

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
Clave: 879309



**LA COMPETENCIA DE LOS PANELES ARBITRALES
PACTADA EN EL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMÉRICA
DEL NORTE**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO.

P R E S E N T A

RAÚL SIERRA GÓMEZ

ASESOR

LIC. RODOLFO GUTIÉRREZ BARRIOS

CELAYA, GUANAJUATO.

OCTUBRE 2008



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 manifestarse en todo lo largo de mi vida y en especial por haberme permitido realizar una de mis metas a alcanzar como lo fue culminar una carrera profesional.

A MIS PADRES:

Por ser uno de mis principales soportes en todo momento de mi vida, por darme el apoyo necesario tanto en lo moral, económico y anímico en el transcurso de mi carrera profesional, y en especial por haberme dado esos consejos que aun los conservo en mi mente y que me han hecho crecer como persona, para Ustedes

Muchas Gracias

A MIS HERMANOS:

Por darme el apoyo necesario para seguir adelante tanto en mi vida personal, como en mi educación, para Ustedes Gracias.

A MI ESPOSA:

Por ese apoyo incondicional que me has manifestado a lo largo de nuestra vida juntos, y en especial por darme fuerzas para seguir cosechando mis metas propuestas, como lo es ésta.

Para ti con todo corazón muchas gracias

Te Amo

A MIS HIJOS VALERIA Y RAÚL:

Por ser mi fuerza principal desde el momento en que llegaron a este mundo, con el cual supe crecer mas como persona y valorar aún mas las cosas que nos da la vida, y darme el impulso que necesitaba para culminar esta meta a Ustedes hijos.

Muchas gracias por haber existido

Los Amo mucho

**A MIS AMIGOS LIC. JORGE GOMEZ MORADO Y LIC
FERNANDO RAUL GOMEZ LOPEZ:**

Por su amistad y ser mi ejemplo a seguir en todo momento, así como darme parte de sus conocimientos adquiridos a lo largo de su vida profesional, y por haberse hecho presentes en los momentos difíciles de mi vida.

A Ustedes amigos muchas gracias

A LA LIC. ANGELA MARIA JUAREZ AGUIRRE:

Por su amistad y por darme el apoyo incondicional en todo momento para culminar esta meta.

Gracias

A MI ASESOR EL LIC. RODOLFO GUTIERREZ BARRIOS:

Por haberme externado sus conocimientos para que fuera posible la elaboración de este trabajo, y por ser un excelente catedrático y por su enseñanza al tratar de formar abogados exitosos.

Gracias

A MIS CATEDRATICOS:

Por haberme dado ese cumulo de conocimientos, que he adquirido a lo largo de mi carrera profesional.

Para Ustedes Gracias

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1 ARBITRAJE Y ACUERDO ARBITRAL

1.1	ARBITRAJE.....	1
1.1.1	DEFINICIÓN DE ARBITRAJE	1
1.1.2	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE.....	3
1.1.2.1	SISTEMAS DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	3
1.1.2.2	CREACIÓN DE NORMAS.....	4
1.1.2.3	REGULACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE COMERCIAL	5
1.1.2.3.1	REGULACIÓN PROVENIENTE DEL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL.	5
1.1.2.3.2	REGULACIÓN PROVENIENTE DEL DERECHO INTERNO LEGISLADO	6
1.1.2.3.3	REGULACIÓN PROVENIENTE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	7
1.2.	ACUERDO ARBITRAL.....	10
1.2.1	DEFINICIÓN DE ACUERDO ARBITRAL	11
1.2.2	NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO ARBITRAL.....	11
1.2.3	CLASES DE ACUERDO ARBITRAL.....	14
1.2.3.1	POR EL ORIGEN DEL LITIGIO	14
1.2.3.2	POR EL MOMENTO EN QUE SE CONCRETA EL LITIGIO	15
1.2.4	ELEMENTOS DEL ACUERDO ARBITRAL.....	18
1.2.4.1	ELEMENTOS DE EXISTENCIA	18
1.2.4.2	ELEMENTOS DE VALIDEZ	22
1.2.4.3	EL ACUERDO ENTRE COMPROMITENTES Y SUS ÁRBITROS.....	25
1.2.5	AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL	26
1.2.6.	VALIDEZ Y EXISTENCIA DEL ACUERDO ARBITRAL.....	28
1.2.7	NULIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL	29
1.2.8	EXTINCION DEL ACUERDO ARBITRAL.....	30

1.2.9 CAPACIDAD DE LOS COMPROMITENTES	30
---	----

CAPÍTULO 2 MEDIOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

2.1 MEDIOS DIPLOMÁTICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	32
2.1.1 LA NEGOCIACIÓN	32
2.1.2 LOS BUENOS OFICIOS Y LA MEDIACIÓN	33
2.1.3 LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN.....	33
2.1.4 EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO.....	34
2.2 MEDIOS JURÍDICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	34
2.2.1 EL ARBITRAJE INTERNACIONAL	35
2.2.2 PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA	37
2.3 MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	40
2.3.1 MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	40
2.3.2 MEDIACIÓN COMERCIAL.....	41
2.3.3 CONCILIACIÓN COMERCIAL	43
2.3.3.1DEFINICIÓN.....	43
2.3.3.2 ÓRGANOS CONCILIADORES	45
2.3.3.3 CONCILIADOR	45
2.3.3.4 PROCEDIMIENTO	46
2.3.3.5 FÓRMULA CONCILIATORIA	47
2.3.4 TRANSACCIÓN INTRAPROCESAL	47
2.3.4.1 DEFINICIÓN.....	47
2.3.4.2 NATURALEZA JURÍDICA	48
2.3.4.3 DIFERENCIAS ENTRE ACUERDO ARBITRAL Y ARBITRAJE	49
2.3.4.4 HOMOLOGACIÓN DE LA TRANSACCIÓN INTRAPROCESAL	49
2.3.4.5 EQUIPARACIÓN CON EL LAUDO ARBITRAL.....	49

CAPÍTULO 3 TRIBUNAL ARBITRAL

3.1	EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	51
3.1.1	LAS PARTES Y LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	51
3.1.2	DERECHO APLICABLE A LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.....	52
3.1.3	AUXILIARES DEL TRIBUNAL.....	52
3.1.4	TIPOS DE TRIBUNALES ARBITRALES.....	53
3.1.5	LA COMPETENCIA.....	55
3.2	EL ÁRBITRO	57
3.2.1	CAPACIDAD EN ABSTRACTO.....	58
3.2.2	CAPACIDAD EN CONCRETO.....	59
3.2.3	LA DESIGNACIÓN.....	60
3.2.4	ACEPTACIÓN DEL CARGO.....	61
3.3	DESIGNACIÓN DE ARBITROS.....	61
3.4	LIQUIDACIÓN DEL TRIBUNAL Y CESACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL ÁRBITRO	62
3.5	CONEXIÓN ENTRE EL TRIBUNAL ESTATAL Y EL TRIBUNAL ARBITRAL	63
3.6	RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES.....	64
3.6.1	MEDIDAS CAUTELARES.....	65
3.6.2	MEDIOS DE APREMIO.....	65

CAPÍTULO 4 PROCESO ARBITRAL

4.1	CLASIFICACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO ARBITRAL	67
4.1.1	POR LA CALIDAD DE LOS LITIGANTES.....	67
4.1.2	POR LA NATURALEZA DEL LITIGIO.....	67

4.1.3 POR LOS SUJETOS QUE EMITEN LAS REGLAS	68
4.1.4 POR LA NATURALEZA DE LAS REGLAS APLICABLES.....	68
4.1.5 POR LA VOLUNTAD DE LOS LITIGANTES.....	70
4.1.6 POR EL LUGAR DONDE SE REGULA.....	71
4.1.7 POR LA GENERALIDAD O ESPECIALIDAD DE LAS NORMAS	71
4.1.8 POR EL TIPO DE RESOLUCIÓN	72
4.1.9 POR LA FUENTE DE LAS REGLAS.....	72
4.2 MATERIA U OBJETO POR ARBITRAR.....	73
4.2.1 POR JURISDICCIÓN VOLUNTARIA	73
4.2.2 POR LA MERCANTILIDAD DEL LITIGIO	73
4.3 EL PROCESO ARBITRAL.....	75
4.4 EL ARBITRAMENTO.....	76
4.5 PROBLEMAS DEL DERECHO DEL ARBITRAJE.....	76
4.5.1 NATURALEZA JURÍDICA	77
4.5.2 LUGAR DEL ARBITRAJE	80
4.5.3 COSTO.....	82
4.5.4 TEMPORALIDAD	83
4.5.5 IDIOMA.....	84
4.5.6 SUJETOS DEL LITIGIO	85
4.5.7 FORMA DEL PROCESO.....	86

CAPÍTULO 5 EL ENJUICIAMIENTO ARBITRAL

5.1 DERECHO DEL ARBITRAJE.....	88
5.2 PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE	88
5.2.1 FASE POSTULATORIA	89
5.2.2 FASE DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL	92
5.2.3 FASE INSTRUCTORA	93
5.2.4 FASE CONCLUSIVA.....	94

5.2.5 FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO	96
5.3 EL LLAMAMIENTO A JUICIO	97
5.4 MEDIOS IMPUGNATIVOS.....	99
5.4.1 REMEDIOS PROCESALES.....	100
5.4.2 APELACIÓN.....	101
5.4.3 NULIDAD DEL LAUDO	102
5.4.4 AMPARO.....	103
5.4.5 RENUNCIA A LOS MEDIOS IMPUGNATIVOS.....	104
5.5 INCIDENTES.....	105
5.5.1 INCIDENTE COMPETENCIAL.....	105
5.5.2 INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO ARBITRAL	106
5.5.3 INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE PROCESOS.....	106
5.5.4 INCIDENTE DE RECUSACIÓN DE ÁRBITROS.....	107
5.6 MEDIOS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL.....	107
5.7 EL LAUDO ARBITRAL	108
5.7.1 DEFINICIÓN.....	108
5.7.2 PRINCIPIOS REGULADORES DE LOS LAUDOS	109
5.7.3 DERECHO APLICABLE AL LAUDO	111
5.7.4 CLASIFICACIÓN DE LOS LAUDOS	112
5.7.5 DEFINITIVIDAD E INIMPUGNABILIDAD DEL LAUDO.....	114
5.7.6.- ADOPCIÓN DEL LAUDO.....	115
5.8. CONFLICTO DE LEYES	115
5.9 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	117

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, el Derecho ocupa un lugar especial, México se encuentra precisamente en un proyecto de globalización de su política comercial y su economía.

Una rama importante del Derecho que ahora nos ocupa es el Derecho Internacional Público, dada su importancia, ya que todas las controversias que surgen entre los estados deben tener un sistema de solución que las regule jurídicamente; para evitar conflictos, o en caso de que existiere alguna diferencia, se resolviese de una forma pacífica y Diplomática.

Dentro del Derecho Internacional, en cuanto a la celebración de tratados internacionales tales como el TLCAN se encuentran diversos sistemas de solución de controversias que se suscitan en la celebración de dichos tratados internacionales, entre ellos se encuentra el sistema de paneles arbitrales, tratándose este, de un medio moderno, ágil y eficaz, derivado del arbitraje comercial internacional.

Es por ello, que en el presente trabajo se pretende ayudar a encontrar una posible solución acorde a nuestros sistemas de solución de controversias que se susciten en la celebración de tratados internacionales, y en el caso que ahora nos ocupa, se trata del sistema de Páneles Arbitrales, cuya jurisdicción choca con la de los Tribunales Federales. Ello atendiendo a su vez, a uno de los principios mas importantes del Derecho "Pacta Sunt Servanda"

CAPÍTULO PRIMERO

ARBITRAJE Y ACUERDO ARBITRAL

1.1.- ARBITRAJE.

El arbitraje es el último medio heterosolucionador de controversias, en el que un tercero decide, característica fundamental que lo diferencia de los medios auto solutivos, tales como la mediación, la conciliación o la transacción.

1.1.1.- DEFINICIÓN DE ARBITRAJE.

“El litigio comercial es un medio de solución de controversias, producto de un acuerdo entre las partes por el que convienen que determinadas disputas se resolverán según determine un tribunal arbitral. El tribunal puede estar compuesto por uno o varios árbitros. El Procedimiento se seguirá conforme a las reglas que las partes convengan”.¹

Al vocablo Arbitraje también se atribuyen diversas significaciones, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Facultad, poder o derecho de los árbitros de emitir su laudo como un derecho de arbitrar.
- b) Facultad de los sujetos privados de cometerse a sujetos privados como derecho al arbitraje.
- c) Poder encarado como función pública encomendada a los árbitros.
- d) Acción o actividad del árbitro efectuada al pronunciarse éste.

¹ ABASCAL ZAMORA JOSÉ IGNACIO, Citado por SILVA SILVA JORGE ALBERTO. Arbitraje Comercial Internacional en México. 2001 p. 19.

- e) Juicio, procedimiento o proceso arbitral, es decir son las actividades realizadas por los árbitros y las partes.
- f) se juicio, mas los actos preliminares del arbitraje.
- g) Institución, que comprende todos los aspectos vinculados al juicio referido.²

Las diversas acepciones de arbitraje complican la posibilidad de poder alcanzar un concepto único, por lo cual se busca examinar el vocablo en sus diferentes perspectivas.

Por tal motivo el derecho del arbitraje puede entenderse de dos formas: por un lado todo lo que de alguna manera entronca con el proceso que es el arbitraje lato sensu; y por otro, solo se comprenden los actos orientados a resolver el litigio sometido al proceso que es el arbitraje stricto sensu.

Es por eso que los procedimientos de exequátur, de homologación y de ejecución de lo resuelto, forman parte no del derecho del arbitraje stricto sensu, sino del judicial o quizá del administrativo. El acuerdo arbitral tampoco figura en el derecho del arbitraje porque, para el arbitraje voluntario, aquél es sólo una condición o presupuesto.

Por esta razón el Arbitraje se definirá en sentido estricto como el medio solucionador de controversias, y este implica el actuar procesal.

Es así que el uso y el desarrollo del arbitraje como medio de solución de controversias dependen de factores diversos, uno de ellos es que los abogados acepten el procedimiento, que haya una relación jurídica transparente, que los comerciantes lo acojan, y que los educadores lo admitan y difundan.

² BARRIOS DE ANGELIS DANTE, EL JUICIO ARBITRAL FACULTAD DE DERECHO DE MONTEVIDEO, Montevideo, 1956, pp.182 y 183.

Otra acepción de Arbitraje es la que se encuentra definido por el artículo 37 del Convenio de la Haya de 1907 sobre el Arreglo Pacifico de Diferencias, como aquél que tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados, mediante jueces elegidos por ellos y sobre la base del respeto al Derecho.³

1.1.2.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE.

A través del Comercio Internacional ha encontrado el fundamento jurídico del arbitraje para poder recurrir a él como medio de solución de controversias.

Nos es sorprendente que entre la regulación regulación del arbitraje interno y la del internacional, ésta merece mayor atención en la época contemporánea. No obstante que los litigios llevados al arbitraje internacional resultan más complejos que los correspondientes al interno.

Es por ello que el arbitraje internacional entraña inconvenientes de diversa índole, tales como la distancia, los idiomas, la diversidad de costumbres nacionales, las diversas formas que el intervencionismo estatal asume o los principios procesales de cada cultura, teniendo la certeza que se encuentra mejor regulado que el interno.

1.1.2.1.- SISTEMAS DE REGULACIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En la regulación del arbitraje comercial internacional en México posee un sistema doble, dual: uno, que podemos llamar sistema ordinario, que sigue las reglas generales; y otro, sistema convencional o especial, atiende líneas o reglas especiales.

³ ORTIZ AHLF LORETTA. Derecho Internacional Público, 2da ed. Ed. Oxford. México, 2000. p.185.

En el sistema ordinario se regulan cuestiones de arbitraje con la mayoría de los países que es regido principalmente por el derecho interno, mientras que el convencional o especial comprende los Estados que han sido signantes de alguna convención o tratado internacional, en él, la regulación esta regida sobre todo por el derecho convencional internacional.

Es así que en ambos sistemas cobra importancia particular el tratamiento de los laudos extranjeros. Esto es, que ciertos laudos extraños se tratan conforme al sistema ordinario; y otros de acuerdo con el sistema convencional o espacial.

1.1.2.2.- CREACIÓN DE NORMAS

Las normas expedidas por el legislador o por los centros arbitrales tienen especial importancia en el procedimiento las que los árbitros crean para un caso concreto; por ejemplo el arbitraje irritual.

Por esta razón la creación o integración de normas se presentan a menudo, pues las reglas de los centros administradores de arbitraje se caracterizan por ser generales para servir a todo tipo de comerciantes, algunos acostumbrados al common law; y otros al sistema legislado.

En algunos casos concretos no existen normas muy específicas o demasiado casuísticas, lo cual se acostumbra en países de sistema legislado como el mexicano, en donde las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional permiten al árbitro crear, establecer o integrar las procésales no existentes.

En el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional o en sus siglas en ingles UNCITRAL, establece que el tribunal arbitral ha de considerar los usos comerciales o mercantiles aplicables que

serán atendidos por los árbitros y en cuanto a la ley de fondo por aplicar, las reglas de los centros también suelen facultar al árbitro para elegir aquella o, incluso, para crearla o integrarla, con la procura permanente de la armonización.

En este orden de ideas la flexibilidad característica del arbitraje permite al tribunal de arbitraje y a las partes litigantes crear normas específicas, concretas, para el fondo del negocio, el ritual o proceso por seguir, así como para la organización del tribunal.

1.1.2.3.- REGULACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE COMERCIAL

La regulación jurídica del arbitraje comercial internacional vigente hoy en México se encuentra localizada en instrumentos jurídicos diversos, tanto nacionales como internacionales.

Tenemos pues que las fuentes primarias o básicas del derecho del arbitraje en México son tres; la primera de ellas es el derecho convencional internacional, la segunda es el derecho interno legislado y la tercera es el derecho derivado de la autonomía de la voluntad, como la *lex mercatorum*, en especial las reglas de procedimiento implantadas por entes distintos de los órganos legislativos tradicionales de cada Estado y la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.⁴

1.1.2.3.1.- REGULACIÓN PROVENIENTE DEL DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL.

Generalmente, el derecho convencional internacional tiene mayor jerarquía que el derecho interno de cada país y las constituciones políticas depositan en el segundo un rango superior al de los tratados.

⁴ IBIDEM. p.210.

Las convenciones internacionales han sido un ideal para procurar armonía entre sistemas jurídicos. En el siglo XX se han proliferado más las relacionadas con el arbitraje comercial por el gran empuje y desarrollo del comercio internacional. Las existentes incluyen normas de conflicto y uniformes de las cuales las segundas son mayoría.

Actualmente los Estados han hecho esfuerzos notables por codificar en el ámbito convencional internacional diversas reglas sobre arbitraje. En lo referente a México no entró en ello hasta mediados del siglo XX, cuando adoptara la Convención de Nueva York, de ahí en adelante se han firmado algunas otras que forman parte del derecho vigente.

1.1.2.3.2.- REGULACIÓN PROVENIENTE DEL DERECHO INTERNO LEGISLADO.

Las normas internas reguladoras del arbitraje se hallan al lado de los tratados y generalmente sometidas a estos. Salvo en el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se afirma la jerarquía inferior de las leyes locales y a los segundos se confiere primacía.

Las reglas en México indican que, a falta de tratado, se aplicara la ley interna. Es por ello que existen en México varias leyes que regulan de alguna manera el proceso arbitral o tratan de incidir sobre él, tal es el caso de los instrumentos jurídicos secundarios los cuales abarcan las codificaciones siguientes:

El Código de Comercio, el cual dedica un título especialmente al procedimiento arbitral; El Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual regula principalmente el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros; El Código Civil Federal, que regula supletoriamente la normatividad sustantiva, especialmente la relativa a las obligaciones; El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y los

expedidos para cada entidad federativa; así como diversas leyes, federales o locales que fijan aisladamente alguna regla vinculada con el arbitraje, de ellas destacan la Ley sobre Celebración de Tratados, la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal y las de cada entidad federativa, especialmente en los casos de competencia concurrente.⁵

Es por ello que debemos entender que esos cuerpos legales no son instrumentos internacionales en el sentido que algunos les dan, es decir, expedidos por algún órgano internacional, ni el resultado del acuerdo entre dos o más países.

Si no que constituyen cuerpos legales expedido por un legislador interno y orientado en principio a regir la conducta interna, pero sin perder de vista que son a la vez normas del derecho público instrumental y generalmente con proyección internacional.

1.1.2.3.3.- REGULACIÓN PROVENIENTE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Los instrumentos jurídicos internacionales e internos destacan las normas derivadas de las prácticas, los usos y las costumbres, expedidas por los protagonistas mismos de las normas que en este caso son los comerciantes.

De estas practicas han surgido normas, tanto sustantivas como procesales, entre las cuales se encuentran las Reglas de procedimiento, son reguladoras del arbitraje comercial mismas que se derivan principalmente de la autonomía de la voluntad. Precisamente los compromitentes les dan vida. Sin la voluntad o anuencia de los litigantes, aquellas quedarían solamente en simples declaraciones.

⁵ www.comunidad.derecho.org

Los compromitentes pactan en sus acuerdos de arbitraje que las eventuales controversias deberán resolverse conforme a las reglas elegidas por ellos.

No eligen aquí reglas de algún organismo gubernamental ni figuran las de carácter oficial de algún gobierno. Se trata generalmente de reglas expedidas por agrupaciones de comerciantes. El valor de estas reglas se deriva de la fuerza jurídica que les dan los compromitentes.

Así pues, las reglas se derivan de la fuerza que los particulares les dan, detrás de esto hay disposiciones jurídicas que permiten a los compromitentes conducirse de cierta manera.

Es por ello que la autoridad de los compromitentes para fijar reglas se deriva de las normas jurídicas estatales que les permiten obrar en tal sentido. Esta posibilidad de convenir se ampara en la autonomía de la voluntad, reconocida en la ley que rige a las partes.

Paralelamente a las reglas del procedimiento arbitral se encuentra otra regulación denominada Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, la cual fue dada a conocer por esta el 21 de Junio de 1985, la cual se advierte que no es una Ley expedida formalmente por México, ni por algún órgano legislativo estatal.⁶

A diferencia de las reglas de arbitraje una Ley Modelo se expide como muestra o guía. Va con la invitación de cada país adopte en su ley interna el modelo de reglas que se sugieren.

