

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

RÉGIMEN JURÍDICO INTERNO E INTERNACIONAL DEL
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA JOSÉ MANUEL PALOMAR DUCLAUD

DIRECTOR DE LA TESIS:

DR. CARLOS ARELLANO GARCÍA

MÉXICO, D.F.

MARZO 2010



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.

Dedicatorias

A Dios, por haberme dado la vida que tengo, llena de alegrías, así como la oportunidad de vivir día a día.

A mi madre†, mujer alegre, positiva y amorosa, a quien recuerdo y extraño todos los días, por su amor y por hacerme la persona que soy hoy.

A mi padre, hombre y papá excepcional, con valores y moral inquebrantables, por su amor y sus enseñanzas, así como por el apoyo a lo largo de toda mi vida.

A mis hermanas, Andrea, Isabel y Cecilia, por su nobleza, su humor y su alegría.

A Lorena, por su ayuda y confianza recibidos durante todo este tiempo.

A Patty, mi inspiración y mi amor, por su amor, su motivación, su perseverancia, su alegría y por haberme cambiado la manera de ver la vida.

A mis abuelos, René†, Pepa†, Gabriel† y Luz, guías en mi vida, por su ejemplo, su tiempo, su cariño y su experiencia.

A Los Chavos, Jan, Vaca, Mike, Veni, Bilbo, Chava, Memo, Pato, Cacho, Lucha y Dany, así como a Hipo, Furby, Ramuel, Brauer, Pablo, Toin, Nigger, Toño, Chachi, Wilbur, Mafer, Christian, Rodolfo, *et. al.*, por su amistad y su motivación a superarme siempre.

A mis primos y tíos, por su cariño e interés mostrado a lo largo de mi vida.

A la familia Hartasánchez Frenk, mi segunda familia, así como a las familias García Gaminde Humana, de Lascurain Hinojosa y Brauer Robleda, por su apoyo y ayuda proporcionados sin siquiera haberlos pedido.

Agradecimientos

A la Universidad Nacional Autónoma de México, referencia educativa en México y Latinoamérica, por haberme proporcionado una educación ejemplar tanto en el ámbito académico como en el social.

A la Facultad de Derecho de la UNAM, por su enseñanza integral del Derecho por maestros líderes en sus respectivas ramas, formadora de abogados capaces de enfrentar la realidad jurídica actual.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su servicio bibliotecario, el cual fue de gran ayuda para la elaboración de la presente tesis.

Al Dr. Carlos Arellano García, maestro, jurista e investigador ejemplar, por su tiempo y dedicación al asesorarme en la elaboración y presentación del presente trabajo de investigación, así como por sus enseñanzas sobre el Derecho Internacional.

Al Dr. Luis Enrique Graham, y los Licenciados Salvador Fonseca y Carlos Martínez, por haberme dado la oportunidad de descubrir y explorar al arbitraje comercial internacional.

Al Lic. Rafael Rocher Gómez, por su amistad y su ejemplar manera de enseñar el Derecho Civil.

Al Dr. Alberto Fabián Mondragón Pedrero, por sus consejos, su amistad y sus conocimientos de Derecho Mercantil.

Al Lic. Antonio Cuellar Salas, por su experiencia y conocimientos proporcionados sobre el Amparo.

Índice

Introducción

i

CAPÍTULO PRIMERO. RESEÑA HISTÓRICA DEL ARBITRAJE.

1.1. Orígenes del arbitraje.	1
1.2. Regulación internacional del arbitraje.	3
1.2.1. Convenciones de la Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales.	3
1.2.2. Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales y Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales.	6
1.2.3. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.	8
1.2.4. Otros instrumentos internacionales.	10
1.2.4.1. Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional.	10
1.2.4.2. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.	11
1.2.4.3. Convención Árabe de Amman sobre Arbitraje Comercial.	13
1.2.4.4. Tratado sobre la Armonización de la Legislación Empresarial.	13
1.2.4.5. Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur.	14
1.2.4.6. Instrumentos de Derecho Uniforme auspiciados por la Organización de las Naciones Unidas.	15
1.3. Regulación interna del arbitraje.	15
1.3.1. Derecho castellano.	15
1.3.2. Derecho indiano.	18
1.3.3. Derecho nacional.	21
1.3.4. México en el arbitraje internacional.	23
1.3.4.1. El Fondo Piadoso de las Californias.	24
1.3.4.2. El Chamizal.	25
1.3.4.3. La Isla de la Pasión o Clipperton.	25

CAPÍTULO SEGUNDO. NATURALEZA JURÍDICA Y DEFINICIÓN DEL ARBITRAJE.

2.1. Naturaleza del arbitraje.

27

2.2. Teorías sobre el arbitraje.	28
2.2.1. Teoría jurisdiccional.	28
2.2.2. Teoría contractual.	29
2.2.3. Teoría mixta.	31
2.3. Clasificación de arbitraje.	32
2.3.1. Arbitraje interno y arbitraje internacional.	32
2.3.2. Arbitraje civil y arbitraje comercial.	33
2.3.3. Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional.	34
2.4. Definición etimológica y gramatical.	35
2.5. Definiciones doctrinales.	35
2.6. Definición legislativa.	38
2.7. Definición personal.	39

CAPÍTULO TERCERO. DERECHO VIGENTE MEXICANO.

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	41
3.1.1. Inconstitucionalidad del arbitraje.	41
3.1.2. Constitucionalidad del arbitraje.	43
3.2. Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio.	46
3.2.1. Acuerdo arbitral.	47
3.2.2. Terminación del arbitraje.	50
3.2.3. Costas del arbitraje.	52
3.2.4. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.	54
3.2.5. Nulidad del laudo arbitral.	55
3.3. Código Federal de Procedimientos Civiles.	59
3.4. La jurisprudencia.	60

CAPÍTULO CUARTO. RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE.

4.1. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.	62
4.2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.	66
4.3. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.	67
4.4. Tratado de Libre Comercio de América del Norte.	68
4.5. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea.	72

CAPÍTULO QUINTO.
DERECHO UNIFORME.

5.1. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.	75
5.1.1. Texto original.	77
5.1.1.1. Generalidades.	77
5.1.1.2. Intervención jurisdiccional.	79
5.1.1.3. Acuerdo arbitral.	81
5.1.1.4. Procedimiento arbitral.	81
5.1.2. Enmiendas en 2006.	85
5.1.2.1. Generalidades.	85
5.1.2.2. Acuerdo de arbitraje.	86
5.1.2.3. Medidas cautelares.	88
5.1.2.4. Consideraciones en torno a las enmiendas en 2006.	90
5.2. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.	91
5.3. Reglamentos de organismos internacionales.	92
5.3.1. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.	93
5.3.2. American Arbitration Association.	94
5.3.3. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.	95
5.3.4. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.	96
5.3.5. Instituciones arbitrales mexicanas.	96

CAPÍTULO SEXTO.
EL ACUERDO ARBITRAL.

6.1. Formas de redacción del acuerdo arbitral.	99
6.2. Requisitos de existencia.	101
6.2.1. Consentimiento.	101
6.2.2. Objeto.	103
6.3. Requisitos de validez.	105
6.3.1. Capacidad y representación.	105
6.3.2. Ausencia de vicios en el consentimiento.	106
6.3.3. Forma.	107
6.3.4. Causa.	109
6.4. Elementos útiles del acuerdo arbitral.	111
6.5. Principios rectores.	112
6.5.1. Principio de autonomía.	112
6.5.2. Principio <i>Favor Negotti</i> .	115

Conclusiones	117
Bibliografía	123

Introducción

El arbitraje comercial internacional es hoy en día una verdadera alternativa para resolver los conflictos internacionales que se dan en el desarrollo de la actividad comercial; alternativa a la cual se recurre en un gran número de casos.

Quienes acuden al arbitraje buscan evitar que sus controversias sean resueltas por los aparatos jurisdiccionales estatales, debido a las grandes cargas de trabajo que tienen, el tiempo que se requiere para resolver sus controversias e incluso, en varios casos, la corrupción y desidia de los propios jueces y tribunales. Debido a la velocidad con la que opera el comercio internacional, las partes en controversia no pueden desviar su atención y sus recursos durante tanto tiempo para resolver cualquier disputa que surja entre ellas.

Es por eso que en la actualidad el arbitraje representa la manera más viable y confiable para que las partes puedan resolver sus controversias ante personas o instituciones independientes de manera eficaz y rápida, sin dejar de lado los derechos procesales fundamentales de las partes.

La inclusión del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, que recoge las disposiciones adoptadas por la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, documentos redactados en 1989 y 1993, respectivamente, colaboraron a que se reconociera de manera plena al arbitraje comercial internacional en México.

Sin embargo, el conocimiento y la difusión que se le ha dado al arbitraje comercial internacional en México son muy limitados, a pesar del gran apogeo que dicha figura tiene en el comercio internacional en los últimos años.

La práctica arbitral internacional en materia comercial es tan reciente que, tanto abogados como juzgadores, se encuentran aquéllos con vastos conocimientos y experiencia, así como aquellos que únicamente tienen conocimiento de su existencia, sin saber su uso, aplicación y reglas particulares. El conocimiento sobre los principios, conceptos y aplicación del arbitraje comercial internacional ayudará a lograr una mejor preparación al momento de que las partes se encuentren con esta alternativa para solucionar sus controversias.

El arbitraje, a pesar de contar con una relativa uniformidad en los Estados donde se reconoce y aplica, debe ser observado y analizado con gran cuidado al momento de su aplicación.

Asimismo, la intervención del Estado dentro del arbitraje, tanto en su actividad jurisdiccional como legislativa, es fundamental para lograr una aceptación y confianza en la comunidad empresarial internacional, así como de Estados donde el uso del arbitraje se encuentra más desarrollado.

El presente trabajo de investigación busca establecer un esquema general sobre el régimen jurídico aplicable al arbitraje comercial internacional en México en lo relativo al Derecho aplicable nacional, así como los instrumentos jurídicos internacionales ratificados por México, para después analizar las normas de Derecho Uniforme que se han dado como producto de la teoría y experiencia arbitral.

CAPÍTULO PRIMERO.

RESEÑA HISTÓRICA DEL ARBITRAJE.

El arbitraje, desde sus orígenes y hasta nuestros tiempos, ha sufrido diversas modificaciones tanto teóricas como prácticas a lo largo de los años, particularmente durante el siglo XX. Para conocer y estudiar al arbitraje en la actualidad, es necesario conocer el camino por el que ha transitado, ya que así se logrará un mejor entendimiento de sus características actuales.

1.1. Orígenes del arbitraje.

El arbitraje es más antiguo que el Estado y sus instituciones. Desde siempre han existido controversias entre individuos o grupos de individuos que son resueltos por algún tercero ajeno al conflicto, quien, al escuchar los argumentos de ambas partes, formula una determinación a manera de sentencia que tiende a ser aceptada, respetada y cumplida por los involucrados. La decisión a la que arriba el rey Salomón en el famoso juicio salomónico es en realidad un laudo arbitral sumamente primario.

En sus inicios, los arbitrajes no contaban con una regulación específica. Éstos eran llevados por las partes y el árbitro, de acuerdo a las circunstancias y necesidades de los involucrados, por lo que son considerados arbitrajes *ad hoc*. En Roma, varios arbitrajes se constituían sin la intervención de la autoridad judicial y se llevaban a cabo de manera informal, es decir, sin la necesidad de la formalidad que implicaba un

contrato. Incluso, este tipo de solución de controversias era bien visto por las autoridades romanas.¹

Sin embargo, existía otro tipo de arbitraje más formal en Roma. En las primeras etapas del Derecho Procesal Civil Romano, al aplicar la *legis acciones* y la de proceso formulario, también conocida como *ordo iudicorum*, el proceso judicial se dividía en dos instancias. La primera se desarrollaba ante un magistrado para la fijación de la litis, mientras que en la segunda las partes ofrecían y desahogaban pruebas y presentaban alegatos para una posterior sentencia. Al respecto, Florís Margadant señala: “En este periodo encontramos una transición entre la justicia privada y la pública. La intervención de la autoridad pública se limitaba a ejercer presión para que el demandado aceptara el arbitraje de un *iudex privatus* y, en el periodo formulario, a vigilar que se planteara el problema jurídico ante este árbitro, imponiéndole cierto programa de actuación y prescribiendo la sentencia que se debía dictar, según el resultado de su investigación de los hechos.”² Sin embargo, en caso de que la parte perdedora se negara a cumplir con la sentencia, la parte vencedora podía solicitar la intervención del Estado para que aplicara la fuerza pública y hacer cumplir dicha resolución.

En los siglos posteriores, el *common law* inglés tuvo diversas manifestaciones de aceptación del arbitraje comercial, principalmente en el medioevo. Sociedades de comerciantes conocidas como “guildas” establecían que debían resolver sus controversias mediante el arbitraje. “La

¹ Cfr. FLORIS MARGADANT, Guillermo, Derecho Romano, 26ª ed., Editorial Esfinge, México, 2003, págs. 137-138.

² Ibidem, págs. 140-141.

regla era clara: quien no se sometía al laudo arbitral era expulsado de la guilda y en consecuencia de su forma de vida.”³

Sin embargo, en cuestiones de arbitraje internacional, el proceso de ejecución de los laudos era regulado por legislaciones locales, lo cual, además de encontrarse empapado de cuestiones políticas, creaba problemas para la parte vencedora, en especial si la parte perdedora era ciudadano de dicho Estado.

Esta situación se dio prácticamente hasta principios del siglo XX, etapa en la cual las primeras conferencias de arbitraje internacional se llevaron a cabo. Sin embargo, poco a poco varios países modificaron sus legislaciones para incluir al arbitraje entre sus formas de resolución de controversias internacionales.

El espectro de aceptación del arbitraje durante este periodo fue muy dispar. Por un lado, existían naciones que aceptaban e incluso impulsaban la solución de controversias comerciales internacionales por vía del arbitraje, mientras que otros tantos repudiaban dicha práctica al considerarla como una renuncia expresa al Derecho Interno y entorpeciendo su ejecución en la medida de lo posible.⁴

1.2. Regulación internacional del arbitraje.

1.2.1. Convenciones de la Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales.

³ URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, Derecho Arbitral Mexicano, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 36.

⁴ Cfr. GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, Arbitraje, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, pág. 3.

En 1899 y 1907 se llevaron a cabo dos conferencias en La Haya, Holanda, ambas denominadas Convención de la Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales (*Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes*). En dichas conferencias, uno de los objetivos fue establecer las bases generales para la creación y funcionamiento de un tribunal arbitral internacional. Actualmente, 109 Estados han ratificado una o ambas convenciones. México fue miembro fundador y parte de ambas.

La primera Convención de la Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales tuvo lugar del 18 de mayo al 29 de julio de 1899 con la participación de 25 Estados como parte de la Primera Conferencia Internacional sobre la Paz (*First International Peace Conference*). Los acuerdos firmados por los Estados asistentes entraron en vigor el 4 de septiembre de 1900.

El artículo 15 de los 61 que conforman dicha convención⁵ establece como objetivo del arbitraje internacional la resolución de diferencias entre Estados por jueces de su elección, bajo la base del respecto a la Ley. Para lograr el cumplimiento eficaz de dichos objetivos, las partes firmantes acordaron la creación de la primera institución arbitral internacional, la Corte Permanente de Arbitraje, la cual actualmente sigue vigente y en operación. Su estructura y funcionamiento, así como las reglas generales aplicables al arbitraje en la Corte Permanente de Arbitraje, se encuentran incluidas en el texto de dicha convención.

⁵ “Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales”, La Haya, Holanda, 18 de mayo a 29 de julio de 1899, D.O.F. 14 de septiembre de 1901, en página oficial de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/pdf/M2.html>.

La segunda de las convenciones se llevó a cabo del 15 de junio al 18 de octubre de 1907, en la cual participaron 42 Estados como parte de la Segunda Conferencia Internacional sobre la Paz (*Second International Peace Conference*)⁶. Los acuerdos a los que arribaron las partes firmantes entraron en vigor el 26 de enero de 1910. En dicha convención se fortalecieron los objetivos de promover la solución pacífica de controversias internacional por medio del arbitraje.

Un elemento a resaltar en la segunda convención es una mayor regulación en la redacción del denominado *Compromis*. Dicho acuerdo es el compromiso arbitral que deben firmar las partes previamente al inicio del procedimiento arbitral, lo que podría considerarse como el surgimiento obligatorio del acuerdo arbitral.

El artículo 52 de la convención señala los requisitos mínimos que debe cubrir el *Compromis*, a saber: la litis, el término de designación de árbitros, la suma que a manera de depósito por gastos y costas deben cubrir las partes, así como la forma, orden y tiempo en el que el escrito de alegatos debe ser elaborado. De igual manera, el *Compromis* debe establecer, en caso de ser necesario, la forma de designación de árbitros, cualquier poder especial que puede requerir el tribunal arbitral, la sede e idioma del arbitraje, así como todas las condiciones generales a las que las partes han acordado.

Otro elemento a considerar en dicha convención fue la inclusión y regulación del proceso arbitral sumario.

⁶ “Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales”, La Haya, Holanda, 15 de junio a 18 de octubre de 1907, D.O.F. 22, 23, 24 y 25 de enero de 1910, en página oficial de la Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional de la Secretaría de Gobernación, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2008/CDTratados/pdf/M12.html>.

A la postre, estas Convenciones de la Haya para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales serían el parteaguas de la manera en la que las naciones observan la existencia del arbitraje internacional como método alternativo de solución de controversias.

1.2.2. Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales y Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales.

Una vez que los Estados comenzaron a tener una mejor percepción acerca de la funcionalidad del arbitraje internacional, la sociedad empresarial tomó gran interés en la aplicación del arbitraje como medio de solución de controversias derivadas del comercio internacional. Esto derivó en la creación de la Cámara Internacional de Comercio (*International Chamber of Commerce*) en 1919, una organización que a partir de su fundación, tomó el papel de la voz del mundo empresarial.

La primera aportación de la Cámara Internacional de Comercio al mundo del arbitraje comercial internacional fue la creación en 1923 del a Corte Internacional de Arbitraje, la cual se ha convertido en una de las instituciones arbitrales más respetadas a nivel mundial para la resolución de controversias comerciales internacionales.⁷ De igual manera, la Cámara Internacional de Comercio tuvo gran relevancia para la firma y adopción de dos documentos importantes en la reciente historia arbitral internacional: el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas Arbitrales (*Geneva Protocol on Arbitration Clauses*), firmada el 24 de septiembre de 1923 y la Convención

⁷ El 8 de junio de 1998, la Corte Internacional de Arbitraje recibió su caso número diez mil.

de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Arbitrales (*Geneva Convention on the Execution of Foreign Awards*) del 26 de septiembre de 1927. Estos documentos fueron creados con el objetivo de lograr una mayor eficacia al momento de la ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Sin embargo, el principal problema que presentaron dichos documentos es el denominado de *doble exéquatur*. Dicho problema se traduce en que la parte vencedora del arbitraje, para su ejecución en el país correspondiente, debía acreditar de manera fehaciente que el laudo era considerado como final en el país en el que fue emitido. Este problema surgió acorde a lo establecido en los artículos 1(a) y 1(d) de la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Extranjeros. “El primero establecía que la parte que buscara la ejecución tenía que demostrar que el laudo era final; el segundo establecía que la parte que buscara ejecución tenía que demostrar que no era posible atacar su validez mediante cualquier tipo de recurso.”⁸

Esta situación causaba infinidad de problemas a la parte ganadora, ya que en diversas ocasiones se traducía en que debía lograr una resolución del juez del país en donde se llevó a cabo el laudo, que declaraba la validez del laudo arbitral y ordenaba su posterior ejecución. Para que tal resolución fuera emitida, la parte vencedora del arbitraje tenía la carga de la prueba para demostrar que la resolución fue declarada acorde al Derecho del país de emisión del laudo y a la Convención de Ginebra sobre la Ejecución de Laudos Extranjeros. En caso de que obtuviera el visto bueno del juez de dicho país, la parte vencedora tenía que repetir dicho procedimiento en el

⁸ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., pág. 4.

país donde se buscaba la ejecución del laudo arbitral. De ahí la denominación de *doble exéquatur*.⁹

Asimismo, durante el periodo en el que la parte vencedora obtenía tales declaraciones de validez, la parte perdedora aprovechaba tal procedimiento para tratar de desvirtuar y reprobador cualquier determinación dictada por el tribunal arbitral, situación que, en caso de éxito, destruía las posibilidades de una posterior ejecución del laudo arbitral.

Estos problemas derivaron en que el arbitraje no fuera un medio recomendable para la resolución de controversias comerciales internacionales, ya que un procedimiento expedito y eficaz se convertía en una odisea legal engorrosa, tediosa y cara, lo cual derivó en un regreso al litigio para resolver problemas comerciales internacionales, en el cual únicamente se debían probar las circunstancias alrededor de dicha controversia ante una sola jurisdicción.

1.2.3. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Ante los problemas enfrentados por la comunidad empresarial internacional en cuestiones de ejecución de laudos extranjeros, la Cámara Internacional de Comercio decidió redactar una nueva versión en la que los problemas enfrentados por el Protocolo y la Convención de Ginebra no fueran impedimento para la implementación del arbitraje. De igual manera, la Segunda Guerra Mundial dio cuenta de que la expansión del comercio

⁹ Cfr. GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 4-6.

internacional se encontraba en una etapa de auge innegable y los litigios tradicionales no podrían evolucionar al grado que las disputas comerciales internacionales requerían.

