARTA ETAPA :

- Inauguración del CSC piloto.

- Comprometer a las entidades financieras y a las demás partes, a suministrar de un cierto número de litigios ya existentes al CSC piloto, a través de la celebración de un compromiso o convenio entre los involucrados en dichas disputas, para resolverlas mediante el arbitraje comercial, la mediación o la conciliación.
- Evaluación del CSC piloto ¹⁰⁴².
- Definir, con base en los resultados y perspectivas ofrecidas por el CSC piloto, la creación de los CSC regionales.
- Desarrollo de los proyectos relativos a la instalación de los CSC regionales adicionales al CSC piloto, en los que se incorporarán las modificaciones y mejoras que se hayan implementado en el CSC piloto durante el plazo de su funcionamiento.
- Implementación de la coordinación entre los CSC como organismos autónomos en cuanto a su funcionamiento pero vinculados en lo concerniente al ejercicio y puesta en práctica de los procedimientos que suponen cada uno de los medios alternativos para la solución de controversias que manejen (principalmente arbitraje comercial, mediación y conciliación).
- Determinar funcionarios y consejeros por cada CSC regional a crearse.

f) QUINTA ETAPA :

- Creación de los CSC regionales ¹⁰⁴³.

¹⁰⁴² La evaluación deberá de verificarse a través de información estadística y de encuestas entre entidades financieras, usuarios o clientes, Poder Judicial, organismos empresariales representativos, agrupaciones de abogados, así como de terceros relacionados con las operaciones o contratos materia de la controversia.

¹⁰⁴³ Uno de estos CSC regionales ya estaría constituido, viniendo a ser el propio CSC piloto.

CONCLUSIONES

Arbitraje comercial; su aplicación al Sistema Financiero Mexicano

1.- El Sistema Financiero Mexicano, entendido como el conjunto de entidades, autoridades y usuarios que intervienen en el intercambio de servicios financieros (comercio, captación, circulación y operación de la riqueza en la forma de moneda y de capitales) dentro del territorio nacional y con relación a operaciones internacionales, representa un área de especial interés para el desarrollo y práctica de las vías extrajudiciales para la solución de controversias. Como detonante del comercio, el sistema financiero fue adecuado para satisfacer las necesidades del mismo. Se desreguló el sector, se abrió a la participación de capital nacional y extranjero y finalmente se globalizó. Esta trascendente reforma revolucionó prácticamente todas las operaciones y contratos existentes, sofisticándolos y en no pocas ocasiones tecnificándolos. La culminación de la modernización del sistema financiero concluyó en el proceso de integración económica de libre comercio y de acceso a mercados y de flujos de inversión que se plasmó en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Es a través de este instrumento como se da paso a la plena liberalización de los procesos financieros, aumentándose con ello las operaciones y por lo tanto las posibilidades de controversias entre las partes involucradas. Dentro de este proceso de modernización, el ordenamiento jurídico mexicano relativo al sistema financiero fue adecuado, no de la mejor forma, pero sí a tiempo de que se sucedían estas importantes tendencias a nivel mundial. En lo referente a procesos jurisdiccionales, el andamiaje jurídico para la utilización de la vía judicial o de los medios alternativos de solución de controversias que ofrece la legislación vigente en esta materia, es suficiente pero no el más adecuado para lograr su plena efectividad. Dicha legislación requiere de una coordinación, armonización y sistematización de las normas adjetivas que hacen referencia a la solución de controversias entre entidades financieras y los usuarios de las mismas derivada de operaciones nacionales e internacionales, tratándose del sometimiento a los tribunales judiciales o a los tribunales arbitrales. Específicamente en el rubro de arbitraje comercial, es necesario adecuar aún más, el papel de administradora de arbitrajes que tiene la Comisión Nacional para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, a través de reglamentos claros, modernos y coordinados con el resto de las normas vinculados con ese tipo de procedimientos.

2.- La institución arbitral constituye un proceso jurídico heterocompositivo para la solución de controversias entre personas de Derecho Público y/o personas de Derecho Privado, que contempla el ordenamiento jurídico como parte de la legislación procesal y de las vías extrajudiciales, que las partes en conflicto tienen o pueden llegar a tener para designarla como la opción jurisdiccional ante la cual someter sus pretensiones. El procedimiento arbitral puede designado para resolver controversias consideradas por la normatividad aplicable como domésticas o internacionales. Por lo que se refiere a la naturaleza de la materia a arbitrar, el arbitraje comercial es aquél tipo de arbitraje que se utiliza como vía para revisar disputas relacionadas con actos de comercio o con actividad desempeñada por las personas considerados como comerciantes. También designado como parte de los denominados *medios alternativos de solución de controversias*, el arbitraje comercial ha venido a constituirse como la garantía de seguridad jurídica del comercio, principalmente de aquél que involucra operaciones y contratos sofisticados. Esta vía procesal mercantil ofrece a los comerciantes las ventajas de tiempo, experiencia específica, costo procesal y equidad que en no pocas ocasiones son materia de impugnación en diferentes tribunales judiciales del país. Aunado a lo anterior, la gran complejidad que habían adquirido las operaciones y los contratos, y la tendencia a nivel comercial internacional, llevó a la comunidad jurídica a impulsar la *notable* reforma de 1993, que integró al Código de Comercio una adecuación de la Ley Modelo de la denominada UNCITRAL, como la nueva *lex arbitri* mercantil mexicana. Su inclusión en el Libro Quinto (De los juicios mercantiles), Título Cuarto (Del arbitraje comercial) sitúa al arbitraje comercial como una vía procesal no judicial reconocida por la legislación secundaria. Además la naturaleza adjetiva de esta institución está dada por los elementos que la constituyen y que la hace característica como : a) Un convenio requerido para fungir como presupuesto procesal inexcusable, b) Un juzgador designado por las propias partes o a través de un tercero, c) Una resolución final, obligatoria y ejecutiva y d) La autonomía privada para caracterizar el procedimiento arbitral. Todos estos elementos, particularizan al proceso arbitral, y se puede afirmar, en lo general, que de estos rasgos distintivos se derivan las virtudes de esta institución procesal con respecto a cualquier otro procedimiento jurisdiccional. La mejor forma de resolver diputas complejas es mediante la utilización o la incorporación de profesionales en la materia, así como de juristas con alta capacidad de liderazgo y de conducción de procedimientos, familiarizados con el ordenamiento jurídico y con los principios generales de derecho y del debido proceso, para garantizarles a las parte cuyas pretensiones se encuentran controvertidas, no lo victoria o la derrota, sino básicamente un juicio justo, equitativo y absolutamente sancionado conforme a derecho y a las prácticas comerciales del sector de negocios al cual pertenecen.