En cambio las reglas pueden ser similares en su contenido a la Ley Modelo, pero se expiden a manera de Código, en el cual basta que los interesados lo elijan para que rija el procedimiento que resolverá la controversia respectiva. La Ley Modelo no se

⁶ IBEDEM.

puede catalogar en sentido estricto como un conjunto de normas que surgen de la autonomía de la voluntad para solucionar un caso concreto. Al momento de su diseño coincidieron en varias ideas. Luego se formó lo que se consideró sugerencia para tomarse en cuenta.

Es por ello que el grupo de trabajo de la UNCITRAL elaboró la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional para que cada país la tomara como ejemplo al expedir su propia ley interna en la materia.

Así pues, representa no una ley uniforme obligatoria sino, simplemente, un modelo que busca establecer cierta homogeneidad legislativa entre los países.

Una ley modelo como la del arbitraje, ha generado legislaciones uniformes, cuerpos normativos expedidos y vigentes en cuando menos dos países, La uniformidad se refiere a la similitud de tratamiento al arbitraje.

En el año de 1977, en la ONU existían solo dos instrumentos legales fundamentales en relación con el arbitraje que eran la Convención de Nueva York, de 1958, y las reglas de la UNCITRAL sobre arbitraje.

Entonces en 1979 al Commission by Asian-African Legal Consultative Committee solicitó al secretario general que se preparara una Ley Modelo procesal sobre arbitraje. Es así como los trabajos se iniciaron en 1981 y el grupo respectivo sostuvo diversas sesiones desde 1982 hasta 1984. Notificándose a todos los gobiernos y organizaciones interesados para que formularan sus comentarios, los cuales, tras su recepción, fueron examinados y adoptados por la Comisión en junio de 1985.⁷

Es así que en Diciembre de 1985 los adoptó la Asamblea General de la ONU a cuyo parecer todos los Estados deberían considerar la Ley Modelo sobre Arbitraje

⁷ INTERNET. www.biblojuridicas.com. Derecho General Internacional.

Comercial Internacional, en vista del deseo de uniformar los procedimientos legales del arbitraje y las necesidades específicas del arbitraje comercial internacional.

La Ley antes referida propone una regulación básica para el arbitraje privado, pues resulta difícil para el público encontrar reglas de este tipo.

1.2.- ACUERDO ARBITRAL

Mediante un acuerdo de voluntades puede pactarse que litigios específicos se solucionen por el proceso arbitral. Semejante acuerdo implica que las partes renuncien a su derecho de accionar ante un tribunal jurisdiccional estatal para que resuelva. A la vez a los tribunales jurisdiccionales del Estado se impide ejercer la función jurisdiccional sobre los litigios que las partes detallan en el acuerdo. Esta renuncia, tácita o expresa a la solución estatal conduce a los compromitentes a dirimir su controversia mediante el proceso arbitral.

Existe un paralelismo entre la cláusula de prórroga de competencia judicial y el acuerdo arbitral. Ambos coinciden en que implican una renuncia al tribunal judicial natural. En la cláusula de prórroga, la renuncia es a la competencia del tribunal que, según la ley, debería conocer en atención del principio o regla establecida por el legislador; mientras que en el acuerdo arbitral la renuncia también es a la competencia del tribunal judicial que, en condiciones habituales, debería conocer.

Difieren, no obstante, en que en la prórroga de competencia la renuncia no comprende a los tribunales judiciales, en tanto que en el acuerdo arbitral la renuncia es a la solución que el Poder Judicial o cualquier órgano estatal jurisdiccional pudiera dar.

Si bien el acuerdo arbitral se conoce en el ámbito interno, en el internacional ha tenido mayor fuerza, especialmente en el campo comercial.

1.2.1.- DEFINICIÓN DE ACUERDO ARBITRAL.

El acuerdo arbitral es un convenio y, como tal, crea o transfiere derechos y obligaciones entre los comprometidos. Se trata de un convenio que incluye normas procesales, en lugar de sustantivas, o que designa normas procesales para solucionar el litigio. De ahí que se le considere también contrato procesal, acuerdo o contrato en un sentido amplísimo. En realidad si atendemos a su esencia no representa un verdadero contrato, aunque por costumbre o por razones idiomáticas siga llamándosele así.

En la Ley Modelo de la UNCITRAL se define al acuerdo arbitral como el “acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.⁸

1.2.2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO ARBITRAL.

En la naturaleza jurídica del arbitraje, debe hacerse referencia a dos aspectos: la naturaleza del acuerdo arbitral y la del proceso arbitral y su laudo. Por naturaleza jurídica se entiende la definición o calificación de la institución jurídica.

El acuerdo arbitral no se trata de un simple acuerdo de voluntades entre comprometidos de un simple contrato, pues para su ejecución resulta precisa también la actividad del árbitro. Es por ello que se le niega la calidad de contrato y se

⁸ SIQUERIOS JOSE LUIS, EL ARBITRAJE COMERCIAL EN LATINOAMERICA, LA PERSPECTIVA MEXICANA, Ed. UNAM, México, 1989. p.1365

conviene en denominarlo acuerdo, es así como el Código de Comercio se refiere a esta institución como un acuerdo y no como un contrato.

En otro orden de ideas podemos diferenciar una transacción del acuerdo. La transacción es un contrato, mientras que el compromiso representa un acuerdo o especie de acto complejo. Se trata de dos tipos de encuentro de voluntades. El acuerdo, a diferencia del contrato, no elimina el conflicto aunque pueda crear un medio para eliminarlo. La transacción como contrato agota la litis, el compromiso no.

En el acuerdo arbitral debe tenerse cuidado con su tratamiento, pues no está regido sólo por normas sustantivas sino, también, por procesales y hasta orgánicas. Estas cuestiones tornan más complejo el acuerdo arbitral, especialmente para calificar la ley aplicable que lo rige.

Las leyes mexicanas han regulado el arbitraje en códigos de procedimientos, salvo en el Código de Comercio, que mezcla aspectos sustantivos con procesales. El arbitraje mercantil figura de manera general entre las normas procesales y no precisamente en el grupo de las sustantivas.

El clausulado del acuerdo arbitral no debe ser tan cargado o sobresaturado. La sobriedad o la medida excesiva con que ha de pactarse el acuerdo arbitral no implican carencia de importancia. Lo importante no es el crecido o reducido número de palabras o frases del acuerdo sino su enorme trascendencia, comenzando porque sustituye el aparato impartidor de justicia, como el Poder Judicial, y el procedimiento por seguir.

De acuerdo al Código de Comercio, existen tres tipos de cláusulas del acuerdo arbitral que son: Las necesarias o indispensables, las opcionales o facultativas y las prohibidas o excluidas.

Las cláusulas que son necesarias o indispensables indican la designación del negocio o negocios que serán objeto o materia del arbitraje. Lo que debe precisarse es el litigio por arbitrar. En el Código de Comercio se emplean las palabras negocio o negocios, se prefiere utilizar la palabra litigio, ya que no parece idónea la voz negocio porque remite a la idea contractualista, mientras que litigio, que representa el elemento central de todo proceso, indica con toda precisión el objeto del proceso.

En el Código de Comercio se establecen cláusulas opcionales o facultativas como las siguientes:

- El nombre del árbitro o árbitros y de sus sustitutos, en el caso que no se mencionen los nombres de los árbitros, podrá recurrirse a los tribunales judiciales para la designación, en caso contrario el centro administrador de arbitrajes lo hará.

- El número de árbitros, de no fijarse lo hará el Poder Judicial o en su caso el centro administrador de arbitrajes.

- Los procedimientos para la designación de los árbitros, o para su sustitución, incluido el nombramiento del árbitro tercero, a falta de procedimiento convencional se recurrirá a lo establecido en la ley interna o si es el caso en las reglas del procedimiento del centro administrador de arbitrajes correspondiente.

- El lugar donde se realizará el proceso arbitral, es la sede incluidos la ciudad y el país.

- El idioma o idiomas por utilizar, si el proceso arbitral se sigue en México, el idioma será el español, salvo que las partes convengan otro o que, aun cuando no hubiesen convenido, estuvieran de acuerdo en la aplicación de las reglas de algún centro administrador de arbitrajes, en cuyo caso los árbitros decidirán la lengua, que será el español en el caso del arbitraje nacional.

- Las normas aplicables al fondo del negocio, por lo que se refiere a la adaptación de los contratos, podemos señalar que muchas veces los convenios presentan imprecisiones o lagunas que impiden el buen cumplimiento de éste. En esos casos, la Cámara de Comercio Internacional propone a las partes un medio preventivo de conflictos de arbitraje, a través de la inclusión de la cláusula de adaptación del contrato. Está prevista la intervención de un tercero experto, que puede adaptar el contrato a las nuevas circunstancias.

- Las normas de procedimiento por seguir, tanto en las normas aplicables al fondo como al procedimiento puede convenirse que algún organismo encargado de administrar arbitrajes escoja las normas, e incluso que el árbitro o árbitros adopten las más adecuadas.

- El tipo de fallo elegido, de estricto derecho o en conciencia. Cuando no se elige este tipo de fallo, el Código de Comercio establece el fallo en estricto derecho, aunque en el plano internacional lo típico es la amable composición o ex aequo et bono. Y por último el plazo de duración del proceso arbitral.

1.2.3.- CLASES DE ACUERDO ARBITRAL

El acuerdo arbitral se refiere desde diferentes perspectivas, por ello es necesario conocer las diversas facetas que éste presenta, es así que podemos dividirlo en el acuerdo arbitral por el origen del litigio y por el momento en que se concreta el litigio.

1.2.3.1.- POR EL ORIGEN DEL LITIGIO

El litigio que ha de someterse al proceso arbitral puede surgir ya sea del incumplimiento de una relación contractual o de otra fuente de las obligaciones,

entonces según el origen del litigio, el arbitraje puede ser contractual o no contractual.

El arbitraje puede resolver un litigio proveniente no solo del incumplimiento de un contrato sino también de la inobservancia de otro tipo de obligaciones. En lugar de relación contractual esto se conoce como negocio jurídico.

El arbitraje puede establecerse, por ejemplo en un testamento, en las capitulaciones matrimoniales, en los estatutos de una sociedad, en un acuerdo para definir quien se quedara con la titularidad de una marca o de una patente, de manera que cuando surja el litigio se dará paso al proceso arbitral, es decir que es posible que en el acta constitutiva los socios de una empresa establezcan que sus diferencias se resuelvan por juicio arbitral.

El testador también puede condicionar a sus herederos a someter las diferencias al arbitraje; si no lo hacen los descalifica como herederos, cuando menos en los países donde no se establece la posición legítima. En los casos no derivados de una relación contractual, por ejemplo los del testamento o del acta constitutiva, no existe aún litigio concreto o específico, a lo sumo, se ha establecido el arbitraje para un litigio futuro.

1.2.3.2.- POR EL MOMENTO EN QUE SE CONCRETA EL LITIGIO

Para identificar los tipos de acuerdos arbitrales, resulta preciso clasificar las formas que pueden asumir, y que se dividen básicamente en dos partes o apartados, para lo cual se considera el momento en que se concreta el litigio.

Dentro del criterio que atiende al momento en que surge el litigio aludimos, por un lado, al acuerdo preliminar y, por otro, al acuerdo definitivo, mas conocido como compromiso arbitral.

Es así que entre los acuerdos preliminar y definitivo existen varias diferencias, por ejemplo, mientras que en el acuerdo preliminar se prevé la existencia de litigios futuros, el litigio ya es presente en el definitivo.

En el acuerdo preliminar se determina de manera genérica el objeto del arbitraje cierta clase de litigios futuros, mientras que en el definitivo el litigio ya es un hecho y por tanto se especifica, también el acuerdo preliminar es anterior al definitivo, y el acuerdo preliminar no se agota en un solo juicio y subsiste mientras perdure la posibilidad de que surjan litigios futuros. En cambio, lo establecido en el definitivo se extingue cuando el litigio concreto y específico queda resuelto.

Las convenciones de Nueva York y de Panamá se refieren tanto al acuerdo previo como el definitivo cuando expresa su reconocimiento a los acuerdos entre compromitentes que tiendan a resolver las diferencias que hayan surgido o que puedan aparecer entre ellas.

Es así que el acuerdo preeliminar coincide con el contrato preeliminar o el precontrato. En ese acuerdo preeliminar se pacta que, de surgir un litigio, las partes celebrarán un acuerdo en que fijaran el proceso arbitral como medio de solución, es por ello que lo preeliminar se entiende como previo al acuerdo definitivo.

En los tipos de acuerdos preelminares se debe diferenciar la cláusula y el contrato preeliminar de arbitraje. La cláusula forma parte física de un contrato suele llamarse contrato principal y en el contrato preeliminar de arbitraje el acuerdo no figura en algún contrato principal sino que esta por separado.

Estos dos tipos de acuerdo preeliminar conciertan en que el litigio que se desea solucionar no ha surgido por ello son previos o preelminares al surgimiento del litigio. Un litigio futuro puede ser objeto o materia tanto de una cláusula como de un

contrato preliminar de arbitraje; en ambos casos se trata de una condición futura no querida o deseada, aunque si prevenida. Es así que podemos afirmar que la cláusula difiere del contrato preliminar porque en la primera el acuerdo esta en una de las cláusulas de un contrato principal, mientras que en la segunda es un acuerdo por separado del contrato principal.

La cláusula especificada en el acuerdo puede asumir dos formas: puede ser preparatoria y arbitral o compromisoria.

La cláusula preparatoria es una promesa para celebrar el compromiso arbitral, se puede considerar esta cláusula como un contrato preparatorio, un contrato preeliminar, un antecontrato o un precontrato, en el cual las partes se comprometen a celebrar en el futuro un compromiso arbitral.

La cláusula arbitral o compromisoria no es una promesa de celebrar un compromiso arbitral sino el acuerdo de ir al arbitraje. Mientras que en la cláusula preparatoria se pacta que se pactara, en la cláusula arbitral ya se pacta.

“En algunos países latinoamericanos, la cláusula preparatoria es la que esta reconocida, pero no se le da fuerza ejecutiva por los tribunales, a menos que las partes convengan nuevamente someter la controversia al arbitraje”.⁹

La cláusula preparatoria de arbitraje garantiza que se llevará a futuro el compromiso arbitral, si alguna de las partes rehúsa celebrar el acuerdo arbitral prometido en la cláusula preparatoria, la otra tendrá derecho a recurrir ante las autoridades judiciales para reclamar del Juez que se formalice el acuerdo definitivo; mientras que la cláusula arbitral no requiere que se celebre un acuerdo de arbitraje, ya que es un verdadero acuerdo arbitral.

⁹ SIQUEIROS JOSE LUIS, Op. Cit. p. 1368

Se pacta en la cláusula preparatoria que cuando surja el litigio se elaborará un convenio en que se acordará solucionar la controversia mediante el arbitraje, mientras que en la cláusula arbitral ya se está pactando como resolver ese litigio.

En la cláusula preparatoria, las partes están de acuerdo solamente en que pactaran un sometimiento al arbitraje, mientras que en la cláusula arbitral o compromisoria ya han pactado el sometimiento al arbitraje.

La cláusula preparatoria no corresponde exactamente en su esencia a un acuerdo arbitral, sino, más bien, un medio que promete que se celebrará dicho acuerdo. La cláusula compromisoria, en esencia, ya representa un acuerdo arbitral.

Se considera preliminar la cláusula arbitral o compromisoria en relación con el momento en que surge el litigio por resolver, pero es definitiva cuando la contrastamos con la cláusula preparatoria. La cláusula preliminar se refiere a litigios futuros, pero implica de manera definitiva un sometimiento al arbitraje para cuando surja la condición futura. La cláusula arbitral o compromisoria en la actualidad es la más importante y conocida en el arbitraje comercial internacional.

1.2.4.- ELEMENTOS DEL ACUERDO ARBITRAL

El acuerdo arbitral no representa en su esencia o naturaleza un contrato, sino un acuerdo, como lo veremos, ello no impide examinarlo mediante la metodología empleada en el análisis de un contrato,

1.2.4.1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Comenzaremos con el objeto del acuerdo arbitral celebrado entre los compromitentes, el cual consiste tanto en la expresión del deseo de someterse al

proceso arbitral para dirimir la controversia, presente o futura, como de la forma de solucionarlo. El litigio que ha de resolverse debe ser posible y no imposible. El acuerdo interpartes que el arbitraje elige implica, a la vez, la renuncia del proceso jurisdiccional estatal.

En el acuerdo de arbitraje interpartes se designa el negocio o negocios que serán sometidos al juicio arbitral; de lo contrario, el acuerdo arbitral resultará nulo de pleno derecho.

Este negocio, o mejor dicho, litigio, tiene que ser determinado, o al menos determinable. Determinable se refiere prácticamente a los litigios futuros.

Además de la especificación del litigio por arbitrar, pueden ser objeto del convenio también la constitución del órgano, las normas aplicables y los procedimientos que se atenderán. Para este caso, no es necesario renunciar expresamente a la participación de los órganos estatales o al ritual procesal previsto por el Estado.

El apartado de referencia se cumple generalmente cuando los compromitentes remiten al reglamento de un centro administrador de arbitrajes. Si lo hacen, normalmente el reglamento fija la forma de constituir el tribunal, tanto las normas aplicables al fondo como al procedimiento y el ritual que los compromitentes seguirán.

Los litigios arbitrables son prácticamente ilimitados y muy especializados. Comprenden los seguros, pesas y medidas, lugares, tiempos y condiciones de embarque y entrega, distribución de gastos, transporte, tecnología, empréstitos, créditos, telecomunicaciones, etcétera.

Entonces tenemos que existen dos tipos de objetos, según el acuerdo. En la cláusula preparatoria, el objeto se orientará a establecer a futuro un acuerdo para resolver in genere las controversias especificadas mediante el proceso arbitral.

La utilidad de este contrato, el de promesa de contrato consiste en que es un medio que concede el derecho, que da la ley, para asegurar, en el futuro, la celebración de un contrato.

En el acuerdo preparatorio se han planteado históricamente dos respuestas de la interrogante relativa a si ese convenio produce o no sumisión al tribunal arbitral.

Se ha sostenido por un lado, que el acuerdo no produce sumisión al tribunal arbitral; y, por otro, que si la genera

No produce la sumisión, se dice, aunque si el derecho de cada parte de compeler a sujetarse al arbitraje.

En la cláusula compromisoria y en el compromiso arbitral o acuerdo definitivo, es decir, lo que ya representa propiamente el acuerdo arbitral, el objeto consiste en señalar el proceso arbitral como el medio que resolverá el litigio ya sea genérico o específico. Pueden establecerse también los procedimientos y los órganos por cuyo conducto se resolverá o los que tienen como contenido entregar la resolución de un cuestión litigiosa a uno o varios jueces árbitros.¹⁰

Otro elemento es el consentimiento. Encontramos que hay consentimiento cuando los compromitentes se hallan de acuerdo con el objeto y expresan de forma tal aquel, que no queda lugar a dudas sobre su acuerdo de voluntades.

¹⁰ INTERNET. www.biblojuridicas.com. Derecho General Internacional.

El consentimiento surge cuando ambos compromitentes se ponen de acuerdo en la forma de solucionar sus conflictos o cuando se acepta una oferta o policitud seria de una de las partes para resolver mediante proceso arbitral. Sobre el momento en que se perfecciona el acuerdo arbitral, que no es un contrato, el Código de Comercio establece que el contrato celebrado por correspondencia se perfeccionará cuando conteste que se acepta la propuesta. El Código Civil indica que el perfeccionamiento se da cuando se recibe la aceptación. Igual tratamiento recibe la aceptación por teléfono. En el ámbito del derecho internacional privado es importante resolver cuál ley rige el perfeccionamiento del acuerdo arbitral.

La falta de consentimiento impide que el arbitraje concorra la reconvencción, especialmente cuando el litigio con que se reconviene no ha sido objeto del acuerdo de arbitraje. Tampoco podrán funcionar en el proceso arbitral los llamamientos a terceros, por ejemplo los llamados en garantía o en evicción, pues estos no han consentido en el juicio arbitral.

Tampoco es obligatorio para terceras personas, ajenas al acuerdo arbitral, participar como terceristas, por ejemplo, en las excluyentes de dominio o en las de preferencia.

La parte que acepta la cláusula arbitral cualquier acuerdo arbitral solo porque cree correcto el contrato principal debe considerar con cuidado si también el proceso arbitral propuesto le conviene. Para que otorgue su consentimiento, examinará cuál será el tribunal arbitral, cuales las reglas por aplicar, cuales los derechos procesales del aceptante, etcétera.

Por desgracia, no siempre resulta fácil negociar el acuerdo arbitral entre compromitentes de posiciones distintas. Ello implica un contrasentido: por el lado jurídico, hablamos de acuerdo; y por lado fáctico, aparece lo que se emparenta con un contrato de adhesión.

Estas practicas las vemos con frecuencia en los contratos de franquicias al que se adhiere una cláusula arbitral. Por lo general, el franquiciatario lo que desea es exportar el negocio o servicio que pacta con el franquiciante, y cuando ya llega a un acuerdo sobre esto, prácticamente se adhiere a la cláusula arbitral sin discutirla ni negociarla.

1.2.4.2.- ELEMENTOS DE VALIDEZ

Entre los elementos de validez se encuentran la forma, el objeto, el motivo o el fin lícito, la ausencia de vicios de voluntad y la capacidad de los comprometidos.

En la Forma vemos que el acuerdo se formula generalmente por escrito, ya que así lo recomienda la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial, la cual menciona que el acuerdo respectivo constara en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por teles. Los Estados contratantes reconocerán, según la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 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 que puedan surgir. La expresión “acuerdo por escrito” denotara una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un cambio de notas o telegramas.

Ambos instrumentos internacionales se refieren a la escritura del acuerdo arbitral, mas no indican que será necesaria, es decir que el acuerdo puede ser por escrito, pero también puede quedar en un canje de notas o telegramas.

La escritura no constituye, por tanto un elemento indispensable de validez. Quizás el problema mayor para un abogado estriba en la prueba del acuerdo arbitral. Pero una cosa es la prueba del acuerdo y otra muy distinta la forma que debe revestir.

La firma del acuerdo tampoco es requisito para dar validez al acuerdo arbitral; toda vez que no se menciona la firma como una condición en el Código de Comercio, el cual dispone incluso que el acuerdo puede ser en cualquier otro medio semejante, por ejemplo el mensaje por correo electrónico.