Es por eso que se convocó al mundo arbitral a la celebración de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras¹⁰ (en adelante, Convención de Nueva York) el 10 de junio de 1958, la cual fue sometida por la Cámara Internacional de Comercio a la Organización de las Naciones Unidas en 1953. Dicho documento reemplazó al Protocolo y a la Convención de Ginebra,¹¹ producto de una simbiosis entre la propuesta que la Cámara Internacional de Comercio sometió al Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (*Economic and Social Council* o *ECOSOC*) y la contrapropuesta presentada por dicho órgano.

Así, el problema de *doble exéquat*ur fue resuelto al establecer las reglas generales para que la parte vencedora de los arbitrajes no se viera entorpecida por los procedimientos de ejecución de acuerdos y laudos arbitrales por los tribunales jurisdiccionales de los Estados. De igual manera, la carga de la prueba para demostrar que hubo irregularidades durante el desarrollo del arbitraje o en la redacción del laudo se transfirieron a la parte perdedora.

La Convención de Nueva York es el documento real de apertura de las naciones al arbitraje comercial internacional. La aplicación de las reglas

¹⁰ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, Nueva York, Estados Unidos de América, 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, en SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2001, págs. 322-326.

¹¹ Sin embargo, existen países que han ratificado dichos documentos y aún no se han adherido a la Convención de Nueva York.

generales establecidas en dicho documento ha permeado en la manera en la que las jurisdicciones nacionales respetan y ejecutan los acuerdos y laudos arbitrales, aún cuando estas resoluciones no tienen poder vinculatorio automático. Actualmente, 144 países han ratificado la Convención de Nueva York.

Es con la Convención de Nueva York con la cual el arbitraje comercial internacional se ha colocado en la mente de los jueces estatales al momento de su ejecución. Si los acuerdos y los laudos arbitrales son respetados y reconocidos por las jurisdicciones de las partes contrayentes, dicho mecanismo de solución de controversias es visto por la comunidad empresarial internacional, así como por los Estados que la aplican, como un medio viable y eficaz para la solución de controversias comerciales.

1.2.4. Otros instrumentos internacionales.

Derivado de la firma, ratificación y aplicación de la Convención de Nueva York, diversos tratados internacionales, en su mayoría regionales, han surgido alrededor del mundo con ciertos objetivos particulares, en su mayoría regulatorios sobre el procedimiento arbitral. A continuación se mencionan algunos importantes a manera de ejemplo.

1.2.4.1. Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional.

La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (*European Convention on International Commercial Arbitration*)¹² regula el derecho a las partes de someterse al arbitraje, el derecho a ser elegido como árbitro, la organización del arbitraje, derecho aplicable, entre otros temas.

Vale la pena mencionar que esta convención contempla en su artículo VI lo relativo al procedimiento a seguir para la declaración del acuerdo o cláusula arbitral como válido. Al respecto, únicamente los jueces o tribunales de los Estados pueden revisar la validez del acuerdo arbitral bajo el derecho aplicable. Es decir, si bajo el derecho aplicable al acuerdo arbitral, el tribunal arbitral no tiene competencia para resolver la controversia, ésta será resuelta por los tribunales estatales.

Sin embargo, a pesar de que es un acuerdo que continúa vigente, los Estados no le han dado el reconocimiento suficiente. Consideramos que esto deriva del momento histórico en el que se firmó dicha convención, es decir, durante la llamada Guerra Fría, por lo que el comercio entre Europa Oriental y Occidental se ha facilitado con el fin de dicho conflicto.

¹² COMISIÓN ECONÓMICA EUROPEA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional”, Ginebra, Suiza, 21 de abril de 1961, en <http://www.cocin-cartagena.es/>.

1.2.4.2. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados¹³ derivó de la situación que surgió en las décadas de 1950 y 1960, en las cuales un gran número de países colonizados se independizaron. Sin embargo, las tierras y en general los recursos naturales eran utilizados por empresas de los países que hasta ese momento consideraban dichos territorios como colonias, lo cual fue objeto de reclamos y manifestaciones de los independientes para que dichos recursos les fueran devueltos. Aunado a lo anterior, el inicio de las inversiones internacionales a gran escala se dio en este momento, lo que impulsó a la aprobación de acuerdos que resolvieran estos problemas.

El principal atributo del mencionado convenio fue la creación, de acuerdo a lo establecido en su artículo 1, del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objetivo de facilitar la resolución de las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes al arbitraje.

Existen dos elementos considerables de mencionar con respecto al texto de dicho convenio, integrado por 75 artículos. El primero versa sobre las acciones que los Estados pueden realizar diplomáticamente para apoyar a sus nacionales en los arbitrajes. El artículo 27 del convenio señala que ningún Estado concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier controversia derivada entre uno de sus

¹³ “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, Washington, Estados Unidos de América, 18 de marzo de 1965, en <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv17209.htm>.

nacionales y algún otro Estado contratante, con la excepción de gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

El segundo elemento importante del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados versa sobre la sección destinada a regular el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. Dicha sección señala que los laudos no podrán ser recurridos por recurso alguno que no se encuentre contemplado en el convenio. El único medio permisible se presenta ante el Secretariado del CIADI, o ante el propio tribunal arbitral que resolvió la controversia. Asimismo, la anulación del laudo únicamente procede si el tribunal arbitral se constituyó incorrectamente, haya cometido actos de corrupción o se hubiese extralimitado en sus facultades, así como si hubiese algún quebrantamiento de una norma de procedimiento o no se expresen en el laudo los motivos de su resolución.

1.2.4.3. Convención Árabe de Amman sobre Arbitraje Comercial.

La Convención Árabe de Amman sobre Arbitraje Comercial (en adelante, Convención Amman)¹⁴ fue firmada en 1987 por 14 países del mundo árabe con la finalidad de obtener una solución justa en las disputas que surgiesen por el intercambio comercial entre los Estados firmantes, extensivo a personas jurídicas o morales de dichas naciones. Al respecto, se creó el Centro Árabe de Arbitraje Comercial (*Arab Centre for Commercial*

¹⁴ LIGA DE ESTADOS ÁRABES, “Convención Árabe de Amman sobre Arbitraje Comercial”, Amman, Jordania, 14 de abril de 1987, en <http://www.jurisint.org/es/ins/155.html>.

Arbitration) como tribunal arbitral permanente para la solución de controversias internacionales.

1.2.4.4. Tratado sobre la Armonización de la Legislación Empresarial.

En el Tratado sobre la Armonización de la Legislación Empresarial en África¹⁵ se contemplan las condiciones generales para cooperación en materia de arbitraje. Al respecto, se determinó la constitución del Tribunal de Justicia y Arbitraje (*Joint Court of Justice and Arbitration*), que resolvería las controversias arbitrales tanto internas como internacionales.

Así, el 11 de marzo de 1999 se adoptó una ley uniforme en materia arbitral, la cual derogó todas aquellas legislaciones anteriores en contrario vigentes hasta ese momento en los Estados miembros.

1.2.4.5. Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur.

El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur (Protocolo de Olivos)¹⁶ es el documento mediante el cual los Estados miembros del Mercosur decidieron regular la solución de controversias comerciales internacionales entre sus miembros, con lo que se profundizó la integración económica de la región.

¹⁵ ORGANIZACIÓN PARA LA ARMONIZACIÓN DE DERECHO MERCANTIL EN ÁFRICA, “Tratado sobre la Armonización de la Legislación Empresarial”, Port-Louise, Mauricio, 17 de octubre de 1993, en GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Op. Cit., págs. 9-10.

¹⁶ MERCADO COMÚN DEL SUR, “Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur”, Olivos, Argentina, 18 de febrero de 2002, en <http://www.mercosur.org.uy/>.

El Protocolo de Olivos contempla la resolución de controversias entre Estados firmantes mediante la constitución de un tribunal arbitral *ad hoc*. Al respecto, los términos de las etapas del procedimiento arbitral se encuentran establecidos en el propio protocolo.

Situación relevante del Protocolo de Olivos es la regulación a detalle del recurso de revisión a las determinaciones y laudos emitidos por el tribunal arbitral *ad hoc*, mediante la constitución del Tribunal Permanente de Revisión, cuyas determinaciones finales tendrán el carácter de laudo y serán inapelables y obligatorias para los Estados partes en la controversia.

De igual manera, la regulación de medidas compensatorias por el incumplimiento de los laudos, emitidos de conformidad con el Protocolo de Olivos, se encuentra establecida en el Capítulo IX del documento.

1.2.4.6. Documentos de Derecho Uniforme auspiciados por la Organización de las Naciones Unidas.

Finalmente, es de mencionar que existieron dos documentos auspiciados por la Organización de las Naciones Unidas que son de gran relevancia para el arbitraje comercial internacional: el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (*United Nations Commission for International Trade Law* o *UNCITRAL*) y la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985 (en adelante, Ley Modelo). Al respecto, debido a su relevancia, dichos documentos serán abordados de manera más amplia en capítulos posteriores.

1.3. Regulación interna del arbitraje.

La regulación arbitral española, así como en la Nueva España y en México, es fundamental para poder analizar la figura del arbitraje comercial.

1.3.1. Derecho castellano.

Dentro de las particularidades que distinguen al arbitraje en el derecho castellano, la más sobresaliente es la aplicación simultánea de dos tendencias en torno a esta figura: la jurídico-privatista, la cual fue aplicada principalmente en el Derecho Mercantil, y la jurisdiccionalista, aplicada principalmente en el Derecho Civil, de acuerdo a la legislación a la que se remitieran las partes dentro del procedimiento.¹⁷

Ahora bien, el arbitraje en el derecho castellano buscaba, además de los objetivos que se buscan en cualquier arbitraje, reemplazar el proceso público para lograr la aplicación del derecho que se considera más beneficioso por las comunidades nacionales o religiosas.¹⁸ Esta característica cobra importancia al momento de analizar la situación que se vivía en la Nueva España, ya que los procedimientos jurisdiccionales debían ser adecuados a la realidad de los virreinos para ser eficaces.

El arbitraje comercial se realizaba particularmente entre las asociaciones de comerciantes o agremiados. Las controversias arbitrales que surgían entre mercaderes o comerciantes eran resueltos por

¹⁷ CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje en México: Notas en Torno a sus Antecedentes Históricos, S.N.E., The Berkeley Electronic Press, Ars Iuris 24, México, 2000, pág. 55, en http://works.bepress.com/oscar_cruz_barney/35.

¹⁸ Idem, pág. 57.

Consulados, cuyos miembros debían cumplir con ciertos requisitos de edad, propiedades y ocupación. Dichos Consulados se constituían como tribunales especiales en materia mercantil para resolver litigios comerciales que se daban entre sus integrantes. El método de elección de los cónsules y el Prior se realizaba entre los miembros del Consulado anualmente. “Regularmente puede el Consulado conocer de todas las Causas que se ofrecieren entre Mercaderes, y sus Compañeros y Factores, sobre todas las cosas tocantes, y pertenecientes al trato de la mercancía, sin poder declinar de él, como está definido en el Derecho civil y real.”¹⁹

El Derecho Mercantil es un buen ejemplo de la necesidad de instituir al arbitraje como solución alternativa de controversias comerciales en el derecho castellano, ya que no sólo se buscaba resolver los litigios de manera expedita, sino que los propios conocedores del comercio sean los encargados de llegar a las resoluciones respectivas. En otras palabras, en el arbitraje comercial en el derecho castellano no existía la intervención de jueces, sino de comerciantes conocedores de la materia y el comercio, así como de sus costumbres y problemas que pudiesen surgir. Por lo tanto, los arbitrajes se resolvían al aplicar los usos y costumbres del mercado, así como las normas escritas que los Consulados elaboraban al respecto, y las cuales únicamente eran aplicables a los miembros de dicho Consulado.

La creación del primer Consulado, el Consulado de Burgos, se dio el 21 de julio de 1494 creado por los Reyes Católicos y como resultado de las peticiones de los comerciantes locales. Una vez autorizado por el

¹⁹ DE HEVIA BOLAÑOS, Juan, citado por SOBERANES FERNANDEZ, José Luis, Los Tribunales de la Nueva España. Antología, S.N.E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, pág. 126.

Emperador, fueron confirmadas las primeras ordenanzas del Consulado de Burgos en la ciudad de Valladolid el 18 de septiembre de 1538.²⁰

Al respecto, es importante mencionar que la Casa de Contratación de Sevilla declaró que todos los procesos relativos a contratos y compañías del comercio americano, seguros y fletes se regirían por las reglas y costumbres del Consulado de Burgos.²¹ Por su parte, sería la propia Casa de Contratación la institución encargada de vigilar y resolver cuestiones relativas al cumplimiento de los laudos arbitrales. Finalmente, en la segunda mitad del siglo XVII, sería el Consulado de Comercio de Sevilla el órgano que supliría a la Casa de Contratación como el órgano de vigilancia comercial en la Nueva España.

Por su parte, en 1511 se creó el Consulado Casa de la Contratación, Juzgado de los Hombres de Negocios de Mar y Tierra y Universidad de Bilbao, que se encontraba regulado por las mismas reglas que el consulado de Burgos. El Consulado de Bilbao tuvo un importante crecimiento a lo largo de los años, hasta que las Ordenanzas elaboradas en 1737 tomaron lo relativo al Derecho Mercantil tanto marítimo como terrestre, lo que constituyó el antecedente para la creación de los Consulados indianos en el siglo XVIII.²²

²⁰ Cfr. CRUZ BARNEY, Óscar, “El Arbitraje en México: De las Siete Partidas al Capítulo XIX del TLCAN”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, et.al., Arbitraje Comercial Internacional, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 2007, págs. 18-19.

²¹ Cfr. CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje en México: Notas en Torno a sus Antecedentes Históricos, Op. Cit. pág. 74.

²² Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, S.N.E., Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pág. 76.

1.3.2. Derecho indiano.

El derecho indiano, aplicado en la Nueva España, es el derecho que surge de la conjunción del derecho castellano y los usos, costumbres y disposiciones particulares en las tierras conquistadas por los españoles, así como bulas papales y algunas capitulaciones.²³

El primer antecedente de la figura del arbitraje en legislación en la Nueva España es la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, la cual data de 1680. En dicha legislación se abordó lo relativo al Consulado de Comerciantes de la Nueva España en 1601, cuya jurisdicción surgió debido a la falta de especialización en el conocimiento mercantil de parte de los órganos jurisdiccionales, por lo que aquéllos inmersos en algún problema de esta índole confiaban más en someterlo a un compañero de oficio, quien actuaba de árbitro, e incluso de perito, que a los tribunales de la Nueva España.

En la Nueva España, los Consulados debían ser constituidos con el consentimiento del Virrey en ese momento. Al respecto, el Consulado de Comerciantes de la Nueva España siguió la normatividad establecida en el Consulado de Sevilla y de Burgos, hasta que en 1603 elaboró sus propias Ordenanzas, las cuales versaban principalmente sobre la constitución del Consulado y los procedimientos que podían presentarse ante el mismo, tenían como legislación supletoria a las Ordenanzas de el Consulado de Sevilla y de Burgos.²⁴ Habría dos Ordenanzas posteriores en 1772 y en 1816. Sin embargo, el 3 de noviembre de 1785, el Virrey Bernardo de Gálvez

²³ Ibidem, págs. 76-77.

²⁴ Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., pág. 77.

y Madrid determinó que, en todo lo que no se encontrara contemplado en las Ordenanzas del Consulado de Comerciantes de la Nueva España, serían aplicadas las Ordenanzas de Bilbao.

Los arbitrajes se llevaban a cabo con la mayor celeridad posible ante el Prior y dos cónsules, quienes conformaban el Tribunal del Consulado, y que podían sentenciar por mayoría o por unanimidad. Es importante destacar que los miembros de los Consulados eran vistos como jueces encargados de administrar justicia en el ámbito mercantil. Era posible la apelación sobre las determinaciones del Consulado ante un Oidor de la Real Audiencia, quien era nombrado anualmente por el propio Virrey y debía resolver acompañado de dos mercaderes seleccionados por él. La resolución que recaiga esta apelación es irrevocable. Sin embargo, en caso de revocar la resolución del Consulado, la contraparte podía solicitar la suplicación ante el propio Oidor con dos mercaderes distintos.

En 1795 se crearon dos nuevos Consulados: el de Veracruz y el de Guadalajara, debido a una nueva generación de consulados de comercio. Por cuestiones geográficas, el Tribunal estaba facultado para proponer diputados en aquellos lugares en donde existía una gran afluencia mercantil o comercial, en particular en los puertos. Dichos diputados debían ser aprobados por el Rey.²⁵

Finalmente, en aquellos lugares en los que no existían diputados, los jueces ordinarios del lugar conocían y resolvían las controversias surgidas en materia mercantil, los cuales se debían ajustar a lo establecido en sus

²⁵ Cfr. CRUZ BARNEY, Óscar, “El Arbitraje en México: De las Siete Partidas al Capítulo XIX del TLCAN”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, et.al., Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 23.

cédulas de erección.²⁶ Ante las resoluciones de diputados y jueces ordinarios, procedía una apelación ante el Tribunal de Alzadas. Por su parte, la ejecución de las determinaciones de los tribunales corría a cargo del portero alguacil y de ministros nombrados por el Prior y los cónsules, así como mediante exhortos a los jueces en cuya jurisdicción dicha ejecución debía llevarse a cabo.

1.3.3. Derecho nacional.

Una vez lograda la independencia de México de los españoles, al paso de los años han existido diversas legislaciones en las que se hace referencia al arbitraje en materia comercial.

Una de las primeras medidas del Imperio Mexicano fue suprimir los consulados que operaban en el territorio nacional. Sin embargo, las Ordenanzas de Bilbao seguían aplicándose hasta la redacción y entrada en vigor del Código de Comercio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 58 del Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano de 18 de diciembre de 1822, disposición que se encontró vigente hasta 1841, mediante la publicación del Decreto de Organización de las Juntas de Fomento y Tribunales Mercantiles, reformado en 1842. Sin embargo, los tribunales mercantiles resolvían asuntos litigiosos, no arbitrajes comerciales.²⁷

²⁶ En este caso, nos referimos a las cédulas de erección como los documentos constitutivos de los Consulados de Veracruz y de Guadalajara.

²⁷ Cfr. CRUZ BARNEY, Óscar, “El Arbitraje en México: De las Siete Partidas al Capítulo XIX del TLCAN”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, et.al., Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 41.

Fue hasta el Código de Comercio de 1854, también llamado Código de Lares, que se establecen disposiciones propias del arbitraje comercial como método alternativo de solución de controversias mercantiles, dentro del Título V del Libro Quinto, denominado “Del juicio arbitral”, específicamente en los artículos 1011 a 1021.

Al respecto, el artículo 1011 señala que: “Toda contienda sobre negocios mercantiles puede ser comprometida en juicio de árbitros, haya o no pleito comenzado sobre ella, o en cualquier estado que éste tenga hasta su conclusión”.²⁸ El acuerdo o compromiso arbitral debía realizarse mediante escritura pública, por escrito presentado en los autos, si hubiere comenzado algún pleito en los tribunales mercantiles, por convenio ante el tribunal o por contrato privado escrito entre las partes. De igual manera, se regulaba de manera muy somera al procedimiento arbitral, sin establecer plazos y con diversas disposiciones que, más que las partes, debían cumplir los árbitros.

Finalmente, el laudo arbitral era recurrible mediante el recurso de apelación ante el Tribunal de Comercio, siempre y cuando este derecho no haya sido renunciado con anterioridad. Finalmente, el recurso de súplica era resuelto por la sala del Tribunal de Comercio.

Es importante establecer que hasta las reformas constitucionales del 14 de diciembre de 1883, la materia mercantil era jurisdicción de los estados. Con la llegada del Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos,

²⁸ Código de Comercio de México, Imprenta de José Mariano Lara, calle de Palma número 4, México, 1854, Ministerio de Justicia, Negocios Eclesiásticos e Instrucción Pública, en Biblioteca jurídica virtual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM., <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2278>.

que entró en vigor en julio de 1884, el arbitraje fue eliminado del articulado mercantil.²⁹

En el año de 1889 se expidió nuestro actual Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se introdujo de nueva cuenta al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias, específicamente en el Título I del Libro V.

Sin embargo, el reconocido investigador Martín Bravo señala que durante esta época, el arbitraje comercial no era un método efectivo en la legislación mexicana, sino únicamente una alusión sin consecuencias jurídicas prácticas, ya que no existía una regulación específica ni en el Código de Comercio ni en las legislaciones de los estados. “El artículo 1051 no servía como base al arbitraje, sino únicamente a un procedimiento judicial; por tanto, si no existía la base que reconociera al arbitraje en el Código de Comercio, tampoco se podía recurrir a las leyes de los Estados como supletorias.”³⁰

Finalmente, en 1989 y 1993 el Código de Comercio sufrió dos reformas sustanciales y fundamentales en el trato que se le da al arbitraje comercial como método alternativo de solución de controversias. La primera tuvo lugar el 4 de enero de 1989 y se adoptó la Ley Modelo, mientras que la segunda reforma, del 22 de julio de 1993, se incluyó el Título IV del Libro Quinto, denominado “Del Arbitraje Comercial”, el cual incorporó de manera mucho más descriptiva las disposiciones de la Ley Modelo, así como diversas disposiciones referentes a costas y reglas del procedimiento

²⁹ Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., pág. 101.