3.- La aplicación del arbitraje comercial como vía jurisdiccional o institución heterocompositiva para solucionar conflictos derivados de contratos y operaciones efectuadas en el Sistema Financiero Mexicano constituye una herramienta insustituible para la administración de justicia en materias altamente sofisticadas. Como parte de los llamados medios alternativos de solución de controversias, el arbitraje comercial ha probado ser una vía extrajudicial idónea para atender disputas cuya naturaleza, en numerosos casos, requiere de expertos o de profesionales cuya valoración es esencial para emitir resoluciones no solamente apegadas a derecho, sino también, equitativas y razonables. Sin restarle reconocimiento y calidad a la labor del Poder Judicial Federal y Local, tratándose de operaciones financieras complejas, resulta sumamente conveniente, para todas las partes involucradas, que en caso de surgir una controversia, ésta sea atendida por personas absolutamente conocedoras del tema, así como juzgada por las mismas. Lo anterior constituye una de las razones por las cuales el ordenamiento jurídico mexicano permite la utilización de estos medios jurisdiccionales, en todas aquellas materias arbitrables, que requieran la revisión de profesionales, por carecer, el propio Poder Judicial de alta especialización en todos los rubros de la Ley ¹⁰⁴⁴. La aplicación del arbitraje comercial a las controversias que se deriven de operaciones y contratos relacionados con el Sistema Financiero Mexicano es una realidad creciente en la mayoría de las economías más fuertes del planeta; tal es el caso del Sistema Financiero Estadounidense y el de la Comunidad Europea. Además, el carácter global de las operaciones financieras y comerciales, han motivado la institucionalización de las vías procesales extrajudiciales, especialmente el arbitraje comercial, prácticamente en todos los tratados comerciales suscritos por México en esta década y por lo tanto, dicha institucionalización es también ley suprema para todo el país. Las operaciones crediticias, las realizadas en el mercado de dinero, en el mercado de capitales, las transacciones internacionales y las corporativas, han adquirido tal relevancia para esta institución procesal, que a diario, en lo que respecta al ámbito financiero, las leyes procesales, los reglamentos y los capítulos de carácter adjetivo de diferentes leyes sustantivas, se han adecuado para contemplar o mejorar las disposiciones que en materia de procedimientos extrajudiciales fundamentan la mediación, la conciliación y el propio arbitraje. La incorporación de programas relativos a medios alternativos de solución de

¹⁰⁴⁴ Esta afirmación es compartida inclusive por las propias autoridades encargadas de la supervisión bancaria como lo es la CNBV. Ver artículo y entrevista de César Castruita titulado "Aumentará la inseguridad jurídica para la banca", publicado en el periódico *El Economista*, primera plana del 31 de julio de 1997 y de Orquidea Soto, los artículos: "No habrá sujetos de crédito sin seguridad jurídica", "Ponen jueces en desventaja a afianzadoras al mal interpretar la ley" y "Sólo las fuerzas del mercado deben regular arrendadoras", publicados en el periódico *El Economista*, el 8 y el 22 de enero de 1998 y el 6 de marzo del mismo año (pp. 15, 23 y 14, respectivamente).

controversias como política dentro de las entidades financieras, ha probado ser, en aquellas que esto ha sido una realidad generalizada, un éxito tanto económico, como jurídico y hasta en algunos caso, de relaciones con los clientes.

4.- La situación actual del arbitraje comercial en nuestro país puede contemplarse desde cinco puntos de vista : a) *La legislación*, b) *Poder Judicial Local y Federal*, c) *Cultura arbitral*, d) *Capacitación* y e) *Infraestructura*. Por lo que respecta a la legislación, debemos reconocer que México ha adoptado la *lex arbitri* esencial que todo ordenamiento jurídico moderno debe de contemplar. El *kit esencial* de leyes que forman parte de la tendencia procesalista extrajudicial está constituido por : La Convención de Nueva York, o la Convención de Panamá y la adecuación nacional correspondiente de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Sin embargo, a nivel de leyes adjetivas locales en nuestro país, se necesita revisar que tan inadecuado se ha vuelto cada capítulo de arbitraje con respecto al de aplicación general en materia comercial como ley estatal, que es el arbitraje comercial del Código de Comercio. En materia doméstica, la modernización del arbitraje por cada entidad federativa podría resultar en varios años de reformas. La supletoriedad en la aplicación de la normatividad que gobierna al procedimiento arbitral de carácter comercial debe de ser uniforme en todo el país para brindarle una mayor efectividad a la institución de estudio. La divergencia de criterios existentes en la aplicación de la *lex arbitri* (civil) estatal ha ocasionado fallos contradictorios que hacen inciertas las bondades procesales del arbitraje comercial. El utilizar un código modelo de arbitraje para que el mismo sea incorporado como legislación estatal, uniformaría la práctica y desarrollo de los procedimientos arbitrales, incrementando de forma inmediata la seguridad jurídica de los arbitrajes comerciales, al mismo tiempo uniformaría criterios del Poder Judicial trayendo como consecuencia una mayor rapidez y fundamentación de los fallos correspondientes en los que se vean en la necesidad de emitir por apoyo al tribunal arbitral o a las propias partes involucradas. Para lograr lo anterior, es preciso convertir al actual capítulo de arbitraje del Código de Comercio, en un Código de Procedimientos sobre Arbitraje Comercial, incorporándose en el mismo, prácticamente la totalidad de las disposiciones vigentes sobre la materia, así como diversas adecuaciones a ciertas partes de las mismas y temas relevantes que se omitieron en la reforma de 1993 como : mecanismos de impugnación, multiplicidad de partes, efectos de la nulidad en laudos arbitrales, criterios específicos sobre la normatividad aplicable al convenio arbitral y a sus elementos constitutivos, normatividad aplicable a la existencia y validez del convenio arbitral, normatividad aplicable a la legitimación y capacidad de las partes para someterse a un procedimiento arbitral,

normatividad aplicable al fondo de la materia a arbitrar, normatividad aplicable a la arbitrabilidad de la materia de la controversia, normatividad aplicable al propio procedimiento arbitral y sobre la normatividad aplicable al conflicto de leyes, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales nacionales e internacionales, jurisdicción, competencia y facultades del tribunal arbitral o del árbitro, criterios de aplicación de providencias precautorias, tratamiento del convenio arbitral o del procedimiento arbitral como excepción de incompetencia, de litispendencia, de conexidad y de cosa juzgada, requisitos de la demanda, de la contestación de la demanda y de la reconvencción, desahogo de los medios probatorios, entre otros temas. En materia de legislación internacional arbitral de la que México forma parte, en términos generales los cuerpos normativos correspondientes ofrecen un marco adecuado para la plena aplicación y fundamentación de procedimientos arbitrales internacionales, sin embargo sería oportuno actualizar dicha legislación en aspectos como : los criterios utilizados para calificar la mercantilidad de una controversia, el convenio arbitral como excepción de incompetencia, criterios de aplicación de la excepción de orden público, entre otros. *b) Poder Judicial Local y Federal.* Con respecto al Poder Judicial Federal y Local, lo que acontece es una falta de liderazgo en promover el apoyo profesional, expedito y contundente a los procedimientos arbitrales en los que se solicite la injerencia del tribunal federal o local competente. Las máximas autoridades judiciales han hecho muy pobres esfuerzos en comprometer al Poder Judicial con la institución arbitral. es poco ordinario escuchar o leer algún comentario que provenga de un juez, magistrado o ministro a favor del arbitraje, o exaltando el apoyo que el mismo representa al trabajo judicial. De igual forma, en muchas resoluciones emitidas por tribunales judiciales tratándose de un recurso, de una actuación o de una diligencia que tenga como origen un proceso arbitral, se denota su desinterés por darle trámite a la misma a través de decisiones emitidas conforme a su personalísimo criterio judicial y no conforme a la estricta aplicación de la *lex arbitri* que corresponda según el caso particular. Difícilmente podríamos pensar que los jueces desconocen la figura arbitral y por lo tanto la misma tiene que librar varios obstáculos cuando tiene que relacionarse con la jurisdicción estatal. Igualmente difícil sería el hecho de argumentar que las partes al pactar el arbitraje estaban absolutamente conscientes de que al final estarían litigando el mismo procedimiento en dos vías procesales, la arbitral y la judicial. Esto último por lo difícil que resulta el trámite de homologación o reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral definitivo, sea éste de carácter nacional o internacional. La concepción tan adversa que muchos funcionarios judiciales tienen respecto del arbitraje sea esto por desconocimiento, por desinterés, por rivalidad profesional, o por un sentido *paternalista* de administración de la justicia, ha sido uno de los factores más importantes del retraso en la plena aplicación del arbitraje en México. Es necesario que los representantes y