Respecto al idioma, se sugiere redactar el acuerdo en cuantas lenguas sea necesario. En materia de forma priva el principio favor arbitri, lo cual excluye las interpretaciones que tienden a suprimirlo.

En el objeto, motivo o fin lícito, el acuerdo arbitral debe referirse a la licitud de arbitrar el litigio que in genere se establece en el acuerdo de arbitraje. Nuestras leyes prohíben el arbitraje, pero en ciertos litigios no es permisible solucionar mediante proceso arbitral.

La ausencia de vicios de la voluntad, consiste en que cuando se negocien el acuerdo arbitral, las partes comprometidas deberán estar enteradas y conscientes de lo que hacen, sin presión alguna; es decir, pactarán libremente.

El Código Civil establece que el consentimiento no resulta válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

No es difícil entender que un convenio resulta inválido cuando quien accede a él lo hace por miedo a un daño que se le anuncia o se le impone. La intimidación, la fuerza, la coacción impiden la validez del acto.

En la Capacidad de los comprometidos, las partes del acuerdo arbitral deben ser capaces de pactar; de lo contrario aquél resultará inválido.

Es necesario que las partes comprometidas posean facultades para transigir sobre la materia u objeto litigiosos; de lo contrario el acuerdo resultará nulo.

En el ámbito objetivo, tendrán capacidad para elaborar un acuerdo arbitral sólo quienes puedan disponer de la materia litigiosa.

El socio de una empresa no puede por sí solo disponer de los litigios en que se vea inmersa la empresa o persona moral respectiva y carece por tanto de esa capacidad objetiva, la requerida para disponer de la materia litigiosa.

Por carecer de legitimación, el tutor no puede transigir respecto a los negocios de los incapacitados ni los albaceas frente a la masa hereditaria, salvo que el primero obtenga autorización judicial o el segundo la de los herederos.

La capacidad de las personas puede considerarse desde una doble vertiente: por un lado, las personas físicas y, por otro, las morales o jurídicas.

Para las personas físicas nuestros códigos incluyen algunas disposiciones generales sobre la capacidad, por ejemplo quien este en ejercicio pleno de sus derechos puede convenir por el arbitraje como medio para solucionar sus conflictos.

Según la ley mexicana, carecen de capacidad legal y natural los menores, los enfermos mentales, los ebrios y quienes usan inmoderadamente drogas enervantes.

Para las personas morales es importante la capacidad para convenir el acuerdo arbitral, sobre todo en el caso de las personas morales de derecho público, como los gobiernos y sus entidades.

Se ha considerado tradicionalmente que los Estados son libres y soberanos y que no están ni pueden estar bajo la potestad de nadie, menos de un tribunal arbitral, y olvidémonos de si este es extranjero.

Esta idea ha perdido terreno en nuestros días. La experiencia demuestra que en multitud de ocasiones un gobierno extranjero si tiene capacidad para convenir un arbitraje privado. Estos nos lleva a preguntarnos ¿en que casos si puede y en cuáles no? La distinción entre los actos iure gestionis de gobierno, por un lado, y los iure imperii, por otro, surgidos de la teoría de la doble personalidad del Estado, es la clave que contribuye a dar la respuesta.

Cuando un gobierno realiza actos iure imperii, no solo goza de inmunidad soberana sino que, además, está incapacitado para pactar que en caso de conflicto ese tipo de actos sea resuelto mediante arbitraje privado. No ocurre lo mismo cuando el gobierno actúa iure gestionis y pacta un convenio arbitral.

En nuestro país, las grandes empresas públicas como Petróleos Mexicanos, la Comisión Federal de Electricidad y Teléfonos de México, pueden o podían pactar validamente someterse al proceso arbitral, sin importar que este se desarrollara en el extranjero e incluso conforme a leyes foráneas.

1.2.4.3.- EL ACUERDO ENTRE COMPROMITENTES Y SUS ÁRBITROS

El acuerdo arbitral no es un simple contrato sino un acto sumamente complejo. No basta el mero acuerdo de voluntades entre las partes comprometentes, ya que su cumplimiento exige que se cuente con la anuencia del árbitro o árbitros designados para que estos actúen.

Existe una diferencia en el contrato de compromiso y el contrato de compromisario. Según su terminología, en el primero el acuerdo se celebra entre las partes comprometentes, es decir entre los sujetos del litigio; y en el segundo entre los sujetos del litigio y el árbitro o árbitros. Mediante este último el árbitro se obliga a resolver el litigio y adquiere el derecho al pago de sus honorarios.

En este supuesto se hace referencia ya no al acuerdo entre compromitentes sino entre compromitentes y sus árbitros.

En consecuencia, deben considerarse dos tipos de vínculos en el acuerdo arbitral, primero el que implica la relación jurídica entre los compromitentes, y sus árbitros o, en su caso, el centro administrador de arbitrajes.

En el acuerdo entre compromitentes y árbitros cabe lo que se denomina aceptación del compromiso o del cargo, y define como el acto o conjunto de actos mediante los cuales se opta el encargo arbitral y se constituye el juicio correspondiente.

1.2.5.- AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

Con la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar válidamente todo tipo de obligaciones y derechos. Se trata de una verdadera libertad de contratación, donde el Estado prácticamente no interviene para rechazar, regular o fiscalizar los acuerdos interpartes. Por el contrario, a partir de la segunda mitad del siglo XX se ha presenciado un reconocimiento de tales convenios.

La autonomía de la voluntad ha llegado a tener un alcance casi absoluto. El acuerdo arbitral, en particular el internacional, parece inmerso en esta amplia autonomía de la voluntad.

En el Proyecto de la Cámara de Comercio Internacional de enero de 1954 se consideró preciso respetar las condiciones del acuerdo celebrado entre las partes. El laudo arbitral y el procedimiento para dictaminar deben depender exclusivamente del contrato entre las partes. En todo caso, el derecho legislado reviste carácter supletorio a la voluntad de las partes compromitentes.

La libertad de contratación es amplia en los convenios internacionales. En la convención de Panamá se inicia con el reconocimiento de la existencia y validez del acuerdo celebrado entre las partes comprometidas para designar a sus propios árbitros de la manera que ambas convengan, sin que importen su nacionalidad o domicilio.

Se les reconocen a sí mismo sus actos cuando designan la forma de constitución del tribunal arbitral. Se consigna también la seguridad de que se les admitirá su voluntad para señalar el procedimiento a que se ajustará el proceso arbitral, sin que deban sujetarse a una regla procesal estatal. Tienen además la posibilidad de someterse a la ley que elijan, sin que sea por fuerza la del lugar donde se hallan, donde tiene efecto el contrato, u otra que pudiera imponer el Estado. La convención de Nueva York se pronuncia también en el mismo sentido además de que existe la posibilidad de que las partes formalicen en cualquier idioma el acuerdo.

En el Código de Comercio se reproducen tales ideas y agrega que se reconocerá el señalamiento de las partes para establecer el plazo en que se tramitará el proceso arbitral, el número y nacionalidad de los árbitros, el lugar donde se arbitraré, la posibilidad de renunciar al recurso de apelación, la libertad del árbitro para elegir la ley aplicable, el lugar, el tiempo, el idioma, el procedimiento de recusación, las medidas precautorias, la renuncia a pruebas periciales, el establecimiento de cualquier procedimiento arbitral.

Es así que las únicas limitaciones previstas en el Derecho mexicano acerca del acuerdo arbitral consisten en que no se impida la garantía de audiencia y de defensa, en que se arbitren únicamente litigios arbitrales según las leyes del Estado o tratados, no la de los particulares y en que pueden convenir solo las personas capaces.

En la doctrina y en la ley se ha debatido si la cláusula arbitral debe tratarse como parte del contrato principal o como acto jurídico distinto del contrato principal. Las respuestas originaron dos tendencias, en la primera se sostiene que hay una indivisibilidad en el tratamiento del clausulado arbitral respecto del contrato principal; la segunda, opuesta, indica la divisibilidad en el tratamiento del contrato principal y del clausulado arbitral.

Sobre la indivisibilidad la teoría y la práctica han sido contradictorias, en general la idea que domina, sostiene la autonomía de la cláusula arbitral.

La autonomía debe entenderse no solo frente a las leyes, sino frente al contrato principal, es decir, el contrato en que se inserta y al cual sirve.

1.2.6.- VALIDEZ Y EXISTENCIA DEL ACUERDO ARBITRAL

En la convención de Nueva York se establece que la validez y existencia del acuerdo se regirá por la ley elegida por los compromitentes, no precisamente por la del lugar del acuerdo ni del laudo.

El acuerdo arbitral se sujetara, en primer lugar, a la ley elegida por las partes o, en su caso, al derecho del país donde se dictara el laudo.

Si los compromitentes eligieron el derecho u orden jurídico que rige la existencia y validez del acuerdo, el derecho convencional internacional se refiere a la ley donde se pronunciará el laudo; es decir, que para que se reconozca un laudo arbitral que lo provocó debió haberse ajustado a la ley del lugar donde se pronunció el laudo.

En un principio en el proyecto de la Convención de Nueva York disponía solo que el acuerdo debía ser valido conforme a la ley aplicable, pero tras algunas discusiones se consideró que debería precisarse ese derecho aplicable. Se opto entonces por la

ley elegida por las partes; a falta de acuerdo, el derecho aplicable será el del país donde se dictó el laudo.

1.2.7.- NULIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL

La declaración de nulidad de un acuerdo arbitral podrá demandarse en los siguientes casos:

Cuando se tenga conocimiento de ese acuerdo sin necesidad de que se hubiese abierto el proceso arbitral. La reclamación puede realizarse ante el juez estatal.

Cuando ya se inicio el proceso arbitral. En este caso, la nulidad podrá reclamarse ante el árbitro en vía de excepción al contestarse la demanda arbitral.

Cuando se presente para su ejecución el laudo, caso en que la nulidad se hará valer como excepción del reconocimiento del laudo. La nulidad se hace consistir aquí en que el laudo se apoyó en un acuerdo alegado nulo.

Podrá hacerse valer la nulidad ante el juez estatal por un proceso de nulidad cuando se alegue falta de capacidad para celebrar ese acuerdo o se reclame la invalidez del acuerdo según la ley a que las partes lo sometieron.

Si el proceso arbitral ya se siguió y concluyó, la nulidad podrá reclamarse también ante el juez estatal. En este caso, el reclamante dispondrá de tres meses, contados a partir de la notificación del laudo. De lo contrario precluirá su derecho a reclamar la nulidad.

Ante el árbitro, la nulidad se hace valer por vía de excepción y no como proceso autónomo. El demandado plantea la petición de nulidad y el árbitro es competente para conocer de ella.

1.2.8.- EXTINCION DEL ACUERDO ARBITRAL

El acuerdo arbitral puede extinguirse por alguna de las causas siguientes:

Por cumplimiento del objeto previsto en el acuerdo. Se extingue un acuerdo que preveía litigios específicos cuando estos quedan solucionados o resueltos mediante al arbitraje.

Por disposición de la ley. Existen varias causas en este supuesto; por ejemplo, que un acuerdo arbitral sea válido y se expida una nueva ley que declare inarbitrable el tipo de litigios especificados en el acuerdo; que muera el árbitro designado nominalmente; y que se de la remoción del árbitro por algún impedimento, tras un procedimiento de excusa o remoción.

Por un acuerdo interpartes. El arbitraje puede extinguirse cuando las partes comprometidas revocan el acuerdo arbitral o resuelven el conflicto mediante una transacción.

Por causas extrañas al arbitraje. Ajeno a la voluntad de los comprometidos o de los árbitros, el acuerdo arbitral también puede concluir por algún fenómeno natural o no relacionado con el arbitraje.

Por otras causas previstas en el acuerdo. En el mismo acuerdo, las partes pueden establecer otros motivos: por ejemplo la muerte de algún comprometido, el vencimiento del periodo de vigencia del acuerdo sin que hubiese surgido algún litigio, caducidad procesal.

1.2.9.- CAPACIDAD DE LOS COMPROMITENTES

La capacidad de los comprometidos en las convenciones de Nueva York y de Panama se regulan por una regla en conflicto: se atiende a ley aplicable a los

compromitentes, lo cual indica que esta puede ser la del domicilio, la de la nacionalidad, la lex fori, la del lugar de la constitución, la del sitio de la emisión. Depende del punto de conexión establecido en la regla de conflicto de la lex fori.¹¹

Por ejemplo si un tribunal mexicano examinara esa capacidad, considerará la ley del domicilio, acorde al Código Civil Federal, pero si la cuestión de capacidad es sometida a un tribunal español, este aplicara la ley patriae del compromitente.

En México se aplica la ley del domicilio a la capacidad de los compromitentes cuando estos son personas físicas, o la del lugar de la constitución si se trata de personas morales o jurídicas. Por ello, el tribunal investigara cual es la ley aplicable donde se halla el domicilio del compromitente para identificar si posee capacidad.

Si son varios compromitentes, con diversos domicilios cada uno, debe aplicarse a cada compromitente la ley de su domicilio.

¹¹ INTERNET. www.universidadabierta.edu.mx. Derecho General Internacional.

CAPÍTULO SEGUNDO

MEDIOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

El Derecho Internacional clásico acepta como lícito el ejercicio de la fuerza armada como medio para resolver los conflictos internacionales. Esta postura se superó hasta la adopción del Pacto Briand Kellog, firmado en Paris el 27 de agosto de 1928. En dicho pacto las partes condenan las guerras como medio para resolver los conflictos internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas.

La Carta de las Naciones Unidas establece que los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no pongan en peligro la paz y seguridad internacionales.

2.1.- MEDIOS DIPLOMÁTICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los medios diplomáticos para resolver los conflictos son: la negociación, los buenos oficios, la mediación, la encuesta o investigación y la conciliación.

2.1.1.- LA NEGOCIACIÓN

Esta consiste en efectuar conversaciones diplomáticas que tienen como finalidad solucionar un conflicto internacional; se entablan entre las partes en conflicto por medio de sus órganos diplomáticos. Cuando el conflicto afecta a varias partes, lo frecuente es convocar, previo acuerdo mutuo a una conferencia internacional con el fin de solucionarlo.

2.1.2.- LOS BUENOS OFICIOS Y LA MEDIACIÓN

Los buenos oficios y la mediación son medios para facilitar el acuerdo entre las partes. Los buenos oficios consisten en la participación con buena voluntad de uno o varios Estados con el fin de invitar a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. El caso de la mediación es similar, pero con la diferencia de que, además de invitar a las partes a solucionar sus diferencias, les son propuestas soluciones específicas que las partes pueden aceptar o no.

Los buenos oficios y la mediación pueden iniciarse a requerimiento de las partes o sin el; en este supuesto, no debe entenderse que los buenos oficios o la mediación constituyen actos de intervención en los asuntos internos de los Estados, sino considerarse como actos amistosos.

2.1.3.- LAS COMISIONES DE INVESTIGACIÓN

Tienen como finalidad establecer el supuesto de hecho del caso controvertido, sin plantear propiamente una solución al conflicto.

La misión de las comisiones de investigación es facilitar la solución de estos litigios, esclareciendo por medio de un examen imparcial y concienzudo las cuestiones de hecho.

Estas comisiones se constituyen previo acuerdo entre las partes interesadas, y operan conforme a los criterios señalados por la Convención de la Haya de 1907 de las cuales cabe señalar las siguientes:

- La investigación tendrá carácter contradictorio.

- La comisión tiene facultad para trasladarse momentáneamente a los sitios donde juegue convenientemente.
- La comisión puede solicitar a las partes las explicaciones o informes que considere necesarios.
- Las partes se comprometen a dar todas las facilidades necesarias a la comisión para el ejercicio de sus funciones.
- Las deliberaciones serán secretas.
- El informe de la comisión se leerá en sesión pública, ante la presencia de los consejeros y agentes, y se limitará a comprobar los hechos, por lo cual carece del carácter de una sentencia arbitral.¹²

2.1.4.- EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

La conciliación internacional se define como la intervención en el arreglo de una diferencia internacional, de un órgano sin autoridad política propia que, gozando de la confianza de las partes en litigio está encargado de examinar todos los aspectos de litigio y de proponer una solución que no es obligatoria para las partes.

El procedimiento conciliatorio será contradictorio y su misión consistirá en dilucidar las cuestiones en litigio, de manera que se recoja toda la información necesaria. Tal procedimiento finaliza mediante un acta en la cual se hará constar si las partes han llegado o no a un acuerdo, y las condiciones de este si las hubiere. Posteriormente el acta se comunica a las partes, quienes decidirán si están conformes con ella y si aprueban su publicación. El procedimiento conciliatorio carece de fuerza vinculativa para las partes.

2.2.- MEDIOS JURÍDICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

¹² ORTIZ AHLF LORETTA. Derecho Internacional Público, 2da ed. Ed. Oxford. México, 2000, p.222

Los medios jurídicos de solución de controversias en el derecho internacional son el arbitraje internacional y el procedimiento ante la corte internacional de justicia.

2.2.1.- EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje es aquel que tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados, mediante jueces elegidos por ellos y sobre la base del respeto al derecho.

Las características propias del arbitraje, que lo distinguen de otros medios de solución, son las siguientes¹³:

- Los árbitros son elegidos por las partes
- Mediante el arbitraje se resuelve definitivamente la controversia
- La sentencia que se dicta es obligatoria y, por tanto, vinculativa para las partes en litigio.

Para que se instaure un tribunal o comisión arbitral, se requiere el consentimiento de las partes. Esta sumisión al arbitraje puede estar contenida en un acuerdo internacional único, denominado compromiso arbitral, o en una cláusula compromisoria contenida en un tratado, e n la cual se establece la obligación de recurrir al arbitraje para resolver las controversias que se susciten en relación con dicho tratado.

Una vez que se han designado los árbitros y la sede, se constituye el órgano arbitral que opera de acuerdo con las reglas siguientes:

- Las partes designan a sus agentes, consejeros y abogados.

¹³ BARRIOS DE ANGELIS DANTE, EL JUICIO ARBITRAL FACULTAD DE DERECHO DE MONTEVIDEO, Montevideo, 1956, pp.210.

- Se distinguen dos fases, una escrita con base en la replica y la duplica y otra oral consistente en los debates ante el órgano arbitral.
- Las partes tienen derecho a promover excepciones o incidentes procesales.
- Los miembros del órgano arbitral pueden dirigir preguntas a los agentes y consejeros y pedirles el esclarecimiento de los puntos dudosos.
- Las aclaraciones y pruebas presentadas por los consejeros y agentes se declararan concluidos los debates.
- Las deliberaciones se harán en forma secreta y las decisiones se tomaran por mayoría.
- La sentencia deberá estar motivada y se leerá en sesión pública.

Contra la sentencia no cabe recurso alguno de apelación o casación salvo que así se acuerde entre las partes; no obstante estas pueden oponer tres tipos de recursos ante el propio tribunal y son:

- Aclaración: opera en caso de desacuerdo entre las partes acerca del verdadero sentido de la sentencia.
- Reforma: las partes pueden reclamar el exceso cometido por los árbitros en el ejercicio de sus facultades.
- Revisión: este recurso se puede oponer cuando aparezca un nuevo hecho que, de haberse conocido antes, habría ejercido una influencia definitiva en la sentencia.

La Oficina Internacional del Tribunal Permanente de Arbitraje da a conocer a las partes la lista de árbitros inscritos con el titulo de miembros del Tribunal y las partes, con base en dicha lista seleccionan a los miembros de su Tribunal Arbitral.

La lista de árbitros se integra con base en los cuatro nombramientos realizados por cada parte signataria. Los Estados parte deberán nombrar como miembros del Tribunal a personas con reconocida competencia en cuestiones de derecho

internacional, que gocen de la mas alta consideración moral y se hallen dispuestas a aceptar las funciones de arbitro.

2.2.2.- PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas.

Todos los miembros de las Naciones Unidas, por el hecho de poseer esa calidad, forman parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

La Corte se encuentra integrada por quince miembros, de distinta nacionalidad, que en su conjunto deben representar las grandes civilizaciones, y los principales sistemas jurídicos del mundo. Los magistrados deben reunir los requisitos siguientes:

- Ser personas que gocen de la más alta consideración moral.
- Ser personas que reúnan las condiciones necesarias para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países.
- Ser jurisconsultos con reconocida competencia en derecho internacional.

Los miembros de la Corte son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad en atención a un procedimiento que se desarrolla, en términos generales de la manera siguiente: la Asamblea General y el Consejo de Seguridad eligen a los miembros de la Corte de una lista de candidatos propuestos por los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje. De no tener representación en esta última, los candidatos serán propuestos por los grupos nacionales que designen para el efecto sus gobiernos respectivos, en condiciones iguales a las estipuladas para los miembros de la Corte Permanente de Arbitraje.

Ante la Corte Internacional de Justicia se pueden entablar dos clases de procedimientos: el contencioso y el consultivo.

En el procedimiento contencioso solo pueden ser parte los Estados miembros de Naciones Unidas que adquieran la calidad de miembros de la Corte, los Estados que sin ser miembros de Naciones Unidas, sean parte del Estatuto y los Estados que no sean miembros la ONU o de la Corte, sometidos a las condiciones que determine el Consejo de Seguridad para cada caso.

El procedimiento contencioso se inicia con la presentación de la demanda o del compromiso existente entre las partes. En el caso de una demanda unilateral, deben mencionarse las disposiciones con que se pretende fundamentar la competencia de la Corte, así mismo la demanda debe contener: la indicación precisa del objeto de la demanda, la exposición resumida de los hechos y de los motivos por los que se juzga justificada la demanda, a reserva de complementarlos después en la memoria y la firma del agente de la parte, de su representante diplomático ante el país sede de la Corte, o de una persona autorizada debidamente.

Una vez comenzado el procedimiento y efectuados los tramites iniciales, la Corte o el Presidente de ésta organizara el procedimiento, es decir, determinará el número de escritos así como los plazos en que deben presentarse.

En la fase escrita se presentan los documentos tales como la memoria del demandante, la contramemoria del demandado, una réplica y una duplica del demandante y del demandado respectivamente.

La fase oral consiste en una audiencia en la que la Corte recibe a los testigos, los peritos, los agentes, los consejeros y los abogados. Al concluir esta fase, las partes presentan sus conclusiones, y el procedimiento concluye con la sentencia de la Corte, la cual se lee en audiencia pública y es vinculativa para las partes.

En el procedimiento Consultivo a la Corte se le atribuyen, facultades para emitir opiniones consultivas respecto a cualquier cuestión jurídica, previa solicitud de cualquier organismo autorizado por la Carta para ello.