³⁰ BRAVO PERALTA, Martín Virgilio, El Arbitraje Económico en México, S.N.E., Editorial Porrúa, Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, México, 2002, pág. 56.

tomadas del Reglamento de Arbitraje de la UNICTRAL, las cuales regulan al arbitraje comercial internacional en México en la actualidad.³¹

1.3.4. México en el arbitraje internacional.

Con respecto a la experiencia de nuestro país en conflictos internacionales que se han resuelto mediante arbitraje, es de destacar que, desde 1839 hasta 1935, México formó parte de las denominadas Comisiones Mixtas de Reclamaciones, las cuales hacían las veces de tribunales arbitrales, ya que eran jueces elegidos por las partes quienes, con base en el derecho aplicable, resolvían las controversias sometidas a su consideración.³²

Al respecto, existen tres controversias internacionales en las que México fue parte que destacan; son las relativas al Fondo Piadoso de las Californias, el caso de El Chamizal y la controversia sobre la Isla de la Pasión o Clipperton.

1.3.4.1. El Fondo Piadoso de las Californias.

El Fondo Piadoso de las Californias fue creado en el siglo XVII para ayudar a evangelizar California, cuyos derechos de administración fueron subrogados a México al lograrse la independencia de España. Al término de

³¹ Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., pág. 45.

³² Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., pág. 104.

la guerra contra los Estados Unidos de América, el Tratado de Paz de Guadalupe Hidalgo en 1847 cedió a los norteamericanos la Alta California.

En 1870, los obispos de San Francisco, Monterrey y Grass Valley solicitaron el pago de los réditos pendientes desde el 2 de febrero de 1848, para una suma de 1'870,292.00 dólares en oro. La controversia respectiva fue resuelta mediante arbitraje el 11 de noviembre de 1875, mediante la cual se condenó a México al pago de 940,070.79 dólares.

En 1902, el Tribunal Arbitral de la Haya conoció del caso y condenó a México a pagar la suma de 1'420,682.27 dólares, más un pago anual de 43,050.99 dólares a perpetuidad. Finalmente, en 1967, México y Estados Unidos lograron un acuerdo para pagar como finiquito la cantidad de 71,546.00 dólares.³³

1.3.4.2. El Chamizal.

El Chamizal es una parte del territorio mexicano que, debido al desplazamiento de la corriente del Río Bravo hacia el Sur en 1864, quedó en el lado norteamericano, por lo que las autoridades mexicanas, ante actos de jurisdicción sobre dicho territorio, solicitaron que dichos cambios no modificaran la línea divisoria natural entre ambos países.³⁴

Para resolver la controversia, se constituyó un arbitraje *ad hoc*, en el cual se dictó laudo el 15 de junio de 1911 y dividió la superficie entre las partes. Los norteamericanos no acataron el laudo, por lo que el 29 de agosto

³³ Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., págs. 105-106.

³⁴ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, Primer Curso de Derecho Internacional Público, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 2009, pág. 777.

de 1963 se acordó enderezar nuevamente el cauce del río, lo cual puso fin al conflicto.³⁵

1.3.4.3. La Isla de la Pasión o Clipperton.

El territorio de la Isla de la Pasión, también conocida como Isla Clipperton, fue motivo de arbitraje entre México y Francia el 2 de marzo de 1909, ya que Francia realizó una reserva sobre los derechos de la misma por cuestiones de *res nullis*. México declaró que dicha isla ya figuraba en diversos mapas como parte del territorio mexicano, además de que marinos mexicanos atracaron el cañonero *Demócrata* a la isla en 1897.³⁶

El arbitraje lo resolvió Víctor Manuel III, rey de Italia, quien descartó los alegatos señalados por México y declaró la isla como *res nullis*, por lo que nuestro país acató el laudo en 1934.³⁷

³⁵ Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., págs. 106-107.

³⁶ Cfr. ARELLANO GARCÍA, Carlos, Primer Curso de Derecho Internacional Público, Op. Cit., págs. 787-789.

³⁷ Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., pág. 107.

CAPÍTULO SEGUNDO.

NATURALEZA JURÍDICA Y DEFINICIÓN DEL ARBITRAJE.

2.1. Naturaleza del arbitraje.

La primera aseveración que se debe hacer con respecto al arbitraje es que es un método de solución de controversias en el que particulares expertos elegidos por las partes imparten justicia sin el *imperium* para hacer cumplir sus determinaciones, por lo que las partes requieren de la autoridad jurisdiccional estatal para ello.

Lo anterior se obtiene mediante un procedimiento a manera de incidente que la parte vencedora presenta ante el juez de primera instancia competente para solicitar el reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral emitido por el tribunal arbitral.

Los tribunales arbitrales no son coercitivos. Esto quiere decir que no son autoridades estatales que gocen del *imperium* de la ley para obligar a las partes a cumplir con las determinaciones y laudos a los que arriben como resultado del procedimiento arbitral con el uso de la fuerza pública, situación a la que está facultado el tribunal del Estado. Por lo tanto, para que el laudo arbitral sea ejecutado, las partes solicitan la intervención del Estado para su cumplimiento y ejecución o su declaración de nulidad.

Al respecto, Graham Tapia acertadamente sostiene: “El imperio de los tribunales estatales no está supeditado al consentimiento de los particulares; dirimen controversias en calidad de autoridades. Precisamente, ésta es una

de las consideraciones por las cuales el árbitro no puede ser considerado autoridad.”³⁸

Estamos de acuerdo con esta aseveración, ya que el origen de la vinculación entre el árbitro y las partes, en oposición a la vinculación generada entre el juez o tribunal del Estado y las partes, es distinto. El arbitraje y sus reglas generales surgen como un acuerdo entre las partes, usualmente mediante una o varias cláusulas dentro de un contrato o como un contrato independiente. Por otro lado, la intervención de un tribunal estatal surge de la demanda que una de las partes presenta ante él, con o sin el consentimiento de la parte demandada.

2.2. Teorías sobre el arbitraje.

Existen diversas teorías que intentan explicar el arbitraje. Sin embargo, ninguna ha logrado prevalecer en la mayoría de los estudiosos del arbitraje como la correcta. Por lo tanto, se mencionarán las teorías que actualmente tienen mayor importancia en el mundo arbitral.

2.2.1. Teoría jurisdiccional.

La teoría jurisdiccional señala que el arbitraje se asemeja a la resolución jurisdiccional de las controversias. “Esta corriente sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional ya que el origen de la

³⁸ GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, 1ª reimpresión, Editorial Themis, S.A. de C.V, México, 2007, pág. 12.

institución, su posibilidad de existencia, apoyo estatal y regulación de los actores principales (el árbitro y el juez) es similar, y en ocasiones idéntica.”³⁹

Con respecto al origen del arbitraje, sostienen los autores que apoyan esta teoría, que está basado en la ley creada por los órganos estatales del país en el cual el arbitraje se desarrolla. Por lo tanto, de no existir una ley que apoye y reconozca el arbitraje como método alternativo de solución de controversias, así como sus determinaciones y laudos, no podría llevarse a cabo procedimiento alguno que sea reconocido por dicho Estado, principalmente en lo que respecta a la ejecución de laudos arbitrales.

De igual manera, esta teoría establece que el árbitro, como figura encargada de resolver las controversias, se asemeja mucho al juez, ya que los principios de independencia, imparcialidad, objetividad y legalidad, entre otros, se aplican de manera similar en ambos casos. “Por ello, el árbitro se parece al juez siendo la única diferencia entre ellos que el primero fue nominado y facultado directamente por el Estado (su judicatura), mientras que el segundo fue nominado por las partes.”⁴⁰

2.2.2. Teoría contractual.

En contraposición a la teoría jurisdiccional, existe la teoría contractual, la cual sostiene que, en cuanto a su origen y existencia, el arbitraje deriva de la voluntad de las partes manifestada en un contrato o una cláusula contractual, es decir, del principio *pacta sunt servanda*, el cual, de acuerdo al artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, se

³⁹ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., pág. 12.

⁴⁰ Ibidem., pág. 14.

traduce en que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”⁴¹

El arbitraje necesita que las partes acuerden someterse a él mediante un acto privado de carácter contractual. Por lo tanto, el árbitro únicamente está facultado para resolver las controversias que se le sometan derivadas de la manifestación de las partes de someterse al arbitraje. “Esta exigencia es tal, que si hay una controversia que afecte a varias personas, pero sólo algunas de ellas han decidido remitirse al arbitraje (vía acuerdo arbitral), el árbitro solamente podrá pronunciarse en cuanto a los derechos de las partes que han consentido al arbitraje; no podrá conocer sobre los derechos de los terceros que no se sometieron al arbitraje aunque estén implicados en la controversia.”⁴²

Por lo tanto, los partidarios de esta teoría sostienen que no puede considerarse al árbitro como juez, ya que no cuenta con el *imperium* necesario para la ejecución de sus determinaciones y laudos. “Su decisión es final en cuanto a su fondo y tiene coercitividad en potencia, es entonces necesaria la intervención judicial, a falta de cumplimiento voluntario de las partes, para ordenar su ejecución.”⁴³

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”, Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, D.O. 14 de febrero de 1975, en ARELLANO GARCÍA, Carlos, Primer Curso de Derecho Internacional Público, Op. Cit., págs. 711-738.

⁴² GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit., pág. 12

⁴³ AZAR MANSUR, Cecilia, Mediación y Conciliación en México: Dos Vías Alternativas de Solución de Conflictos a Considerar, Editorial Porrúa, Colección Breviarios Jurídicos, México, 2003, pág. 17.

2.2.3. Teoría mixta.

La teoría jurisdiccional ha sido criticada al señalar que existen elementos importantes en el arbitraje que lo distinguen de un simple juicio en los tribunales estatales. Asimismo, la teoría contractual ha sido objeto de críticas cuando se establece que el arbitraje deriva de un contrato, pero una vez iniciado, la voluntad de las partes se limita a lo que dicte la legislación aplicable y el propio árbitro o tribunal arbitral.

Derivado de estas circunstancias, se concluye que el arbitraje contiene elementos de naturaleza tanto contractual como jurisdiccional. Por lo tanto, y para resolver dicha disputa, se elaboró la teoría mixta, la cual sostiene que el arbitraje requiere de un derecho estatal que reconozca la posibilidad de sumisión al mismo.⁴⁴ Sin embargo, la teoría mixta reconoce que cualquier arbitraje deriva de una manifestación de la voluntad de las partes plasmada en un contrato o en una cláusula arbitral.

Al respecto, el una vez Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Carlos de Silva, sostiene que la naturaleza jurídica del arbitraje “...no puede limitarse a un contrato, ya que no se agota con el pacto en sí ni se perfecciona en un momento determinado, sino que supone un procedimiento a pesar de su origen, estrictamente consensual”.⁴⁵

Así las cosas, los partidarios de la teoría mixta concluyen que el arbitraje contiene elementos tanto jurisdiccionales como contractuales, los cuales mantienen una relación estrecha para que sea válido y efectivo. Esta

⁴⁴ Cfr. GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 15-16.

⁴⁵ DE SILVA, Carlos, El Arbitraje: Consideraciones Constitucionales, Citado por AZAR MANSUR, Cecilia. Op. Cit. pág. 18.

teoría es la que cuenta con mayor aceptación a nivel mundial, y de la cual somos partidarios.

2.3. Clasificación de arbitraje.

Existen diversas maneras de clasificar al arbitraje. Sin embargo, en el presente trabajo únicamente haremos alusión a la diferenciación entre el arbitraje nacional e internacional, arbitraje civil y comercial, y arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional. Esto con la finalidad de definir de manera clara la materia del presente trabajo, para después establecer que el tipo de arbitraje elegido por las partes determinará el derecho aplicable al mismo en cuanto al procedimiento.

2.3.1. Arbitraje interno y arbitraje internacional.

El arbitraje interno es aquél en el cual la controversia se somete sólo a un sistema jurídico. En otras palabras, en el arbitraje interno se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico de un solo país. En el caso de México, el arbitraje interno se encuentra regulado por la Constitución y la legislación mexicana en el cual se hace mención al mismo.⁴⁶

Por su parte, el arbitraje internacional se da cuando la materia de la controversia o las partes involucradas en el arbitraje se encuentran bajo sistemas legales diferentes. En caso de que las partes o el objeto del

⁴⁶ Cfr. ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Humanitas, México, 1988, pág. 26.

negocio se encuentren regulados por ordenamientos legales diversos, el arbitraje es internacional.⁴⁷

De igual manera, cuando la naturaleza de la controversia es relativa a lo internacional, estamos en presencia de un arbitraje internacional. Es decir, las partes pueden ser de la misma nacionalidad y encontrarse en el mismo Estado. Sin embargo, si la controversia versa sobre situaciones en las cuales las partes señaladas se ven involucradas en un Estado distinto, el arbitraje tendrá el carácter de internacional. Lo anterior se da con gran frecuencia en el arbitraje comercial internacional.⁴⁸

Como se verá en el capítulo correspondiente, tanto la Ley Modelo como el Código de Comercio recogen dichos preceptos al señalar las situaciones en las cuales el arbitraje es internacional.

2.3.2. Arbitraje civil y arbitraje comercial.

El arbitraje puede clasificarse en civil o comercial al tomar en consideración el tipo de controversia que se presente. Al respecto, podríamos definir a un contrato comercial como aquél que se da entre comerciantes con la intención de hacer negocios, ya sea para comprar, vender, rentar o cualquier actividad relacionada con lograr los fines que persiguen en sus actividades como comerciantes.⁴⁹

⁴⁷ Cfr. CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, Op. Cit., págs. 35-36.

⁴⁸ Cfr. REDFERN, Alan, et. al., Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4a ed., Ed. Sweet and Maxwell, Inglaterra, 2004, pág. 16-18.

⁴⁹ Ibidem, págs. 20-21.

Al respecto, el artículo 1050 del Código de Comercio establece que basta con que una de las partes que intervienen en un acto tenga naturaleza comercial para que dicho acto sea considerado como mercantil.

Finalmente, el artículo 1 de la Ley Modelo señala que lo comercial debe entenderse de la manera más amplia, al señalar de manera enunciativa mas no limitativa los actos comerciales, sean éstos contractuales o no.

2.3.3. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional.

El arbitraje *ad hoc* es aquél en el cual las partes deciden someter una controversia al arbitraje, con la particularidad de que son ellas mismas las que crean el procedimiento por el cual se regirán durante su sustanciación, siempre respetando los derechos procesales de las partes, con la opción de que dicho procedimiento sea el modelo estipulado por alguna institución arbitral.⁵⁰

Por otro lado, el arbitraje institucional es aquél en que las partes deciden someter la controversia a una institución especializada en arbitraje, la cual cuenta con reglas generales y un procedimiento establecido para su sustanciación.⁵¹

Por lo regular, las partes que deciden someterse al arbitraje comercial internacional se inclinan a utilizar el arbitraje institucional, ya que, a pesar de que implica mayores costos, la organización y administración del arbitraje se

⁵⁰ Cfr. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, Derecho Arbitral Mexicano, Op. Cit, pág. 46.

⁵¹ Ibidem, pág. 48.

encuentra estipulada claramente, lo cual tiene como resultado una mayor certeza jurídica al momento de su sustanciación y ejecución.

2.4. Definición etimológica y gramatical.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que la palabra arbitraje deriva del latín *arbiter*, que se traduce como árbitro o *arbitrium*, que quiere decir arbitrio. Al respecto, define al arbitraje como el “Compromiso de someter a la decisión de uno o varios árbitros la solución de una controversia presente o futura, que obliga a cumplir la resolución arbitral e impide conocer a los jueces y tribunales.”⁵²

2.5. Definiciones doctrinales.

Existen diversas definiciones que se le han dado al arbitraje, las cuales en su mayoría siguen la teoría mixta de la naturaleza jurídica del arbitraje.

En primer término, Raúl Medina Mora define al arbitraje comercial como “...el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles, entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o tribunal arbitral independientes, les señala los términos básicos para su misión,

⁵² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, Primer Tomo, pág. 644.

indica el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento arbitral, conviene en el lugar y en la lengua del arbitraje.”⁵³

Por otro lado, en la propuesta de una ley arbitral realizada por el jurista Martín Virgilio Bravo Peralta, se define al arbitraje económico como: “el procedimiento arbitral originado por las controversias en las transacciones de los agentes económicos, sea que se trate de personas físicas o morales, dependencias o entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica del país.”⁵⁴

Asimismo, el reconocido jurista Modesto Serra Vázquez define al arbitraje de la siguiente manera: “El arbitraje es una institución destinada a la solución pacífica de los conflictos internacionales y que se caracteriza por el hecho de que dos Estados en conflicto someten su diferencia a la decisión de una persona (árbitro) o varias personas (comisión arbitral), libremente designadas por los Estados y que deben resolver apoyándose en el Derecho o en las normas que las partes acuerdan señalarles.”⁵⁵

Arellano García lo define como: “... el medio pacífico de solución de controversias entre Estados en virtud del cual, los juzgadores elegidos por los Estados en conflicto, mediante un procedimiento jurisdiccional, emiten un fallo obligatorio”.⁵⁶ A pesar de que la anterior definición se refiere

⁵³ MEDINA MORA, Raúl, Cláusula y Acuerdo Arbitrales, en PEREZNIETO CASTRO, Leonel (coord.), Arbitraje Comercial Internacional, 2ª reimpresión, Ed. Distribuidores Fontamara, México, 2006, pág. 15.

⁵⁴ BRAVO PERALTA, Martín Virgilio, El Arbitraje Económico en México, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 2002, pág. 168.

⁵⁵ VAZQUEZ SERRA, Modesto, Derecho Internacional Público, 23ª ed, Ed. Porrúa, México, 2007, pág. 347.

⁵⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, Segundo Curso de Derecho Internacional Público, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2004, pág. 257.

únicamente a aquellos arbitrajes que tengan lugar entre Estados, es posible hacer la definición proporcionada extensiva a los arbitrajes privados, ya que recoge los aspectos fundamentales del mismo.

Finalmente, en obra conjunta, las juristas Cecilia Azar, Sofía Gómez y Elsa Ortega definen al arbitraje como “...un mecanismo hetercompositivo de solución de controversias, al que las partes acuerdan someterse voluntariamente, ya sea mediante una cláusula en un contrato (cláusula arbitral) o a través de un contrato especialmente diseñado para ese fin (compromiso arbitral), con el propósito de que uno o más particulares expertos en la materia, a los que se reconoce como árbitros, resuelvan sus controversias de forma definitiva a través de la resolución a la que se denomina laudo arbitral.”⁵⁷

Otros autores no definen al arbitraje, sino que se limitan a establecer las características o elementos que deben existir en un arbitraje. Al respecto, el reconocido investigador Francisco González de Cossío establece que se deben incluir los siguientes elementos: “1) la existencia de una controversia; 2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; 3) que la decisión es final (no sujeta a apelaciones); y 4) que la decisión es vinculatoria (no sugestiva).”⁵⁸

De igual manera, Luis Enrique Graham enumera las características que debe poseer un arbitraje al señalar que es un mecanismo alternativo de controversias, cuyo origen es necesariamente la voluntad de las partes litigantes, es vinculatorio, su alcance es exclusivamente para la especie de

⁵⁷ AZAR MANZUR, Cecilia et al, Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, S.N.E., Editorial Themis, Colección Leyes Comentadas, México, 2009, pág. XIX.

⁵⁸ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje, Op. Cit., pág. 19

controversia que hayan previsto las partes, es regido por los principios esenciales del procedimiento, la dirección del procedimiento tiene mayor holgura que el procedimiento jurisdiccional, está restringido por materias que el Estado considera no arbitrales y se asemeja, en cuanto a su negocio jurídico de origen, al mandato.⁵⁹

2.6. Definición legislativa.

La legislación mexicana, como ya se ha mencionado, adoptó la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL mediante las reformas al Código de Comercio de 1989 y 1993. Al respecto, la Ley Modelo define en su artículo 2, inciso a) al arbitraje como cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo. Como se puede apreciar, dicha definición es imprecisa, ya que viola una de las principales reglas de la definición, que es no incluir la definición en lo definido.

De igual manera, el Código de Comercio, al adoptar la Ley Modelo, no subsanó dicho error y definió al arbitraje en su artículo 1416, fracción I de la siguiente manera:

“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;”

⁵⁹ GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit., págs. 15-16.

Asimismo, el legislador estableció la distinción del arbitraje internacional, al señalar las características de dichos arbitrajes, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley Modelo. Al respecto, dicha fracción establece que un arbitraje será internacional cuando las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje tengan sus establecimientos en países diferentes; o que el lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, 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, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.

2.7. Definición personal.

La conceptualización del arbitraje, y en específico del arbitraje comercial internacional, es de gran importancia, ya que debe contener las características que lo integran y diferencian de un proceso jurisdiccional, sin olvidar el origen contractual del mismo.

En primer término, creemos conveniente señalar los elementos esenciales del arbitraje, es decir, aquéllos sin los cuales dicha figura no puede ser considerada como tal. Por lo tanto, consideramos que dichas características son: 1) que es método alternativo de solución de controversias; 2) que surge de la voluntad de las partes sometidas a él mediante una cláusula arbitral o un compromiso o contrato arbitral; 3) que es sometido y resuelto por uno o varios particulares expertos en la materia

denominados árbitros; 4) que la decisión o laudo arbitral es vinculatoria; y 5) que la decisión o laudo arbitral es inapelable en cuanto al fondo.