las figuras centrales del Poder Judicial asuman el compromiso de convertir a las autoridades judiciales en facilitadores y colaboradores del efectivo desarrollo de los procedimientos extrajudiciales de solución de controversias, con especial atención del arbitraje comercial. Los jueces y magistrados tiene que adoptar la posición que no solamente la propia ley los obliga a, sino también su compromiso profesional de ser auténticos promotores y actores de la pronta y expedita administración de justicia. Aunque se vuelva a mencionar en este trabajo, es necesario emprender una amplia jornada de capacitación del Poder Judicial Local y Federal con respecto al arbitraje comercial y todos aquellos supuestos en los que tiene que colaborar y apoyar al proceso arbitral. Los órganos de supervisión de las autoridades judiciales tiene que estar sumamente atentos a los comentarios y quejas de los usuarios que pactando un convenio arbitral han sido obstaculizados por la negligente intervención del correspondiente juez o magistrado. Es también responsabilidad de todos los colegios, barras, asociaciones y demás representaciones profesionales, haciendo hincapié en las de carácter jurídico, el manifestar a la opinión pública todos aquellos casos relacionados con arbitrajes en los que, de manera notoria, la autoridad judicial incurra en una deliberada *actuación negativa en contra de la estricta aplicación de la ley.* c) *Cultura arbitral.* Actualmente, existe una tendencia a calificar al arbitraje como uno de los temas de vanguardia del próximo siglo, sin embargo, aún entre la comunidad jurídica, tanto profesional como académica, esta figura es plenamente desconocida. La práctica constante de una disciplina hace que la misma sea al poco tiempo ampliamente conocida y divulgada. En el caso del arbitraje comercial, éste proceso empezó a ser punto de atención a raíz de que la estrategia gubernamental fue la de apertura de mercados y la promoción del libre comercio hacia mediados de la década pasada. La práctica de esta vía extrajudicial fue importantemente impulsada por el comercio internacional. La modernización de las disposiciones mercantiles sobre la materia fueron modernizadas y/o adecuadas desde una óptica internacional, copiando modelos normativos de instituciones internacionales, dejando en un segundo plano, las necesidades de que dicha figura adolecía desde el punto de vista doméstico y de su conexión o interrelación con diversas leyes secundarias. Este impulso internacional ocasionó un importante adelanto para adecuar la legislación nacional al uso y práctica del arbitraje comercial como medio de solución de controversias y por ende también ocasionó la familiarización con dicha figura procesal por parte de los comerciantes y hombres de empresa. Al contar con un marco normativo suficiente, los profesionales del Derecho comenzaron a introducir el arbitraje comercial al esquema de operaciones y contratos mercantiles, alentando con ello la aplicación de dicho medio alternativo de solución de controversias. Sin embargo, desde la perspectiva del usuario, el mayor éxito alcanzado en lo que corresponde al sometimiento de la vía procesal arbitral, ha sido en el

ámbito internacional. El arbitraje comercial aplicado para solucionar controversias de carácter doméstico no ha tenido el desenvolvimiento que el de carácter internacional por carecerse de una costumbre de utilizar esta vía extrajudicial como formato para someter disputas de carácter comercial. Esta situación prevalece, por la desconfianza que los propios asesores jurídicos ha fomentado entorno al arbitraje comercial, sea esto por pleno desconocimiento de la figura, por carecerse de entidades especializadas en administrar este tipo de procedimientos, por inseguridad jurídica, o también para evitar la pérdida de dinero que devengan asuntos interminables sustanciados ante instancia judiciales. Aunado a lo anterior, los líderes y representantes del sector de negocios en México, tampoco se han comprometido en impulsar esta figura procesal y lo que es peor, en la mayoría de los casos no se ha tomado la molestia de examinar a fondo las múltiples ventajas que para ellos representan los medios alternativos de solución de controversias. Resulta esencial continuar con los esfuerzos de capacitación y familiarización con esta vías jurisdiccionales, para de esta forma despertar un vivo interés en los demás sectores y poner a su alcance una herramienta que el propio ordenamiento jurídico pone a disposición de todo aquél que lo quiera y le convenga utilizar. *d) Capacitación y e) Infraestructura.* Tal vez este es el rubro más importante, ya que el mismo hace referencia a la educación en materia arbitral y de aplicación de los demás medios alternativos para la solución de controversias. El pleno conocimiento y dominio de una disciplina facilita su transmisión y comprensión por todos los demás interesados en ella. La capacitación en arbitraje comercial es una necesidad imperante dentro del ámbito jurídico de nuestro país. De una adecuada capacitación en gran medida va a depender el correcto apoyo judicial al arbitraje, la utilización de esta figura por parte de la comunidad de negocios de México, así como la promoción y elaboración de normas eficientes que hagan de este proceso una verdadera opción ante la vía judicial. La capacitación tiene que partir de los programas y planes de estudio de todas las escuelas, facultades y departamentos de Derecho, así como de los cursos, seminarios y conferencias llevadas a cabo en foros empresariales y de negocios en general. De la misma forma, la actualización jurídica en materia de vías procesales extrajudiciales debe de formar parte obligatoria de los cursos y pláticas que se impartan a los funcionarios judiciales en toda la República. Otro aspecto igualmente trascendente y definitorio para la plena implementación del arbitraje comercial consiste en el desarrollo de infraestructura para atender por dicho vía los casos que se deriven de convenios arbitrales. En nuestro país no existen arriba de cinco centros o instituciones especializadas en la administración de procedimientos arbitrales, y casi todas estas instituciones carecen de sucursales fuera de las entidades en las que radican. Se carece de un andamiaje básico para responder ante la demanda de los usuarios, al no contar en México con una red lo suficientemente representativa para convencer a las partes