Por su naturaleza jurídica, tales opiniones carecen de obligatoriedad jurídica, a pesar de ello los diversos organismos especializados han insertado en el Estatuto de constitución de sus tribunales administrativos una cláusula que estipula la obligatoriedad de las referidas opiniones consultivas en sus relaciones con terceros.

El procedimiento consultivo comienza con la petición del dictamen de la Corte. Recibida la petición el Secretario de la Corte la notificará a todos los Estados que tengan derecho a comparecer ante ella y a las organizaciones internacionales que a juicio de la Corte o de su presidente, pueden suministrar información.

Los Estados que tengan derecho a comparecer ante la Corte, pero que no hayan sido notificados en la forma señalada podrán, si lo desean, someter a la consideración de la Corte una petición para que se les permita presentar una exposición oral o escrita.

Los Estados y organizaciones internacionales que hubieran recibido la correspondiente petición de la Corte podrán enviar las exposiciones escritas o presentarse a hacer exposiciones orales, en la forma y términos que el Presidente de la Corte les haya fijado.

La opinión consultiva es adoptada por el pleno de la Corte y leída en audiencia pública, de la cual deberá notificar previamente al secretario general de las Naciones Unidas, a los miembros de estas y a otros Estados u organizaciones internacionales interesadas directamente.

2.3.- MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Los medios de solución de controversias en el arbitraje comercial internacional son la mediación comercial, la conciliación comercial y la transacción intraprocesal.

2.3.1.- MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los centros administradores de arbitrajes emplean frecuentemente para dirimir controversias medios que corresponden no a lo heterosolucionadores sino a los autocompositivos.

El Tratado de Libre Comercio América del Norte propicia medios autocompositivos, como la consulta y la negociación, que sirven para dirimir controversias. En realidad estas no son las formas solucionadoras de las controversias sino medios que conducen al arreglo. Así la consulta o la negociación pueden llevar a la conciliación.

A diferencia de los medios autocompositivos, el proceso arbitral es heterosolucionador. Sin embargo los árbitros pueden propiciar ocasionalmente medios autocompositivos, como la mediación, la conciliación o la transacción.

Los medios solucionadores de controversias alternativos al arbitraje incluyen los siguientes: la mediación, la conciliación y la transacción, las cuales muestran las siguientes características:

- Carecen de carácter político estatal; si lo tienen, no se les vincula con él.
- El principio de autoridad o de omnipotencia del Estado es inexistente.

- La resolución busca una satisfacción del interés de los particulares o comprometidos, no de los fines públicos ni de los hombres políticos en el poder o de sus intereses.
- El proceder y la resolución final están marcados no por lo mecánico sino por lo dinámico.
- Moralidad, la probidad y la verdad.

2.3.2.- MEDIACIÓN COMERCIAL

La mediación comercial es un medio realmente novedoso, en general, se emplea antes del proceso arbitral o durante él. Constituye un medio en que las partes, guiadas por un tercero extraño, solucionan controversias.

En algunas ocasiones, la mediación se confunde con la conciliación; ambos medios coinciden en que representan técnicas empleadas para solucionar conflictos, en que un tercero extraño reúne a las partes en conflicto y en que éstas lo arreglan por sí mismas.

Difieren en que en la conciliación, el conciliador se encarga no solo de ayudar a las partes a dirimir su conflicto sino de proponerles, además, cómo hacerlo. En la mediación el arreglo no es propuesto por el tercero sino descubierto por los mismos comprometidos.

En la mediación, el mediador actúa como guía en un proceso de colaboración voluntario, en el que los litigantes participan conjuntamente en la resolución de su problema. Las partes no pueden ser forzadas a entrar en la mediación, o a pactar un convenio, ni el mediador puede imponer una solución a las partes. El resultado final de una mediación exitosa es que no hay ganadores ni perdedores sino satisfacciones esperadas.

El elemento clave de la mediación es el mediador, quien debe procurar los medios óptimos para que las partes solucionen su conflicto.

La mediación reviste importancia porque parte de su procedimiento o técnica también pueden emplearla el arbitro, convertido en mediador, y porque puede incluir algunos pasos precedentes para la conciliación. Entre las actividades y características del mediador figuran las siguientes:

- Calma la ira o irritación de los litigantes.
- Dirige neutralmente la discusión.
- Garantiza que las partes tengan amplia oportunidad de hablar.
- Ayuda a las partes para que diferencien sus intereses.
- Trabaja con las partes para identificar soluciones acordes con sus necesidades.
- Obtiene confianza de los litigantes para que compartan información confidencial sobre intereses y opciones.
- Transmite la información, para lo cual la traduce del lenguaje negativo al positivo.
- Sirve como agente realista, auxilia a las partes a ser más realistas acerca de sus opciones.
- Procura que las negociaciones se realicen exclusivamente cuando las partes se hallan listas para ello.
- Actúa como agente neutralizador cuando las cosas salen mal.

Los pasos que regulan la técnica de la mediación serian los siguientes:

- Contacto inicial entre mediador y partes.

- Establecimiento de reglas mínimas para guiar los procedimientos.
- Obtención de datos del litigio, para lo cual se identifican las pretensiones de las partes.
- Estímulo de la formulación de opciones diversas.
- Evaluación y comparación de las opciones con las correspondientes a las partes mismas.
- Elaboración para las partes, del convenio de solución y de los procedimientos para implantarlo.

2.3.3.- CONCILIACIÓN COMERCIAL

2.3.3.1.- DEFINICIÓN

En la mediación una persona extraña al litigio se limita a establecer la comunicación entre las partes, “en la conciliación el tercero asume un papel mas activo: propone a los litigantes opciones concretas para que resuelvan de común acuerdo. En cambio el mediador se concreta a reunir a los contendientes para que estos solos solucionen sus diferencias.

En la conciliación se requieren la mediación y además la proposición de formulas por el tercero extraño para que las partes solucionen.

Otra disimilitud entre conciliación y arbitraje: en la primera, el conciliador se limita a proponer la solución, en el segundo, ésta ya no es la sugerencia, sino que arregla y concluye la litis.”¹⁴

Pese a la diferencia conceptual entre mediación y conciliación, en Norteamérica se consideran la misma cosa en el mundo real. Uno de los subcomités formados a raíz

¹⁴ OVALLE FAVELA JOSÉ. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. Ed. Harla, México 1991. p.23

del surgimiento del TLCAN condujo una investigación y encontró esa actitud en el medio empresarial.

No hay proceso en la conciliación, pues no concurre a ella el actuar procesal ni la resolución del litigio, como sí sucede en el arbitraje. Asimismo la decisión del conciliador que constituye realmente una sugerencia no resulta obligatoria, mientras que la del árbitro sí.

La conciliación constituye simplemente otro medio para solucionar controversias y, si falla, deja abierta la puerta para intentar el arbitraje. La mediación o la conciliación pueden proceder éste.

La conciliación es junto con los buenos oficios y la mediación un medio donde la intervención de un tercero se dirige no a resolver la querrela entre las partes disputantes sino a persuadirlas para que la resuelvan por si mismas.

La conciliación puede considerarse también como el proceso de arreglo de una controversia, que consiste en someterla a una comisión de personas que tienen la misión de aclarar los hechos y formular un informe que contenga proposiciones de arreglo, las cuales carecen del carácter obligatorio de un laudo o de una sentencia.

La conciliación ha sido entendida como el medio para solucionar un conflicto y el resultado obtenido.

Cuando se califica de medio, se observan los procedimientos para alcanzar el resultado, pero cuando se considera resultado, se atiende a la solución misma, independientemente de los procedimientos que se requirieron para ella.

Incluso el TLCAN recomienda el uso de la cláusula modelo siguiente:

Si surge alguna disputa, controversia o reclamación con motivo del presente contrato o en relación con él o si hay incumplimiento, terminación o validez, y si alguna parte decide que la controversia no puede solucionarse mediante discusiones directas, las partes convienen procurar resolver la controversia de manera amistosa por medio de la conciliación. Si esta conciliación no produce una solución la contienda deberá resolverse por medio del arbitraje¹⁵.

La conciliación se equipara, en su sentido de resultado, con un laudo arbitral, pues ambos dan por concluido el litigio. Sin embargo, en su acepción de procedimiento, resulta muy distinta de los procedimientos utilizados para obtener el laudo.

2.3.3.2.- ÓRGANOS CONCILIADORES.

Órgano de la Cámara de Comercio Internacional, el Comité de Conciliación se compone de tres miembros, quienes generalmente son distintos para cada caso.

Dicho Comité esta integrado por la Comisión Administrativa de Conciliación, cuyos integrantes se designan para un bienio por cada comité nacional entre los nacionales residentes en París.

2.3.3.3.- CONCILIADOR

El conciliador debe ser una persona distinta del juzgador, pues se garantiza con ello la posición de imparcialidad del juzgador, ya que el conciliador formularia proposiciones concretas, lo cual el juzgador no puede realizar mientras no resuelva.

¹⁵ SECOFI. TRATADO DE LIBRE COMERCIO AMERICA DEL NORTE, México 1993. p. 348.

2.3.3.4.- PROCEDIMIENTO

La conciliación de intereses comienza a procurarse con la demanda conciliatoria, en la que el solicitante debe notificar a la contraparte su intención de arreglar la desavenencia según el Reglamento de la UNCITRAL.

Se inicia propiamente el procedimiento cuando la contraparte acepta éste.

Generalmente hay un conciliador que las partes designan conforme a las reglas del centro. Tras ello, aquél solicita a cada particular una exposición de la controversia, de los puntos en litigio y si es el caso de los documentos correspondientes.

Los interesados podrán representarse o asesorarse por la persona que elijan. A su vez el conciliador se acercara de manera independiente e imparcial a cada parte, para procurar el arreglo de la disputa.

El conciliador atenderá a principios de objetividad, justicia y equidad, así como entre otros factores los derechos y obligaciones de las partes, los usos del tráfico mercantil de que se trate y las circunstancias de la controversia, incluso las prácticas establecidas entre los interesados.

El conciliador finalizará el procedimiento en la forma que estime adecuada, para lo cual considerará las circunstancias del caso, los deseos que las partes expresen, y la necesidad de lograr un arreglo rápido.

Los datos o documentos recabados durante el procedimiento podrán transmitirse a la contraparte, salvo que el oferente considere que no deben darse a conocer, lo cual impediría, en consecuencia, revelar la información.

Cuando el conciliador crea tener una respuesta, la expondrá como proyecto. Tras revisar éste, las partes formularán las observaciones pertinentes. Usualmente los conciliadores deben proponer soluciones a las partes.

2.3.3.5.- FÓRMULA CONCILIATORIA

La avenencia entre las partes finaliza el litigio y la obtienen ellas mismas, seguramente por la propuesta o propuestas del conciliador. Pero este no es quien resuelve.

Además la avenencia corresponde a un arreglo, pacto o convenio que ya que se dejó asentado se plasma comúnmente en un acta, a la cual suele designarse de conciliación. Este pacto o acuerdo se conoce como transacción.

La transacción puede ser extraprocesal o intraprocesal y corresponde a la fórmula conciliatoria.

Si la transacción se produce antes que se inicie el proceso arbitral, será extraprocesal, pero si surge durante la tramitación de éste resultará intraprocesal. Regularmente, el medio de solución es extraprocesal cuando se utiliza la conciliación.

Existen litigios inarbitrables pero conciliables. En algunos de tipo familiar, por ejemplo, no puede arbitrarse. Una resolución que desencadena en divorcio no es arbitrable, pero si una que lo hace en reconciliación.

2.3.4.- TRANSACCIÓN INTRAPROCESAL

2.3.4.1.- DEFINICIÓN

Es un medio importante para la solución de conflictos, el cual representa una forma autocompositiva donde las partes se realizan concesiones recíprocas y llegan así a un acuerdo.

Este tipo de solución se denomina transacción intraprocesal, si se presenta cuando esta en trámite el proceso arbitral. Pero antes que pueda pronunciarse laudo arbitral, las partes deciden los términos en que debe resolverse la controversia; no esperan a que el tribunal arbitral pronuncie resolución final.

La transacción intraprocesal representa un medio de solución autocompositiva; e ellas las partes mismas arreglan la controversia y no el árbitro, el mediador o el conciliador.

Puede llegarse a la transacción intraprocesal también mediante el procedimiento conciliatorio, cuando este se realiza paralelamente al trámite del arbitral. No obstante, la transacción a que conduce la mediación o la conciliación extraprocesal difiere de la transacción intraprocesal referida.

En la transacción intraprocesal no se requiere necesariamente un mediador o un conciliador; tampoco es preciso que éste formule la propuesta de solución.

En el procedimiento empleado para obtener la transacción intraprocesal, las partes litigantes proponen habitualmente la solución, y no siempre tiene conocimiento de tales negociaciones el árbitro, a quien las partes ignoran en general, aunque después le comuniquen que llegaron a un acuerdo.

2.3.4.2.- NATURALEZA JURÍDICA

En la transacción intraprocesal no hay actividad jurisdiccional, pues las partes y no un tercero deciden el conflicto.

La transacción intraprocesal implica un acuerdo de voluntades; tratase por tanto de un contrato entre los interesados, el cual es conocido como contrato de transacción, regulado por el Código Civil.

2.3.4.3.- DIFERENCIAS ENTRE ACUERDO ARBITRAL Y ARBITRAJE

En el arbitraje un tercero extraño soluciona el litigio, en la transacción las partes interesadas lo resuelven sin que sea imprescindible la participación de un órgano arbitral.

También debe diferenciarse el acuerdo arbitral de la transacción intraprocesal, el primero señala el proceso como medio de solución de conflictos, mientras que la transacción lo resuelve. El primero supone el conflicto y la segunda lo arregla.

2.3.4.4.- HOMOLOGACIÓN DE LA TRANSACCIÓN INTRAPROCESAL

Después que las partes llegan a un acuerdo entre sí para solucionar su litigio, generalmente el convenio respectivo se somete al tribunal arbitral para que lo sancione de legalidad; es decir para que se homologue.

2.3.4.5.- EQUIPARACIÓN CON EL LAUDO ARBITRAL

Que el órgano arbitral decida el litigio no es lo mismo que las partes lo resuelvan por sí mismas. Sin embargo, para conceptuar un laudo en la fase de ejecución como mínimo, ambos deben equipararse, al menos en sus efectos.

De acuerdo con nuestro sistema, la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada, pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados en la ley.

Como se puede ver, el laudo y la transacción intraprocesal son diferentes entre sí, pero por lo que atañe a los efectos que producen, se equiparan.

Ante la equiparación de los efectos, los tribunales del Estado tratarán similarmente un laudo y una transacción, otorgándoles reconocimiento y ejecución, como si fueran lo mismo.

CAPÍTULO TERCERO

TRIBUNAL ARBITRAL

3.1.- EL TRIBUNAL ARBITRAL

El tribunal arbitral no debe considerarse auxiliar de los tribunales judiciales sino tribunal que resuelve controversias mediante una verdadera actividad jurisdiccional. Tampoco es tribunal dependiente del Poder Judicial sino autónomo.

La denominación correcta del órgano es precisamente tribunal arbitral. El TLCAN lo llama panel en una degeneración del vocablo.¹⁶

3.1.1.- LAS PARTES Y LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En la formación y funcionamiento del tribunal arbitral, la voluntad de los compromitentes posee importancia superlativa, mientras que resulta irrelevante por lo que se refiere a la constitución de los tribunales judiciales.

La autonomía de la voluntad permite aquí a los compromitentes definir el tipo de tribunal arbitral, el número de árbitros, el lugar en el que se trabajará, los actos por realizar, el tiempo requerido, etc. Las leyes del legislador estatal podrán aplicarse sólo de manera supletoria; es decir, cuando falte el acuerdo interpartes.

La ley aplicable a la constitución del tribunal arbitral será la establecida por las partes o, sólo supletoriamente la del Estado donde funcione el tribunal.

¹⁶ Op. Cit. SECOFI. P.242

3.1.2.- DERECHO APLICABLE A LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La Convención de Nueva York establece que la constitución del tribunal arbitral se regula por la ley establecida en el acuerdo arbitral o, a falta de ella, por la del lugar donde se realiza el arbitraje.

La constitución del tribunal se regula por el derecho que los compromitentes elijan o por la ley del lugar del arbitraje.

Los compromitentes pueden elegir una sola ley aplicable o desmembrarla en secciones o instituciones, con la indicación de diversos ordenamientos para cada una de éstas.

3.1.3.- AUXILIARES DEL TRIBUNAL

El tribunal arbitral deberá estar asistido necesariamente por un secretario porque, de otra manera, no existiría fedatario, quien da fe tanto de los actos como de la cabalidad de éstos. Además, se afirma, él es indispensable para que reciba promociones, dé cuenta de ellas, certifique, tome acuerdos, haga constar, notifique, asiente cómputos, etc.

Becerra Bautista sostiene: “debe haber un secretario en el tribunal arbitral, si el tribunal es unipersonal, el árbitro nombrara un secretario, y que si se trata de uno colegiado será pluripersonal, uno de los árbitros realizará la función de secretario”¹⁷

Barrios de Angelis menciona: “es demasiado importante el secretario o escribano judicial, su actuación se dirige a certificar, autenticar y a practicar una colaboración fiscal; es decir a verificar el cumplimiento de las leyes”¹⁸

¹⁷ BECERRA BAUTISTA JOSÉ, EL PROCESO CIVIL EN MÉXICO. 11ª ed. Ed. Porrúa. México 1984. p. 391

3.1.4.- TIPOS DE TRIBUNALES ARBITRALES

Los tribunales arbitrales se clasifican según las notas de relevancia jurídica que los caracterizan: tipo de litigios de que conocen, órgano que los constituyó, número de árbitros que los componen, continuidad funcional, nacionalidad.

Según el tipo de litigios. Conforme a tal enfoque, hay tribunales institucionales generales y, por otro lado, especializados en cierto tipo de litigios.

El ámbito de competencia de los tribunales generales o no especializados no se limita a litigios específicos, resulta indistinto que conozcan de litigios sobre, patentes, constitución de sociedades, inversiones, etc., pues abarca prácticamente cualquier cas que se les presente.

Los tribunales especializados conocen sólo de un tipo específico de litigios.

El comercio represente hoy día una actividad altamente especializada, lo cual impide prácticamente que haya tribunales generales; los existentes se caracterizan por la especialidad.

Conforme al órgano que los constituye. Los órganos arbitrales son tribunales oficiales, si los constituyó el Estado, o privados, si los establecen los particulares.

Entre los tribunales privados o particulares se hallan los configurados por los comprometentes para un litigio específico y los constituidos por los centros administradores de arbitraje, que son los regulares en el ámbito internacional.

De acuerdo con el número de árbitros. Un tribunal puede componerse de un árbitro o de varios. En el primer caso se denominaría unitario; en el segundo colegiado.

¹⁸ BARRIOS DE ANGELIS DANTE. Op. Cit. 132.

Por lo general los tribunales arbitrales internacionales son los colegiados, casi siempre en número impar, pero se permiten los dos tipos en nuestro sistema jurídico. En principio, las partes comprometidas deciden la cantidad de árbitros que los integran.

El número de árbitros debe ser impar, generalmente tres: a dos los designan las partes, y al tercero éstos se le llama árbitro tercero en discordia.

Si los árbitros de cada parte no se ponen de acuerdo, designan al tercero el juez en el caso de los arbitrajes internos, o el centro administrador de arbitrajes en el caso de los internacionales.

En el sistema jurídico mexicano, expiden el laudo los árbitros designados por cada parte, de haber desacuerdo, el tercero.

Según la permanencia y la continuidad funcional. Las convenciones de New York y de Panamá consideran dos tipos de tribunales según la permanencia y la continuidad funcional de éstos:

- a) Tribunales arbitrales no permanentes o ad hoc
- b) Tribunales arbitrales permanentes o institucionales

Los primeros carecen de la permanencia y continuidad funcional que caracterizan a los segundos, pues se constituyen solo para juzgar el caso concreto que se les plantea y luego desaparecen. Los segundos poseen permanencia y continuidad es decir, pueden juzgar más de un caso¹⁹.

En la practica dominan los tribunales permanentes y rara vez surge algún ad hoc, pues los centros internacionales de arbitraje mantienen un grupo permanente de árbitros que, cuando son necesarios, constituyen el tribunal.

¹⁹ INTERNET. www.universidadabierta.edu.mx Derecho General Internacional.

3.1.5.- LA COMPETENCIA

La competencia del órgano concierne al límite en que puede ejercerse la función del tribunal arbitral; por tanto no es lo mismo competencia que función jurisdiccional.

Dos fuentes delimitan la competencia de un tribunal arbitral: la derivada de la normatividad legal y la convencional internacional, así como la que dimana de la voluntad de las partes plasmada en su acuerdo arbitral.

Competencia delimitada por leyes y tratados. Por lo común la competencia de un tribunal arbitral comprende lo siguiente:

- El conocimiento y la decisión del juicio o proceso arbitral.
- El conocimiento de los incidentes derivados del proceso principal.
- La capacidad o competencia para dirigirse a los tribunales del Estado, a los cuales se puede pedir, e incluso exigir, cooperación y auxilio a fin de garantizar el éxito del proceso arbitral.
- El conocimiento de las excepciones perentorias, menos la reconvencción, salvo lo acordado en el acuerdo arbitral.
- El conocimiento de los datos que puedan llevar a la condena en costas.

Competencia exclusiva y arbitraje. La competencia exclusiva se considerará en dos apartados, tanto la establecida en leyes como en tratados internacionales y la señalada por los compromitentes en su acuerdo arbitral.

Competencia establecida en leyes y tratados internacionales. Las modalidades de esta competencia exclusiva incluyen las dos siguientes:

- a) Competencia jurisdiccional estatal exclusiva: implica que únicamente los tribunales jurisdiccionales del Estado podrán conocer de los litigios que ellos

atienden, con lo que se excluye que éstos puedan llevarse a un tribunal no judicial del Estado.

- b) Competencia jurisdiccional que, aun cuando sea exclusiva del país, pueda compartirse por los tribunales nacionales, del Poder Judicial o arbitral: resulta exclusiva para un país, pero concurrente o compartida entre los tribunales del Estado y los arbitrales del mismo territorio.