Ahora bien, una vez señalados los elementos *sine qua non* del arbitraje, es necesario señalar que la presente investigación versa sobre el arbitraje comercial internacional, por lo que especificaremos que en nuestra definición se incluirán las siguientes características adicionales: 5) que versa sobre controversias en materia mercantil; y 6) que las partes sometidas al arbitraje o que el lugar de ejecución del mismo se encuentren en Estados diferentes.

Finalmente, una vez descritas las características del arbitraje comercial internacional, nos disponemos a elaborar nuestra propia definición de dicha figura. El arbitraje comercial internacional es el método alternativo de solución de controversias mercantiles que surge de la voluntad de las partes mediante una cláusula o contrato arbitral, las cuales son sometidas a uno o varios particulares expertos denominados árbitros, cuya decisión es vinculatoria e inapelable en cuanto al fondo y en el cual las partes sometidas a él y/o el lugar de su ejecución se encuentren en Estados diferentes.

CAPÍTULO TERCERO.

DERECHO VIGENTE MEXICANO.

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El máximo ordenamiento que rige a nuestro país es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sus disposiciones son de fundamental importancia y son la base para la creación, funcionamiento y evolución de las instituciones del país. De ahí que no se debe olvidar su mención en el estudio de cualquier figura legal en México.

Actualmente, existe cierta controversia con respecto a la constitucionalidad del arbitraje como método de solución de controversias en México. Al respecto, debemos ubicarnos en los artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución para entender los puntos de vista de aquellos analistas que consideran que el arbitraje es inconstitucional, así como los que defienden su constitucionalidad.

3.1.1. Inconstitucionalidad del arbitraje.

Aquéllos que consideran que el arbitraje es una figura inconstitucional se sostienen en lo expuesto en el artículo 13 de nuestra Carta Magna, el cual establece:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más

emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. (énfasis añadido)

Al establecer nuestra Carta Magna que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales ni por leyes privativas, es posible señalar que el árbitro o tribunal arbitral es un tribunal especial y que las disposiciones que regulen el procedimiento arbitral, cualquiera que éstas sean, son leyes privativas, ya que únicamente son aplicables a las partes que acuerden someterse a las mismas.⁶⁰

Por otro lado, el artículo 14 de la Constitución establece lo siguiente en su segundo párrafo:

Artículo 14. [...]

Nadie podrá ser privado 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.

De lo anterior, aquéllos que señalan que el arbitraje no es una figura constitucional señalan que el arbitraje no respeta lo señalado por el artículo 14 constitucional, ya que el tribunal arbitral surge con posterioridad a la

⁶⁰ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, Nuevo Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero, 7ª ed, Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 583.

controversia y que las disposiciones que regulan al arbitraje no tienen el carácter de ley, por lo que existe una clara violación al artículo 14 constitucional.⁶¹

Finalmente, el tercer argumento que sostienen los juristas que no reconocen al arbitraje como una figura constitucional en México argumentan lo establecido en el artículo 16 de la Constitución en su primer párrafo, el cual establece lo siguiente:

Artículo 16. 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 la causa legal del procedimiento. [...]

El argumento referido es que, de acuerdo con el artículo 16 de la Constitución, el árbitro o tribunal arbitral no tienen el carácter de autoridad, por lo que cualquier acto emitido con motivo del arbitraje que cause molestia alguna es inconstitucional. Consecuentemente, las determinaciones y laudos arbitrales violan la garantía de legalidad consagrada en la Constitución.⁶²

3.1.2. Constitucionalidad del arbitraje.

Por otro lado, existen argumentos en la Constitución para considerar al arbitraje como una figura constitucional. Al respecto, es importante señalar que el 18 de junio de 2008 se publicó la reforma a diversos artículos

⁶¹ Cfr. ACOSTA ROMERO, Miguel, Nuevo Derecho Bancario, Panorama del Sistema Financiero, Op. Cit., pág. 584

⁶² Ibidem., págs 584-585.

de la Constitución, entre los que destaca la reforma aprobada al artículo 17 de nuestra Carta Magna. Actualmente, dicha disposición establece lo siguiente en su párrafo tercero:

Artículo 17. [...]

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. (énfasis añadido)

Al analizar el citado artículo, es claro que la intención del legislador fue contemplar a los métodos alternativos de solución de controversias como mecanismos viables y admitidos por la Constitución para que los particulares pudiesen acceder a ellos.

Lo anterior se refuerza al analizar el dictamen que realizó el legislador al presentar la reforma, el cual establece que “...se estima necesario que se prevean mecanismos alternativos de solución de controversias, que por mandato constitucional expreso, procuren asegurar la reparación del daño, sujetas a supervisión judicial en los términos que la legislación secundaria lo juzgue conveniente”.⁶³ Por lo tanto, el legislador pretende la introducción de los mecanismos alternativos de solución de controversias, otorgándoles la constitucionalidad requerida. Finalmente, es importante aclarar que el legislador, atinadamente, sostiene que dichos mecanismos alternativos de solución de controversias deben adecuarse a lo dispuesto por las leyes que los regulen.

⁶³ Gaceta Parlamentaria año XI, número 2450-IV, jueves 21 de febrero de 2008, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/feb/20080221-IV.html>

Por otro lado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado con respecto a la constitucionalidad del arbitraje, al señalar que las partes acuerdan remitirse al arbitraje, cuyo laudo debe ser reconocido y homologado por la autoridad jurisdiccional para su posterior ejecución.⁶⁴

De lo anterior, consideramos que el arbitraje es un sistema alternativo de solución de controversias apegado en su totalidad a la Constitución, ya que debe adecuarse a la ley aplicable y su ejecución debe someterse a los tribunales jurisdiccionales. Finalmente, es importante establecer que no debe entenderse que el Estado goza de exclusividad al momento de la solución de controversias, sino únicamente de la administración de justicia, por lo que es permisible que las partes se arreglen de manera privada en las materias en las que está permitido, entre ellas, la materia comercial internacional.

Por otro lado, el artículo 133 de la Constitución es de suma importancia, ya que los tratados internacionales que estén de acuerdo con la propia Carta Magna son la ley suprema de toda la Unión, los cuales deberán ser observados por los jueces de cada Estado.

Al respecto, México ha ratificado diversas convenciones y tratados internacionales que regulan y promueven el arbitraje; las principales y de mayor importancia son la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, las cuales serán analizadas en el capítulo correspondiente de la presente investigación.

⁶⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje Comercial. Los artículos 1415 y 1463 del Código de Comercio, no violan el artículo 13 de la Constitución Federal”, tesis aislada, amparo en revisión 237/2004, Emilio Francisco Casares Loret de Mola y otros, 28 de abril de 2004, unanimidad de 4 votos, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXI, pág. 411.

3.2. Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio.

Derivado de la adopción de las disposiciones de la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL en México, se lograron varias reformas y adiciones a diversas disposiciones en nuestra legislación. El principal cambio fue la adición del Título Cuarto del Libro Quinto al Código de Comercio, denominado “Del Arbitraje Comercial”, el cual fue redactado con gran apego a lo establecido en la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la UNICTRAL.

El Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio regula los aspectos generales del arbitraje comercial internacional en México, desde el acuerdo arbitral, el cómputo de los plazos, la constitución y competencia del tribunal arbitral, así como la sustanciación, resolución y reconocimiento, ejecución o nulidad del laudo arbitral.

De igual manera, el propio Código de Comercio señala de manera clara la mínima intervención de la autoridad jurisdiccional durante la sustanciación del arbitraje. Derivado de lo anterior, el juez de primera instancia es la autoridad competente para analizar la validez, eficacia y ejecución del acuerdo arbitral, el nombramiento de árbitro único en caso de desacuerdo entre las partes, la validez de la renuncia o remoción de los árbitros, determinación de las costas en el arbitraje y la ejecución o nulidad del laudo arbitral. Finalmente, existe la opción solicitar la asistencia del juez para la adopción de medidas cautelares y el desahogo de pruebas durante el arbitraje.

Por lo tanto, la facultad de asistir de la autoridad jurisdiccional en el arbitraje es excepcional, por lo que cualquier intervención del juez se da solamente bajo circunstancias mediante las cuales las partes requieren dicha asistencia a fin de estar en posibilidad de continuar con el arbitraje.⁶⁵

3.2.1. Acuerdo arbitral.

Merece una mención especial la facultad conferida al juez de analizar la validez, eficacia y posible ejecución de la cláusula arbitral, la cual ha sido corroborada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante jurisprudencia por contradicción de tesis, resuelta por mayoría en 2006.⁶⁶ Creemos que esta interpretación es errónea y debería de corresponderle al árbitro o tribunal arbitral dicha facultad.

Tanto el artículo 2 de la Convención de Nueva York como el artículo 1 de la Convención de Panamá establecen la facultad de las partes de someterse al arbitraje. Por lo tanto, cualquier controversia derivada del sometimiento al arbitraje, incluyendo aquélla que verse sobre la validez del propio acuerdo arbitral, debe ser resuelta por el propio tribunal arbitral.

Lo anterior se fortalece al establecer que tanto la validez del compromiso arbitral como la competencia del propio tribunal son elementos que determinan si es posible iniciar o no el procedimiento arbitral. Al respecto, el propio Código de Comercio señala en su artículo 1432 que el tribunal arbitral

⁶⁵ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El Arbitraje y Judicatura”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, et.al., Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 111.

⁶⁶ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Arbitraje Comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al tribunal arbitral”, Jurisprudencia, septiembre de 2006, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIV, pág. 5.

será quien decida sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

Finalmente, diversos reglamentos de organizaciones internacionales de arbitraje como la American Arbitration Association, la International Chamber of Commerce, la London Court of International Arbitration, e incluso la propia Ley Modelo, establecen que el propio tribunal arbitral decidirá sobre cualquier controversia que surja con respecto a la validez o existencia del compromiso arbitral.

Por lo tanto, consideramos que el legislador redactó el artículo 1424 del Código de Comercio con gran desaseo y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación le dio una interpretación desafortunada a dicha disposición, ya que ésta es contradictoria con el artículo 1432 del propio Código de Comercio y con todos los ordenamientos descritos con anterioridad.

Por otro lado, con respecto a la redacción del acuerdo arbitral, el artículo 1423 contempla cuatro maneras posibles de constitución del acuerdo arbitral:

- Documento firmado por las partes.
- Intercambio de cartas, télex, telegramas u otro medio de comunicación que deje constancia del acuerdo.
- Intercambio de demanda y contestación de la misma, en las que se incluya la propuesta y aceptación del arbitraje.
- Cláusula arbitral en un contrato firmado.⁶⁷

⁶⁷ AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., págs. 44-45.

Resulta de suma importancia aclarar que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, por lo que no es posible solicitar el arbitraje derivado de un contrato verbal. Sin embargo, cualquier controversia que surja con motivo de las actividades comerciales de las partes es permitida, con excepción de procedimientos penales derivados de incumplimientos del contrato.

Una diferencia más que encontramos entre la Ley Modelo y el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es que, en caso de que las partes no hayan pactado en el acuerdo arbitral el número de árbitros, el artículo 1426 del Código de Comercio establece que será un solo árbitro, mientras que el artículo 12 de la Ley Modelo señala que serán tres. Sin embargo, la fracción IV del artículo 1427 del Código de Comercio ordena al juez tomar en cuenta la conveniencia de que la nacionalidad del árbitro sea distinta a la de las partes. “Aún cuando la nacionalidad no necesariamente implica la imparcialidad del árbitro, el hecho de que el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral sea de una nacionalidad distinta a la de las partes, puede generar confianza y normalmente favorece el cumplimiento voluntario del laudo.”⁶⁸

Al respecto, consideramos importante señalar que dicha disposición aplica comúnmente para los arbitrajes *ad hoc*, ya que la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales internacionales contienen la determinación del número de árbitros en caso de que no haya sido pactado.

Por otro lado, consideramos hacer mención particular a lo establecido en el artículo 1445 del Código de Comercio, inspirado en el artículo 28 de la

⁶⁸ AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., pág. 53.

Ley Modelo, que establece el derecho aplicable en cuanto al fondo de la controversia, el cual será decidido por el tribunal arbitral en caso de que las partes no lo hayan pactado. Hacemos especial énfasis en señalar que dicha determinación será exclusivamente en lo relativo al derecho sustantivo de la controversia, no así al derecho adjetivo.

Así, la determinación del derecho aplicable debe realizarse tomando en cuenta las características de la controversia sometida al tribunal arbitral. “Lo anterior representa una ventaja del arbitraje frente al litigio ante los tribunales judiciales en un caso internacional, ya que en éste el juez debe hacer un análisis de los puntos de conexión relevantes para poder determinar el derecho aplicable mientras que el árbitro lo hace de forma directa.”⁶⁹

Finalmente, a pesar de la regulación del arbitraje en el Código de Comercio, la mayoría de las disposiciones contenidas en él operan en aquellos casos en los que las partes no han establecido de común acuerdo las reglas del mismo, situación que suele ocurrir en arbitrajes *ad hoc*. Es por eso que un enorme porcentaje de los arbitrajes comerciales internacionales se someten a las reglas y disposiciones establecidas en alguna de las diferentes instituciones arbitrales.

3.2.2. Terminación del arbitraje.

Los artículos 1447 a 1451 del Código de Comercio establecen lo relativo a las formas de terminación del procedimiento arbitral, las cuales

⁶⁹ AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., pág. 86.

son 1) el laudo final, 2) la transacción, 3) el retiro de la demanda de arbitraje, 4) el acuerdo entre las partes y 5) en aquellos casos en los que el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

La transacción deriva en un laudo final de parte del tribunal arbitral, pero merece especial mención, ya que deriva de una negociación durante el procedimiento arbitral en la cual las partes acuerdan dar por terminado el procedimiento arbitral. Los resultados de dicha negociación deben plasmarse en un laudo, el cual tendrá la naturaleza y efectos de un laudo final.

Al respecto, el laudo final debe contener como requisitos 1) constar por escrito, 2) contar con las firmas de mínimo la mayoría de los árbitros, 3) señalar el lugar en que fue dictado, el cual debe coincidir con el lugar en que se llevó a cabo el arbitraje, 4) señalar la fecha en la que fue dictado y 5) notificarse a las partes. A pesar de que expresamente no se señale que el laudo debe ser fundado, el artículo 1445 del Código de Comercio establece que el tribunal arbitral deberá decidir con arreglo a las estipulaciones del convenio y los usos mercantiles aplicables.

Consideramos importante señalar que no es requisito del laudo estar motivado si las partes no lo requieren. La razón de esto es las transacciones que ponen fin al arbitraje y deben realizarse en forma de laudo no suelen requerir que esto ocurra.⁷⁰

Sin embargo, creemos conveniente que los laudos sean motivados, independientemente de si las partes lo acuerdan o no. Esto debido a que el

⁷⁰ AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., pág. 90

juez que determinará la nulidad o validez del laudo puede pecar de desconocimiento de la materia y caer en formalismos, lo que puede traer como consecuencia que determine la nulidad del laudo al no estar debidamente fundado y motivado.

El laudo es el mecanismo que más se emplea para dar por terminado el arbitraje, ya sea mediante transacción o laudo final, y siempre deberá cubrir los requisitos señalados.

3.2.3. Costas del arbitraje.

Los artículos 1452 a 1456 del Código de Comercio regulan lo relativo a las costas objeto del arbitraje, los cuales están inspirados en los artículos 38 a 41 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976.

Sin que el propio Código de Comercio defina a las costas, podemos concluir de dichos artículos que las costas deben incluir los conceptos de 1) honorarios del tribunal arbitral, 2) gastos y viáticos del tribunal arbitral, 3) gastos derivados de cualquier asistencia solicitada por el tribunal arbitral, incluyendo asesorías de peritos, 4) gastos y viáticos de los testigos, 5) gastos de representación y asistencia legal de las partes y 6) gastos y honorarios de aquellas instituciones arbitrales, en caso de que las partes hayan decidido recurrir a ellas.

El propio tribunal arbitral será el competente para realizar la formulación y determinación de las costas, de acuerdo con lo pactado por las partes en el acuerdo arbitral, las cuales serán fijadas en el laudo arbitral. En caso de no existir acuerdo al respecto, las costas serán aplicadas de

conformidad con dichos artículos del Código de Comercio. Por lo tanto, la intervención judicial en materia de costas se dará únicamente en la determinación de las mismas y en el depósito para gastos como anticipo.

Ahora bien, consideramos desafortunada la decisión del legislador de no haber adoptado lo establecido por el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL en lo que se refiere a la determinación de los honorarios del tribunal arbitral, ya que, tanto para la determinación de las mismas como para los depósitos para gastos como anticipo, el artículo 1454 del Código de Comercio remite a la asistencia de la autoridad jurisdiccional, mientras que el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL remite en primer término a la denominada “autoridad designadora”, la cual es básicamente la institución arbitral que las partes eligieron para la resolución del arbitraje. Incluso, en caso de que la autoridad designadora no haya establecido las costas a pagar, deberá remitirse a la práctica arbitral y a las circunstancias del caso, conocimiento del cual no suelen gozar los jueces mexicanos. Sin embargo, un porcentaje abrumador de los arbitrajes comerciales internacionales se realizan con la aplicación de reglamentos arbitrales de las diferentes instituciones arbitrales, por lo que dicha discusión tiene pocos efectos prácticos.⁷¹

Por lo tanto, consideramos que dicha disposición tuvo como finalidad regular la determinación de los honorarios del tribunal arbitral únicamente para arbitrajes *ad hoc*.

⁷¹ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El Arbitraje y Judicatura”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, et.al., Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 115.

3.2.4. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Como se mencionó anteriormente, la intervención judicial en el arbitraje se limita en la mayoría de los casos a la ejecución o nulidad del laudo arbitral. La razón por la cual opera tal circunstancia es debido a que el árbitro o tribunal arbitral no goza del *imperium* de la ley de hacer valer sus determinaciones con el uso de la fuerza pública. Por lo tanto, para su ejecución, la parte vencedora debe solicitar que el laudo arbitral sea reconocido como vinculante por la justicia mexicana para poder hacerlo efectivo. Al respecto, existen tres tipos de actos jurisdiccionales al respecto: 1) reconocimiento, 2) ejecución y 3) nulidad.

El reconocimiento es el acto realizado por el juez mediante el cual se le dan efectos jurídicos al laudo, es decir, se le da el carácter de cosa juzgada, sin que necesariamente implique que deba ejecutar.⁷² Debido a las bondades y seguridad que otorga el arbitraje comercial internacional, la ejecución del laudo en un gran porcentaje se realiza voluntariamente por la parte perdedora. Sin embargo, para garantizar la mayor seguridad jurídica, es necesario que la parte vencedora solicite el reconocimiento y ejecución del laudo ante la autoridad jurisdiccional competente, es decir, el juez de primera instancia o del orden común de la sede del arbitraje.

La ejecución del laudo arbitral, por su parte, es un paso más allá de su reconocimiento. Una vez reconocido el laudo por el juez, se procederá a aplicar el *imperium* de la Ley para hacer efectivas las resoluciones del

⁷² GOMEZ RUANO, Sofía. et. al., Manual de Arbitraje Comercial, Ed. Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 2004, pág. 169.

tribunal arbitral, aún en contra de la voluntad de la parte perdedora. El derecho de solicitar la ejecución del laudo no es renunciable.

Consideramos importante señalar que el juez debe limitarse únicamente a analizar la forma en la que se llevó el arbitraje, descritos en el artículo 1462 del Código de Comercio e inspirados en el artículo V de la Convención de Nueva York, sin entrar al fondo del asunto.

Asimismo, una ventaja más que ofrece el arbitraje, al compararlo con una sentencia jurisdiccional extranjera, es que el reconocimiento y ejecución del laudo no requiere de las formalidades necesarias para ejecutar una sentencia extranjera, como la carta rogatoria. Es por eso que el término utilizado es reconocimiento y no homologación, "...ya que no se trata de un procedimiento en el cual dos autoridades de la misma jerarquía (homólogos) trabajan sobre el mismo documento,...sino de una autoridad reconociendo la validez de un título ejecutivo."⁷³ El juez competente para la ejecución del laudo es el de primera instancia federal o del orden común del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1422 del Código de Comercio.

3.2.5. Nulidad del laudo arbitral.

La nulidad del laudo arbitral se encuentra en el Capítulo VIII de dicho Título Cuarto del Libro Quinto de Código de Comercio. El artículo 1457 de dicho ordenamiento señala las causales de nulidad del laudo arbitral, las cuales son 1) la incapacidad de las partes, 2) la invalidez del acuerdo

⁷³ AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., pág. 115.

arbitral, 3) la falta de la garantía de debido proceso, 4) el laudo versa sobre elementos fuera de la litis, 5) el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo arbitral o a la ley del lugar del arbitraje y 6) la arbitrabilidad de la controversia.

Al respecto, consideramos necesario aclarar que en lo relativo a la capacidad de las partes y la invalidez del acuerdo arbitral se debe atener a lo establecido en la legislación que rige al propio acuerdo arbitral, no del lugar de la ejecución del laudo. Sin embargo, si el arbitraje se realizó en México y no se determinó la legislación aplicable al acuerdo arbitral, regirá la legislación mexicana.