en un contrato u operación de someterse a esta vía extrajudicial en caso de que cualquier diferencia se suscite. Haciendo el análisis de los centros existentes, éstos todavía se encuentran en su etapa de promoción, sin que a la fecha hayan atendido un porcentaje razonable de arbitrajes comerciales que los posicionen o ubique como instancias de confianza en los que el usuario goza de una plena seguridad jurídica, de un profesionalismo en la administración de justicia y de las demás bondades del propio procedimiento arbitral. La labor en favor del arbitraje comercial que representa la sola existencia de estos centros es muy admirable y la misma sin duda alguna será un éxito como lo ha sido en otros países sino se cae en cualquiera de los siguientes supuestos : 1.- Contemplar el centro exclusivamente como negocio; 2.- Que prevalezca la rivalidad y no la cooperación entre los centros existentes; 3.- La falta de apertura en la conformación de las listas de árbitros de cada centro; 4.- El realizar asociaciones excluyentes en perjuicio de la libre elección del usuario o 5.- El obstaculizar la conformación de nuevos centros. A este esfuerzo principalmente gestado por la comunidad jurídica en México, deben de sumarse representantes de todos los rubros asociados con las operaciones y contratos mercantiles como es el caso de entidades financieras, industria textil, industria maquiladora, industria de la construcción, industria alimentaria, entre muchos otros. De esta forma, y comprometiendo a cada centro a actualizar y perfeccionar la normatividad institucional que rigen sus procedimientos, México va a contar con una infraestructura básica para continuar facilitando al empresario esta valiosa herramienta del Derecho Procesal. Es a través del arbitraje institucional y no mediante el arbitraje *ad - hoc*, como la conformación de un eficiente fundamento para la práctica cotidiana de esta institución se consigue. Los arbitrajes *ad - hoc* no garantizan una uniformidad en la constitución de criterios prácticos y funcionales, por el contrario este tipo de arbitrajes diversifica la aplicación de la propia *lex arbitri*, desarmonizando o desarticulando la denominada *jurisprudencia* o *precedentes* arbitrales. La proliferación o la profesional extensión de este tipo de organizaciones garantizan la existencia de una continuidad en la información acerca del arbitraje, de los aspectos más relevantes de este procedimiento, así como una referencia informativa para aplicarse o considerarse como precedente en todos aquellos casos iguales a semejantes. La experiencia probada de importantes instituciones como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, así como la de la Asociación Americana de Arbitraje Comercial ha demostrado el camino a seguir para consolidar la cultura arbitral en cualquier país, sea con referencia al arbitraje doméstico o al arbitraje internacional. La labor de estas dos importantes instituciones ha impulsado exponencialmente la utilización del arbitraje como medio alternativo de jurisdicción ante los tribunales judiciales. La estrategia de estas dos organizaciones una en el ámbito interno de un país y la otra con referencia a arbitrajes

derivados del comercio internacional, se sintetiza en la consolidación ante la comunidad en general como un o unos centros altamente profesionales para la administración de procedimientos jurisdiccionales, así como el poseer un amplio número de personas especializadas en la materia, mismas que garantizan al usuario prácticamente todas las ventajas y bondades que doctrinariamente se aluden sobre el arbitraje.

5.- Es de sobra conocido el principio procesal que versa : todo lo no prohibido está permitido. La materia mercantil en prácticamente todos sus rubros es arbitrable, es decir, casi la totalidad de los contratos y de las operaciones de comercio pueden, en caso de controversia, ser sometidas al proceso de arbitraje comercial. Salvo las pocas excepciones existentes, las materias del juicio ordinario mercantil y del juicio ejecutivo mercantil, así como las de algunos procedimientos especiales, pueden, igualmente ser materia de un juicio arbitral. En específico, casi la totalidad de los contratos y operaciones realizados en el sistema financiero son arbitrables. Esta afirmación se fundamenta en la inclusión de los procesos extrajudiciales de solución de controversias en el capítulo de protección de los intereses del público en los cuerpos normativos más representativos de ese sector del comercio. De la misma forma, en los principales instrumentos internacionales relacionados con el comercio de servicios financieros, es común encontrar disposiciones que hacen referencia al juicio arbitral como vía para la solución de controversias entre las partes involucradas en el correspondiente contrato u operación. Sin embargo, la sistematización de estos procedimientos de solución de controversias extrajudiciales en los rubros de operaciones financieras, distan de ser capítulos adjetivo completos e idóneos para garantizar a las partes procedimiento acordes con la naturaleza de la disputa, sus complejidades y tecnicismos. Para que el arbitraje comercial se convierta en la opción número uno para ser utilizada como vía de solución de controversias de las operaciones y contratos (sofisticados) en materia financiera, es preciso contar con reglamentos o disposiciones públicas o privadas que respondan a las necesidades que cada litigio en particular requiere de acuerdo con su propia naturaleza. De la misma forma, se necesitan de un mayor número de profesionales del ámbito financiero y del jurídico que manejen esta técnica procesal y que sean lo suficientemente profesionales para responder adecuadamente a las partes que los designan como órganos jurisdiccionales, y al propio Estado Mexicano que, en ejercicio de su soberanía faculta a las particulares a escoger métodos distintos a los administrados por un poder soberano para dirimir sus conflictos. La respuesta a estas necesidades radican sobre todo en el sector privado de México. El Gobierno Federal y mucho menos los gobiernos locales tiene la concentración, ni el presupuesto para emprender una trascendente reforma

sobre la aplicación del arbitraje comercial, incluyéndose la mediación y la conciliación, dentro del Sistema Financiero Mexicano. La responsabilidad del proyecto debe de descansar principalmente en la comunidad de negocios y en la comunidad financiera del país, apoyados eso sí, por las autoridades correspondientes, así como de organismos internacionales, que entre sus objetivos se encuentra la promoción y desarrollo de la utilización de los medios alternativos de solución de controversias.

6.- La propuesta de creación de centros especializados para administrar o participar en procedimientos extrajudiciales para resolver conflictos derivados de operaciones y/o contratos relacionados con el sistema financiero, es una conclusión a la que se llega principalmente por tres razonamientos fundamentales : a) Seguridad jurídica en las operaciones, sobre todo en las de alto contenido técnico o designadas como sofisticadas, incluyéndose las de carácter internacional; b) Eficientización de procedimientos, costos procesales e inversión de capital humanos para la solución de conflictos y c) Resoluciones jurídicas definitivas y obligatorias armonizadas tanto con el estricto apego a las leyes, como a los usos y costumbres del particular sector financiero y comercial. Entidades financieras, clientes y abogados de ambas partes, han coincidido en que la falta de este tipo de entidades especializadas en nuestro país, ha disminuido y disminuye la posibilidad de contemplar el arbitraje comercial como una seria opción procesal para someter sus controversias. La pregunta en todos los casos es la misma ¿ En donde están esos maravillosos centros que resolverían gran parte del rezago judicial de cada departamento jurídico y de cada tribunal de primera instancia ? Nuevamente afirmamos, esas entidades pueden ser una realidad en la medida en que así lo requieran y auténticamente quieran todo los actores del Sistema Financiero Mexicano. En lugar de tener que pactar la jurisdicción de los tribunales de la Ciudad de Nueva York, la de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, o el preocuparse por esquematizar y desarrollar un arbitraje semi administrado, se señalarían dichos centros como entidades antes las cuales se sustanciarán los procedimientos arbitrales correspondientes. Esto ocasionaría que las entidades financieras comenzaran a considerar la introducción de un programa de medios alternativos de solución de controversias en sus estrategias administrativas y jurídicas, proponiéndose alcanzar la eficientización en los procedimientos en que se involucren, la reducción de costos procesales y de capital humano destinado a la atención de controversias con los usuarios y en la mayoría de los casos, conservar al cliente, ya que, aunque el arbitraje es un método adversarial, el alto profesionalismo involucrado en el mismo aportado, en casi todos los procedimientos, por ambas partes, garantiza que éstas se sientan más satisfechas con los fallos que se emitan,

sean estos condenatorios o absolutorios. Finalmente, el contar con expertos en cada una de las materias en específico que se llegaran a ventilar en este tipo de centros para la solución de controversias, garantizarían a las partes decisiones no solamente apegadas a derecho sino diseñadas para no condenar ni absolver sino en lo estrictamente justo a cada una de las partes. Igualmente, las sentencias o laudos arbitrales que se derivan de este tipo de procedimientos, constituyen razonamientos jurisdiccionales pronunciados por personas honorables, profesionales en la materia y con la firme convicción de dotar al comercio de servicios financieros de todas las facilidades que con apego a la ley merezca.