Competencia delimitada por acuerdo entre los compromitentes. La competencia establecida por las partes tiene dos modalidades:

- a) Competencia negativa: por el acuerdo de las partes se rechaza la competencia que un Estado asignó, es decir, el acuerdo interpartes sustrae la litis al modo jurisdiccional implantado y ejercido por el Estado. El acuerdo interpartes provoca una eficacia impeditiva a las reglas que conferirían legalmente competencia a los tribunales del Estado.
- b) Competencia positiva: es la atribuida por disposición de los compromitentes a un órgano jurisdiccional, en este caso el tribunal arbitral, pero que en condiciones habituales carece de esa competencia, lo cual significa que la litis es sometida a ese órgano por decisión particular de los compromitentes.

Materia objeto de la competencia. La competencia del tribunal arbitral abarca tanto el conocimiento como la resolución del litigio interpartes, propio del proceso arbitral, y ha sido ampliada en las leyes extranjeras, en la jurisprudencia y en los reglamentos de los centros de arbitraje.

Control de la competencia. El control de la competencia del tribunal recae en los tribunales a que se plantea el litigio interpartes; pero en el ámbito internacional existen el control directo y el indirecto.

En el control directo, el tribunal de arbitraje mismo revisa el presupuesto procesal; en el indirecto los de carácter judicial verifican durante el procedimiento de exequátur que el tribunal de origen haya tenido competencia.

El control directo transmite al tribunal de arbitraje facultad suficiente para decidir si es o no competente. Incluso si se cuestiona la capacidad de dicho tribunal, éste posee la aptitud necesaria como elemento prima facie para determinar si es o no competente.

Se trata del mismo poder que un tribunal de arbitraje tiene para comenzar a conocer del negocio o litigio que se le plantea.

Por lo que se relaciona con el control indirecto de la competencia del tribunal de origen, que parece la más importante en el derecho internacional, el que controla no delimita realmente la facultad del tribunal de arbitraje sino que sólo reconoce los casos en que para él hubo competencia.

Lo común es que el tribunal de arbitraje mismo decida sobre su propia competencia. Las leyes de arbitraje de la mayoría de los países se manifiestan así, salvo que se oponga a ello una norma imperativa especial.

3.2.- EL ÁRBITRO

El órgano que conoce del litigio previsto en el acuerdo arbitral o en la ley debe estar constituido; es decir, debe tener un personal que lo representará, especialmente el árbitro o árbitros.

Como tercero extraño a la controversia, el árbitro constituye una persona física sin cuya presencia no puede funcionar el tribunal arbitral. Aunque funge como juzgador, su denominación correcta es árbitro. El TLCAN le llama panelista²⁰.

Para representar al órgano, el árbitro necesita capacidad personal, lo mismo de adquisición del puesto, llamada también capacidad en abstracto, así también necesita capacidad de ejercicio de su función sobre el caso específico conocida como capacidad en concreto.

El árbitro deberá reunir los requisitos necesarios para ser encargado del órgano y resolver un caso concreto.

3.2.1.- CAPACIDAD EN ABSTRACTO

Generalmente un juzgador adscrito a tribunales judiciales debe ser profesional del derecho, contar con determinada experiencia profesional, poseer cierta nacionalidad o domicilio, lo cual contrasta con los requisitos por reunir para ser designado árbitro.

Nacionalidad y domicilio del árbitro: salvo lo establecido por los compromitentes en su acuerdo arbitral, según nuestro sistema los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros, aunque se procura que la nacionalidad del árbitro no sea la de las partes.

Características que el árbitro debe poseer:

²⁰ ABASCAL ZAMORA JOSÉ IGNACIO, Supra (1).

- No es emocional por temperamento. Debe mantener cierto sentido aislacionista en torno de los argumentos emocionales, con lo cual separará las cuestiones emotivas de las fácticas.
- Posee capacidad para pensar lógicamente. Debe poder investigar los hechos que el caso le presente para llegar a una conclusión razonable.
- Es objetivo. Debe liberarse de sentimientos y prejuicios.
- Posee mente abierta. Debe ser receptor de nuevos argumentos e ideas.
- Resulta capaz de establecer prioridades sobre la relevancia de la información.
- Cuenta con firmeza. No debe ser tan firme como para dominar el procedimiento, pero ejercerá control sobre la dirección y los actos procedimentales.
- Es paciente. Debe mantenerse tranquilo en el desahogo de un testimonio.
- Esta familiarizado con los procedimientos jurídicos. Debe contar con al menos un curso sobre contratos o con experiencia en el campo y estar familiarizado con las reglas probatorias.
- Tiene una experiencia sólida.

El árbitro será quien garantice, con sus conocimientos en la materia controvertida y con su independencia, una resolución basada en conocimientos técnicos, científicos y comerciales.

3.2.2.- CAPACIDAD EN CONCRETO

Es conocida también como capacidad de ejercicio, representa la aptitud para conocer y resolver sobre un asunto específico o concreto.

Ello se logra cuando se es imparcial y hábil o, desde otro ángulo, si en el caso concreto no concurre algún impedimento.

3.2.3.- LA DESIGNACIÓN

En el arbitraje se reconoce a las partes el derecho de elegir a su propio juzgador, en el cual existen dos procedimientos para designar a sus árbitros:

- a) Que se elija directamente a la persona o personas específicas que ocupan el cargo de árbitros, caso que generalmente queda para el arbitraje ad hoc.
- b) Que las partes elijan indirectamente a los árbitros mediante la facultad que confieren a un tercero, ya sea un centro internacional administrador de arbitrajes o un particular, para que alguno de estos indique la persona o personas concretas que asumirán el cargo.

Designación Directa. La elección directa de los árbitros muestra dos modalidades:

- a) Conjunta: ambas partes designan de común acuerdo a los árbitros.
- b) Individual: cada parte designa cierto número de árbitros que pudiera corresponderle y la otra parte nombra a los restantes.

Designación Indirecta. Puede enumerarse tres medios indirectos sobre la elección de árbitros para un caso concreto:

- a) Elección por una autoridad nominadora.
- b) Selección por los árbitros electos directamente: los árbitros designados por cada parte o por el centro administrador de arbitrajes nombran al tercero, neutral o umpire.
- c) Elección por el Poder Judicial: opera cuando una o ambas no realizó de manera directa la selección respectiva y ésta corresponde al tribunal judicial.

Designación nominal e innominal. La designación de los árbitros puede resultar nominal o innominal, según se exprese o no en el acuerdo el nombre del árbitro o árbitros.

La designación nominal coincide con la directa y en ella deben incluirse también los árbitros sustitutos que así mismo se elijan nominalmente.

Puede ser mixta la designación: nominal para un árbitro e innominal para los sustitutos.

3.2.4.- ACEPTACIÓN DEL CARGO

Antes de incorporarse al tribunal de arbitraje, es necesario que el árbitro se comprometa a realizar correctamente su función.

Habitualmente, los árbitros firman ante cada centro que serán independientes e imparciales, que no están afectados en su capacidad subjetiva en concreto.

El árbitro carece de imperium que es la fuerza requerida para hacer cumplir sus determinaciones, mas no de autoridad o poder para decidir las controversias.

Sus determinaciones no son meras opiniones sino verdaderas resoluciones a las que les falta sólo la coerción.

La autoridad del árbitro se deriva del acuerdo arbitral y en principio, no es delegable ni transferible.

3.3.- DESIGNACIÓN DE ARBITROS

Las funciones del tribunal judicial comprende la designación de árbitros.

Ese órgano puede realizar dicha función cuando la autoridad judicial estatal es requerida para que designe árbitros en preparación del juicio arbitral en sustitución de un árbitro o en la designación del árbitro tercero.

La parte interesada deberá pedir al tribunal judicial que designe el árbitro o árbitros correspondientes. Anexará a la solicitud el acuerdo arbitral respectivo. El juez ordenara enseguida que la contraparte sea citada para dentro de los tres días siguientes.

Cuando haga del conocimiento de la contraparte la demanda, el actuario o notificador requerirá a ella para que reconozca la firma de dicho acuerdo.

En la audiencia donde se reúnan las partes, el juez las requerirá para que por ellas mismas nombren al árbitro o árbitros correspondientes. Si no designan, él lo hará.

3.4.- LIQUIDACIÓN DEL TRIBUNAL Y CESACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL ÁRBITRO

Se debe diferenciar el órgano que resuelve un litigio de quien o quienes lo representan: uno es la persona moral, el otro la física.

El órgano posee la función jurisdiccional y quienes lo representan, los juzgadores, son sólo sus agentes.

Por ello, que la función de un tribunal arbitral se extinga no es lo mismo que cese sólo la actividad de un árbitro: la desaparición del órgano provoca a su vez la de las

funciones de sus representantes, mas la de estos no causa necesariamente la de aquél.

Hay casos en que la actividad de un árbitro se termina o ni siquiera comienza sin que necesariamente se extinga por ello la función del tribunal, pues dicha persona puede sustituirse.

Por lo que atañe al árbitro designado por un centro de arbitraje o por el juez, cesa sólo la actividad de dicha persona específica, no la del tribunal arbitral a quien simplemente sustituye.

La actividad del árbitro cesa si ve impedido de iure o de facto a realizar su función, no ejerce ésta en un tiempo razonable, renuncia o las partes lo remueven. Cuando se termina la actividad, se designa al árbitro sustituto y se pronuncia en sentido similar.

En todas las reglas de arbitraje, el cambio del árbitro procede generalmente por excusa o recusación.

Aún cuando un árbitro no quiere continuar laborando ni excusarse o se le recuse, la actividad arbitral se mantendrá.

3.5.- CONEXIÓN ENTRE EL TRIBUNAL ESTATAL Y EL TRIBUNAL ARBITRAL.

De la posibilidad de vínculos o conexiones entre los tribunales de arbitraje y los órganos estatales, en especial los tribunales judiciales, se desprenden dos opciones: sostener la pertinencia de vincular ambos tribunales y rechazar cualquier enlace o vínculo entre ellos.

Podría pensarse que la amplia autonomía del proceso arbitral y de sus árbitros torna innecesaria una vinculación con la autoridad estatal, pero la actividad arbitral se vincula por fuerza con diversos actos que realiza dicha autoridad, generalmente el Poder Judicial, que es el poseedor del imperium de que carecen el tribunal arbitral y sus árbitros.

El encadenamiento de la actividad arbitral con el Poder Judicial no mengua o restringe la autonomía del arbitraje.

Ningún tribunal estatal debe intervenir en actos propios de uno arbitral porque éste no depende de aquél.

Las relaciones entre un tribunal arbitral y los estatales pueden incluir dos tipos de vínculos o conexiones: primero que el tribunal estatal controle a los arbitrales y segundo que el tribunal estatal garantice la actividad arbitral.

Los compromitentes y su árbitro se sirven del Estado sólo para que les otorgue la coerción que requieren, no para que les imponga o sugiera soluciones, ni siquiera para que opine.

Durante el proceso arbitral no se admite la supervisión del Estado, ni existe la obligación de que él esté informado de que aquél se tramita.

3.6.- RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES

Los actos realizados por el tribunal arbitral, sus resoluciones cuentan con mayor importancia, pues mediante ellas se identifica la gestión por seguir en el enjuiciamiento y se deciden cuestiones lo mismo de trámite que de fondo.

El reconocimiento de resoluciones arbitrales por parte del Estado mediante sus jueces no se queda solo en los laudos, pues comprende también los autos o acuerdos arbitrales e incluso la ejecución de éstos.

Las resoluciones mas importantes por reconocer y ejecutar incluyen las medidas cautelares y los medios de apremio, otras funciones a cargo del juez estatal que apoyan el arbitraje.

3.6.1.- MEDIDAS CAUTELARES

El tribunal arbitral pronuncia en el enjuiciamiento medidas cautelares o providencias precautorias, para preservar la materia u objeto del litigio. Las medidas cautelares son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio y evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad con motivo de la tramitación de un proceso.

Como carece de imperium, el tribunal arbitral recurre al jurisdiccional estatal para aplicar esas medidas.

3.6.2.- MEDIOS DE APREMIO

Durante el enjuiciamiento arbitral se dictan distintas resoluciones. No obstante, resulta factible que alguna de esas determinaciones se incumpla, lo cual volvería impráctico el proceso arbitral.

Como el tribunal arbitral carece de imperium o autoridad para hacer cumplir por si mismo sus determinaciones, puede solicitar al estatal que aplique las medidas de apremio necesarias según el caso.

El Poder Judicial auxilia con su autoridad o imperium al tribunal arbitral, impone multas o arrestos, ordena comparencias y éste recibe así la cooperación coercitiva que su función requiere.

CAPÍTULO CUARTO

PROCESO ARBITRAL

4.1.- CLASIFICACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO ARBITRAL

En la clasificación del enjuiciamiento arbitral encuadra una diversidad de diferentes tipos y modalidades correspondientes a estos en ellas encontramos las siguientes:

4.1.1.- POR LA CALIDAD DE LOS LITIGANTES

Por la calidad de los sujetos litigantes, el arbitraje puede revestir carácter público o privado. El primero es objeto de estudio del derecho internacional público; el segundo, del internacional privado.

El arbitraje de derecho público tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados, como entidades soberanas, mediante jueces designados libremente y sobre la base del respeto de las instituciones jurídicas. El arbitraje privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares.

4.1.2.- POR LA NATURALEZA DEL LITIGIO

Por la naturaleza o calificación del litigio que se resolverá, el arbitraje puede ser mercantil, civil, laboral, etcétera.

La Convención de Nueva York comprende todo tipo de litigios, pero deja la posibilidad de que los Estados signatarios acojan como litigio regulado sólo el comercial.

México ratificó la Convención, pero sin restringirla a los litigios comerciales; la adoptó para los civiles, los familiares y todos aquellos cuyo laudo no afecte el orden público, en cambio en otras Convenciones como las de Panamá limita el arbitraje a las controversias comerciales²¹.

4.1.3.- POR LOS SUJETOS QUE EMITEN LAS REGLAS

Si se considera el sujeto emisor de las reglas, el arbitraje puede ser estatal o particular.

Las reglas del primero de dichos arbitrajes se caracterizan porque los fija el Estado. En México son ejemplo de arbitraje el de la Procuraduría Federal del Consumidor.

El Estado no participa en las reglas del arbitraje particular, del cual es ejemplo el que los tribunales comerciales internacionales practican habitualmente.

En él, los particulares fijan sus propias reglas de procedimiento y administran el tribunal, mientras que el medio estatal se conduce generalmente por una especie de tribunal institucional.

4.1.4.- POR LA NATURALEZA DE LAS REGLAS APLICABLES

El enjuiciamiento arbitral se clasifica también en internacional e interno. Esa ordenación es la más utilizada, pero la de menor claridad para distinguir entre un tipo de arbitraje y otro.

²¹ INTERNET. www.bibliojuridicas.com. Derecho Internacional Público.

Si en el arbitraje internacional falta disposición que regule el procedimiento, éste habrá de ajustarse a las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, mientras que las reglas del interno serán acordes con las normas procesales de un código estatal interno.

Pedro Zamora Sánchez afirma: “el arbitraje nacional o interno se discute en un solo sistema jurídico, en la especificidad propia de un determinado ordenamiento jurídico; el derecho aplicable en este caso viene dado por la Constitución Política y las leyes ordinarias correspondientes. El arbitraje comercial internacional se refiere a la discusión ante las normas del derecho internacional de la institución arbitral; esto es, los acuerdos, convenios, tratados, resoluciones de Naciones Unidas que tienen relación con el arbitraje en el plano de las relaciones comerciales entre los Estados y demás sujetos del derecho internacional.”²²

Un arbitraje es internacional cuando la materia u objeto o las partes tienen conexión con varios sistemas legales.

El arbitraje internacional se manifiesta si las partes tienen su domicilio en Estados distintos, si éste difiere respecto al lugar del arbitraje o del cumplimiento sustancial de las obligaciones o si aquéllas convienen que el objeto del arbitraje se relacione con dos o más Estados.

Un arbitraje resulta internacional ante cualquiera de las hipótesis siguientes:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tiene al celebrarlo sus establecimientos en Estados diferentes.
- b) Uno de los lugares siguientes se halla fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos: el del arbitraje, si tal sitio se determinó en el

²² ZAMORA SÁNCHEZ PEDRO. ARBITRAJE COMRCIAL INTERNACIONAL, Ed. Humanitas, México 1998. p. 26

acuerdo correspondiente o con arreglo a él; el de cumplimiento de parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial; o el que se vincula mas estrechamente con el objeto del litigio.

- c) Las partes convinieron expresamente que la materia del acuerdo arbitral se relacione con más de un Estado.

4.1.5.- POR LA VOLUNTAD DE LOS LITIGANTES

El enjuiciamiento puede ser voluntario o necesario, según la voluntad de los litigantes para someterse al arbitraje.

El arbitraje convencional que atiende a la voluntad de las partes domina en el campo internacional.

En el caso del arbitraje necesario, obligatorio o forzoso que opera en algunos campos, muy reducidos, del derecho interno no existe acuerdo arbitral interpartes y, solo por disposición de ley debe acudirse al obligatorio.

En México se presenciaron varios casos de arbitraje obligatorio. Con la entrada en vigor del Código Procesal Civil de 1932 y por el cúmulo de asuntos pendientes de resolver en ese tiempo, el legislador ordenó que los juicios ordinarios se concluyeran en un plazo de algunos meses y que, de lo contrario, los trámites correspondientes a los procesos se siguieran ante un tribunal de arbitraje, estuvieran o no de acuerdo las partes.

La falta de acuerdo entre las partes no impide el proceso arbitral. El acuerdo arbitral sí necesita la voluntad y el acuerdo, pero eso no significa que todo tipo de proceso arbitral los requiera.

El proceso arbitral puede surgir de la voluntad de las partes o de la del legislador. El emanado de la primera tiene mayor importancia en el campo internacional. Hoy en día, en ningún centro internacional administrador de arbitrajes resulta o ha resultado factible un arbitraje necesario.

4.1.6.- POR EL LUGAR DONDE SE REGULA

La regulación del enjuiciamiento arbitral obra en el acuerdo arbitral, en las reglas expedidas por algún centro de arbitraje internacional o en la ley de algún Estado, aunque también los convenios internacionales incluyen ciertas normas de procedimiento.

Las disposiciones procesales de mayor trascendencia en el arbitraje son seguramente las previstas en las reglas legisladas o expedidas por un centro administrador de arbitrajes.

4.1.7.- POR LA GENERALIDAD O ESPECIALIDAD DE LAS NORMAS

Por la generalidad o la especialidad respectivas, las normas del proceso arbitral pueden ser ad hoc o institucionales.

En el primer caso, las partes señalan las reglas procedimentales adecuadas a un proceso arbitral específico o concreto, es decir, un código de procedimientos particular para los comprometidos. En cambio las normas institucionales se expiden para una generalidad de casos y personas.

Las reglas de arbitraje institucionales son las más acogidas en el plano internacional y se formulan para una generalidad lo mismo de caos que de personas.

4.1.8.- POR EL TIPO DE RESOLUCIÓN

Por el tipo de resolución esperada, el enjuiciamiento arbitral puede ser de derecho o de equidad, lo cual repercute obviamente en la estructura del enjuiciamiento.

En el arbitraje de derecho se atiende a la legalidad por ésta misma, mientras que en la equidad se consideran los fines.

Los procedimientos contemporáneos procuran evitar que el litigio provoque o agrave la separación entre las partes. Por ello se buscan soluciones más amistosas e incluso es frecuente la inserción de procedimientos conciliatorios.

4.1.9.- POR LA FUENTE DE LAS REGLAS

El arbitraje es irritual, si los árbitros fijan las reglas de procedimiento; o formal, si las establece alguien ajeno a ellos.

En el irritual, informal o de carta blanca, las partes se concretan a exponer el deseo de que su litigio se solucione mediante arbitraje.

La figura más común es la del arbitraje formal o estandarizado y en ella las partes, no el árbitro, señalan el procedimiento o remiten a un ordenamiento que rija la actividad procesal.

El establecimiento de reglas a cargo del árbitro o árbitros implica en los casos de integración de normas procesales, comunes en el arbitraje, la aplicación de reglas irracionales.

La Convención de Nueva York no reconoce los laudos provenientes de un arbitraje irracional, porque no están sujetos a disposiciones.

4.2.- MATERIA U OBJETO POR ARBITRAR

El tribunal arbitral podrá conocer de cuestiones no litigiosas, es decir, de los negocios que se someten al conocimiento de los tribunales judiciales por la vía de jurisdicción voluntaria, y la referente a la calificación del litigio como mercantil o comercial.

4.2.1.- POR JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

En la jurisdicción voluntaria no existen demandantes, demandado ni litigio interpartes. Se trata de actos judiciales no jurisdiccionales en los que se busca generalmente obtener alguna autenticación.

El arbitraje se constituye y funciona hoy día solo para cuestiones litigiosas; difícilmente un árbitro resolvería cuestiones no contenciosas. En la esencia del arbitraje hay una función jurisdiccional y no administrativa.

4.2.2.- POR LA MERCANTILIDAD DEL LITIGIO

La actividad arbitral puede recaer sobre cualquier tipo de litigio comercial, civil o laboral; todo depende de las materias permisibles en un sistema legal, en particular cuando se trata de reconocer y de ejecutar un laudo arbitral.

La Convención de Nueva York prevé la posibilidad de que los Estados limiten el arbitraje a la materia comercial, conocida como reserva comercial. Establece asimismo que la mercantilidad se calificará conforme a la ley del país suscriptor del convenio.

México no formulo reserva alguna al adherirse a la Convención, entonces el convenio se aplica no sólo a cuestiones netamente mercantiles, sino a cualquier otra materia.

Para el derecho del arbitraje, lo comercial puede catalogarse por el sistema de derecho aplicable; *lex fori* o *lex causae*.

Si se atiende a la *lex fori* mexicana se observara que el acto de comercio no esta definido en el Código de Comercio, lo cual impide discernir cuando un acto es o no comercial. Con el empleo de un método casuístico, ese ordenamiento lista los diversos actos que reputa como de comercio.

Debido a ello no todo intercambio de mercancías representa un acto de comercio, por ejemplo existen en México compra-ventas civil y mercantil. El Código de Comercio nos menciona que es comerciante no cualquier persona sino quien hace del comercio su ocupación ordinaria.

La ley modelo de la UNCITRAL define diversos actos mercantiles o comerciales; por ejemplo, el intercambio de bienes o servicios, el acuerdo de distribución, de representación o de mandato comercial, la transferencia de créditos para su cobro, el arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, la construcción de obras, la consultoría, la ingeniería, la concesión de licencias, la inversión, el financiamiento, la banca, los seguros, el acuerdo o la concesión de explotación, las asociaciones de

empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial y el transporte de mercancías o de pasajeros por vías aérea, marítima, férrea o carretera.²³

A su vez el TLCAN considera de manera expresa operación comercial, entre otras, cualquier reclamación sometida al arbitraje referente a inversiones.