La garantía de debido proceso se traduce, de acuerdo con el inciso b) de la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, en que las partes deben ser notificadas de todas las actuaciones realizadas durante el arbitraje, así como en que puedan hacer valer sus derechos, lo que se traduce en la garantía de audiencia para ser escuchadas y vencidas en juicio.⁷⁴

En lo relativo a laudos *extra petita* o *ultra petita*, es decir, laudos que exceden la litis planteada, el árbitro o tribunal arbitral debe atenerse a lo planteado en el acuerdo arbitral por las partes. De igual manera, diversos reglamentos de instituciones arbitrales como la International Chamber of Commerce o el Centro de Arbitraje de México prevén la elaboración del acta de misión, la cual es el documento redactado por el tribunal arbitral para delimitar la litis del arbitraje y, consecuentemente, del laudo. Por lo tanto,

⁷⁴ AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., pág. 105.

recomendamos la elaboración del acta de misión para evitar que dicha causal sea invocada.⁷⁵

Con respecto a violaciones durante el procedimiento arbitral al acuerdo arbitral o a la ley del lugar del arbitraje, simplemente el juez debe observar que el procedimiento arbitral no vaya en contra del propio acuerdo arbitral o de alguna disposición de la ley del lugar del arbitraje. En el caso de México, sería el ya referido Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

Finalmente, con respecto a la arbitrabilidad de la materia, debemos señalar “la arbitrabilidad del litigio deberá resolverse conforme a la ley aplicable al fondo del negocio en litigio.”⁷⁶ En México no existe un listado de controversias posibles de someter al arbitraje. Al respecto, señala González de Cossío que “La regla de derecho mexicano acerca de arbitrabilidad puede ser resumida en que todas las controversias que no versen sobre una materia de interés público, que no perjudiquen derechos de terceros o que no estén expresamente excluidas, podrán ser resueltas mediante arbitraje.”⁷⁷ Sin embargo, al referirnos a la materia comercial, la regla general es que las controversias que se susciten al respecto son arbitrables. No obstante, creemos pertinente que esto no debe ser considerado a la ligera al momento de someterse una controversia al arbitraje, ya que pueden existir circunstancias específicas que pudieran romper dicha regla y declarar nulo el laudo.

⁷⁵ Cfr. LOPERENA RUIZ, Carlos y GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, “El Procedimiento Arbitral”, en GOMEZ RUANO, Sofía, et.al, Manual de Arbitraje Comercial, Op. Cit., pág. 111.

⁷⁶ GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, Op. Cit., pág. 121.

⁷⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “El Arbitraje y Judicatura”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, et.al., Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 128.

La arbitrabilidad de la materia también comprende lo relativo al orden público. Al respecto, no existe una definición ni legal ni jurisprudencial universalmente aceptada. Sin embargo, podríamos señalar que el orden público incluye los principios fundamentales de derecho, de seguridad nacional y de moral establecidos dentro de un Estado.⁷⁸

Finalmente, el artículo 1460 del Código de Comercio establece que el procedimiento de nulidad de laudo arbitral se tramitará a manera de incidente. La discusión al respecto ha sido abundante.

Por un lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación recientemente determinó que, para efectos del tipo de juicio de amparo que recae sobre la determinación del juez de anular el laudo arbitral, procede el amparo indirecto. Esto en virtud de que el arbitraje es un procedimiento seguido en forma de juicio, la controversia sobre la nulidad del laudo es un procedimiento fuera de juicio, por lo que representa un incidente, de acuerdo a lo señalado en la Ley de Amparo.⁷⁹

Sin embargo, consideramos que la intención de colocar al procedimiento de reconocimiento, ejecución o nulidad de laudo bajo el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles tuvo como finalidad proporcionar un método rápido y ágil, de acuerdo con la naturaleza y fines del comercio internacional, mas no darle el carácter estricto de incidente.

Por lo tanto, consideramos que la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es desafortunada y no tomó en cuenta las razones

⁷⁸ Cfr. AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., pág. 108.

⁷⁹ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Laudo Arbitral. Contra la interlocutoria que declara su nulidad procede el juicio de amparo indirecto”, Jurisprudencia, enero de 2008, Novena Época, Primera Sala, en Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVII, pág. 268.

de las reformas al Código de Comercio en 1993, que, al seguir la *ratio legis* de la Ley Modelo, únicamente se buscó hacer de cualquier controversia relativa al reconocimiento, ejecución o nulidad del laudo arbitral fuese lo más breve posible.⁸⁰

3.3. Código Federal de Procedimientos Civiles.

En lo que respecta al Código Federal de Procedimientos Civiles, nos referiremos únicamente a lo establecido en el artículo 360, el cual señala la tramitación de los incidentes, y que establece lo siguiente:

Artículo 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.

De lo anterior, podemos corroborar la intención del legislador de aplicar un procedimiento breve y ágil para la resolución de controversias

⁸⁰ Cfr. AZAR MANZUR, Cecilia, et.al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op. Cit., págs. 111-112.

relacionadas con la nulidad de laudos arbitrales. No ahondaremos más en dicho artículo, ya que la controversia relacionada con su aplicación y el trato de incidente que se le da al procedimiento de reconocimiento, ejecución o nulidad de laudo arbitral ya ha sido agotada.

Finalmente, consideramos pertinente señalar que los artículos 569 a 577 del Código Federal de Procedimientos Civiles contienen disposiciones relativas a laudos arbitrales. Sin embargo, dichas disposiciones versan sobre laudos cuyas controversias son del orden civil, por lo que no serán objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

3.4. La jurisprudencia.

De acuerdo con el reconocido jurista Eduardo García Máynez, la jurisprudencia es "...el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los tribunales."⁸¹ Es decir, es el criterio establecido por el sistema jurisdiccional mexicano para interpretar o integrar las normas de derecho vigentes, el cual se convierte en obligatorio una vez que se satisfacen los requisitos para ello, ya sea por cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario o mediante contradicción de tesis, de acuerdo con el artículo 192 de la Ley de Amparo.

Como hemos mencionado a lo largo del presente capítulo, la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto al arbitraje en temas particulares no es adecuada y puede entorpecer el desarrollo eficaz del mismo. Sin embargo, existen varias

⁸¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 58ª edición, México, 2005, pág. 68.

interpretaciones jurisprudenciales que son acordes con la que se la ha dado al arbitraje a nivel internacional.

Finalmente, y de acuerdo con los principios del arbitraje, la jurisprudencia versa exclusivamente sobre aquellos momentos en los cuales puede o debe intervenir el juez para la consecución de un arbitraje eficiente, así como sobre el procedimiento de amparo derivado de la resolución emitida por el juez competente en el reconocimiento y ejecución o la nulidad del laudo arbitral.

Por lo tanto, no debemos olvidar consultar dichos criterios emitidos por los altos órganos jurisdiccionales en nuestro país, ya que ello constituye una fuente formal interna de derecho del arbitraje comercial, tanto nacional como internacional.

CAPÍTULO CUARTO.

RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE.

Nuestro país ha firmado y ratificado varias convenciones bilaterales y multilaterales que regulan al arbitraje comercial internacional, así como a los procedimientos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

4.1. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras es reconocida como el documento internacional más importante en la historia del arbitraje comercial internacional. El texto de dicho documento es muy similar al del Código de Comercio.

La Convención de Nueva York contempla dos reservas que los países firmantes podrán aplicar al momento de su firma y ratificación:

1. Que la ejecución de laudos extranjeros se limitará únicamente a aquéllos que provengan de otros Estados que formen parte de dicha convención. Esta reserva observa el principio de reciprocidad. Sin embargo, a pesar de que más de sesenta países han aplicado dicha

reserva,⁸² la gran aceptación internacional que ha tenido la Convención de Nueva York ha hecho que esta reserva sea difícilmente aplicable.

2. Que únicamente se ejecutarán laudos que se consideren comerciales conforme a su Derecho Interno. Consideramos que esta reserva es una acotación más cerrada al tema de la arbitrabilidad de los laudos, y que cobra especial importancia en la presente investigación. En caso de que algún país considere aplicar dicha reserva, las partes que se sometan al arbitraje deberán verificar si la materia del procedimiento arbitral es considerada como comercial en el Derecho Interno del país en el que se ejecutará el laudo arbitral, ya que, de darse el caso, el sentido del procedimiento arbitral se vendría abajo al ser inejecutable.

De acuerdo con el artículo I de dicha convención, ésta regula el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto al de su reconocimiento y ejecución, así como a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución, tanto de arbitrajes *ad hoc* como de arbitrajes institucionales. Al respecto, consideramos importante precisar que el término “sentencia arbitral” es sinónimo de laudo arbitral.

En su artículo II, la Convención de Nueva York establece las tres características que deben existir en el arbitraje para que los laudos motivo de los mismos sean ejecutados: 1) la existencia de un acuerdo arbitral por

⁸² Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 1999, pág. 135.

escrito, 2) la existencia de una determinada relación jurídica entre las partes, y 3) que la controversia entre las partes sea susceptible de arbitraje.⁸³

De acuerdo con el artículo IV de la Convención de Nueva York, el laudo arbitral no requiere de una homologación de parte de la autoridad estatal que lo ejecutará; simplemente ordena se presente el original del acuerdo arbitral firmado por las partes y del laudo arbitral autenticado, o bien su copia que cumpla con las condiciones requeridas para su autenticidad. En nuestro país, la certificación notarial de que dicha copia es fiel de su original por medio de notario público es suficiente, así como una traducción debidamente certificada de dichos documentos, en caso de que éstos se encuentren en idioma extranjero.

Una diferencia que observamos entre la normatividad interna y la Convención de Nueva York se encuentra en el artículo V de dicho instrumento internacional, el cual señala las condiciones bajo las cuales la autoridad estatal encargada de ejecutar el laudo arbitral puede negar su ejecución. Al respecto, la Convención de Nueva York establece la incapacidad de las partes, la falta del debido proceso, los laudos *extra petita*, la falta de apego del procedimiento arbitral al derecho aplicable, la no arbitrabilidad del asunto y el orden público.

Con respecto a lo establecido en el Código de Comercio, observamos que se añade a dicha lista la incapacidad de cualquiera de las partes, de acuerdo con el derecho aplicable al procedimiento arbitral. De acuerdo con lo establecido por el jurista Carlos Rodríguez, dicha limitación incluye, de acuerdo a la legislación mexicana, a la incompetencia por insanidad mental,

⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 135.

minoría de edad, falta de autorización corporativa y falta de autorización de un agente, así como la coacción comprobable.⁸⁴ Consideramos que dicha lista es exhaustiva y abarca las posibles causas de incapacidad de las partes, en caso de que éstas sean invocadas.

De igual manera, creemos pertinente hacer nuevamente una mención al orden público, ya que en la doctrina señala que el orden público al que se refieren todo tipo de instrumento internacional de regulación del arbitraje se refiere al orden público internacional, a diferencia del orden público interno de cada Estado.

A diferencia del orden público interno, el orden público internacional constituye un límite a la aplicación de la ley extranjera, ya que su aplicación iría en contra de la legislación interna, lo que derivaría en un innecesario conflicto de leyes. Es decir, el orden público internacional protege la preeminencia del Derecho Interno sobre la aplicación de normas internacionales. En el contexto del arbitraje comercial internacional, dicha figura se aplica en la mayoría de los casos, a situaciones de arbitrabilidad comercial y su posterior ejecución del laudo arbitral.

Al respecto, el internacionalista Carlos Arellano considera que dicha distinción produce confusión en el Derecho Internacional Privado, "...y además es innecesaria, porque, en realidad, basta con hablar únicamente de orden público que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera".⁸⁵ Consideramos adecuada dicha aseveración, ya que el orden público es una noción propiamente relativa al Derecho Interno. Al contener la legislación

⁸⁴ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Porrúa, México, 1999., pág. 136.

⁸⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho Internacional Privado, Ed. Porrúa, 16ª ed, México, 2006, pág. 930.

interna alguna disposición que prohíba la aplicación de una norma extranjera en el Derecho Interno, se cumple el objetivo que persigue el orden público internacional.

Finalmente, el artículo VII de la Convención de Nueva York otorga a los Estados parte de dicha convención la posibilidad de suscribir y ratificar acuerdos bilaterales o multilaterales entre ellos en lo relativo a la ejecución de laudos arbitrales. En el caso de México, esta prerrogativa ha sido utilizada en varias ocasiones con la ratificación del resto de los instrumentos internacionales con diversos Estados ratificantes de la Convención de Nueva York.

4.2. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional⁸⁶ (en adelante, Convención de Panamá), es el instrumento jurídico internacional mediante el cual se le da pleno reconocimiento al arbitraje comercial internacional por la Organización de Estados Americanos. México, por su parte, ratificó la Convención de Panamá el 15 de febrero de 1978.

La Convención de Panamá reitera en la mayoría de sus disposiciones lo establecido en la Convención de Nueva York, al regular al acuerdo arbitral y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en Estados distintos al lugar en el que fue dictado.⁸⁷

⁸⁶ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional”, Panamá, Panamá, 30 de enero de 1975, D.O.F. 27 de abril de 1977, en SILVA SILVA, Jorge Alberto, Op. Cit., págs. 311-313.

⁸⁷ Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Op. Cit., pág. 26

4.3. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros⁸⁸ (Convención de Montevideo) es un instrumento complementario a las disposiciones no previstas dentro de la Convención de Panamá por parte de la Organización de Estados Americanos.

En primer término, México realizó su reserva en lo relativo al artículo 1 de la Convención de Montevideo, el cual establece en su primer párrafo lo siguiente:

“La presente Convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes, a menos que al momento de la ratificación alguno de estos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial...”.

Como se observa, es requisito para aquellos Estados que deseen que la Convención de Montevideo se aplique únicamente a las sentencias de condena patrimoniales. Al respecto, México hizo expresa dicha reserva.

Por otro lado, la interpretación más importante realizada por nuestro país a la Convención de Montevideo se dio con respecto a lo establecido en su artículo 3, el cual establece los documentos de comprobación indispensables

⁸⁸ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”, Montevideo, Uruguay, 5 de agosto de 1979, D.O.F. 28 de agosto de 1987, en SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Op. Cit., págs. 314-317.

para solicitar el cumplimiento de laudos arbitrales y sentencias jurisdiccionales extranjeras.

Con respecto a la interpretación dada al artículo 3 de la Convención de Nueva York, México declaró que “para la homologación y ejecución coactiva de sentencias y laudos extranjeros, es necesaria su transmisión por medio de exhortos o cartas rogatorias en las que aparezcan las citaciones necesarias para que las Partes comparezcan ante el exhortado.”

Consideramos que dicha reserva es desafortunada, ya que, a pesar de que la Convención de Montevideo regula la homologación de sentencias jurisdiccionales extranjeras, la interpretación incluye a ambas figuras. Esto tiene como efecto el equiparar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros con la homologación de sentencias judiciales extranjeras, lo cual va en contra de uno de los objetivos principales del arbitraje: la reducción de tiempos.

4.4 Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

En cuanto a los tratados de libre comercio celebrados por México en los que se incluye de manera precisa al arbitraje, el instrumento pionero fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁸⁹ (en adelante, TLCAN); es el primer tratado comercial internacional de gran importancia y entró en vigor el 1 de enero de 1994.

⁸⁹ SECRETARIADO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE, “Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, Ciudad de México, México, 14 y 17 de diciembre de 1992, D.O. 20 de diciembre de 1993, <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=343&mtpiID=ALL> .

Señala Jorge Alberto Silva que “En el TLCAN, la normatividad sobre arbitraje comercial corresponde principalmente a reglas heteroaplicativas que obligan a México a implantar o a sostener un derecho específico respecto a ese proceso”.⁹⁰ Confirmamos lo anterior con el artículo 2022 del TLCAN, el cual se encuentra dentro del Capítulo XX, relativo a las disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias, y que establece lo siguiente:

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.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.
4. La Comisión establecerá un Comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y

⁹⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Op. Cit., pág. 27.

eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

De dicha normatividad, es posible concluir que el TLCAN es un instrumento internacional que acepta e incluso promueve al arbitraje en particular como medio alternativo de solución de controversias. Incluso, fortalece la importancia de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá en cuestiones regulatorias del arbitraje.

Finalmente, el establecimiento de un Comité consultivo de controversias comerciales de carácter privado fortalece el establecimiento del arbitraje entre los Estados parte del TLCAN. Señala Jorge Alberto Silva que "...ese Comité ha formado algunos subcomités que, por ejemplo, compilaron criterios para examinar reglas y prácticas de cada país e identificaron los medios que suelen utilizarse para promover el arbitraje y otros que solucionan controversias."⁹¹ Dichas acciones dan testimonio del gran auge que ha tenido el Comité consultivo instaurado con motivo del TLCAN y la especialización que la experiencia le ha otorgado desde su entrada en vigor.

De igual manera, la sección B del capítulo XI del TLCAN, denominado "Solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte", específicamente en los artículos 1115 a 1138, regula el arbitraje internacional en materia de inversión.

Al respecto, el artículo 1120 señala los documentos que regulan al arbitraje de inversión, los que las partes podrán acordar someterse: 1) el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, siempre que ambas partes sean Estados parte del mismo; 2) las

⁹¹ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Op. Cit., págs. 109-110.

Reglas del Mecanismo Complementario de dicho Centro, cuando sólo una de las partes sea Parte de su Convenio; o 3) el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional.

Por otro lado, el artículo 1122 establece que, como requisitos para poder acceder al arbitraje de inversión, las partes deben avocarse a lo establecido por a) el Capítulo II del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario, las cuales exigen el consentimiento por escrito de las partes; b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo. De lo anterior, confirmamos la imposibilidad de la existencia de un acuerdo verbal de arbitraje para iniciar el procedimiento arbitral.

Finalmente, consideramos importante señalar lo establecido en el anexo del TLCAN, referente a las reglas modelo de procedimiento arbitral, las cuales contemplan al acta de misión como el documento mediante el cual se fijará la litis del procedimiento arbitral, la cual será entregada por ambas partes al tribunal arbitral. En caso de que a los 20 días no exista un acta de misión acordada, la parte reclamante⁹² podrá notificar dicha situación al Secretariado del propio TLCAN, quien emitirá un proyecto de acta de misión dirigido a las partes involucradas y al panel arbitral. Las reglas modelo del procedimiento arbitral enfatizan la rapidez con la que dicho documento debe emitirse, para dar inicio al procedimiento arbitral.

⁹² Consideramos que cualquiera de las partes podría solicitar dicha situación al Secretariado, ya que, de acuerdo con los objetivos que persigue el arbitraje y en concordancia con la celeridad que se las propias reglas modelo le dan a dicho documento, no existe diferencia alguna en cuanto a cuál de las partes reclama que no se ha logrado emitir un acta de misión por acuerdo entre las partes.

4.5. Tratado de Libre Comercio celebrado entre México y la Unión Europea.

Por otro lado, el Tratado de Libre Comercio celebrado entre México y la Unión Europea (en adelante, TLCUE), formalmente conocido como Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros⁹³, siguió los mismos pasos que el TLCAN y reiteró la importancia de la Convención de Nueva York dentro de la Declaración conjunta XIV, la cual se refiere a las medidas alternativas para la solución de controversias. Las partes firmantes del TLCUE consideran no sólo al arbitraje para la resolución de controversias que se susciten, sino que también se estipuló a la transacción y a la conciliación como mecanismos idóneos para la solución de controversias.

Una diferencia considerable entre el TLCAN y el TLCUE radica en las materias susceptibles de arbitraje. Señala Francisco José Contreras Vaca que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 de la Decisión global 2/2000, no serán susceptibles de someterse a los mecanismos de solución de controversias señalados aquellos asuntos relacionados con derechos y obligaciones de las partes adquiridos en el marco de la Organización Mundial de Comercio, los cuales son 1) medidas compensatorias y *amtidumping*; 2) disposiciones relativas a obstáculos técnicos al comercio; 3)

⁹³ “Decreto Promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea”, D.O.F. 26 de junio de 2000.

medidas sanitarias y fitozoosanitarias; 4) medidas restrictivas a importaciones con motivos de balanza de pagos; 5) establecimiento de zonas aduaneras y áreas de libre comercio con otros países, y; (6) propiedad intelectual. Esto debido a que no se pueden iniciar procedimientos diferentes en foros diversos sobre el mismo asunto, de acuerdo a lo establecido por el artículo 47 de la Decisión global 2/2000.⁹⁴

Ante dicha disposición, Contreras Vaca considera que el alcance que ésta otorga al arbitraje es limitado y sugiere una modificación a los artículos 41 y 47 para establecer a las partes la opción de elegir el foro en el cual se sustanciarán los procedimientos para la solución de dichas controversias.⁹⁵ Consideramos acertada dicha opinión, ya que, de acuerdo a la experiencia arbitral que la comunidad mercantil internacional ha tenido, la libertad de escoger el foro para la sustanciación de resolución de controversias otorga a las partes confianza y seguridad.

Finalmente, consideramos importante señalar lo establecido en el Anexo III del TLCUE, referente a las reglas modelo de procedimiento arbitral, contempla nuevamente al acta de misión. A diferencia del TLCAN, las reglas modelo del procedimiento arbitral del TLCUE señalan que dicho documento se emitirá salvo pacto en contrario y no establecen de manera tan enfática la celeridad con la que debe emitirse. No podemos dejar de señalar la importancia que implica la obligatoriedad del acta de misión en los procedimientos arbitrales, ya que dicho documento evitará grandes

⁹⁴ Cfr. CONTRERAS VACA, Francisco José, “Solución de Controversias en el Tratado de Libre Comercio Celebrado entre México y la Unión Europea”, en BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, et. al., Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes, S.N.E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, Tomo I, 2008, pág. 196.

⁹⁵ Ibidem, págs. 200-201.

problemas al momento de solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

CAPÍTULO QUINTO.

DERECHO UNIFORME.