**BIBLIOGRAFIA Y
FUENTES DE CONSULTA**

- Acosta Romero, Miguel. *"Nuevo Derecho Bancario"*. Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1995. pp. 1087.

- Acosta Romero, Miguel. *"Nuevo Derecho Bancario"*. Editorial Porrúa, S.A., 6a ed. México, 1997. pp. 1263.

- Acosta Romero, Miguel. *"Teoría General del Derecho Administrativo"*. Editorial Porrúa, S.A., 10a edición. México, 1991. pp. 903.

- Aguilar Alvarez, Guillermo. *"Marco Jurídico del Tratado de libre Comercio de América del Norte"*. Ponencia presentada en el Seminario México - Estados Unidos, *Resolución de Controversias Internacionales*, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *"Derecho Procesal Mexicano"* (tomos I y II). Editorial Porrúa, S.A., 2a ed. México, 1985. pp. 638 - I y 634 - II.

- American Arbitration Association. *"Dispute Resolution Journal"*. April - September 1996.

- American Arbitration Association. *"The International Arbitration Kit, A Compilation of Basic and Frequently Requested Documents"*. American Arbitration Association, 4th ed. N.Y., 1993. pp. 395.

- American Bar Association Section of Dispute Resolution. *"Program Book of the Advanced Mediation Symposium"*. Celebrated January 30 - 31, San Antonio, TX, 1997.

- American Bar Association, Section of Litigation. *"Commercial Arbitration for the 1990s"*. American Bar Association. U.S.A. 1991. pp. 391.

- Arellano García, Carlos. *"Derecho Internacional Privado"*. Editorial Porrúa, S.A., 10a ed. México, 1992. pp. 930.

- = Arellano García, Carlos. *"El Conflicto de Leyes en el Arbitraje Privado"*. Revista Panorama Jurídico, año 1, no. 4. México, 1998.
- = Asociación de Banqueros de México, A.C. *"Anuario Financiero de la Banca en México, Ejercicio 1995"*. (Volumen LVI). Wallace Editores, S.A., 1a ed. México, 1996. pp. 779.
- = Barrera Graf Jorge. *"Instituciones de Derecho Mercantil"*. Editorial Porrúa, S.A., 2a ed. México, 1991. pp. 861.
- = Briseño Sierra, Humberto. *"El Arbitraje Comercial, Doctrina y Legislación"*. Editorial Limusa, S.A. de C.V., 1a reimpresión. México, 1988. pp. 278.
- = Briseño Sierra, Humberto. *"Sobre Arbitraje, Estudios"*. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1a ed. México, 1995. pp. 698.
- = Burgoa , Ignacio. *"El Juicio de Amparo"*. Editorial Porrúa, S.A., 30a ed. México, 1992. pp. 1088.
- = Burgoa , Ignacio. *"Las Garantías Individuales"*. Editorial Porrúa, S.A., 23a ed. México, 1991. pp. 780.
- = Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. *"Boletín Informativo, El Arbitraje Comercial Internacional"* (Número 25, enero - marzo 1998). Editada por el Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C. México, 1998. pp. 92.
- = Carvallo Yáñez, Erick. *"Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano; Teoría y Práctica Jurídica de las Agrupaciones Financieras, las Instituciones de Crédito y las Casas de Bolsa"*. Editorial Porrúa, S.A., 2a ed. México, 1997. pp. 322.
- = Carver, Todd B. & Vondra, Albert A. *"Alternative Dispute Resolution : Why it doesn't work and why it does"*. Harvard Business Review, may - june, 1994.
- = Caso, Angel. *"Derecho Mercantil"*. Edición propia. México, 1938. pp. 611.
- = Castillo Lara, Eduardo. *"Juicios Mercantiles"*. Oxford University Press Harla México, S.A. de C.V., 2a edición. México, 1996. pp. 184.

- Castruita, César. *"Aumentará la inseguridad jurídica para la banca"*. Periódico *El Economista*, primera plana, Editado por Periódico El Economista, S.A. de C.V. México, D.F., 31 de julio de 1997.
- Cervantes Ahumada, Raúl. *"Derecho Mercantil"*. Editorial Herrero, S.A. de C.V., 2a reimpresión. México, 1990. pp. 703.
- Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. *"Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial"*. Cámara de Comercio Internacional. Francia, 1995. pp. 94.
- Cortina Ortega, Gonzalo. *"Prontuario Bursátil y Financiero"*. Editorial Trillas, S.A. de C.V., 4a reimpresión. México, 1992. pp. 157.
- CPR Institute for Dispute Resolution. *"ADR in the Casualty Insurance Industry"*. 1994.
- CPR Institute for Dispute Resolution. *"Arbitration"*. 1995.
- CPR Institute for Dispute Resolution. *"Banking Industry ADR"*. 1994.
- CPR Institute for Dispute Resolution. *"Commercial Contract Disputes"*. 1994.
- CPR Institute for Dispute Resolution. *"Complex Securities Disputes"*. 1994.
- Craig, W. Laurence - Park, William W. & Paulsson, Jan. *"International Chamber of Commerce Arbitration"*. Oceana Publications, Inc., ICC Publishing, S.A., Second Edition. U.S.A. 1994. pp. 699.
- Cruz Miramontes, Rodolfo. *"El TLC : Controversias, soluciones y otros temas conexos"*. McGraw - Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1997. pp. 178.
- Cruz Miramontes, Rodolfo. *"La Reordenación Económica Mundial y el TLC de América del Norte"*. Revista de Derecho Privado, año 2, núm. 6, septiembre - diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1991.

- Cruz Miramontes, Rodolfo. *"Las Resoluciones sobre Prácticas Comerciales Internacionales y su Revisión en el TLC"*. Ponencia presentada en el Seminario México - Estados Unidos, Resolución de Controversias Internacionales, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

- Cruz Miramontes, Rodolfo. *"Los Mecanismos de Solución de Conflictos en el TLC"*. Ponencia presentada en los trabajos del Tercer Congreso Internacional Universitario Empresarial. México, D.F., 23, 24 y 25 de marzo de 1994.

- Dávalos Mejía, Carlos Felipe. *"Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Tomo I : Títulos de Crédito"*. HARLA, S.A. de C.V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, 2a ed. México, 1992. pp. 497.

- Dávalos Mejía, Carlos Felipe. *"Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. Tomo II : Derecho Bancario y Contratos de Crédito"*. Colección Textos Jurídicos Universitarios, Editorial Harla S.A. de C.V., 2a ed. México, 1992. pp. 558.

- Davis, Frederick T. y Erker, Ferdinand J. *"Drafting the Arbitration Agreement"*. Ponencia presentada en el Seminario México - Estados Unidos, Resolución de Controversias Internacionales, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

- de Olloqui, José Juan. *"Implicaciones Jurídicas de la Apertura Comercial"*. Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones sobre Estados Unidos de América, Area : México - Estados Unidos, Serie : Documentos, 1a ed. México, 1991. pp. 42.