4.3.- EL PROCESO ARBITRAL

Los dos medios heterosolutivos de controversias que mas se practican actualmente son, la jurisdicción estatal y arbitral, resultan alternativos; es decir, puede utilizarse un proceso u otro, no ambos simultáneamente.

Recurrir al proceso arbitral excluye el derecho de optar por el jurisdiccional estatal. No se trata de dos medios cuya operación coexista. Los litigantes que recurren al segundo pueden convenir que su proceso siga por el proceso arbitral. Es dable seleccionar un mecanismo u otro sin que resulten admisibles la litispendencia ni los juicios simultáneos.

Tras pactarse que un litigio se resuelva mediante proceso arbitral, ninguna de las partes podrá recurrir por sí sola al jurisdiccional estatal; si lo hace, el tribunal judicial deberá negarse a conocer del asunto.

La Convención de Nueva York marca que el tribunal judicial u otro distinto del arbitral rehusará conocer de un litigio que las partes hubiesen convenido se resolviera mediante arbitraje; además, deberá remitir a éstas al proceso arbitral.

Es decir, resulta imposible que concurra la competencia para resolver un asunto entre tribunales arbitrales y estatales. La capacidad de unos excluye la de los otros.

²³ ORTIZ AHLF LORETTA. Derecho Internacional Público, 2da ed. Ed. Oxford. México, 2000, p.248.

4.4.- EL ARBITRAMENTO

Existe el arbitramento cuando las partes de un contrato remiten o encomiendan a un tercero la determinación del contenido de una cierta cláusula de la lex contractus o la formulación de alguna disciplina reglamentaria de la relación instaurada entre ellas, siempre que el objeto del contrato, indeterminado in parte qua, pueda considerarse de este modo suficientemente determinable. En este caso, no se encomienda al tercero la resolución de una controversia surgida ex post entre las partes sino que dé un contenido a la cláusula que quedó en blanco.²⁴

El arbitraje debe diferenciarse de otros procedimientos que pueden emplearse para determinar o concretar una obligación de los conocidos como dictámenes periciales, de cálculo o de elaboración de proyectos que forman parte de lo que se conoce como arbitramento.

El arbitramento y el arbitraje divergen en lo siguiente:

- a) En el arbitramento solo se fija o complementa un elemento del contrato; en el arbitraje se dirime un litigio.
- b) El arbitramento no supone la existencia de litigio alguno, el cual es condición sine qua non para el arbitraje.

4.5.- PROBLEMAS DEL DERECHO DEL ARBITRAJE

En el proceso arbitral se presentan algunos problemas principales que es necesario resolver, entre los cuales se encuentran: la naturaleza jurídica del proceso arbitral, el

²⁴ ZAMORA SÁNCHEZ PEDRO. Op.cit. p. 345.

lugar en donde se realizara el proceso arbitral, el costo del proceso arbitral, el plazo en que se realizara el proceso arbitral, los sujetos que ejecutaran los actos respectivos en el proceso arbitral, la finalidad del proceso arbitral y la forma en que se realiza o tramita el proceso arbitral.

4.5.1.- NATURALEZA JURÍDICA

Predominan dos posiciones irreconciliables respecto a la naturaleza del arbitraje, la de quienes lo consideran contrato y la de quienes sostienen la idea jurisdiccionalista, ciertas explicaciones sitúan aquélla en un punto intermedio: indican la equivalencia jurisdiccional o hablan de un proceso sui generis.

En la corriente que considera el arbitraje como contrato se menciona que ni los árbitros son jueces, ni el procedimiento arbitral es un proceso, ni el laudo arbitral es una sentencia, por tanto el derecho procesal no tiene por que ocuparse de la institución del arbitraje en ninguno de sus momentos fundamentales, sino remitirla a la legislación de carácter material o sustantivo. Además, la falta de imperium niega al árbitro el carácter de juez.²⁵

En conclusión, en nuestro derecho, los árbitros no desempeñan una propia función jurisdiccional y que sus laudos, además del elemento lógico, informativo de todo fallo, no contienen sino la expresión de la voluntad privada del árbitro, la cual no se convierte en voluntad jurisdiccional, la voluntad soberana decisoria del caso, sino cuando el laudo es homologado.

En la corriente que considera al arbitraje como equivalente jurisdiccional, se menciona que, el arbitraje constituye un auténtico equivalente jurisdiccional, y

²⁵ ABASCAL ZAMORA JOSÉ IGNACIO. Supra (1).

entonces no cabe que se traduzca en ejercicio de actividad jurisdicente; o sucede lo contrario, y en tal caso la idea de equivalencia sale sobrando: no resulta posible combinar o asociar dos posiciones que son, por definición antagónicas.

La determinación de la naturaleza contractualista o jurisdiccionalista no es meramente especulativa y sin trascendencia fáctica; posee importancia práctica.

Si se califica el arbitraje como contrato, se le dará ese tratamiento; en cambio, si se le considerase acto jurisdiccional, aplicaríase la *lex fori*.

De la naturaleza jurídica del proceso arbitral dependerá la ley aplicable: la extranjera, para un contrato o negocio jurídico privado, o la *lex fori* en el caso de un acto jurisdiccional.

Para un contractualista, los actos que se realizan en el proceso arbitral no son jurisdiccionales sino sólo de ejecución de un contrato.

En cambio, para el jurisdiccionalista el elemento principal del arbitraje corresponde a los actos encaminados a resolver una controversia, lo cual remite a la autoridad jurisdiccional.

Para los contractualistas, el arbitraje se deriva del acuerdo de voluntades, independientemente del grado de autonomía de la voluntad de que gocen los comprometidos. En este sentido, el proceso emana no de la ley sino del acuerdo de las partes.

En la opinión jurisdiccionalista, algunos partirían de la idea de que el procedimiento arbitral se deriva de la ley, de que arbitrar corresponde a una función pública de juzgar, aunque delegada a un particular.

Para algunos el arbitraje es, en primera instancia, una institución de naturaleza contractual: reposa sobre una convención, los árbitros no tienen más poderes que los que les da esta convención, su decisión es completamente autónoma y es esta convención la que asegura su ejecución; por tanto, no puede asignársele otra naturaleza que la contractual. Otros, a la inversa, parten de la idea de que la administración de justicia es un servicio público. La jurisdicción de los árbitros no puede ser admitida más que si ella es integrada a la organización de este servicio. La decisión del árbitro es un juzgamiento, rendido a continuación de un procedimiento, no se puede rebatir su carácter jurisdiccional.

La naturaleza jurídica del arbitraje no debe fundarse en la fuente o causa de la actividad arbitral. El acuerdo arbitral representa un convenio porque implica un verdadero acuerdo de voluntades, aunque complejo. Pero no puede afirmarse que la naturaleza del proceso arbitral es contractual. Se trata de cuestiones diferentes.

El origen de la institución arbitral no determina la naturaleza jurídica de ella. La naturaleza jurídica de las cosas no está en sus causas, ni en sus consecuencias, sino en su esencia. Si arbitrar es decidir con fuerza vinculativa, una controversia constituye un acto jurisdiccional. Entonces, la decisión arbitral y el procedimiento que implica representan una actividad jurisdiccional.

El árbitro carece de imperium. Ciertamente, pero eso no niega a su actividad la naturaleza de jurisdiccional: una cosa es resolver la controversia; y otra, muy distinta, ejecutar lo decidido. La actividad jurisdiccional se define por la función decisoria, no por la ejecutiva.

El proceso arbitral, que abarca el laudo arbitral, implica una actividad jurisdiccional y no contractual. Toda vez que cuenta con todos los apoyos que los tribunales judiciales proporcionan a la actividad arbitral con la sentencia jurisdiccional.

El acuerdo arbitral se emparenta innegablemente con el contrato, mas ambos son sólo la fuente jurídica del proceso arbitral, que resultaría contractual si se le calificara por el origen.

4.5.2.- LUGAR DEL ARBITRAJE

Las partes eligen el lugar del país o del extranjero donde el tribunal realiza la actividad arbitral. Si no lo designan, el tribunal arbitral lo hará de acuerdo con las circunstancias del caso y la conveniencia de los comprometidos.

Aun cuando las reglas permiten que el arbitraje tenga su sede fuera del país correspondiente a las partes, el TLCAN dispone que si se trata de un arbitraje sobre inversiones, el lugar de éste pertenecerá al territorio de cualquiera de los firmantes del Tratado.

De acuerdo con nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles no se considerará valida la cláusula o convenio de elección de foro cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte, no de todas.

Lo expuesto significa que tal cláusula será nula si uno de los comprometidos elige de manera exclusiva el lugar, sin posibilidad de que el otro o los otros también puedan hacerlo.

La sede del tribunal de arbitraje no debe situarse necesariamente en un lugar de la ciudad ni distinguirse con un anuncio alusivo en el exterior. Los árbitros pueden vivir en localidades o incluso países diferentes y reunirse en un país para recibir la demanda, en otro para recibir la contestación y en muchos otros para ir tras las pruebas, quizás una nación por testigo o documento necesario, y al final dictar la resolución en un territorio diferente.

El lugar donde se dicta la resolución final o laudo es tal vez el que más importa, pues ahí se define la nacionalidad del laudo.

Los árbitros no estarán necesariamente en un lugar específico. Cuando desean una audiencia, pueden convocarla en el lugar de la sede o en otra ciudad.

Los tribunales de arbitraje no deben considerarse estáticos, situados en un solo punto geográfico. En cuando al Poder Judicial, los litigantes acuden al él, en el arbitraje, los árbitros y el tribunal que representan no esperan a los litigantes, sino que van tras ellos. Esto significa que quien resuelve el litigio actúa y no se queda en la mera pasividad.

Por los problemas que se presentan con motivo del proceso arbitral, la Cámara de Comercio Internacional indica que la Corte fija la sede del tribunal de arbitraje, salvo que otra cosa especifique los compromitentes.

Para señalar el lugar, la Cámara de Comercio Internacional especifica que el tribunal considerara las circunstancias del arbitraje. Puede reunirse en el sitio que estime apropiado para inspeccionar mercancía y otros bienes o documentos, pero el laudo se dicta en el tribunal de arbitraje.

En el lugar de tramitación debe reservarse un sitio para conservar el expediente, donde las partes podrán consultarlo. Éste se resguarda comúnmente en el local que se asigna al tribunal de arbitraje o en el del centro administrador de arbitraje.

Uno de los elementos que sirve para fijar la nacionalidad del laudo es el lugar donde se pronuncia el laudo.

4.5.3.- COSTO

Las litisexpensas o costo del proceso son uno de los problemas en el derecho del arbitraje.

Los procesos, incluidos los que se tramitan ante el Estado, no son gratuitos; su realización requiere diversas erogaciones para pagar traductores, peritos, traslado, salarios, equipamiento y conservación del salón o edificio donde se lleve a cabo el arbitraje, abogados y conserjes. El proceso cuesta. El problema estiva en que a cargo de quién gravitan tales gastos.

En un proceso concurren gastos o costas propias de los tribunales y costas procesales. Los primeros, especialmente las retribuciones arancelarias, como los salarios del personal del tribunal arbitral, no son gratuitos.

Los pagos de los tribunales del Estado se realizan de manera general con dinero de los contribuyentes, mientras que los relativos a los órganos arbitrales se cubren directamente por los litigantes envueltos en el proceso.

El proceso arbitral puede resultar más costoso que el estatal, pero los capitales o las inversiones quedan inertes por lo dilatado del segundo. Al final, el primero es más barato, gracias a su velocidad.

Los centros de administración de arbitrajes, como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, o la Cámara de Comercio Internacional, cobran por el servicio de sus tribunales y fijan tablas, generalmente dos: una para la conciliación y otra para el arbitraje o aranceles en que indican el pago por efectuar.

Generalmente, las reglas de arbitraje depositan el tribunal facultades para condenar a una o ambas partes a pagar los gastos originados del proceso, los propios de

honorarios de los abogados de ellas mismas, los requeridos para tramitar el juicio arbitral, los correspondientes a honorarios de los árbitros, de peritos y de testigos.

Conforme al Código de Comercio, las costas incluyen los honorarios del tribunal; los gastos de viaje que hubiese aprobado el tribunal arbitral; el costo de representación y de asistencia legal de la parte vencedora; y los honorarios y los gastos de la autoridad que hubiese designado a los árbitros.

En la provisión de gastos para el arbitraje, la Corte de Arbitra de la Cámara de Comercio Internacional fija el importe de éstos. Las provisiones se abonan generalmente por partes iguales. La Secretaria de la Corte puede subordinar la entrega del expediente al árbitro al pago que se realice a la Cámara de Comercio.

Según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, al inicio se depositará una parte de los gastos, que será suficiente para honorarios y tanto gastos de los árbitros como administrativos de dicha Cámara. La Corte señala el anticipo o pago parcial que se cubrirá por partes iguales. Si una parte no paga, la otra podrá hacerlo. En caso de que nadie lo realice, se suspendería el proceso arbitral.

El total de los gastos se decide conforme al arancel de la Cámara de Comercio Internacional y comprende además el pago de peritos y otros gastos. El tribunal fijará en el laudo el costo del arbitraje e indicará quién lo pagará o en qué proporción.

4.5.4.- TEMPORALIDAD

El proceso arbitral se realiza en un espacio y en un tiempo.

Con base en la autonomía de la voluntad, los compromitentes pueden establecer el plazo de duración del enjuiciamiento arbitral e incluso regular todo tipo de lapsos requeridos durante la sustanciación del juicio.

También pueden señalar los días hábiles y los inhábiles sin sujetarse a un calendario oficial. Por tanto, los plazos del proceso arbitral se cuentan de manera diferente respecto del proceso estatal.

Las reglas que el Código de Comercio establece al respecto ordenan que los plazos comiencen a correr el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese término es feriado oficial o no laborable en la residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el vencimiento se prorrogará al primer día laborable posterior. Los demás días feriados oficiales o no laborables comprendidos en ese periodo se incluirán en el cómputo.

En el proceso arbitral los árbitros se reúnen, generalmente al inicio de sus trabajos, y programan las fechas de las audiencias y de las resoluciones. Es frecuente que aquéllos decidan con las partes en litigio, a las que atienden para fijar la agenda.

Los arbitrajes llevados ante los tribunales de algún centro administrador se resuelven habitualmente en menos de un año.

4.5.5.- IDIOMA

La comunicación entre los árbitros y entre éstos y las partes no siempre se practica en un mismo idioma.

Las partes pueden elegir una lengua, pero a veces se omite tal acuerdo.

Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional marcan que si las partes no fijaron el idioma en su acuerdo o al presentar la demanda y contestación, el tribunal lo hará.

4.5.6.- SUJETOS DEL LITIGIO

El estudio de los sujetos del proceso arbitral comprende a los del litigio, los de la decisión e incluso a los terceros.

En el caso de los comprometidos, tienen capacidad para ser parte tanto las personas físicas como las morales.

En la facultad procesal, igual que en la requerida para ser parte, se siguen las reglas generales, pues no existen específicas.

No existen reglas específicas para la legitimación ad causam y ad procesum. No existen hasta el momento en el derecho del arbitraje posibilidades de que proceda el reconocimiento de legitimación para intentar la acción por intereses difusos.

Las únicas excepciones de la no regulación de la legitimación obran en el TLCAN para el caso de litigios referentes a inversiones. Se indica que el inversionista podrá demandar e incluso lo haría en representación de la empresa de otro país que sea persona moral o que esté bajo su control directo o indirecto.²⁶

La teoría del derecho procesal soluciona problemas referidos con la pluralidad de sujetos, no de partes. Se habla incluso de litisconsorcio activo o pasivo, lo cual depende de que en esa pluralidad estén los demandantes o los demandados.

²⁶ SECOFI. TRATADO DE LIBRE COMERCIO AMERICA DEL NORTE, México 1993. p. 366.

Cuando se presentan otros sujetos, se hace referencia a terceros interesados o terceristas y no a casos multipartes.

Se suele diferenciar en la mayoría de los países a los abogados de los procuradores.

El procurador se apersona ante las autoridades en nombre de su representado y realiza los actos procesales necesarios. Sin que el interesado intervenga directamente, el procurador firma las promociones; alega y escucha.

El abogado, en cambio, no interviene de manera directa en la actividad procesal. Es el conocedor y especialista en el derecho o en una de sus ramas; aconseja sobre lo que deben hacer otros.

Como no existen reglas correspondientes a procuradores y abogados que sean específicas para el proceso arbitral, son aplicables las generales. Entre otras cosas, el profesional del derecho debe guardar respeto a su cliente, a su contraparte y a los funcionarios arbitrales, así como conservar el secreto profesional. En las partes hay libertad para elegirlos y al profesional se reconoce el derecho a exigir sus honorarios.

4.5.7.- FORMA DEL PROCESO

Junto con la oralidad o la escritura por seguir en un proceso arbitral, es de llamarse la atención la flexibilidad del proceso. Contra la rigidez característica del estatal, el ritual del arbitral es flexible.

Se sugiere que los árbitros y las partes participen, en lo posible, en la toma de decisiones sobre cómo habrá de seguirse el enjuiciamiento. Los primeros pueden

convocar a lo que recibe generalmente nombres como reuniones preliminares, conferencias previas a la vista, conferencias preparatorias o exámenes previos.

En estas reuniones se sugiere resolver sobre diversas cuestiones de forma; por ejemplo, el lenguaje que regirá, el lugar, los servicios requeridos, los fondos necesarios, la confidencialidad de la información, los medios de comunicación por emplear, los calendarios, la recepción de pruebas, la definición de puntos controvertidos y la posibilidad de iniciar negociaciones para conciliar.

CAPÍTULO QUINTO

EL ENJUICIAMIENTO ARBITRAL

5.1.- DERECHO DEL ARBITRAJE

El derecho puede considerarse desde un enfoque objetivo y en su sentido científico. Jorge Alberto Silva Silva menciona: “El primero se orienta al estudio de las normas vigentes; el segundo, en una abstracción de las normas, desarrolla diversos elementos que no se vinculan necesariamente con un tiempo y un espacio determinados. Lo típico de un estudio de derecho procesal arbitral es que quien lo practica no se queda sólo con el análisis intrínseco de las normas procesales, cómo funcionan esas normas al aplicarse, sino que abarca el aspecto externo que ve la eficacia.”²⁷

5.2.- PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE

Los compromitentes pueden convenir libremente el ritual o el procedimiento por seguir para la composición de su litigio. A falta de acuerdo, las normas aplicables serán las establecidas en la ley interna sobre el arbitraje interno y las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

El ritual varía según el reglamento por seguir, pues ello depende de la voluntad de las partes, pero en la seriación de los actos procesales se respetan indubitablemente cuatro fases²⁸:

²⁷ SILVA SILVA JORGE ALBERTO. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MEXICO, ed. 2ª. Ed. Oxford. México 2001. p. 181.

²⁸ MARTINEZ VERA ROGELIO. LEGISLACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR, ed. 2ª Ed. Mc GrawHill, México 2000. p. 215

- a) La fase postulatoria, que es donde se presentan la demanda, la contestación y, en su caso, la réplica y la dúplica. Es decir en ella se dan a conocer la pretensión de cada parte y los elementos fácticos en que se apoya ese deseo.
- b) La fase de constitución del tribunal, que es paralela a la fase postulatoria y en ella se designan los árbitros, los de parte y el tercero. Aquí se presentan comúnmente las excusas, las recusaciones y las sustituciones de los árbitros.
- c) La fase instructora, probatoria y confirmatoria, que corresponde a los actos realizados para demostrar o confirmar la veracidad de los datos fácticos afirmados. Por lo común, aquí se presentan personalmente las partes, alegan y, en su caso, exhiben y desahogan pruebas.
- d) La fase conclusiva, que se inicia con los alegatos y culmina con la sentencia o laudo arbitral. En ella se resuelve el litigio, con el señalamiento de cuál pretensión queda subordinada a la otra.

Los actos realizados por el tribunal de arbitraje no incluyen alguna fase previa o preparatoria. Esto con la finalidad de que contribuye a evitar demoras.

La flexibilidad del procedimiento arbitral evita que las fases sean absolutamente cerradas. Por ejemplo, resulta factible que, debido a la sustitución de un árbitro, pueda regresarse a etapas previas.

El reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje permite al árbitro resolver a su discreción para ordenar que se repitan las audiencias ya desahogadas.

5.2.1.- FASE POSTULATORIA

En el proceso arbitral que se inicia con la presentación de la demanda, el centro administrador por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, el Centro de

Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, el Centro de Arbitraje de México o la Asociación Americana de Arbitraje recibe la demanda que incluye las pretensiones del demandante y la exposición de hechos fundatorios de su deseo.²⁹

También se aportan el acuerdo arbitral y la documentación necesaria. Con la demanda comienza la fase expositiva o postulatoria.

La demanda presentada en la Cámara de Comercio Internacional se entrega a la Secretaría de la Corte, la cual notifica a las partes sobre la recepción y la fecha.

En la demanda deberán aparecer nombre y domicilio de cada litigante; descripción de la naturaleza y de las circunstancias de la controversia; pretensiones y de ser posible, monto reclamado; convenios relacionados, además del acuerdo de arbitraje; y otras indicaciones, como número de árbitros y designación del elegido.

Las copias requeridas y un anticipo de los gastos acompañarán la demanda.

En un plazo breve de 30 días, según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y las del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas se contesta la demanda, con las reproducciones requeridas. En ella se plantea la defensa y se ofrecen las pruebas necesarias; es decir, se dan a conocer la contraprestación y los hechos fundatorios de la primera. También se formulan comentarios sobre el número de árbitros y la sede del arbitraje.

El centro administrador puede prorrogar el plazo establecido para presentar la contestación. Esta se acompaña con las copias necesarias, las cuales se envían al centro, que las entregará al tribunal en cuanto éste se haya constituido.

²⁹ ADAMA GODDARD, JORGE. ESTUDIOS SOBRE LA COMPRAVENTA COMERCIAL INTERNACIONAL DE MERCADERIAS. Ed. UNAM. México 1991. p. 47

La fase postulatoria, que se inició con la demanda y prosiguió con la contestación, puede ampliarse con la demanda reconvenzional, si las partes lo acordaron, y continuar luego con réplica y dúplica.

Las reglas prevén también los casos de contumacia o rebeldía del demandado. Aquí no se presume la aceptación de los hechos alegados en la demanda.