A medida que el comercio internacional se ha convertido en una actividad más sencilla y más frecuente al paso del tiempo, la necesidad de acercar e incluso unificar la legislación respectiva, ha cobrado mayor importancia. La comunidad empresarial necesita y exige procesos congruentes con las necesidades actuales. Es por eso que organismos internacionales se han avocados a la tarea de lograr, en la medida de lo posible, la constitución de un Derecho Uniforme en materia de arbitraje comercial internacional, con el propósito de influir en las legislaciones internas de los Estados.

Al respecto, García Maynez señala que el Derecho Uniforme se da cuando dos o más Estados adoptan mediante un tratado ciertas normas comunes, destinadas a la regulación de determinadas situaciones jurídicas.⁹⁶ Sin embargo, consideramos precisar que el Derecho Uniforme no requiere de la celebración de un tratado para la adopción de normas comunes.⁹⁷

Así pues, consideramos de vital importancia realizar un análisis sobre los elementos de Derecho Uniforme que la comunidad internacional, a través de organismos internacionales, ha logrado establecer en lo relativo al arbitraje comercial internacional.

⁹⁶ GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Deerecho, 58ª ed, Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 73.

⁹⁷ Como ejemplo tenemos a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

5.1. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Como señalamos anteriormente, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁹⁸ es sin duda el mayor instrumento de unificación de códigos por legislaciones nacionales.⁹⁹ Al 26 de octubre de 2009, la Ley Modelo ha sido adoptada por 63 Estados¹⁰⁰, lo cual demuestra el arraigo y la solidez que ha logrado inculcar en diversos países con resultados positivos. El rol asumido por la UNCITRAL para fortalecer al arbitraje ha logrado una gran aceptación entre los Estados que buscan su inclusión como mecanismo alternativo de solución de controversias.

La Ley Modelo fue aprobada por la UNCITRAL el 21 de junio de 1985. Consideramos importante señalar que la Ley Modelo no es un instrumento que los Estados que la consideren adecuada o quieran incluirla en su legislación respectiva deban firmar, adherirse o ratificar la misma.

La Ley Modelo es simplemente un instrumento normativo que sirve como guía. Si algún Estado desea integrarla a su legislación interna, éste debe pasar por los procedimientos para que dichas disposiciones sean incluidas, es decir, mediante reformas, adiciones y/o derogaciones de aquellas disposiciones o cuerpos normativos que tengan que ver con el arbitraje comercial internacional. Gran parte de la modernización del arbitraje

⁹⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional”, 21 de junio de 1985, en GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit., págs. 317-333.

⁹⁹ México es un ejemplo importante, al basar el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio en la Ley Modelo y su Reglamento.

¹⁰⁰ Página oficial de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

comercial internacional en México se debe a la adopción de la Ley Modelo y su inclusión en el Código de Comercio.¹⁰¹

Por su parte, el 4 de diciembre 2006, la UNCITRAL emitió la resolución 61/33 mediante la Ley Modelo sufrió diversas adiciones, en particular en los artículos 2 y 7, así como la inclusión del Capítulo VI A, el cual consta de cinco secciones y once artículos. Finalmente, el párrafo segundo artículo 35 de la Ley, el cual se refiere a los requisitos para solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, fue enmendado mediante dicha resolución. A dichas reformas y adiciones nos referiremos en su momento.

El beneficio principal que otorga la Ley Modelo es que en su elaboración participan expertos en la materia, logrando así seguridad y actualización en relación con los principios que en ese momento rigen al arbitraje comercial internacional.¹⁰² La Ley Modelo, así, garantizará que existe la mayor congruencia y uniformidad posible con los Estados que la han adoptado.

5.1.1. Texto original.

5.1.1.1. Generalidades.

El artículo 1 de la Ley Modelo establece el ámbito de aplicación sobre el arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral

¹⁰¹ Cfr. PEREZNIETO CASTRO, Leonel, “Consideraciones en Torno a la Lex Mercatoria”, en SILVA SILVA, Jorge Alberto (coord.), Estudios sobre Lex Mercatoria, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pág. 196.

¹⁰² Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ, Reyna Aurora, “El Derecho Uniforme como Planteamiento: Su Importancia en la Conformación de la *Lex Mercatoria*”, en QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia (coord.), Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006, pág. 558.

o bilateral vigente en este Estado. Creemos que dicha aclaración es pertinente, ya que se elimina la posibilidad del conflicto de leyes.

De igual manera, dicho artículo especifica cuándo el arbitraje es internacional, lo cual el Código de Comercio adoptó de manera textual. Sin embargo, una nota al pie interpreta lo que debe entenderse como “comercial” al señalar que debe entenderse de la manera más amplia siempre y cuando se cumpla con los aspectos inherentes a las relaciones comerciales, ya sean contractuales o no. Inmediatamente después, se establece una lista de las actividades consideradas como comerciales, la cual no es limitativa, sino simplemente nos confirma la amplitud con la que debe interpretarse la acepción.

Asimismo, la Ley Modelo agrega una nueva fracción, la cual no se encuentra en el Código de Comercio, y señala que también se considerará como arbitraje internacional aquél en el cual las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado. Consideramos interesante dicha fracción, ya que se le deja a las partes determinar cuándo el arbitraje es internacional. Esta fracción está relacionada con los arbitrajes en los cuales los negocios de las partes se localicen en más de un Estado, lo cual confirma el espíritu del arbitraje de darle a las partes la mayor libertad posible al momento de establecer su acuerdo arbitral.

Por otro lado, la Ley Modelo incluye en su artículo 4 el derecho a las partes a no objetar, ya que si alguna de las partes no objeta en el momento procesal oportuno alguna irregularidad o incumplimiento en el procedimiento arbitral, dicha parte renuncia a su derecho a objetar. Este artículo es

particularmente importante, ya que persigue el espíritu de rapidez del procedimiento arbitral.

5.1.1.2. Intervención jurisdiccional.

En lo relativo a la intervención de los tribunales estatales dentro del procedimiento arbitral, la Ley Modelo prevé dicha intervención en lo relativo a la recusación y terminación del mandato de los árbitros en los artículos 11, 13 y 14, la competencia del tribunal arbitral en el artículo 16 y la nulidad del laudo arbitral en el artículo 34. En el artículo 6 de la Ley Modelo se establecen dichas situaciones, las cuales se le otorgan a un tribunal jurisdiccional estatal o a la institución arbitral a la cual las partes hayan acordado someterse. Consideramos necesario señalar que dichos procedimientos, de acuerdo a la Ley Modelo, únicamente pueden someterse una vez que haya concluida la excepción opuesta ante el propio tribunal arbitral. Esto obedece al ya mencionado principio arbitral de *compétence-compétence*, establecido en el párrafo 1 del artículo 16 de la propia Ley Modelo, el cual establece:

Artículo 16. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

Por lo tanto, en caso de que el compromiso arbitral se haya realizado mediante una cláusula en un contrato, ésta será considerada de manera independiente a las demás cláusulas del contrato, y la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no traerá aparejada de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. Graham lo explica claramente al señalar que: “Si la diferencia versa sobre la nulidad, rescisión o terminación del contrato de origen, ello no resta la posibilidad de que el acuerdo arbitral cumpla su cometido de sistema alternativo para resolver la disputa.”¹⁰³

Es importante establecer que la decisión del tribunal arbitral para decidir sobre su competencia está sujeta a una posterior revisión por los tribunales jurisdiccionales, de acuerdo con lo establecido en la Ley Modelo. Sin embargo, el párrafo tercero del referido artículo 16 de la Ley Modelo establece las circunstancias que rodean a la intervención por parte de los tribunales estatales: 1) un plazo máximo de 30 días posteriores a la resolución del tribunal arbitral, 2) la decisión del tribunal jurisdiccional será inapelable, 3) el tribunal arbitral proseguirá en sus actuaciones, e incluso podrá dictar un laudo, mientras se determine su competencia por parte de las autoridades jurisdiccionales. Dichas circunstancias tienen como finalidad evitar dilaciones innecesarias en el procedimiento arbitral.

Por otro lado, la asistencia de los tribunales jurisdiccionales puede solicitarse en lo relativo a la práctica de pruebas, el reconocimiento del acuerdo de arbitraje, así como las medidas cautelares provisionales ordenadas por un tribunal judicial y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

¹⁰³ GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit., pág. 75.

5.1.1.3. Acuerdo arbitral.

En cuestiones relativas al acuerdo arbitral, la Ley Modelo siguió los parámetros establecidos por la Convención de Nueva York con ciertas aclaraciones que persiguen lograr la mayor amplitud posible para interpretar cuándo se perfecciona el acuerdo arbitral.

5.1.1.4. Procedimiento arbitral.

Consideramos importante señalar que la Ley Modelo establece claramente los derechos procesales fundamentales de las partes que se sometan al arbitraje, como son la igualdad y la garantía de debido proceso, consagradas en el artículo 18. Dicho artículo representa la limitación establecida en el artículo 19 de la Ley Modelo, que establece que las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento, el cual, a falta de acuerdo, será determinado por el propio tribunal arbitral.

Al respecto, Graham atinadamente señala que “La correcta interpretación armónica de los artículos 18 y 19 de la Ley Modelo, permiten dar acomodo al justo medio, entre la tutela de las partes en cuanto a las garantías del procedimiento, y la ineficiencia del mismo por razones de abuso procesal de las partes”.¹⁰⁴

Las garantías señaladas durante el procedimiento arbitral se refuerzan en el artículo 24 de la Ley Modelo, al establecer que deberá notificarse a las

¹⁰⁴ GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit., pág. 212.

partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral, así como la obligación de dar traslado a la contraparte de todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral, así como de los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Finalmente, el artículo 28 de la Ley Modelo trata de los aspectos del arbitraje relativos al derecho aplicable al fondo de la controversia, es decir, al derecho sustantivo, el cual será elegido por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral elegirá el derecho aplicable que estime necesario. Esta libertad permite a las partes elegir el derecho aplicable tanto de ordenamientos jurídicos estatales, como de organizaciones internacionales.

Finalmente, las partes pueden autorizar al tribunal arbitral a que decida el litigio *ex aequo et bono* o como amigable componedor. Sin embargo, diversas legislaciones no reconocen este tipo de resolución,¹⁰⁵ por lo que es recomendable que las partes verifiquen que dicho método es aplicable al procedimiento y al contrato.¹⁰⁶ Sin embargo, en todos los arbitrajes, incluidos los procedimientos resueltos *ex aequo et bono*, el tribunal arbitral deberá respetar lo estipulado en el contrato, así como los usos y costumbres mercantiles aplicables.

¹⁰⁵ El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio establece en su artículo 1445 la amigable composición si las partes lo autorizan expresamente, por lo que se respeta la posible solución del conflicto *ex aequo et bono*.

¹⁰⁶ Cfr. CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL Y CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Cómo Solucionar las Controversias Mercantiles Internacionales, Ed. Themis, México, 2003, pág. 167.

5.1.1.5. Laudo arbitral, su reconocimiento y ejecución o su nulidad.

Los requisitos señalados en el artículo 31 de la Ley Modelo para el laudo arbitral son los mismos que recoge el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio en su artículo 1448, es decir, constar por escrito, deberá estar firmado por mínimo la mayoría de los árbitros, deberá estar motivado a menos que las partes expresen lo contrario y deberá constar la fecha y el lugar del arbitraje.

Haremos mención a que el lugar del laudo es exclusivamente el lugar en el que el laudo fue emitido. Por diversas razones, es posible que los árbitros no firmen el laudo en un mismo lugar, únicamente se requiere que el laudo sea firmado por la mayoría de los miembros del tribunal arbitral. En caso de que el laudo se firme en lugares diferentes, no es necesario hacer mención de dicha circunstancia.¹⁰⁷ El laudo será notificado mediante entrega de copia firmada por el tribunal arbitral.

Hacemos hincapié respecto a que el laudo definitivo o final es la fórmula más usual para la terminación del procedimiento arbitral, mas no la única. De acuerdo con el propio artículo 32 de la Ley Modelo, puede existir una orden judicial, la cual será avalada y ratificada por el tribunal arbitral, que pone fin al procedimiento si el demandante retira su demanda y no es objetado por el demandado, si las partes deciden terminar el arbitraje de común acuerdo, o si se comprueba que las actuaciones arbitrales tendrían como consecuencia determinaciones imposibles o innecesarias.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 389-390.

Con respecto a la solicitud de nulidad del laudo arbitral, el artículo 34 de la Ley Modelo, el cual fue tomado como base por la legislación mexicana en el Código de Comercio, establece la carga de la prueba de la parte que solicita su nulidad de acreditar la incapacidad de cualquiera de las partes, la falta de debido proceso, el laudo es *extra petita* o *ultra petita*, o faltas en el procedimiento arbitral que van en contra del propio acuerdo arbitral o de la Ley Modelo. De igual manera, a petición de la parte solicitante, el tribunal jurisdiccional puede anular el laudo si comprueba que la materia del laudo no es arbitrable de conformidad con la legislación interna o va en contra del orden público de ese Estado.

Finalmente, la solicitud de nulidad deberá formularse a más tardar tres meses después de la notificación del laudo arbitral, lo cual recoge el artículo 1458 del Código de Comercio.

Consideramos importante señalar que si alguna de las partes lo solicita, el tribunal jurisdiccional, de acuerdo con el párrafo 4 del artículo 34 de la Ley Modelo, podrá suspender las actuaciones de nulidad del laudo¹⁰⁸ por un plazo razonable, para que el tribunal arbitral pueda subsanar las circunstancias que originen se pudiese declarar nulo al laudo o de adoptar cualquier medida que elimine dicha causa de nulidad del laudo arbitral. Lo anterior lo señala de igual manera el artículo 1459 del Código de Comercio.

Con respecto al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, la Ley Modelo recoge y complementa los elementos establecidos en la Convención de Nueva York. La Ley Modelo no fija requisitos para el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, ya que esa parte del procedimiento corresponde

¹⁰⁸ En el caso de México, sería el incidente de nulidad de laudo arbitral.

al derecho y la práctica de cada país; simplemente establece en el párrafo 2 de su artículo 35 algunos requisitos para obtener la ejecución: petición por escrito, acompañada del laudo y del acuerdo de arbitraje.

5.1.2. Enmiendas en 2006.

La resolución 61/33 emitida por la UNCITRAL el 4 de diciembre de 2006 realizó diversos cambios a la Ley Modelo, con el objetivo de adecuarla a la realidad del comercio internacional y del arbitraje.¹⁰⁹ Con dicha resolución se reformaron los artículos 1, 7 y 35 de la Ley Modelo, así como la adición del artículo 2A y del Capítulo IV A, relativo a las medidas cautelares en el procedimiento arbitral.

5.1.2.1. Generalidades.

La adición al párrafo 2 del artículo 1 únicamente se refiere a las excepciones de aplicación de los artículos de la Ley Modelo en caso de que el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio de ese Estado, al incluir en la lista al artículo 8 relativo al acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal, así como los artículos 17H, 17I y 17J, adicionados en la misma reforma de 2006.

Por su parte, la inclusión del artículo 2A se refiere al origen internacional y principios del arbitraje, al fomentar la uniformidad en la aplicación del

¹⁰⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. “Resolución 61/33”, 64ª Sesión Plenaria, 4 de diciembre de 2006, en página oficial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

arbitraje comercial internacional y promover la buena fe. De igual manera, el párrafo 2 de dicho artículo llena cualquier laguna legal que pueda surgir, al señalar que todas las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la Ley Modelo que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la propia Ley Modelo.

El artículo 35 de la Ley Modelo también sufrió modificaciones, ya que eliminó el requisito de entregar el original o copia certificada del acuerdo de arbitraje. Consideramos que lo anterior se realizó para armonizar la Ley Modelo con las modificaciones realizadas por la UNCITRAL relativas al acuerdo de arbitraje que se analizarán a continuación.

Finalmente, también se analizó el texto de recomendación emitida para la interpretación del párrafo 2 del artículo II al señalar que se debe interpretar que las circunstancias se describen en dicho artículo no son exhaustivas. De igual manera, en la interpretación del párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York, debe interpretarse de tal manera que permita a las partes acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez del mismo.

5.1.2.2. Acuerdo de arbitraje.

La reforma al artículo 7 de la Ley Modelo incluye una segunda opción para definir al acuerdo de arbitraje, al señalar que el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las

controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no. A partir de lo anterior, los Estados podrán elegir si desean incluir los requisitos de forma en los acuerdos arbitrales válidos.

De igual manera, la definición que existía en la Ley Modelo original sufrió adiciones al señalar que el acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente, así como cuando se entiende que el acuerdo arbitral se encuentra por escrito. Al respecto, establece que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Asimismo, se satisface el requisito escrito del acuerdo de arbitraje cuando se realice por cualquier medio electrónico, magnético, óptico o similar, como correo electrónico, télex, telefax, entre otros, la cual queda accesible para poder consultarla posteriormente. También se considerará como acuerdo de arbitraje cuando en una demanda de arbitraje y contestación de la misma se declare la existencia de un acuerdo de arbitraje por una de las partes sin ser negada por la otra.

Finalmente, el artículo 7 de la Ley Modelo actual señala en su párrafo 6 que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

5.1.2.3. Medidas cautelares.

La UNCITRAL determinó que la Ley Modelo debía modernizarse en lo relativo a las medidas cautelares, por lo que determinó la adición del Capítulo VI A para regular de manera precisa este tema. Dicha adición es el cambio más considerable que ha tenido la Ley Modelo. Dentro de sus once artículos se establece la definición de medidas cautelares, toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o menoscabo del mismo; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia. La parte que solicite la implementación de medidas cautelares, deberá probar que, de no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño no resarcible que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada, y que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere, de acuerdo al artículo 17A.

De igual manera, los artículos 17B y 17C regulan lo relativo a las órdenes preliminares para la implementación de medidas cautelares, las cuales serán emitidas por el tribunal arbitral a petición de parte. Una vez que se determine su procedencia, el tribunal arbitral notificará a las partes la solicitud

respectiva y todas las comunicaciones que versen sobre el tema, y le otorgará a la parte contra la que se solicita la medida cautelar un término razonable, no mayor a veinte días, para que manifieste lo que a su derecho convenga. Consideramos importante señalar que las órdenes preliminares no son susceptibles de ejecución ni constituyen laudos arbitrales.

La Sección 3 del Capítulo VI A establece las disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares. Se le otorga al tribunal arbitral plenas facultades para modificar, suspender o revocar las medidas cautelares u órdenes preliminares impuestas, a instancia de parte o excepcionalmente de oficio, así como exigir garantías a cualquiera de las partes con motivo de la imposición de medidas cautelares. Finalmente, se establece que los peticionarios de las medidas cautelares serán responsables por los daños y perjuicios que su imposición ocasione a la contraparte.

Finalmente, la Sección 4 se refiere al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, que expresa de manera más clara la intervención de los tribunales jurisdiccionales en los procedimientos arbitrales. Se establece que toda medida cautelar ordenada por el tribunal arbitral será vinculante y ejecutada por los tribunales jurisdiccionales de cualquier Estado en donde ésta haya sido ordenada. Sin embargo, existen diversas causas para negar el reconocimiento de medidas cautelares, únicamente cuando si al tribunal jurisdiccional le consta que la denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i) a iv) del apartado a) o i) y ii) del apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Ley Modelo¹¹⁰, cuando no se

¹¹⁰ Dichos incisos se refieren a las causas por las cuales se negará el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, sin importar el país en el que se hayan dictado.

haya realizado la garantía que corresponda a la medida cautelar, cuando la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o por el tribunal jurisdiccional del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje, en caso de estar facultado para ello, o si el tribunal no es competente para ejecutar dichas medidas.

5.1.2.4. Consideraciones en torno a las enmiendas en 2006.

La Ley Modelo tiene entre sus objetivos modernizarse para buscar la actualización de las prácticas comerciales y arbitrales que se dan en la práctica. El proceso que debe seguirse sería adecuar la legislación interna, en particular el Título Cuarto del Libro Quinto de Código de Comercio, a dichas actualizaciones.

Consideramos especialmente pertinente que el legislador nacional incluya en dicha normatividad el Capítulo VI A de la Ley Modelo, relativo a las medidas cautelares, ya que influye de manera directa en el entendimiento y trato que los jueces nacionales le darán a tales medidas al momento de que se solicite su apoyo para que sean efectivas. Acertadamente, Siquerios señala “Sería, tal vez, aconsejable el considerar si el citado precepto (artículo 1425) pudiera adicionarse para incluir la facultad del tribunal arbitral para otorgar las mencionadas medidas, las condiciones para su otorgamiento, su reconocimiento y ejecución, así como la inclusión de las órdenes preliminares con su régimen específico.”¹¹¹ Creemos que

¹¹¹ SIQUEIROS, José Luis, “La UNCITRAL Modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Nueva Época, año VII, número 21-22, septiembre de 2008 - abril de 2009, pág. 133.

dichas menciones deben ser lo mínimo que el legislador debe realizar para adecuarse a la realidad de los arbitrajes y el comercio internacional.

En lo que respecta a la introducción y cambios en las definiciones y requisitos señalados en el artículo 7 de la Ley Modelo, no consideramos de vital importancia que se trabaje en las reformas internas, aunque creemos conveniente comenzar analizando ambas opciones que presenta la Ley Modelo para incluirla de manera clara en el artículo 1423 del Código de Comercio.