- de Pina, Rafael y de Pina Vara, Rafael. *"Diccionario de Derecho"*. Editorial Porrúa, S.A., 18a ed. México, 1992. pp. 525.

- Di Giovan Battista, Ileana, *"Derecho Internacional Económico y Relaciones Económicas Internacionales"*. Abeledo - Perrot, S.A.E. 1a ed. Argentina, 1992. pp. 604.

- Dodd, Mead and Company. *"The New International Encyclopaedia"* (volume I). Dodd, Mead and Company. U.S.A., 1906. pp. 792.

- Dorantes Tamayo, Luis. *"Elementos de Teoría general del Proceso"*. Editorial Porrúa, S.A., 3a ed. México, 1990. pp. 348.
- Driskill, S.A. *"Enciclopedia Jurídica Omeba"* (tomo XVII). Driskill, S.A. Argentina, 1990. pp. 963.
- Editorial Francisco Seix, S.A. *"Nueva Enciclopedia Jurídica"* (tomo II). Editorial Francisco Seix, S.A., 1a ed. España, 1983. pp. 938.
- Enciclopedia de México, S.A. *"Enciclopedia de México"* (tomo I). Enciclopedia de México, S.A., 4a ed. México, 1978. pp. 605.
- Encyclopaedia Britannica, Inc. *"The New Encyclopaedia Britannica"* (Macropaedia volume 1). Encyclopaedia Britannica, Inc. 15th edition. London, 1975. pp. 1178.
- Escuela Libre de Derecho. *"Revista de Investigaciones Jurídicas"* (Año 12 Número 12). Editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho. México, 1988. pp. 600.
- Espasa - Calpe, S.A. *"Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana"* (tomo V). Espasa - Calpe, S.A. España, 1958. pp. 1336
- Facultad de Economía, Universidad Nacional Autónoma de México. *"El Tratado de Libre Comercio, México, EUA, Canadá, Beneficios y Desventajas"*. Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Diana, S.A. de C.V., 2a impresión. México, 1991. pp. 90.
- Fagan, Wayne I. *"An Overview of International Commercial Arbitration, Introductory - Entry Level Course"*. Documento presentado en el Seminario *Abogados de las Américas*, realizado los días 7 y 8 de diciembre de 1995 en la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac del Norte, en México, Distrito Federal.
- Fernández García, Eduardo. *"Regulación Prudencial y Consolidación del Sistema Financiero"*. Ponencia presentada en los trabajos de la 60a Convención Bancaria, organizada por la Asociación de Banqueros de México, A.C. Cancún, Quintana Roo, 6 - 8 de marzo de 1997.

- Flores, Gerardo, Salgado, Alicia y agencias. "*Plan Anticrisis del Club de Ricos*". Periódico *El Financiero*, primera plana, Editado por El Financiero, S.A. de C.V. México, D.F., 19 de junio de 1997.

- Fundación Española de Arbitraje. "*Jurisprudencia Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*" (compilado por Yves Derains). Fundación Española de Arbitraje, Madrid, 1985. pp. 407.

- Galindo Garfias, Ignacio. "*Derecho Civil*". Editorial Porrúa, S.A., 9a ed. México, 1989. pp. 758.

- García Moreno, Víctor Carlos. "*El Capítulo 19 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*". Artículo publicado en la revista *Alegatos* número 32 de 1996, órgano de difusión del Departamento de Derecho División de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.

- García Moreno, Víctor Carlos. "*Lavado Internacional de Dinero*". Edición propia.

- García Moreno Víctor C. y Hernández Ochoa César E. "*El Neoproteccionismo y los Paneles como Mecanismos de Defensa contra las Prácticas Desleales*". Revista de Derecho Privado, año 3, núm. 9, septiembre - diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1992.

- García - Pelayo y Gross, Ramón. "*Larousse Diccionario Usual*". Ediciones Larousse, S.A. de C.V., 22a reimpresión. México, 1985. pp. 742, ill.

- Garrone, José Alberto. "*Diccionario Jurídico Abeledo - Perrot*" (tomo I). Abeledo - Perrot, 1a ed. Argentina, 1986. pp. 818.

- Gómez Lara, Cipriano. "*Teoría General del Proceso*". HARLA, S.A. de C.V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, 8a ed. México, 1990. pp. 429.

- Góngora Pimentel, Genaro David. "*Introducción al Estudio del Juicio de Amparo, Temas del Juicio de Amparo en Materia Administrativa*". Editorial Porrúa, S.A., 3a ed. México, 1990. pp. 469.

- Gorbachov, Mijail. *"Memorias, Los Años Decisivos 1985 / 1992"*. Colección : Espejo del Mundo, Editorial Planeta Mexicana, S.A. de C.V., Grupo Editorial Planeta de México, 1a ed. México, 1993. pp. 359.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo. *"Notas y Estudio sobre el Proceso Civil"*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G : Estudios Doctrinales, Núm. 155, 1a ed. México, 1994. pp. 190.
- Grigera Naon, Horacio A. *"Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales en América Latina"*. Ponencia presentada en la XIII Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, desarrollada en Cali, Colombia el 21 y 22 de noviembre de 1994.
- Grupo Asesor México, S.C. *"El Sistema Financiero Mexicano"*. Documento presentado en el mes de diciembre de 1997.
- Gutiérrez y González, Ernesto. *"Derecho de las Obligaciones"*. Editorial Porrúa, S.A., 7a ed. México, 1990. pp. 1083.
- Heilman Grier, Jean. *"Solución de Controversias en los Tratados Comerciales"*. Ponencia presentada en la XIV Conferencia Interamericana sobre Arbitraje Comercial, Solución de Controversias en las Américas, realizada del 20 al 22 de septiembre de 1995, en la Ciudad de San Antonio, Texas, EE.UU.
- Herrejón Silva, Hermilo. *"Las Instituciones de Crédito, un Enfoque Jurídico"*. Editorial Trillas, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1988. pp. 128.
- Herzstein Robert E. . *"NAFTA Dispute Resolution Mechanisms"*. Ponencia presentada en el Seminario México - Estados Unidos, Resolución de Controversias Internacionales, realizado del 9 al 10 de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.
- Howard, Georgina y Salgado, Alicia. *"Completar la Reforma Financiera, sugiere el FMI a Latinoamérica"*. Periódico *El Financiero*, primera plana, Editado por El Financiero, S.A. de C.V. México, D.F., 24 de junio de 1997.

- Hunter, Martín - Paulsson, Jan - Rawding, Nigel & Redfern, Alan. *"The Freshfields Guide to Arbitration and ADR"*. Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer/The Netherlands, 1993. pp. 110.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo A - CH). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. pp. 810.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo D - H). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. pp. 1602.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo I - O). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. pp. 2302.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Diccionario Jurídico Mexicano"* (tomo P - Z). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1992. pp. 3272.

- Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Resolución de Controversias Comerciales en América del Norte"*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1a ed. México, 1994. pp. 272.

- Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. *"Nuestra Constitución, Historia de la Libertad y Soberanía del Pueblo Mexicano"*. (Tomo 10). Obra Publicada por el Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, con motivo del LXXX Aniversario del Inicio de la Revolución Mexicana, 1a ed. México, 1990. pp. 88.

- Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. *"Nuestra Constitución, Historia de la Libertad y Soberanía del Pueblo Mexicano"*. (Tomo 12). Obra Publicada por el Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, con motivo del LXXX Aniversario del Inicio de la Revolución Mexicana, 1a ed. México, 1990. pp. 94.