El expediente que se forma con la demanda y la contestación, e incluso con la réplica y la dúplica, no es custodiado por los árbitros desde el inicio sino por el secretario de la Corte, quien entrega el legajo al tribunal constituido, previo pago a cargo de las partes de los gastos para el arbitraje.

Según las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje, es innecesario llevar un expediente o registro; tan es así, que resoluciones judiciales de Nuevo México y de Filadelfia sostuvieron que no existe obligación en dichas normas de llevar registro de las audiencias, pues ello queda a cargo de las partes.

La demanda a cargo de las partes se presenta no al tribunal de arbitraje sino al secretario de la Corte, y el tribunal arbitral se constituye mientras se producen la demanda y la contestación. En los centros administradores se dan generalmente los primeros pasos procedimentales para trasladar luego el asunto al tribunal de arbitraje, que sigue después en el conocimiento del caso.

Los árbitros están generalmente facultados para pedir a las partes que aclaren escritos de demanda y de contestación poco claros.

La fase postulatoria puede finalizar con la formulación del documento que precise la misión de los árbitros. Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional y las del Centro de Arbitraje de México lo llaman Acta de Misión.

Elaborada por el tribunal, el acta incluirá diversos datos de las partes, referencias de los árbitros como domicilios, sede del tribunal, poderes del tribunal y, principalmente, exposición de las pretensiones de aquéllas, si es posible las sumas reclamadas y lista de los puntos litigiosos.

En principio, el Acta de Misión es inmodificable, por lo cual no se permitirán nuevas demandas, salvo que el tribunal lo autorice así.

5.2.2.- FASE DE CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

El proceso arbitral se inicia cuando la pretensión concreta planteada ante el tribunal se notifica al demandado; la constitución del tribunal ocurre al aceptar los árbitros el cargo que se les confiere.

A diferencia de los tribunales judiciales del Estado, donde éstos ya existen y los juzgadores ya se designaron, en el arbitraje lo típico es que el tribunal se constituya y los árbitros se designen para cada caso que se presente.

Cuando el arbitraje se siguiera con árbitro único, si se indicó así en el acuerdo, ambas partes lo eligen de común acuerdo, de no haberlo la Corte lo designará.

Si el tribunal debe constituirse con tres árbitros, con la demanda presentada al centro administrador de arbitrajes o incluso desde antes, según las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, se proporcionara la propuesta de un árbitro, y con la contestación puede sugerirse al otro árbitro.

Con lo anterior quedan designados dos de los árbitros, el tercero se nombra después. Así se constituye el tribunal.

En esta fase pueden plantearse las recusaciones contra los árbitros y sus sustituciones.

La etapa de constitución del tribunal se da generalmente ante los centros administradores, mas en el caso de árbitro tercero aparece por lo común cuando ya se designaron dos de los árbitros.

En el Código de Comercio se dispone que si las partes no establecieron cómo constituir el tribunal ni remitió a un reglamento que indique su formación, aquéllas pueden ponerse de acuerdo si se trata de árbitro único y que, de no ser posible, el tribunal estatal designará.

5.2.3.- FASE INSTRUCTORA

En la fase instructora, como la denominan las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, se reciben documentos, se escuchan personas, se llaman peritos, etc. En ella se realizan usualmente las audiencias principales y se presentan los contactos personales entre los árbitros, y entre éstos y litigantes y terceros.

Las audiencias para las pruebas se omitirán si lo acuerdan las partes y si la discrepancia concierne a la interpretación de un contrato, en cuyo caso los compromitentes mismos están de acuerdo en la existencia del contrato.

La designación de peritos y su actuar contrastan con lo que ocurre comúnmente en el desahogo de la pericial ante los tribunales estatales. En principio, la elección de peritos en el arbitraje compete al tribunal y no a las partes. Aquí no es necesario que el demandante y el demandado señalen peritos para cada uno y que llegue luego un perito tercero.

El perito se designa por el tribunal arbitral y a éste se entrega el dictamen. El tribunal distribuye entre las partes su contenido y éstas presentan después sus observaciones, las cuales se atenderán en el laudo.

El tribunal arbitral es libre generalmente para decidir cómo se ha de interrogar a los testigos o designar peritos.

Para el desahogo de la testimonial, los árbitros fijan generalmente reglas, con lo que resuelven si los testigos proporcionan su declaración por escrito o si se presentan de manera personal a una audiencia. Pueden pedir al oferente de la prueba que indique un temario general sobre el cual se declarará, los vínculos del testigo con las partes, las prohibiciones o libertades para que las partes se comuniquen con el testigo, las formas y los tiempos de los interrogatorios, el número y orden de las preguntas, los juramentos o mecanismos para garantizar la confiabilidad, la presencia de otros testigos, etc.³⁰

Ordinariamente, el tribunal tiene facultades para interrogar a las partes acerca de si cuentan con más pruebas o pedirles mayores pruebas o aclaraciones y, en su caso, declarar cerrada la audiencia. Conforme a la generalidad de las reglas, es dable reabrir la audiencia, la cual después debe declararse cerrada.

El tribunal puede decidir la audición de cualquier otra persona en presencia de las partes o nombrar peritos e incluso pedir a éstas que suministren información al perito.

El proceso se tramita con sigilo; no es público. Las audiencias se celebran ordinariamente a puerta cerrada.

5.2.4.- FASE CONCLUSIVA

³⁰ MARTINEZ VERA ROGELIO. Op. Cit. p. 238

Cuando el tribunal considera desahogadas las pruebas, interpela a las partes para que manifiesten si tienen algunas adicionales que ofrecer.

De no existir algún ofrecimiento de pruebas, el árbitro o el tribunal declararan cerrada la instrucción o cerradas las audiencias.

Puede suceder que aun cuando las audiencias hubiesen quedado cerradas, el tribunal las reabrirá si lo estima pertinente.

En los alegatos que se realizan en algunos centros administradores de arbitraje, las partes no basan sus argumentos en meras exposiciones jurídicas. Se trata más bien de una síntesis del material probatorio aportado.

Las exposiciones jurídicas se acompañan de copias o fotocopias de los textos legales. Los árbitros no siempre son abogados ni están enterados de las normas jurídicas. Pueden considerar en la sentencia arbitral el precedente respectivo, pero no se hallarán obligados a ajustarse a él.

Según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, tras la deliberación y elaboración del laudo, el árbitro o árbitros deben someterlo como proyecto a la Corte de Arbitraje, la cual con respeto de la libertad de decisión puede llamar la atención sobre puntos que interesen al fondo del litigio. Luego de aprobado y firmado, el laudo se considerará pronunciado.

En el TLCAN señala que, antes de dictarse la resolución final, el tribunal arbitral o panel debe presentar a las partes un informe preliminar, que es en realidad un proyecto de laudo, en relación con el cual las partes podrán formular las observaciones que consideren pertinentes.

Tan pronto sea notificado el laudo, su original se depositará en la Secretaría de la Corte o en el centro administrador correspondiente.³¹

Generalmente ningún laudo podrá hacerse público, salvo autorización de las partes. El TLCAN menciona que solo las partes contendientes revestirán las facultades para dar a la publicidad un laudo.

5.2.5.- FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO

El enjuiciamiento arbitral se caracteriza por elementos como el principio de flexibilidad.

El tribunal puede en el procedimiento arbitral conducir el arbitraje de la manera que considere apropiada, siempre que las partes sean tratadas con igualdad y se les otorgue la oportunidad de ser oídas y la oportunidad razonable para presentar su caso.³²

Al amparo de dicha flexibilidad, el tribunal está facultado para citar a conferencias preparatorias, acordar procedimientos, ver orden de pruebas, eliminar presentaciones, determinar si se abren las réplicas y dúplicas, fijar plazos, etc.

Otra maravilla del proceso arbitral es la cercanía entre árbitros y litigantes. El arbitraje ofrece mayor acercamiento del árbitro con las partes y decisiones menos unilaterales; esto a diferencia de los tribunales del Estado.

³¹ SECOFI. TRATADO DE LIBRE COMERCIO AMERICA DEL NORTE, México 1993. p. 415.

³² ZAMORA SÁNCHEZ PEDRO. ARBITRAJE COMRCIAL INTERNACIONAL, Ed. Humanitas, México 1998. p. 54

Un ejemplo de esto es cuando suelen practicarse reuniones entre árbitros y litigantes en la audiencia preliminar o preparatoria. Aquí varias resoluciones de los árbitros se adoptan por consenso con las partes, además de que se resuelven cuestiones como idioma, lugar y fechas de audiencia o mecanismos de comunicación.

Estarán abiertos a la flexibilidad no solo los árbitros sino también las partes.

De acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio el tribunal arbitral actuará justa e imparcialmente y se asegurará de que cada parte tenga oportunidad de exponer su caso. Sobre las normas de fondo, el tribunal aplicará, a falta de acuerdo entre las partes, las disposiciones que considere pertinentes.

5.3.- EL LLAMAMIENTO A JUICIO

Entre las condiciones para reconocer un laudo arbitral se halla la de notificar al demandado del juicio que se iniciará. Esto indica que debe haber una notificación del llamamiento a juicio. Se trata, de lo que en México suele denominarse emplazamiento de la demanda.

Dos sistemas regulan la notificación para comparecer a juicio: el directo, el cual se indica en las reglas del procedimiento arbitral, es exigido por sus árbitros y señala que la demanda debe notificarse al demandado; y el indirecto, que obra en las reglas del procedimiento de exequátur y obliga al juez estatal a revisar que el demandado estuvo enterado del proceso arbitral porque, de otra manera, el laudo no podrá reconocerse. En cierta forma, se trata de un medio de control externo para obligar indirectamente a la notificación, so pena de desconocer el laudo.

El sistema directo de regulación figura generalmente en las leyes internas sobre arbitraje y en las reglas de procedimiento de los centros internacionales.

En el sistema indirecto generalmente un país no puede regular de manera directa un enjuiciamiento arbitral que se tramite o siga en el extranjero, o si ocurriese así, las normas serían extraterritoriales. Salvo que algún tratado lo permita, los legisladores de un país carecen de competencia legislativa para regular los actos realizados fuera de su territorio

En ese mecanismo indirecto, la notificación a juicio no es un requisito de validez o existencia del juicio sino una formalidad para reconocer los efectos del laudo pronunciado en un país específico.

Es así que se este sistema deriva una regla: si no se notificó la demanda de que derivó el laudo, éste no se reconocerá.

Nuestras leyes secundarias acogen el sistema indirecto de regulación y exigen que la notificación haya sido de forma tal, que se hubieran asegurado la garantía de audiencia y el ejercicio de la defensa. Incluso parecen ir un poco más allá de lo establecido en el derecho convencional internacional, pues piden la notificación hecha en forma personal.

La ley de modelo de la UNCITRAL no acoge sólo la notificación personal; permite también que las notificaciones se entreguen en cualquier domicilio, residencia o establecimiento del destinatario e incluso en el último domicilio conocido.

La legislación interna mexicana comprende la norma proveniente del sistema directo de regulación, según la cual la demanda arbitral se deberá notificar personalmente al destinatario o entregar en su establecimiento, residencia habitual, domicilio postal o incluso en su último domicilio.

Según las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y las de la UNCITRAL, puede notificarse mediante correo.

Por último, si el juicio arbitral se hubiese seguido en rebeldía, no podrá considerarse que el procedimiento carezca de su formalidad esencial.

5.4.- MEDIOS IMPUGNATIVOS

Con la impugnación, el sujeto que se considera lesionado por un acto positivo o negativo deficiente o erróneo, se resiste mediante una serie de actos jurídicos, los cuales parten de la censura sobre la conducta de la autoridad arbitral y se orientan a procurar la sustitución de dicho proceder por conducto de la modificación, revocación o anulación.

Impugnación proviene de impugnare, que significa resistir, atacar, combatir. Héctor Fix-Zamudio expresa: “los medios de impugnación son los instrumentos jurídicos consagrados por las leyes procesales para corregir, modificar o anular los actos y las resoluciones judiciales cuando adolecen de deficiencias, errores, ilegalidad o injusticia.”³³

El impugnante revela su resistencia al acto o a la omisión de éste, desde el momento en que lo ataca. Tal resistencia es activa y se plasma en actos positivos orientados a lograr la finalidad del medio impugnativo.

La impugnación comprende no la mera denuncia de un acto ilegal o injusto sino el verdadero actuar para corregir el vicio o defecto alegado.

³³ FIX ZAMUDIO HÉCTOR. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Ed. UNAM. México 1983. p. 356

El acto u omisión que no se impugna u objeta se considera legal y, para efectos del presunto impugnante, se convalida.

El Código de Comercio, dispone que si se incumple una disposición legal y la parte que a sabiendas de ello no objeta, esto supone que dicha parte renunció a su derecho de impugnar. Las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje se producen en términos similares.

La posibilidad de combatir decisiones del tribunal arbitral consideradas ilegales o injustas, ha fundamentado los medios impugnativos contra laudos arbitrales, omisiones o resoluciones dictadas en el enjuiciamiento.

Los actos arbitrales pueden impugnarse ante el tribunal que resolvió o ante una instancia diferente. En el primer caso aparecen diversos remedios procesales; en el segundo, la apelación, el juicio de nulidad del laudo y el amparo contra el laudo, que no son precisamente actuaciones arbitrales.

5.4.1.- REMEDIOS PROCESALES

Estos pretenden la corrección de los actos y resoluciones judiciales ante el mismo juez que los ha dictado.

Tales medios incluyen para el arbitraje la aclaración, la corrección y la complementación del laudo. Con ellos solo se combate sólo una resolución específica del tribunal arbitral.

La aclaración representa un medio adecuado no para modificar o revocar el laudo sino sólo para interpretarlo; es decir, enmendar sus ambigüedades, oscuridades o equívocos.

Mediante la corrección del laudo se busca rectificar errores cometidos en él, por ejemplo, las inconsistencias de cálculo, de medidas y de copia o los yerros tipográficos u otros de naturaleza similar. No podrá modificarse con el pretexto de una enmendadura el fondo de lo resuelto en el laudo.

Según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, la corrección procede de oficio o a instancia de parte si se realiza dentro de los 30 días siguientes a la fecha del laudo. Si el tribunal quiere aclarar o interpretar, presentará a la Corte un proyecto de resolución.³⁴

Una vez aclarado el laudo, se considerará qué resolución respectiva forma parte del laudo y no que se trata de dos resoluciones diferentes.

En la complementación del laudo existe cuando a éste se le agrega lo faltante. Es permisible también solicitar, con fundamento en el principio de exhaustividad, que se resuelvan las pretensiones o puntos que el tribunal dejó de aclarar en el laudo.

5.4.2.- APELACIÓN

Es el medio impugnativo más tradicional y el cual no se resuelve por el tribunal arbitral, como sucede con los remedios procesales.

³⁴ MARTINEZ VERA ROGELIO. LEGISLACIÓN DEL COMERCIO EXTERIOR. ed. 2ª Ed. Mc GrawHill, México 2000. p. 245

El recurso de apelación puede intentarse ante un tribunal arbitral o una corte de apelaciones, aun cuando en ciertos países no se establece la apelación contra el laudo.

Actualmente, si el procedimiento arbitral se ajustó a las reglas de procedimiento de algún centro de arbitraje, lo típico es que no proceda el recurso de apelación, pues la aceptación de dichas normas implica la aceptación de lo resuelto por los tribunales arbitrales.

5.4.3.- NULIDAD DEL LAUDO

La Corte de Apelaciones de Nueva York sostiene que un laudo puede anularse si es completamente irracional.

El Código de Comercio menciona que la nulidad del laudo debe seguirse ante tribunales judiciales mexicanos y procede en los siguientes supuestos: incapacidad de los comprometidos, designación de un árbitro que no fue notificada, inarbitrabilidad del litigio resuelto, composición defectuosa del tribunal arbitral o contravención del orden público.

Al promoverse la nulidad, el tribunal correrá traslado a la contraparte por el plazo de tres días.

Si transcurrido el plazo las partes no promovieron pruebas ni el tribunal las estimó necesarias, se citará a la audiencia de alegatos, la cual se verificará concurran o no las partes.

Si se promueve prueba o el tribunal la estima necesaria, se abrirá una dilación probatoria de diez días y se verificará la audiencia; posteriormente el tribunal dictará su resolución dentro de los cinco días siguientes.

5.4.4.- AMPARO

El artículo 635 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece que contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo. Sin embargo esta disposición debe considerarse como inconstitucional, pues el legislador local quien es autor de aquel mandato no puede expedir una ley que es de la competencia de la Federación y además porque el árbitro o árbitros no son autoridades en el sentido empleado en la Ley de Amparo. Esta disposición debe tomarse en cuenta, ya que con ella se quiso dar mayor apoyo al arbitraje.

La jurisprudencia mexicana establece que no procede el amparo contra laudos arbitrales.

En México, lo que se denomina amparo comprende diversas instituciones procesales. Una de ellas corresponde a la casación en cuyo objeto se debate la legalidad de la resolución final del proceso. Otras formas que el amparo mexicano asume y que no se vinculan a nuestra idea del arbitraje son la atinente al habeas corpus, que defiende los derechos de libertad; el amparo contra leyes, donde se revisa una norma o un cuerpo normativo; y el amparo administrativo, dirigido generalmente contra actos del Poder Ejecutivo.

No debe confundirse la improcedencia del amparo contra actos de los árbitros con la improcedencia del amparo contra actos de los tribunales judiciales pronunciados durante el exequátur o durante la ejecución del laudo.

5.4.5.- RENUNCIA A LOS MEDIOS IMPUGNATIVOS

En el proceso arbitral se considera valida la renuncia al recurso de apelación e incluso a cualquier otro medio impugnativo, afirmación que se deriva de los siguientes razonamientos:

- a) Los medios impugnativos establecidos en los códigos de procedimientos civiles se refieren sólo a resoluciones de tribunales judiciales, no arbitrales. Nuestra ley no incluye medios impugnativos contra actos derivados del proceso arbitral.
- b) La autonomía de la voluntad tan amplia como se presenta en diversos instrumentos legales favorece la renunciabilidad. Ni los convenios internacionales ni las leyes internas establecen un límite a esa autonomía para renunciar a cualquier medio impugnativo.
- c) El concepto de apelación o el de recurso no siempre se han comprendido de la misma forma en todos los textos legales. En ocasiones por apelación se entiende medio impugnativo específico, en otras, apelación se equipara con recurso; y en otras, recurso y apelación se homologan con los medios impugnativos.
- d) No deben equipararse los procesos arbitrales y jurisdiccionales estatales: ambos son medios heterosolutivos de controversias, pero divergen en el tratamiento del litigio y no solo en el cambio o sustitución de juzgadores. Quienes piensan que en arbitraje hay sólo sustitución del juez por el árbitro no han comprendido que el arbitraje representa otro medio, muy diferente del proceso jurisdiccional estatal y con tratamiento distinto, en la solución de controversias.
- e) La regulación del proceso arbitral en el Código de Comercio ni siquiera alude a los medios impugnativos en el proceso arbitral. En este caso, no se puede

renunciar a medios judiciales impugnativos que no se otorgan. No se puede renunciar lo que no se tiene.

Por lo que atañe al amparo, éste ni siquiera procede y resulta innecesario renunciar a él.

5.5.- INCIDENTES

Durante el proceso arbitral pueden surgir cuestiones que interrumpen su marcha, estos son los incidentes.

Las cuestiones incidentales deben resolverse interlocutoriamente, esto es dentro del proceso, pues las que afectan el fondo se solucionarán en el laudo o sentencia arbitral.

Los árbitros pueden conocer de los incidentes sin cuya resolución no fuere posible decidir el negocio principal.

Los aspectos tocantes a la competencia del tribunal arbitral, a la acumulación de procesos arbitrales, a la capacidad subjetiva de sus árbitros, a la elección de los árbitros sustitutos o a gastos u honorarios son cuestiones incidentales y sus procedimientos competen al tribunal arbitral.

En el procedimiento arbitral, los procedimientos incidentales prácticamente se han suprimido y sus resoluciones suelen denominarse laudos incidentales.

5.5.1.- INCIDENTE COMPETENCIAL

La cuestión de competencia del tribunal arbitral, deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. En las reglas se establece, por lo general, que la cuestión incidental se podrá resolver de inmediato en el laudo de fondo.

5.5.2.- INCIDENTE DE SUSPENSIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

Por la presencia de ciertos obstáculos procesales, podría pensarse que mientras se resuelven éstos, debería suspenderse el proceso arbitral, junto con los plazos pactados en él.

La designación del árbitro sustituto es una cuestión incidental que interrumpe los plazos del procedimiento en tanto no se haga la nueva denominación. Esto es necesario, pues resultaría absurdo que continuasen los términos.

El proceso arbitral se suspende sólo por la falta del depósito de costas.

5.5.3.- INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Aparentemente, no es factibles que se acumulen procesos arbitrales, pero puede haber sus excepciones.

La mayoría de las reglas de arbitraje ni siquiera aluden a esta cuestión incidental. En el supuesto de que se diera dicha situación, se deberá regular el procedimiento que deberá seguirse para acumular y los eventuales resultados de éste.

5.5.4.- INCIDENTE DE RECUSACIÓN DE ÁRBITROS

La parte que considere afectada la capacidad subjetiva en concreto de cierto árbitro podrá demandar la exclusión y sustitución de éste.

El procedimiento de recusación no se sigue usualmente ante los tribunales judiciales sino ante el centro administrador de arbitrajes.

En el ámbito judicial, los procedimientos de recusación se caracterizan porque se intentan no para sustituir un árbitro, sino como medios retardatorios del proceso; en el proceso arbitral no puede ocurrir lo mismo que en el judicial, hay una diferencia: la recusación ocurrida en aquél no lo suspende.

5.6.- MEDIOS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

Algunos supuestos que hacen cesar o terminar de manera definitiva un proceso arbitral son los siguientes:

- a) Medios normales de terminación. En este caso se halla el laudo arbitral, como vía única que resuelve el fondo controvertido.
- b) Medios anormales de terminación. Estos casos comprenden medios como el desistimiento o la renuncia al derecho de fondo por parte del demandante que hacen cesar el proceso sin posibilidad de reanudarlo.
- c) Medios extraordinarios de terminación. Entran en estos casos los que producen la caducidad de la instancia; es decir, en donde se permite la reanudación.

La diferencia entre unos medios y otros consiste en que en los normales el proceso termina sin posibilidad de reanudarlo, mientras que en los extraordinarios el proceso

puede volver a comenzarse. Así, de caducar la instancia, no significará que el derecho de fondo se extinga. Mientras no prescriba, podrá ejercitarse nuevamente.