Finalmente, creemos recomendable que el legislador, a fin de darle mayores facilidades y confianza al procedimiento arbitral en nuestro país, elimine, de acuerdo con lo establecido en la reforma al artículo 35 de la Ley Modelo, el requisito de entrega del acuerdo arbitral para solicitar su ejecución.

5.2. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Así como la UNCITRAL realizó su Ley Modelo, también se dio a la tarea de realizar su propio reglamento de arbitraje. Fue aprobado por la Asamblea General de la UNCITRAL el 15 de diciembre de 1976, mediante la resolución 31/98.¹¹²

¹¹² COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Resolución 31/98 de la Asamblea General, 99ª sesión plenaria, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/309/08/IMG/NR030908.pdf?OpenElement>

El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹¹³ es extenso y, a lo largo de sus 41 artículos, podemos encontrar una cláusula compromisoria modelo y la regulación de la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones y la forma, el efecto y la interpretación del laudo. A pesar de que su fue realizado con la finalidad de regular arbitrajes *ad hoc*, algunas instituciones arbitrales han tomado los preceptos contenidos en dicho reglamento para la creación y redacción de sus propios reglamentos arbitrales y ha contribuido al desarrollo de reglas de conducta y procedimiento del arbitraje comercial internacional.¹¹⁴

5.3. Reglamentos de organismos internacionales.

Como se ha establecido anteriormente, el arbitraje comercial internacional más recurrido es el institucional, el cual ha tenido mayor evolución y aceptación en la comunidad comercial internacional. La mayoría de los centros o instituciones arbitrales internacionales han basado sus reglamentos en lo establecido en la Ley Modelo o en el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, debido a que éstos derivan de la conciliación y proyectos de trabajo en los que participan los países con mayor actividad en el comercio internacional. Asimismo, los reglamentos arbitrales de dichas

¹¹³ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, en SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Op. Cit., págs. 410-425.

¹¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 10-11.

instituciones se actualizan y evolucionan de acuerdo con las tendencias arbitrales internacionales.¹¹⁵

A continuación analizaremos brevemente los principales reglamentos de arbitraje institucionales existentes en la actualidad:

5.3.1. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional se creó en 1923 y desde entonces ha resuelto más de dieciséis mil arbitrajes. En 2008, se desarrollaron arbitrajes de la Cámara en 50 países y actuaron como árbitros personas de 74 nacionalidades diferentes¹¹⁶.

Una de las características que destacan a la Cámara como la institución más importante en solución de controversias comerciales mediante arbitraje es el hecho de que examina y aprueba los laudos arbitrales que los árbitros presentan en forma preliminar, lo que establece un mecanismo de control de calidad y asegura la mejor versión posible en los laudos finales.¹¹⁷

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara consta de 35 artículos, que regulan el inicio del arbitraje, lo que incluye la regulación de la demanda y contestación, nombramiento, recusación y sustitución de árbitros. También regula al procedimiento arbitral, tomando en cuenta el lugar e idioma del arbitraje, normas aplicables al procedimiento, audiencias y medidas cautelares, así como la necesidad de redactar el acta de misión.

¹¹⁵ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, Op., Cit., pág. 151.

¹¹⁶ Página oficial de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5256/langtype1034/index.html>.

¹¹⁷ CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL Y CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Cómo Solucionar las Controversias Mercantiles Internacionales, Op. Cit., págs. 70-71.

Consideramos esto último de vital importancia, ya que este documento acota y encuadra exactamente en qué consistirá el fondo del procedimiento arbitral.

Finalmente, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara regula al laudo arbitral, en lo relativo a su plazo, requisitos, notificación, corrección e interpretación del mismo, así como los costos del arbitraje, los cuales se incluirán en el laudo arbitral.

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara contiene tres apéndices, los cuales son el estatuto y el reglamento interno de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara y la regulación y determinación mediante tabuladores de los costos del arbitraje. Los laudos arbitrales de la Cámara son obligatorios para las partes, las cuales renuncian a cualquier vía de recurso que el Derecho Interno establezca.

5.3.2. American Arbitration Association.

La American Arbitration Association (en adelante, la Association) fue fundada en 1926 por la Arbitration Society of America y la Arbitration Foundation. Tiene su sede en Nueva York, y administra más de cincuenta mil litigios anuales, la mayoría comerciales en torno a la economía de los Estados Unidos de América.¹¹⁸ En lo que respecta a los arbitrajes, en 1998 se desahogaron ante la Association 450 controversias internacionales.¹¹⁹

¹¹⁸ Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, Op. Cit., pág. 107.

¹¹⁹ CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL Y CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Cómo Solucionar las Controversias Mercantiles Internacionales, Op. Cit., pág. 72.

El Reglamento de Arbitraje de la Association entró en vigor el 1 de abril de 1997 y también incluye una cláusula modelo propia, así como reglamentación al procedimiento arbitral en su totalidad. A diferencia del Reglamento de Arbitraje de la Cámara, la Association no contempla el acta de misión, aunque no se descarta su uso, por lo que el propio tribunal arbitral puede redactarla, de considerarlo apropiado.

Las reglas de la Association recomiendan que las partes se reúnan con el personal de la institución al momento de redactar su contrato o acuerdo arbitral, así como al momento de surgir la controversia, con la finalidad de lograr la conciliación.

Asimismo, el reglamento de arbitraje de la Association le da a las partes plena libertad para elegir a los miembros del tribunal arbitral y la manera en la que se va a sustanciar el arbitraje. Incluso, la Association no obliga a las partes a que los árbitros elegidos por ellas sean aprobados por la institución, a diferencia de lo que sucede en los arbitrajes ante la Cámara.¹²⁰

5.3.3. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (en adelante, la Comisión) se estableció en 1934 como consecuencia de la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Montevideo, Uruguay en 1933. Dicha institución cuenta con sus oficinas en Washington, Estados Unidos, en las oficinas de la Organización de Estados Americanos, y en donde cada país cuenta con su propia Sección Nacional,

¹²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, Op., Cit., pág. 187.

la cual tiene su propia lista de árbitros y que administra los procedimientos arbitrales.

La Comisión cuenta con su propio Reglamento de Procedimientos, que contiene las disposiciones del Reglamento de la UNCITRAL, con los cambios que la propia institución consideró pertinentes.¹²¹

5.3.4. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el Centro) se creó en el año de 1965 con la colaboración del Banco Mundial, para resolver disputas suscitadas entre gobiernos e inversionistas extranjeros en materia de inversiones mediante la conciliación y el arbitraje. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, documento que dio origen al Centro, ha sido ratificado por 139 Estados¹²². En diciembre de 2002, el Centro había resuelto más de 70 casos, teniendo pendientes 42 más.¹²³

El sometimiento al arbitraje ante el Centro tiene como efecto la renuncia expresa a la protección diplomática y la negativa de la subrogación del Estado del inversionista en la posición del particular, logrando así conflictos

¹²¹ Ibidem, pág. 189.

¹²² México no ha ratificado dicho Convenio. Sin embargo, el artículo 1120 del TLCAN lo señala como centro competente para resolver competencias en materia de inversión.

¹²³ Cfr. CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL Y CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Cómo Solucionar las Controversias Mercantiles Internacionales, Op. Cit., pág. 71.

de diversos arbitrajes o de las partes que integran al procedimiento arbitral.¹²⁴

5.3.5. Instituciones arbitrales mexicanas.

A pesar de que no cuentan con fama y reconocimiento internacional y no se someten a su consideración un número considerable de arbitrajes comerciales internacionales, consideramos adecuado hacer una breve mención de las principales instituciones arbitrales mexicanas, a fin de que el lector conozca el crecimiento que dicha figura ha tenido en nuestro país.

El Centro de Arbitraje Mexicano (en adelante, CAM) se creó en 1997, con el objetivo de prestar servicios relacionados con el arbitraje comercial privado mexicano. A pesar de que es capaz de resolver arbitrajes de manera adecuada al nivel de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional o la American Arbitration Association, el CAM aún no cuenta con la experiencia y el reconocimiento internacional que le sea acreedor a recibir controversias internacionales considerables. El CAM actualmente se preocupa por promover el conocimiento y la educación en México sobre el arbitraje comercial, así como difundir sus servicios.¹²⁵

El Reglamento del CAM consta de 45 artículos y regula de manera clara al procedimiento arbitral. Vale hacer mención que el artículo 7 de dicho reglamento contempla la posible acumulación de procedimientos arbitrales, siempre y cuando ambos estén siendo sustanciados ante el propio CAM y no

¹²⁴ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, El Sistema Arbitral del CIADI, Ed. Porrúa, México, 2006, págs. 497-498.

¹²⁵ Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, Op., Cit, pág. 203.

se haya redactado el acta de misión.¹²⁶ La existencia de dicho artículo es inusual e innovador en los reglamentos arbitrales institucionales, mientras que la mención de redactar el acta de misión es acertado, ya que garantiza eliminar como posible causa de nulidad del laudo aquéllos laudos *extra petita* o *ultra petita*.

Finalmente, hacemos mención a la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, la cual redactó su propio reglamento, que consta de 50 artículos que regulan todo el procedimiento arbitral, así como la redacción de su propia cláusula arbitral modelo, la cual implica que las controversias sean susceptibles de arbitraje incluso cuando ya han surgido y permite que se tenga acceso al mecanismo con mayor frecuencia, si las partes así lo han acordado.¹²⁷

¹²⁶ CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, en <http://www.camex.com.mx/r2.htm#b>.

¹²⁷ CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO DE LA CIUDAD DE MÉXICO, Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, en http://www.arbitrajecanaco.com.mx/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=8&Itemid=8

CAPÍTULO SEXTO.

EL ACUERDO ARBITRAL.

La existencia de un gran número de leyes, tratados internacionales y reglamentos de instituciones que se dedican a regular el arbitraje comercial internacional es sumamente necesaria para lograr la solución de las controversias mediante este medio. Sin embargo, toda esta legislación y esfuerzo de autoridades tanto locales como internacionales es inútil si las partes involucradas en una controversia no se someten, voluntariamente, al arbitraje. El acuerdo arbitral de las partes para someter a arbitraje las disputas o controversias entre ellos es el elemento clave del arbitraje comercial internacional moderno.¹²⁸

6.1. Formas de redacción del acuerdo arbitral.

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias eminentemente consensual. Esto se traduce en que las partes tienen que manifestar su voluntad de sustanciar y resolver su controversia mediante el arbitraje, sin excepción.¹²⁹ A mayor abundamiento, señala acertadamente Raúl Medina Mora que este acto es el más importante del arbitraje comercial¹³⁰, ya que en él se establecen los elementos básicos del arbitraje,

¹²⁸ Cfr. REDFERN, Alan, et. al., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Op. Cit., pág. 6.

¹²⁹ Cfr. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit., págs. 71-72.

¹³⁰ También aplica dicha afirmación para cualquier otro tipo de arbitraje.

a fin de que el propio arbitraje se realice de manera fluida y eficiente.¹³¹ Dicha voluntad se manifiesta mediante dos formas: una cláusula arbitral o un compromiso o convenio arbitral, las cuales contempla el artículo 1416 del Código de Comercio.

“La cláusula arbitral es el acuerdo entre las partes, generalmente incorporada o anexa a un contrato, en el cual convienen a someter a un arbitraje sus futuras diferencias.”¹³² En la práctica, la mayoría de los acuerdos arbitrales relativos a arbitrajes institucionales se encuentran contemplados como cláusulas arbitrales como medio elegido por las partes para solucionar cualquier controversia que surja con motivo del contrato que firmaron. Por otro lado, los arbitrajes *ad hoc*, dada la complejidad y especificidad que en muchos casos se requiere para que el arbitraje prosiga sin contratiempos, suelen tener al acuerdo arbitral insertado en el contrato como un anexo. No existe relevancia sobre la forma de inclusión de la cláusula arbitral para efectos del propio arbitraje.

“El compromiso arbitral es el acuerdo cuyo objeto consiste en sentar las bases para dirimir mediante arbitraje, una disputa existente”.¹³³ La diferencia que observamos entre ambas formas de acuerdo arbitral es que en el compromiso arbitral la controversia ya existe, por lo que las partes acuerdan resolverla mediante arbitraje. Sin embargo, la diferenciación entre ambas es meramente doctrinal, por lo que sus efectos jurídicos son los mismos.

¹³¹ MEDINA MORA, Raúl, “Cláusula y Acuerdo Arbitrales”, en PEREZNIETO CASTRO, Leonel (coord.), Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 18.

¹³² GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit. pág. 72,

¹³³ *Ibidem.*, pág. 72.

6.2. Requisitos de existencia.

A pesar de que el acuerdo arbitral para un arbitraje comercial internacional es un acto jurídico que va más allá de las fronteras de los Estados que intervienen, se deben observar los requisitos de existencia y validez de la teoría del acto jurídico, así como lo establecido en la Convención de Nueva York y el Código de Comercio. En palabras de González de Cossío, la teoría del acto jurídico se modifica para los acuerdos arbitrales, ya que ambos cuerpos normativos mencionados traslapan o incluso modifican el régimen tradicional del acto jurídico.¹³⁴

Como es sabido, los requisitos de existencia del acto jurídico, de acuerdo con el artículo 1794 del Código Civil Federal, aplicables al acuerdo arbitral son el consentimiento y el objeto.¹³⁵

6.2.1. Consentimiento.

Señala Rojina Villegas que el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones.¹³⁶ Por lo tanto, en lo aplicable al acuerdo arbitral, el consentimiento se traduce en el acuerdo de voluntades de las partes de someter una controversia presente o futura al arbitraje.

Consideramos importante señalar que dicho consentimiento debe ser expreso, no tácito. La razón de lo anterior es debido a que, al momento de

¹³⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 62-63.

¹³⁵ La solemnidad del acto jurídico no es aplicable al acuerdo arbitral, por lo que no será analizada.

¹³⁶ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Teoría General de las Obligaciones, 24ª ed, Ed. Porrúa, Compendio de Derecho Civil, Tomo III, México, 2002, pág. 52.

decidir someter una controversia al arbitraje, esto trae como consecuencia que las partes renuncian al derecho de someter dicha controversia ante tribunales jurisdiccionales,¹³⁷ por lo que la claridad es fundamental para evitar contratiempos innecesarios antes, durante o después del arbitraje.

Al respecto, existen diversas maneras de establecer el consentimiento de las partes para acudir al arbitraje señaladas en el artículo 1423 del Código de Comercio, inspirado en el artículo II de la Ley Modelo, que establece:

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

Del artículo citado, observamos que el Código de Comercio acepta como formas de consentimiento los siguientes, con la constante de que el acuerdo debe constar por escrito:

- Documento firmado por las partes.
- Intercambio de escritos por cualquier medio de comunicación que deje constancia de acuerdo.

¹³⁷ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Arbitraje, Op. Cit., pág. 64.

- Intercambio de escritos de demanda y contestación en los que se haga referencia a un acuerdo arbitral, en los cuales ninguna de las partes niegue su existencia.

El principal problema que puede surgir con dichos medios es en aquellos acuerdos realizados mediante el intercambio electrónico de datos, a efectos de determinar la constancia del consentimiento entre ambas partes.

Ante este problema, Graham Tapia propone, basándose en el “Proyecto de Ley Modelo sobre los Aspectos Jurídicos del Intercambio Electrónico de Datos y Otros Medios Conexos de Comunicación de Datos”¹³⁸, la celebración de un convenio previo en el cual se contemple la norma técnica conforme a la cual deba estructurarse la información en cuestión o la elaboración de un acuerdo por escrito donde las partes reconozcan a los acuerdos mediante intercambio electrónico de datos como equiparables a cualquier acuerdo por escrito.¹³⁹ Consideramos dicha solución como viable para estos casos, aunque una consecución de escritos que no dejen lugar a dudas es suficiente para dejar constancia plena del consentimiento de las partes para someterse al arbitraje.

6.2.2. Objeto.

El objeto se divide, en la teoría del acto jurídico, en directo e indirecto.

El objeto directo es la creación o transmisión de derechos y obligaciones. El

¹³⁸ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Proyecto de Ley Modelo sobre los Aspectos Jurídicos del Intercambio Electrónico de Datos y Otros Medios Conexos de Comunicación de Datos” en GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, Arbitraje, Op. Cit., pág. 80.

¹³⁹ GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, Arbitraje, Op. Cit., págs. 79-81.

objeto indirecto es la obligación, es decir, la cosa o el hecho sobre la cual versa el contrato.¹⁴⁰

En lo que se refiere al arbitraje comercial, el objeto es la controversia que haya surgido o pueda surgir entre las partes involucradas en determinada situación jurídica. El término “determinada situación jurídica” está basado en el texto de la Convención de Nueva York, la cual en su artículo II, párrafo primero establece:

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

De lo anterior, podemos deducir que debe establecerse con claridad a qué relación jurídica se refieren las partes al momento de someter sus controversias al arbitraje. Por lo tanto, el acuerdo arbitral debe establecer la relación jurídica determinada entre las partes. Un acuerdo arbitral que señale que todas las controversias futuras entre las partes se resolverán mediante arbitraje no cumplirá con la obligación de determinar el objeto del acuerdo, por lo que será inexistente.¹⁴¹

¹⁴⁰ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Teoría General de las Obligaciones, Op. Cit., págs. 60-61.

¹⁴¹ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 69-70.

6.3. Requisitos de validez.

Una vez analizados los requisitos de existencia y su aplicabilidad para el arbitraje, es menester hacer lo mismo con los requisitos de validez del acto jurídico y su relación con el arbitraje comercial internacional.

6.3.1. Capacidad y representación.

La capacidad¹⁴² es la posibilidad jurídica de las personas para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer¹⁴³. Por otro lado, de acuerdo con los artículos 1800 y 1801 del Código Civil Federal, la representación se da cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico, de manera que sus efectos se producen de manera directa e inmediata en la persona y patrimonio del representado, como si él hubiese celebrado el acto.

En lo relativo al arbitraje, si una de las partes no tiene la capacidad o la representación necesaria para celebrar actos jurídicos, conforme al Derecho Mexicano, el acuerdo arbitral será inválido. Incluso, la propia Ley Modelo no hace mención alguna a la capacidad dentro del acuerdo arbitral. Por lo tanto, la capacidad de una persona o de su representante la determinará el Derecho local o nacional de las partes que se obligan mediante el acuerdo arbitral.

¹⁴² Por capacidad, debe entenderse simplemente capacidad de ejercicio.

¹⁴³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Introducción, Personas y Familia, 17ª ed, Ed. Porrúa, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, México, 1980, pág. 164.

6.3.2. Ausencia de vicios en el consentimiento.

De acuerdo con el artículo 1812 del Código Civil Federal, el consentimiento es inválido si alguna de las partes lo dio por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo. Sin embargo, acertadamente señala González de Cossío que debe añadirse la claridad en el consentimiento como elemento de validez, en cuanto al acuerdo arbitral¹⁴⁴, en virtud del artículo II, párrafo primero de la Convención de Nueva York, que señala:

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

Por otro lado, en armonía con la anterior disposición, el artículo 1416 del Código de Comercio define al acuerdo de arbitraje como aquél por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada situación jurídica.

Al tomar en cuenta ambas disposiciones, es de concluirse que el acuerdo arbitral no debe ser ambiguo, sino claro al momento de que las partes se obliguen a someter sus controversias al arbitraje. Por lo tanto, consideramos que, para evitar posibles problemas al momento de su

¹⁴⁴ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 79-80.

aplicación, es necesario que las partes no dejen lugar a duda en que se dicho sometimiento a arbitraje es una obligación y no una posibilidad.

6.3.3. Forma.

La forma, en contratos mercantiles, es el medio exigido por la ley para la manifestación de la voluntad de las partes.¹⁴⁵ El acuerdo arbitral es, fundamentalmente, de acuerdo con la teoría del acto jurídico, un acto formal, en cuanto a que la falta de forma requerida tiene como consecuencia su nulidad relativa, mas no su inexistencia.¹⁴⁶

Ahora bien, en lo relativo al acuerdo arbitral, éste debe constar por escrito, de acuerdo a lo establecido en el artículo II, párrafo 1 de la Convención de Nueva York y el artículo 1423 del Código de Comercio.

El requisito de constar por escrito obedece a dos cuestiones principales que se buscaron resolver con la Convención de Nueva York. El primero de ellos versa en que, con el acuerdo por escrito, no solamente las partes acuerdan someter sus controversias al arbitraje, sino que expresamente renuncian a cualquier tribunal jurisdiccional nacional.¹⁴⁷ Al existir un acuerdo por escrito, cualquier autoridad, ya sea arbitral o jurisdiccional, tendrá plena constancia de dicha situación y obligaría a las partes a someterse a arbitraje, con las características descritas en el propio acuerdo arbitral.

¹⁴⁵ Cfr. VAZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, Contratos Mercantiles, 14ª ed, Ed. Porrúa, México, 2006, pág. 159.

¹⁴⁶ Cfr. GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., pág. 80.

¹⁴⁷ Ibidem., págs. 81-82.

El segundo requisito se refiere a que el acuerdo debe estar firmado. La firma del acuerdo arbitral ha sido objeto de cierta controversia. Graham Tapia concluye que no es necesario dicho requisito, ya que, en caso de que alguna de las partes niegue la aceptación del acuerdo, basta con que la parte que afirma la aceptación del acuerdo arbitral presente medios de prueba suficientes para que se exija a su contraparte el cumplimiento del mismo. Lo anterior debido a que algunos medios de comunicación como cartas o telegramas, los cuales no están considerados como acuerdos por escrito, exigen a la firma como requisito.¹⁴⁸

Independientemente de lo anterior, la firma por las partes es un requisito que únicamente se exige en aquellos casos en donde el acuerdo se encuentra en una cláusula o un contrato, como lo establece el artículo II, párrafo 2 de la Convención de Nueva York y el artículo 1423 del Código de Comercio, en donde se inspiró en el artículo 7.2 de la Ley Modelo.