- Instituto Tecnológico Autónomo de México. *"México y el Tratado Trilateral de Libre Comercio, Impacto Sectorial"*. McGraw-Hill Interamericana de México, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1992. pp. 384.

- Interaction Council. *"Economies in Transformation. Limitations and Potential of the Transition Process"*. Proceedings and Documents of a High-level Expert Group convened by the Interaction Council. London, United Kingdom, 6 - 7 april, 1991. pp. 426.

- Interaction Council. *"Memoir of the High-Level Meeting on Global Interdependence and National Sovereignty"*. Published by the Interaction Council. Conference organized in Lisbon, 9 -11 march, 1990. pp. 168.

- International Chamber of Commerce. *"Collection of ICC Arbitral Awards 1986 - 1990"* (compiled by Sigvard Jarvin, Yves Derains y Jean-Jacques Arnaldez). International Chamber of Commerce Publishing, S.A., Kluwer Law and taxation Publishers, The Netherlands, 1994. pp. 578.

- International Chamber of Commerce. *"The ICC International Court of Arbitration Bulletin"* (vol. 7/No.2). International Chamber of Commerce, December, 1996.

- International Council for Commercial Arbitration. *"Planning Efficient Arbitration Proceedings. The Law Applicable in International Arbitration"*. (ICCA Congress Series No. 7). Kluwer Law International, Cambridge, MA, 1996. pp. 616.

- Johnson, Andrea. *"The Ultimate Comeback"*. IFR Review of the Year 1996, International Financing Review. IFR Publishing Ltd. London, 1996.

- Kaufman, George G. *"Fracasos, Riesgo Sistémico y Regulación Bancaria"*. Revista *Ejecutivos de Finanzas*, Año XXVI, no. 6. Editada por el Comité Editorial del Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, A.C. México, 1997.

- Leguineche, Manuel. *"La Primavera del Este, 1917 - 1990 : La Caída del Comunismo en la otra Europa"*. Editado por Actualidad y Libros, S.A., Plaza & Janes Editores / Cambio 16, 2a ed. España, 1990. pp. 512.

- León León, Rodolfo. *"Instrumentos Financieros del Mercado de Dinero, Biblioteca Nafin no. 4"*. Subdirección de Publicaciones, Nacional Financiera, S.N.C., 1a ed. México, 1992. pp. 58.

- LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"* (tomo III). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. pp. 1200.

- LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"*. (Tomo IV). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. pp. 1565.

- LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"*. (Tomo V). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. pp. 1299.

- LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"*. (Tomo VII). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. pp. 764.

- LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"*. (Tomo VIII). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. pp. 998.

- LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"*. (Tomo IX). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. pp. 1251.

- LV Legislatura, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Comité de Asuntos Editoriales y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma

de México. *"Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones"*. (Tomo XII). Miguel Angel Porrúa, Librero-Editor, 4a ed. México, 1994. pp. 1368.

- Mantilla Molina Roberto L. *"Derecho Mercantil"*. Editorial Porrúa, S.A. 28a ed. México, 1992. pp. 546.

- Martin, Elaine & Bishop, R. Doak. *"Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros"*. Ponencia presentada en la XIV Conferencia Interamericana sobre Arbitraje Comercial, Solución de Controversias en las Américas, realizada del 20 al 22 de septiembre de 1995, en la Ciudad de San Antonio, Texas, EE.UU.

- Marzorati, Osvaldo J. *"Derecho de los Negocios Internacionales"*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina, 1993. pp. 687.

- McLaughlin, Joseph T. & Pérez - Correa, Fernando. *"Ejecución de Laudos Arbitrales de acuerdo con Convenciones Internacionales"*. Ponencia presentada en el Seminario México - Estados Unidos, *Resolución de Controversias Internacionales*, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

- Neuhaus, Joseph E. *"Interim Measures and their Enforceability under National Law"*. Lecture presented at the Seventh Annual Transnational Commercial Arbitration Workshop. *The Transnational Arbitration of High - Tech Disputes*. Sponsored by The Institute for Transnational Arbitration. June 20, 1996. Dallas, Texas.

- North - Holland. *"Encyclopedia of Public International Law"* (volume one) North - Holland. Amsterdam, 1992. pp. 1117

- Ogayar y Ayllon, Tomás. *"El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral"*. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, España. pp. 257.

- Ovalle Favela, José. *"Derecho Procesal Civil"*. HARLA, S.A. de C.V., Colección Textos Jurídicos Universitarios, 4a ed. México, 1991. pp. 459.

- Poder Ejecutivo Federal. *"Plan Nacional de Desarrollo 1989 - 1994"*. Trabajos coordinados por la Secretaría de Programación y Presupuesto, 1a ed. México, 1989. pp. 143.

- Porter, Michael E. *"La Ventaja Competitiva de las Naciones"* (traducción de Rafael Aparicio Martín). Javier Vergara Editor, S.A., 1a ed. Argentina, 1991. pp. 1025.

- Redfern, Alan - Hunter, Martin. *"Law and Practice of International Commercial Arbitration"*. Sweet & Maxwell. London, 1986.

- Reed, Lucy F. *"Solución de Controversias en el TLCAN, Capítulo 11"*. Ponencia presentada en la XIV Conferencia Interamericana sobre Arbitraje Comercial, Solución de Controversias en las Américas, realizada del 20 al 22 de septiembre de 1995, en la Ciudad de San Antonio, Texas, EE.UU.

- Robert, Jean. *"Administration of Evidence in International Commercial Arbitration."* I Yearbook 221, 1976.

- Rojina Villegas, Rafael. *"Derecho Civil Mexicano"* (Tomo VI). Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1985. pp. 722.

- Rosenberg, Jerry M. *"Diccionario de Banca"*. Ventura Ediciones, S.A. de C.V., 1a edición. México, 1995. pp. 495.

- Ruiz Torres, Humberto. *"Elementos de Derecho Bancario"*. McGraw - Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V., Serie Jurídica, 1a ed. México, 1997. pp. 179.

- Santos Belandro, Rubén B. *"Arbitraje Comercial Internacional, Segunda Edición"*. Perezniето Editores, S.A. de C.V., 2a ed. México, 1997. pp. 322.

- Senado de la República LV Legislatura. *"Dictamen sobre el Tratado de Libre Comercio para América del Norte y Acuerdos Complementarios Laboral y Ambiental"*. Comisiones Editorial y de Comercio del Senado de la República, 1a ed. México, 1994. pp. 224.

- Sepúlveda, César. *"Derecho Internacional"*. Editorial Porrúa, S.A., 16a ed. México, 1991. pp. 746.

- Siqueiros, José Luis. *"El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada"*. Escuela Libre de Derecho, Fondo para la Difusión del Derecho, Publicación Varia Jurídica, Miguel Angel Porrúa Grupo Editorial, 1a ed. México, 1992. pp. 88.

- Siqueiros, José Luis. *"La Resolución de Controversias en el Tratado Trilateral de Libre Comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá"*. Revista de Derecho Privado, año 2, núm. 6, septiembre - diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1991.
- Silva, Jorge Alberto. *"Arbitraje Comercial Internacional en México"*. Pereznieto Editores, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1994. pp. 266.
- Silva Silva, Jorge Alberto. *"Codificación Procesal Civil y Mercantil Internacional"*. Editorial HARLA, S.A. de C.V., Colección Leyes Comentadas, 1a ed. México, 1995. pp. 623.
- Smith, Colin. *"Collins Spanish - English English - Spanish Dictionary"*. William Collins Sons & Co. Ltd. Gran Bretaña, 1974. pp. 640.
- Soto, Orquídea. *"No habrá sujetos de crédito sin seguridad jurídica"*. Periódico *El Economista*, 8 de enero de 1998. p. 15.
- Soto, Orquídea. *"Ponen jueces en desventaja a afianzadoras al mal interpretar la ley"*. Periódico *El Economista*, 22 de enero de 1998. p. 23.
- Soto, Orquídea. *"Sólo las fuerzas del mercado deben regular arrendadoras"*. Periódico *El Economista*, 6 de marzo de 1998. p. 14.
- St. Mary's University School of Law - Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac. *"Alternative Methods of Dispute Resolution"*. Material del Seminario *Abogados de las Américas*, celebrado en diciembre 7 - 9, en la Ciudad de México, 1995.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. *"Manual del Juicio de Amparo"*. Editorial Themis, S.A., 11a reimpresión. México, 1993. pp. 555.
- Tamames, Ramón. *"Estructura Económica Internacional"*. Colección Los Noventa, Coedición Alianza Editorial, S.A., la Dirección General de Publicaciones del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes y Editorial Patria, S.A. de C.V. 1a ed. México, 1991. pp. 494.

- Tamayo y Salmorán, Rolando. *"El Derecho y la Ciencia del Derecho"*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G. Estudios Doctrinales, núm. 86, 1a ed. México, 1986. pp. 239.

- Tena Ramírez, Felipe. *"Leyes Fundamentales de México"*. Editorial Porrúa, S.A., 16a ed. México, 1991. pp. 1102.

- The Chartered Institute of Arbitrators North American Branch and The Centre for Conciliation and Arbitration St. Mary's University School of Law. *"International Commercial Arbitration Training"*. Ponencias presentadas durante el seminario desarrollado los días 6 y 7 de mayo de 1995, en la Ciudad de San Antonio, Texas.

- *The Economist*. Artículo de portada, *"Kill or Cure"*. Editada por The Economist Newspaper, NA, Inc. New York, U.S.A., mes de enero de 1998.

- The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Lectures from The New York Convention Day Colloquium. New York, New York, June 10, 1998.

- The World Arbitration Institute. *"International Commercial Arbitration in New York"*. Transnational Publishers, Inc. Dobbs Ferry, New York. U.S.A. 1986. pp. 326.

- Tierney, Jennifer. *"Back from the Dead"*. IFR Review of the Year 1995, International Financing Review. IFR Publishing Ltd. London, 1995. p. 76.

- Treviño, Julio C. *"International Commercial Arbitration in Mexico"*. Documento presentado en el Seminario México - Estados Unidos, Resolución de Controversias Internacionales, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

- Treviño, Julio C. *"Selección del Foro, Arbitros y de las Reglas Institucionales"*. Ponencia presentada en el Seminario México - Estados Unidos, Resolución de Controversias Internacionales, realizado del 9 al 10 del mes de noviembre de 1995, en la Ciudad de México.

- Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. *"Panorama del Arbitraje Comercial Internacional (Selección de Lecturas)"*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano

de Comercio Exterior, Academia de Arbitraje y Comercio Internacional. México, 1983. pp. 644.

- Valdez Abascal, Rubén. *"La Modernización Jurídica Nacional dentro del Liberalismo Social"*. Fondo de Cultura Económica, 1a ed. México, 1994. pp. 237.

- Valentín Budic, Domingo. *"Diccionario del Comercio Exterior"*, Ediciones Depalma, 3a ed. Argentina, 1991. pp. 328.

- Van den Berg, Albert. *"Interim Measures and their enforceability, the New York Convention of 1958"*. Lecture presented at the Seventh Annual Transnational Commercial Arbitration Workshop. "The Transnational Arbitration of High - Tech Disputes." Sponsored by The Institute for Transnational Arbitration. June 20, 1996. Dallas, Texas.

- Vázquez del Mercado, Oscar. *"Contratos Mercantiles"*. Editorial Porrúa, S.A., 5a ed. México, 1994. pp. 587.

- Villarreal Corrales, Lucinda. *"TLC, Las Reformas Legislativas para el Libre Comercio 1991 - 1995"*. Editorial PAC, S.A. de C.V., 1a ed. México, 1995. pp. 218.

- Wagoner, David E. *"Medidas Cautelares en el Arbitraje Internacional"*. Ponencia presentada en la XIV Conferencia Interamericana sobre Arbitraje Comercial, Solución de Controversias en las Américas, realizada del 20 al 22 de septiembre de 1995, en la Ciudad de San Antonio, Texas, EE.UU.

- White & Case. *"Negotiating and Drafting an International Arbitration Clause"* (A check - list of key points). February 1, 1995.

- Wise, Sidney y Ortiz Dietz, Hugo. *"La Nacionalización de la Banca"*. Editado por El Inversionista Mexicano, 1a ed. México, 1982. pp. 63.

- Witker, Jorge y Jaramillo, Gerardo. *"El Régimen Jurídico del Comercio Exterior en México, del GATT al Tratado Trilateral"*. Serie I : Estudios de Derecho Económico, num. 19, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a ed. México, 1991. pp. 460.

- www.bis.org (Página electrónica en internet del Banco de Pagos Internacionales).
- www.iadb.org (Página electrónica en internet del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo).
- www.imf.org (Página electrónica en internet del Fondo Monetario Internacional).
- www.oecd.org (Página electrónica en internet de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos).
- www.worldbank.org (Página electrónica en internet del Grupo Banco Mundial).
- www.wto.org (Página electrónica en internet de la Organización Mundial del Comercio).
- Zamora Sánchez, Pedro. *"Arbitraje Comercial Internacional"*, Ediciones Numancia, S.A., 1a ed. México, 1992. pp. 127.
- Zorrilla, Luis G. *"Los Casos de México en el Arbitraje Internacional"*. Editorial Porrúa, S.A., 2a ed. México, 1981. pp. 236.

C U E R P O S N O R M A T I V O S

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- Ley sobre la Celebración de Tratados.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.
- Código de Comercio.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
- Ley Federal de Competencia Económica.
- Ley de Comercio Exterior.
- Ley del Banco de México.
- Ley de Instituciones de Crédito.
- Ley de Protección al Ahorro Bancario.
- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.
- Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
- Ley de Sociedades de Inversión.
- Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas.
- Ley del Mercado de Valores.

- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
- Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.
- Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal.
- Ley de la Propiedad Industrial.
- Ley Federal del Derecho de Autor.
- Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Ley de Amparo.
- Tesis de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito.
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commission on International Trade Law UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Reglas de arbitraje de la UNCITRAL.
- Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje.
- Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

- Reglamento de Procedimientos de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.
- Reglas de Arbitraje de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional.
- Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.
- Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
- Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
- Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM).
- Reglas de Arbitraje sobre Controversias Financieras de la Asociación Americana de Arbitraje.
- Reglas de Arbitraje sobre Valores de la Asociación Americana de Arbitraje.
- Guía de Procedimientos en materia de Seguros de la Asociación Americana de Arbitraje.