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

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

¹⁴⁸ Cfr. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, Arbitraje, Op. Cit., págs. 78-79.

arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. (énfasis añadido)

Como podemos observar de ambas disposiciones, se utiliza la palabra “o” para señalar en qué casos se está frente a un acuerdo arbitral válido. En ningún momento se establece que el intercambio o canje de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación debe tener el requisito quirografario señalado para las cláusulas, los contratos y las demandas con sus respectivas contestaciones que contengan el acuerdo arbitral¹⁴⁹. Por lo tanto, cuando el acuerdo arbitral se realice mediante cartas, telegramas, facsímil, télex u otros medios electrónicos de comunicación, únicamente existe como requisito de validez en cuanto a la forma que dicho intercambio deje constancia de acuerdo, es decir, que pueda ser consultado posteriormente.

Por lo tanto, a nuestro criterio, el único requisito de forma exigido para los acuerdos arbitrales es que conste por escrito. En caso de que el acuerdo no conste en contratos o cláusulas, así como en demandas con sus respectivas contestaciones, existe el requisito de que el intercambio de comunicaciones entre las partes deje constancia del acuerdo.

6.3.4. Causa.

La causa, también llamada fin determinante de la voluntad, de los contratos es un elemento de validez que ha sido discutido por diversos juristas. Sin embargo, en el presente trabajo se considera a la causa un

¹⁴⁹ Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., págs. 72-73.

elemento de validez debido a que nuestro Código Civil Federal lo contempla y acepta como tal.¹⁵⁰

La causa es la finalidad que se pretende alcanzar cuando las partes acuerdan y firman un contrato.¹⁵¹ Esto se traduce en que, en caso de que un contrato sea lícito pero que busque lograr alguna acción ilícita, el contrato carece de dicho elemento de validez. En lo que se refiere al arbitraje, la causa o finalidad ilícita se refiere específicamente a actos ilícitos, controversias de jurisdicción exclusiva y arbitrabilidad de la materia.

Los actos ilícitos se refieren a aquellos en los cuales el Derecho no permite que los efectos del acto realizado se lleven a cabo, ya que se están en contra del orden social establecido.¹⁵² Como generalidad, podríamos incluir en este ámbito las materias contrarias al Derecho, al orden público o a la moral.

En lo que se refiere a controversias de jurisdicción exclusiva, son aquéllas en las cuales la materia se debe resolver necesariamente ante tribunales jurisdiccionales, de acuerdo con la legislación nacional aplicable. En el caso de México, la legislación mexicana contempla diversas materias que son de jurisdicción exclusiva de tribunales judiciales mexicanos, a saber, propiedad industrial y derechos de autor en controversias entre particulares y la autoridad competente, telecomunicaciones entre concesionarios o permisionarios de sistemas de telecomunicación y la autoridad, competencia económica, Derecho Laboral, Derecho Fiscal y corrupción.

¹⁵⁰ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, Teoría General de las Obligaciones, Op. Cit., págs. 72-90.

¹⁵¹ Cfr. GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 87-88.

¹⁵² Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil Primer Curso. Parte General, Personas y Familia, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1979, pág. 214.

Anteriormente se incluía en dicha lista a las obras públicas. Sin embargo, el 28 de mayo de 2009 se reformó la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y se incluyó al arbitraje método alternativo de solución de controversias que se originen sobre obras públicas del Estado.¹⁵³

Finalmente, lo relativo a la arbitrabilidad de la materia ya ha sido analizado en el apartado respectivo de la presente investigación, por lo que sugerimos remitirse al mismo.

6.4. Elementos útiles del acuerdo arbitral.

Con la finalidad de que las partes tengan una mayor certeza del arbitraje al que se someterán en caso de controversia, se recomienda que, al momento de redactar el acuerdo arbitral, se incluyan algunos elementos cuya ausencia no pone en peligro la existencia o validez del acuerdo, pero que ayudan a lograr una mayor claridad del arbitraje que esperan, así como evitar dilaciones innecesarias al momento de acudir al arbitraje.

Al respecto, los elementos más útiles al momento de redactar el acuerdo arbitral son: el número de árbitros, la nacionalidad de los árbitros, el idioma del arbitraje, el lugar del arbitraje, el derecho aplicable al fondo de la controversia, el derecho aplicable al procedimiento arbitral, la institución a la cual se remitirán las partes¹⁵⁴, entre otros.

¹⁵³ Cfr. FONSECA GONZÁLEZ, Salvador, "Mexico: Expanded Access to Arbitration in Mexico", en Global Arbitration Review Journal, Global Arbitration Review, año IV, n. 4, septiembre, 2009, pág. 31.

¹⁵⁴ Esto aplica únicamente en arbitrajes institucionales.

6.5. Principios rectores.

Debido a que el acuerdo arbitral tiene una naturaleza especial y compleja, existen algunos principios que se le aplican, en adición a las reglas generales de los actos jurídicos en general¹⁵⁵, las cuales no abordaremos en la presente investigación. A continuación analizaremos los principios rectores del acuerdo arbitral.

6.5.1. Principio de autonomía.

El principio de autonomía también es conocido como de independencia o separabilidad y es una característica *sui géneris* del acuerdo arbitral en un contrato. Dicho principio básicamente establece que el acuerdo arbitral, así como su existencia y validez, es independiente del contrato o negocio cuyas controversias se acordaron resolver mediante arbitraje.

Al respecto, este principio no tiene una aceptación doctrinal absoluta, ya que hay quienes sostienen que el acuerdo arbitral, así como su tratamiento, son indivisibles al contrato principal. Sin embargo, quienes abogan por la autonomía del acuerdo arbitral, sostienen lo contrario.¹⁵⁶ Nosotros consideramos esencial la existencia y el reconocimiento del principio de autonomía del acuerdo arbitral para un desenvolvimiento del arbitraje sano y sin contratiempos.

¹⁵⁵ Cfr. GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., pág. 113.

¹⁵⁶ Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 87.

La existencia del principio de autonomía obedece, como adecuadamente señala González de Cossío, a una razón jurídica y una fáctica. La razón jurídica versa en evitar que, en caso de que el contrato que incluye una cláusula o compromiso arbitral no contenga todos los elementos de existencia y validez necesarios, acarrearía la inexistencia o invalidez del propio acuerdo arbitral.¹⁵⁷

Por otro lado, la razón fáctica obedece a que, si alguna de las partes reclama la falta de algún elemento de existencia o validez en el contrato y la otra parte lo niega, la controversia relativa a dicho vicio no podría someterse a arbitraje.¹⁵⁸ Es decir, por lo general, las partes en el acuerdo arbitral establecen que la solución de las controversias relativas al contrato se resolverá por medio de arbitraje.

De lo anterior, podemos deducir que cualquier controversia relativa a la existencia o validez del contrato, como cualquier otra controversia que se pudiera suscitar, debe resolverse mediante arbitraje. De no existir tal principio, cualquiera de las partes podría argumentar la falta de algún elemento de existencia o validez en el contrato para entorpecer el cumplimiento del mismo, así como sus alcances.

A mayor abundamiento, Silva Silva señala de manera clara la diferencia entre el contrato y el acuerdo arbitral al establecer que "...el contrato principal es sólo uno que incluye generalmente normas sustantivas, a diferencia del clausulado arbitral, que muestra o elige normas procesales".¹⁵⁹ Se podría, incluso, analizar al acuerdo arbitral como un contrato diferente al contrato principal. El contrato principal es relativo a las

¹⁵⁷ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., pág. 114.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Cfr. SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit., pág. 88.

obligaciones comerciales de las partes, mientras que el contrato secundario, que contiene el acuerdo arbitral,¹⁶⁰ la obligación de las partes de resolverlo mediante arbitraje. Es posible que no se requiera aplicar el contrato secundario; pero en caso de ser necesitado, formará la base para resolver las controversias que surjan del contrato principal.¹⁶¹

Al respecto, el Código de Comercio, basándose en el artículo 16(1) de la Ley Modelo, establece en su artículo 1432, primer párrafo, lo siguiente:

Artículo 1432. El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

(...)

De lo anterior, observamos que nuestra legislación es partidaria del principio de autonomía del acuerdo arbitral.

El principio de autonomía trae como consecuencia un principio secundario que también se menciona en el artículo citado, denominado *Kompetenz kompetenz*. Este principio establece que el tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia y, como consecuencia,

¹⁶⁰ Utilizamos el término “secundario” y no “accesorio” para evitar confusiones al aplicar la teoría de los contratos y el principio general del Derecho que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

¹⁶¹ Cfr. REDFERN, Alan, et. al., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Op. Cit., pág. 193.

en lo relativo a la existencia y validez de la cláusula arbitral.¹⁶² El principio de *kompetenz kompetenz* atrae como funciones principales permitir al tribunal arbitral ser la primera instancia para analizar su propia competencia y limitar la intervención de los tribunales jurisdiccionales al respecto.¹⁶³

Juntos, ambos principios aquí señalados tienen como cualidad dar eficacia al arbitraje.

6.5.2. Principio *Favor Negotti*.

El principio *favor negotti*, también conocido por algunos doctrinarios como principio a favor de validez o principio pro-arbitraje al aplicarlo al acuerdo arbitral¹⁶⁴, establece que, de admitirse varias interpretaciones diversas sobre un determinado acuerdo arbitral, el tribunal, ya sea arbitral o jurisdiccional, resolverá en favor de aquélla que permita que el acuerdo produzca sus efectos.¹⁶⁵

Al respecto, los argumentos que se utilizan para sostener este principio sostienen que la base es que debe aplicarse la norma que otorgue mayor equidad para las partes en caso de presentarse un contrato confuso, ya que el arbitraje suele presentar menos problemas de equidad que el proceso jurisdiccional. De igual manera, en el ámbito comercial, suelen firmarse varios documentos en negociaciones complejas en las que, de su análisis en conjunto, puedan encontrarse discrepancias; en específico, la existencia de un acuerdo en el cual las partes eligieron al arbitraje como método de

¹⁶² Cfr. AZAR MANZUR, Cecilia, et. al., Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, Op.Cit., págs. 61-62.

¹⁶³ Cfr. GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., pág. 136.

¹⁶⁴ Ibidem., págs. 127-128.

¹⁶⁵ Cfr. GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, Op. Cit., pág. 89.

solución de controversias y en otro se optó por los tribunales jurisdiccionales. Finalmente, se infiere que los principios de celeridad y economía procesal que otorga el arbitraje, aunados a los de equidad de las partes, oportunidad de defensa y de prueba, otorgan a las partes mayores elementos para escoger al arbitraje como método preferente de solución de controversias.¹⁶⁶

Debido a la aplicación del principio *favor negotii*, se presume no sólo la validez del acuerdo arbitral, sino también la limitación de su revisión. Por lo anterior, la invalidez del acuerdo arbitral debe considerarse como excepcional. Sin embargo, en caso de que el acuerdo arbitral no cuente con los requisitos de existencia y validez necesarios, el laudo debe declararse nulo.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ibidem., págs. 90-91.

¹⁶⁷ Cfr. GONZALEZ DE COSSÍO, Francisco, Arbitraje, Op. Cit., págs. 127-128.

Conclusiones

1. El arbitraje como método de solución de controversias es más antiguo que el Estado y ha sufrido transformaciones importantes hasta hoy.
2. El arbitraje es un método de solución de controversias, en el que particulares imparten justicia sin el *imperium* para hacer cumplir sus determinaciones, por lo que las partes requieren de la autoridad jurisdiccional estatal para ello.
3. Doctrinalmente, destacan las teorías jurisdiccional y contractual del arbitraje. Sin embargo, la teoría mixta, que recoge elementos de ambas teorías señaladas, es la de mayor aceptación.
4. Dentro del arbitraje, las partes pueden establecer sus propias reglas procesales, o arbitraje *ad hoc*; o someter su controversia a una institución especializada con su propia regulación, o arbitraje institucional.
5. Mediante la reforma de 2008 al artículo 17 de nuestra Carta Magna se aclararon las dudas sobre la constitucionalidad al arbitraje, al establecer que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.

6. El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio regula al arbitraje comercial, y está basado principalmente en la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.
7. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que resuelve a favor de que los tribunales jurisdiccionales analicen la validez, eficacia y ejecución del acuerdo arbitral va en contra de diversas disposiciones nacionales e internacionales.
8. El artículo 1423 del Código de Comercio, que establece los mecanismos en los que el acuerdo arbitral puede pactarse, es exhaustivo y en concordancia con los principios que persigue el arbitraje.
9. En cuanto al fondo de la controversia, corresponde al tribunal arbitral decidir sobre el derecho aplicable en caso de que las partes no lo hayan pactado.
10. El precepto 1449 del Código de Comercio, en donde se establecen las distintas formas de terminación del arbitraje, es completo y exhaustivo, por lo que estamos de acuerdo con dicha disposición.
11. Por acuerdo entre las partes, no es necesario que el laudo arbitral esté motivado. Sin embargo, consideramos conveniente que se motive el laudo en toda ocasión.

12. Para que el laudo arbitral tenga carácter vinculante para la justicia mexicana, es necesario que la parte vencedora solicite el reconocimiento y ejecución del mismo, ante el juez de primera instancia competente.
13. El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral no es equiparable a la homologación de sentencia extranjera, debido a que quien emite el laudo no es una autoridad estatal.
14. Las causas para solicitar la nulidad del laudo arbitral señaladas en el Código de Comercio abarcan las posibles situaciones en las que se amerite, derivadas de la teoría y práctica arbitral.
15. Para determinar el reconocimiento, ejecución o nulidad del laudo arbitral, el juez competente únicamente analizará los aspectos procesales de naturaleza formal del arbitraje.
16. En la jurisprudencia que se señala que la sentencia que decreta la ejecución o validez del laudo es impugnada mediante el juicio de amparo indirecto, no tomó en consideración que lo que se busca es que la ejecución del arbitraje se logre rápidamente, una vez dictado el laudo arbitral.

17. La jurisprudencia mexicana emitida con respecto al arbitraje comercial se limita a la intervención del aparato jurisdiccional antes, durante y después del arbitraje, en las situaciones en las que el Código de Comercio lo requiera.
18. La Convención de Nueva York es el instrumento más importante y de mayor aceptación en el arbitraje comercial internacional, pues regula el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales, tanto para arbitrajes *ad hoc* como institucionales.
19. En la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo sobre arbitraje, ambas ratificadas por México, se continuó la trayectoria de la Convención de Nueva York para un mayor reconocimiento y aplicación en los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.
20. El TLCAN y el TLCUE son los tratados comerciales de México más importantes, en los cuales se contempla al arbitraje comercial internacional como método alternativo de solución de controversias entre los Estados ratificantes, en los casos señalados en el texto de los mismos.
21. En el arbitraje comercial internacional existe un marco normativo de Derecho Uniforme muy completo, en atención a que cuenta con la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL como los

pilares más relevantes para buscar la uniformidad en las legislaciones locales.

22. La Ley Modelo sufrió en 2006 diversas enmiendas, derivadas de la experiencia que se ha tenido en la práctica del arbitraje comercial internacional. México no ha realizado las reformas pertinentes para incluir en el Código de Comercio dichas disposiciones.
23. Existen varias instituciones nacionales e internacionales que se dedican a resolver arbitrajes comerciales internacionales con sujeción a su propio Derecho Adjetivo, al cual las partes deben someterse si han acordado someterse al arbitraje ante ellas.
24. El acuerdo arbitral es elemento imprescindible para que el arbitraje se lleve a cabo, y se debe cumplir con los requisitos de existencia y validez establecidos por la teoría del acto jurídico.
25. El acuerdo arbitral válido debe constar por escrito y estar firmado sólo en los casos señalados por el Código de Comercio. Cuando se establece el acuerdo arbitral mediante intercambio electrónico de datos, se requiere dejar constancia de tal acuerdo.
26. El acuerdo arbitral tiene como principio fundamental el de autonomía de la cláusula arbitral, donde se le da un trato autónomo al acuerdo

arbitral del contrato del cual forma parte, incluyendo sus elementos de existencia y validez.

27. En el principio *favor negotii* del acuerdo arbitral sobre la preeminencia de lo que favorece al negocio sometido al arbitraje, establece que, ante diversas interpretaciones del acuerdo arbitral, ha de prevalecer la más favorable para que el acuerdo arbitral produzca sus efectos.

Bibliografía

- ACOSTA ROMERO, Miguel, Nuevo Derecho Bancario. Panorama del Sistema Financiero, 7ª ed, Ed. Porrúa, México, 2003.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, Primer Curso de Derecho Internacional Público, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 2009.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, Segundo Curso de Derecho Internacional Público, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2004.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, Derecho Internacional Privado, Ed. Porrúa, 16ª ed, México, 2006.
- AZAR MANSUR, Cecilia, Mediacion y Conciliación en México: Dos Vías Alternativas de Solución de Conflictos a Considerar, S.N.E., Editorial Porrúa, Colección Breviarios Jurídicos, México, 2003.
- AZAR MANZUR, Cecilia et al, Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial. Análisis y Comentarios del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, S.N.E., Editorial Themis, Colección Leyes Comentadas, México, 2009.
- BECERRA RAMÍREZ, MANUEL, et. al., Obra en Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes, S.N.E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, Tomo I, 2008.
- BRAVO PERALTA, Martín Virgilio, El Arbitraje Económico en México, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 2002.
- CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL Y CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias. Cómo Solucionar las Controversias Mercantiles Internacionales, S.N.E., Ed. Themis, México, 2003.
- CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje en México: Notas en Torno a sus Antecedentes Históricos, S.N.E., The Berkeley Electronic Press, Ars Iuris 24, México, 2000.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo y CRUZ BARNEY, Óscar, El Arbitraje. Los Diversos Mecanismos de Solución de Controversias: Análisis y Práctica en México, S.N.E., Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, Derecho Romano, 26ª ed., Editorial Esfinge, México, 2003.

- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil Primer Curso. Parte General, Personas y Familia, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1979.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, 58ª edición, México, 2005.
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, Arbitraje, 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, et.al., Arbitraje Comercial Internacional, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 2007.
- GOMEZ RUANO, Sofía. et. al., Manual de Arbitraje Comercial, S.N.E., Ed. Porrúa, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, México, 2004.
- GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, El Arbitraje Comercial, 1ª reimpresión , Editorial Themis, S.A. de C.V, México, 2007.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel (coord.), Arbitraje Comercial Internacional, 2ª reimpresión, Ed. Distribuidores Fontamara, México, 2006.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Argelia (coord.), Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, S.N.E., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2006.
- REDFERN, Alan, et. al., Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4ª ed., Ed. Sweet and Maxwell, Inglaterra, 2004.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-VALADEZ, Carlos, México ante el Arbitraje Comercial Internacional, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 1999.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, El Sistema Arbitral del CIADI, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 2006.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Introducción, Personas y Familia, 17ª ed, Ed. Porrúa, Compendio de Derecho Civil, Tomo I, México, 1980.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Teoría General de las Obligaciones, 24ª ed, Ed. Porrúa, Compendio de Derecho Civil, Tomo III, México, 2002.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, Arbitraje Comercial Internacional en México, 2ª ed., Oxford University Press, México, 2001.

- SILVA SILVA, Jorge Alberto (coord.), Estudios sobre Lex Mercatoria, S.N.E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- SOBERANES, José Luis, Los Tribunales de la Nueva España. Antología, S.N.E., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.
- URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo. Derecho Arbitral Mexicano, S.N.E., Ed. Porrúa, México, 2006.
- VAZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, Contratos Mercantiles, 14ª ed, Ed. Porrúa, México, 2006.
- VAZQUEZ SERRA, Modesto, Derecho Internacional Público, 23ª ed, Ed. Porrúa, México, 2007.
- ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, Arbitraje Comercial Internacional, S.N.E., Ed. Humanitas, México, 1988.

Hemerografía

- FONSECA GONZÁLEZ, Salvador, “Mexico: Expanded Access to Arbitration in Mexico“, en Global Arbitration Review Journal, Global Arbitration Review, año IV, n. 4, septiembre, 2009.
- SIQUEIROS, José Luis, “La UNCITRAL Modifica su Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”, en Revista de Derecho Privado, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Nueva Época, año VII, número 21-22, septiembre de 2008 - abril de 2009.

Legislografía

- Código de Comercio
- Código de Comercio de México
- Código Federal de Procedimientos Civiles
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Convención para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales

- Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras
- Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados
- Convención Árabe de Amman sobre Arbitraje Comercial
- Tratado sobre la Armonización de la Legislación Empresarial
- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
- Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR
- Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte
- Decreto Promulgatorio del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, la Decisión del Consejo Conjunto de dicho Acuerdo; y la Decisión del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea.
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- Proyecto de Ley Modelo sobre los Aspectos Jurídicos del Intercambio Electrónico de Datos y Otros Medios Conexos de Comunicación de Datos.
- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Otras fuentes

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª ed., Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2001, Primer Tomo.
- <http://gaceta.diputados.gob.mx/>
- <http://www.uncitral.org/>
- <http://daccess-dds-ny.un.org/>
- <http://www.iccwbo.org/>
- <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/>
- <http://www.camex.com.mx/>
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>
- <http://www.bibliojuridica.org/>