El juicio arbitral caduca en los siguientes casos: por muerte del árbitro, excusa de éste, recusación con causa, nombramiento de dicha persona como magistrado.

El código de comercio establece como supuestos de terminación anormal los siguientes:

- a) Desistimiento de una de las partes, a menos que la otra se oponga con la manifestación de razones legítimas para obtener un acuerdo final.
- b) Acuerdo entre las partes
- c) Imposibilidad o no necesidad de seguir el proceso arbitral, según lo compruebe el tribunal arbitral.

Cuando resulte imposible continuar el procedimiento, el tribunal informará de esto a las partes, con el propósito de dictar una orden de conclusión del procedimiento, a menos que éstas aleguen razones fundadas para oponerse a ella.

5.7.- EL LAUDO ARBITRAL

5.7.1.- DEFINICIÓN

El litigio llevado al proceso arbitral se resuelve en el laudo o sentencia arbitral. Estos términos equivalen entre sí en el ámbito internacional y se utilizan indistintamente. En nuestro país y en otros también con ascendencia española es más frecuente la palabra laudo.

La convención internacional celebrada entre México y España define al laudo arbitral como las resoluciones dictadas por árbitros nombrados para casos determinados, así

como aquellas dictadas por órganos permanentes a los que las partes se hubieren sometido, si el arbitraje hubiere tenido lugar en uno de los Estados parte.

La teoría contractualista definió al laudo como la resolución de la controversia existente entre las partes por el tribunal arbitral privado, en virtud del poder de resolución que le ha otorgado la cláusula compromisoria.

Por consiguiente podemos definir al laudo como, la resolución pronunciada por un tribunal arbitral en que se soluciona el litigio que fue sometido a un tribunal arbitral.

El laudo arbitral resuelve por sí solo la controversia. No está sujeto a la condición de que se apruebe en el procedimiento de exequátur, el cual conducirá sólo a que se reconozca ese laudo y en su caso, se ordene su ejecución, pero el laudo ha solucionado ya por sí mismo el litigio interpartes.

5.7.2.- PRINCIPIOS REGULADORES DE LOS LAUDOS

El laudo arbitral debe respetar algunos principios: congruencia, exhaustividad, fundamentación y motivación.

Según los principios de congruencia y exhaustividad, el tribunal de arbitraje no puede ni debe decidir más ni menos de lo pretendido por las partes.

El principio de congruencia o correlación exige que las pretensiones que se resuelvan en el laudo sean las planteadas y debatidas en el enjuiciamiento.

Un laudo no puede, por tanto, resolver sobre pretensiones diferentes de las planteadas.

El principio de congruencia comprende tanto la correlación entre las pretensiones deducidas en juicio y el laudo como entre el acuerdo arbitral y el laudo.

El principio de exhaustividad exige que se resuelvan en el laudo todas las pretensiones planteadas en el enjuiciamiento.

La exhaustividad no entraña que deba solucionarse de manera favorable sobre lo solicitado sino, simplemente que se resuelva.

En México suelen diferenciarse la fundamentación y la motivación de una resolución, pues la primera se refiere a los preceptos legales, mientras que la segunda atiende a los elementos fácticos. La doctrina sobre derecho del arbitraje acostumbra identificar una y otra con la voz motivación y razonado.

Por lo que concierne a las sentencias jurisdiccionales estatales, suele hacerse referencia a los principios de motivación y de fundamentación, lo cual no será necesariamente una exigencia en el caso de los laudos arbitrales.

Como el laudo constituye una resolución que se presenta en un foro judicial y las cuestiones sometidas a decisión arbitral pueden revestir carácter de secreto, exigir que se revelen los motivos y fundamentos atentaría contra esos rasgos del proceso arbitral.

La fundamentación resulta innecesaria en el arbitraje de equidad o económico, salvo que se trate de uno de estricto derecho. Incluso las partes pueden eximir al tribunal de arbitraje de razonar el laudo.

El Código de Comercio prevé al respecto que el laudo debe incluir los razonamientos o motivos, pero las partes pueden dispensar que se asienten.

Nuestro sistema no exige la motivación del laudo para los arbitrajes de equidad.

Los tribunales arbitrales no se consideran autoridades estatales y, entonces, tampoco tienen la obligación de motivar porque en México ésta corre a cargo de ellas.

La motivación del laudo se recomienda en los siguientes casos: cuando no se renunció a los recursos contra el laudo y cuando el Estado correspondiente al territorio donde se pretenda que se reconozca y ejecute el laudo disponga la revisión del fondo de éste.

La obligación de fundar y motivar depende también de las reglas de arbitraje por aplicar o de la voluntad de los contendientes.

5.7.3.- DERECHO APLICABLE AL LAUDO

La autonomía de la voluntad se manifiesta en el derecho aplicable al laudo, cuya forma y contenido se regulan mediante la norma elegida por las partes. Con ello se reitera el apoyo a tal independencia.

En el proyecto en la Convención de Nueva York, elaborado por la Cámara de Comercio Internacional, se pidió la no sujeción del laudo a ley alguna porque la sentencia o laudo debe hallarse desvinculado de toda legislación nacional y ello corresponde a una necesidad económica.³⁵

Si el orden o sistema jurídico elegido corresponde sólo al derecho sustantivo o también al conflictual interno dependerá de que las partes hayan elegido o no la ley aplicable al fondo.

³⁵ INTERNET. www.bibliojuridicas.com. Derecho Internacional Público.

Como las leyes y las reglas de arbitraje comprenden sólo normas sustantivas, se evita con su elección un reenvío a otro orden jurídico.

Si las partes no eligieron la ley, el árbitro estará en condiciones de aplicar normas de conflicto y sustantivas.

El árbitro aplicará el derecho elegido por las partes. Pero si éste no puede seguirse porque vulneraría el orden público, el órgano arbitral designará la norma que se ha de observar en cuanto al fondo.

Cuando las partes elijan el derecho aplicable al fondo ese será el que siga el tribunal arbitral. Pero la observación del derecho designado por aquéllas se refiere únicamente al sustantivo y no a las normas de conflicto, lo cual evitará el reenvío.

Si el arbitraje se relaciona con la aplicación de contratos, el tribunal decidirá según los términos de éstos y los usos del comercio atinentes a dichos documentos.

De resolverse respecto a la moneda, se considerará la del contrato, salvo que el tribunal crea más apropiada otra divisa.

El derecho aplicable al fondo del litigio puede ser elegido por los compromitentes y por el árbitro si ellos no lo hubieren hecho.

Las normas aplicables para resolver el fondo del litigio pueden ser tan variadas como las elegidas por las partes compromitentes.

5.7.4.- CLASIFICACIÓN DE LOS LAUDOS

Los laudos se pueden clasificar en atención a circunstancias diversas.

Por la extensión de la pretensión resuelta, un laudo puede ser exhaustivo, excesivo o incompleto. Ello dependerá de si resolvió todas las pretensiones, fue más allá de éstas o le faltó resolver algunas.

Los laudos pueden ser meramente declarativos, constitutivos o condenatorios, según la pretensión resuelta.

Por la complejidad estructural, los laudos pueden ser simples, interpretados, rectificadas o adicionales.

Un laudo es simple cuando sólo resuelve la controversia; interpretado, si, a causa de la solicitud de interpretación del laudo simple, el tribunal desentraña su sentido; rectificado o corregido, de rectificar lo resuelto el tribunal que pronunció el laudo, y adicional, cuando el tribunal soluciona las pretensiones no resueltas en el laudo simple.

Si se atiende al tipo de decisión, el laudo podrá ser ex aequo et bono o de estricto derecho.

Según la forma en que se resolvió la pretensión, el laudo puede ser por acuerdo de las partes y definitivo.

Los convenios internacionales y las leyes internas separan los laudos que no entrañan ejecución coactiva los meramente declarativos, los constitutivos y los condenatorios de los que sí la requieren.

El exclusivamente declarativo es el laudo que por declarar un derecho suprime la incertidumbre sobre una relación jurídica, como el absolutorio y el que declara la nulidad de alguna cláusula contractual.

Un laudo constitutivo crea, modifica o extingue una relación o situación de derecho sustantivo.

Es laudo condenatorio el que impone u ordena el cumplimiento de cierta prestación positiva o negativa.

Lo resuelto en el laudo, el condenatorio inclusive, no implica necesariamente una ejecución coactiva, pues la parte perdidosa puede cumplir por sí sola la condena, sin necesidad de que medien coacción o fuerza.

El problema surge cuando la parte condenada incumple el laudo, lo cual conduce a realizar actos de imperium orientados a la ejecución coactiva.

El laudo puede fijar un plazo a la parte perdidosa para cumplir lo ordenado.

5.7.5.- DEFINITIVIDAD E INIMPUGNABILIDAD DEL LAUDO

A partir de la Convención de Nueva York, la definitividad o firmeza del laudo adquirió importancia superlativa, pues se manifiesta que sólo por haberse pronunciado debe considerarse definitivo o firme, salvo prueba en contrario.

Un laudo adquiere la calidad de cosa juzgada por el simple hecho de haberse pronunciado, pero si se halla pendiente algún medio impugnativo contra él, debe demostrarse el trámite de éste. Hasta antes de la Convención Internacional, quien hubiera obtenido resolución favorable debía demostrar que el laudo había alcanzado la autoridad de cosa juzgada.

A partir de la Convención Internacional de Nueva York, no es necesario demostrarse tal definitividad o firmeza.

Hoy día, la parte perdidosa demostrará que el laudo no ha alcanzado la autoridad de cosa juzgada; para eso probará que hay en trámite un medio impugnativo contra el laudo.

5.7.6.- ADOPCIÓN DEL LAUDO

El laudo debe pronunciarse con la mayor brevedad. Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional consideran suficiente un plazo de seis meses, mientras que en los de la Asociación Americana de Arbitraje el laudo debe dictarse prontamente.

En las reglas de la Cámara de Comercio Internacional no basta que los árbitros emitan una decisión sino que deben enviarla como proyecto a la Corte, la cual puede llamar la atención a dichas personas sobre puntos relacionados con la controversia.

Todos los árbitros deberán firmar el laudo. Pero si la minoría se rehúsa, los otros lo harán constar y el laudo tendrá el mismo efecto.

El presidente del tribunal arbitral dictará sólo el laudo cuando falte la mayoría de los árbitros.

Usualmente, las partes que sometieron su litigio a proceso arbitral no están presentes al momento de que se presenta el laudo. Los árbitros emiten su resolución y la comunican por escrito a los interesados, aunque en algunas reglas, es el centro el que notifica. No existe audiencia formal para leer el laudo.

5.8. CONFLICTO DE LEYES

El objeto del Derecho Internacional Privado es determinar entre dos o mas normas jurídicas de diversos Estados, cual de ellas es la que ha de regir la situación concreta, en el entendido de que la situación concreta esta conectada con las normas jurídicas de los Estados cuyas normas se han de seleccionar.

El llamado conflicto de leyes surge cuando existen puntos de conexión que ligan una situación jurídica concreta con las normas jurídicas de dos o mas Estados.

Los conflictos de normas jurídicas que interesan en el Derecho Internacional Privado, de manera primordial, son aquellos en los que existe una situación jurídica determinada y es necesario determinar cual es la norma jurídica que le es aplicable entre dos o más normas jurídicas de diferentes Estados que se estima pueden regularla.

En el conflicto de leyes mientras no se señale exactamente la ley aplicable, es decir, mientras no se resuelva e conflicto lo único que tenemos es una relación humana, fáctica propia de la vida y sostiene que la relación jurídica sólo se podrá determinar cuando esté fijada la legislación destinada a regular aquella relación humana.

Los conflictos de leyes suponen la existencia de los siguientes elementos:

- 1.- Una situación concreta que debe regularse jurídicamente.
- 2.- Circunstancias de hecho o de derecho de las que puede derivarse la realización de los supuestos previstos en dos o más normas de diversos Estados.
- 3.- Dos o más normas jurídicas de diversos Estados que podrían regular jurídicamente la situación concreta.

La denominación conflicto de leyes la podemos resumir en los siguientes puntos:

- 1.- la denominación conflicto de leyes utilizada en el Derecho Internacional Privado tiene la virtud de hacer referencia a los problemas de vigencia simultanea de dos o

mas normas jurídicas de diversos Estados que se pretende rijan una sola situación concreta. La denominación citada es útil porque de una manera breve se alude a un problema cuyo planteamiento tendría que emplear mayor número de palabras.

2.- en los problemas de vigencia simultanea de dos o más normas de diversos Estados que se pretenda rijan una situación concreta si hay una pugna o choque de dos o más leyes de diversos Estados que pretenden regir una sola situación concreta y por tal motivo si hay conflicto de leyes.

3.- la denominación conflicto de leyes tiene un arraigo tan extenso en el tiempo y en el espacio que, es muy improbable encontrar una denominación más atingente.

4.- la denominación conflicto de leyes es precisa, y un tanto inexacta por las siguientes razones:

- a) La pugna, el choque, la convergencia, la colisión, la simultaneidad, se produce no sólo entre leyes, se puede producir entre normas consuetudinarias, reglamentos, normas jurisprudenciales, etc.
- b) La denominación conflicto de leyes, resulta amplia pues abarca otros casos de coincidencia de normas jurídicas que se pretende rijan una situación concreta, por ejemplo un conflicto entre una norma general y una espacial, un conflicto entre una norma federal y una local, un conflicto entre una norma anterior y una posterior, un conflicto entre una norma especial y otra norma especial.

Si quisiéramos superar las objeciones que hacen inexacta la denominación conflicto de leyes, podríamos referirnos a conflictos internacionales de normas jurídicas.

Es así, que se acepta la denominación conflicto de leyes, porque dentro del Derecho Internacional Privado, sabidos es que al referirse a conflicto de leyes se hace alusión a los problemas de vigencia simultánea de dos o más normas jurídicas de diversos Estados que se pretende rijan una sola situación jurídica concreta.

5.9.- SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La constitución es la norma fundamental que unifica y da validez a todas las legislaciones que constituyen un orden jurídico determinado: es decir, unifica la pluralidad de codificaciones que componen el derecho positivo de un Estado, de ahí su calidad de ley suprema.

“Entendemos por constitución a la ley suprema del país, que expedida por el poder constituyente en ejercicio de la soberanía tiene por objeto organizar los poderes públicos circunscribiéndolos en esfera de competencia y proteger frente aquellos ciertos derechos del hombre.”³⁶

“La constitución es obra de una asamblea constituyente. La cual creó a los poderes constituidos dotados de facultades expresas y por ende limitadas, e instituyo frente al poder de las autoridades ciertos derechos del hombre.”³⁷

La constitución es entendida como el conjunto de normas que expresan directa e indirectamente las aspiraciones y tendencias del pueblo, original titular de la soberanía tiene una característica que la coloca por sí frente a los hombres y frente a los gobernantes en un plano de superioridad.

La constitución es la ley suprema del país y como tal garantiza su seguridad a la respetabilidad que le es debida. El texto constitucional como ley fundamental es superior a toda legislación de un Estado, sobre ella o contra ella, no puede subsistir ni ley ni acto de autoridad o de particulares; de ahí el principio o proverbio que proclama: “sobre la constitución nada ni nadie.”

³⁶ PÉREZ LEÓN ENRIQUE. NOTAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. ed. 12ª Ed. Porrúa. México. P. 23

³⁷ RAMÍREZ TENA FELIPE. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. ed. 8ª Ed. Porrúa. México 1989. p. 18.

En sí, la Carta Magna es pues la ley suprema por excelencia, por lo tanto la constitución, las leyes Federales y los Tratados Internacionales en los que México sea parte serán siempre superiores, ya que su fuente se haya en la misma constitución en el artículo 133 el cual a la letra dice: Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.³⁸

La supremacía de la constitución debe ser respetada por cualquier entidad jurídica ya sea autoridades o particulares, tal es el caso, hablando de los primeros que deben protestar guardar la constitución.

En suma, es el principio de supremacía constitucional la piedra angular en que descansa la estructura jurídica de nuestro ordenamiento positivo a través del cual la legislación secundaria solo tiene eficacia cuando está sujeta al respeto y observación de esta premisa.

Ahora bien, dentro del Derecho Internacional en la celebración de tratados internacionales tales como el TLCAN se encuentran diversos sistemas de solución de controversias que se suscitan en la celebración de dichos tratados internacionales, entre ellos se encuentra el sistema de paneles arbitrales, se trata de un medio moderno, ágil y eficaz derivado del arbitraje comercial internacional.

México acepta en el TLCAN que, cuando un productor mexicano sea afectado en sus intereses por una resolución de autoridad estadounidense o canadiense, se resolverá

³⁸ BAZDRESCH LUIS. Garantías Constitucionales. 5ta ed. Ed. Trillas. México 1998. pp. 28

en un panel arbitral, podría por su parte sobre la base del principio de reciprocidad aceptar que cuando la lesión a intereses sea a un productor de algún país parte en el tratado por una autoridad mexicana también se dirimiera en ese mismo panel.

Pero a pesar de la reciprocidad, el dispositivo del artículo 104 fracción I es claro al establecer que tratándose de controversias que se susciten sobre el cumplimiento y ejecución de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano conocerán los tribunales federales y no otros, y entonces la posibilidad de la competencia del panel arbitral se queda en un estado de incertidumbre.

Ahora bien, conforme a lo expuesto respecto del Procedimiento establecido en la celebración de tratados internacionales, en el que México acepta cometerse a la jurisdicción de paneles arbitrales, cuando se encuentre en algún supuesto de conflicto de controversias con alguna autoridad extranjera o este o viceversa, se estaría a lo dispuesto en la resolución que establezca el panel arbitral, la cual es definitiva e inapelable, sin embargo existe también la opción de sujetarse a la jurisdicción de los Tribunales Federales, cuyas resoluciones emitidas por éste pueden ser apelables, pudiendo tener el afectado la opción de interponer el juicio de amparo sobre dichos actos que afectan sus intereses particulares, entonces, en primer término surge la duda para saber a que instancia debo recurrir, a los paneles cuyas resoluciones son definitivas e inapelables o a los Tribunales Federales cuya resolución es apelable en otra instancia, de esta manera se ilustra la complejidad en el desarrollo de la actividad de dichos instrumentos internacionales.

En base en lo anteriormente estudiado es que se ha llegado a establecer que, atendiendo al principio de supremacía constitucional entendemos que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y todos los Tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano en este caso el TLCAN, serán la Ley Suprema de toda la Unión, y que atendiendo a este supuesto existe un choque de competencias en cuanto a la solución de controversias que se susciten en el cumplimiento y

aplicación de tratados internacionales, ya que estos últimos establecen un sistema para resolver dichas controversias que son los paneles arbitrales; pero la misma constitución nos menciona que, cuando se susciten dichas controversias deberán de conocer los Tribunales de la Federación.³⁹

Es por ello que una persona que se encuentre en alguno de los supuestos antes mencionados, tendría que decidir, a cual de ambos sistemas recurrir para resolver la controversia en la que haya recaído el acto jurídico que la origino.

Entonces cualquier persona podría recurrir libremente a alguno de los sistemas mencionados.

Si se recurre ante los Tribunales Federales tal vez el procedimiento llegue hasta la instancia del juicio de Amparo, estaríamos en la presencia de un procedimiento tardado, muy oneroso y que duraría algunos años, y con la posibilidad de que la resolución de la controversia que dio origen al mismo siga siendo desfavorable, condenando al pago de alguna cantidad millonaria y los gastos y costas judiciales, esto en el peor de los casos.

Pero por el contrario, si se recurre a algún tribunal arbitral, en este caso a los paneles arbitrales pactados en el TLCAN, estaríamos en manos de un procedimiento mucho mas eficaz, sin retardos, sin gastos cuantiosos y con la seguridad de que la resolución será definitiva, en el pero de los casos se estaría condenando a pagar alguna cantidad justa, ahorrando para las partes interesadas en el proceso tiempo valioso, gastos innecesarios, costos millonarios y desgaste emocional.

Es así, que muchas personas acuerdan con anterioridad a la consumación de algún acto jurídico, que en caso de que se suscite alguna controversia en el acto jurídico a

³⁹ QUIROZ ACOSTA ENRIQUE. Lecciones de Derecho Constitucional, 2da ed. Ed. Porrúa. México 2002. pp. 188.

celebrarse, dichas controversias serán solucionadas en un tribunal arbitral. Esto último atendiendo a un principio muy importante que es: la voluntad de las partes será la ley suprema en los contratos; y encontrando que los actos amparados por el TLCAN son actos de comercio, en los que por lo general nacen al celebrarse algún acuerdo de voluntades. Es así que se llega a asegurar que, cuando alguna de las partes al celebrar un acto jurídico amparado por el TLCAN, se prevea que pueda suscitar alguna controversia, es lógico que estas se resuelvan en algún tribunal arbitral establecido conforme a las reglas mencionadas en este estudio, ya que éste a comprobado su eficacia procesal y la aceptación por las partes en acuerdo de voluntades previo a la realización del mismo.⁴⁰

Es así que atendiendo al principio de derecho en donde lo pactado por las partes, en la celebración de un acto jurídico será la ley suprema en los contratos, y de acuerdo con la definición tradicional, que el convenio es la concordancia de voluntades de dos o varios sujetos, tendiente a producir un efecto jurídico, es decir, a crear o extinguir una obligación, y que al concluir una convención, los sujetos aplican una regla de derecho, la regla pacta sunt servanda, a una situación concreta, y se sirven de ella para regular sus relaciones recíprocas, es decir que lo pactado debe cumplirse.

⁴⁰ SECOFI. TRATADO DE LIBRE COMERCIO AMERICA DEL NORTE, México 1993. p. 429.

CONCLUSIONES

DEFINICIÓN DE ARBITRAJE: “El litigio comercial es un medio de solución de controversias, producto de un acuerdo entre las partes por el que convienen que determinadas disputas se resolverán según determine un tribunal arbitral. El tribunal puede estar compuesto por uno o varios árbitros. El Procedimiento se seguirá conforme a las reglas que las partes convengan”.¹

REGULACIÓN JURÍDICA DEL ARBITRAJE COMERCIAL: La regulación jurídica del arbitraje comercial internacional vigente hoy en México se encuentra localizada en instrumentos jurídicos diversos, tanto nacionales como internacionales. Las fuentes primarias o básicas del derecho del arbitraje en México son tres; es el derecho convencional internacional, el derecho interno legislado y el derecho derivado de la autonomía de la voluntad, como la *lex mercatorum*,

ACUERDO ARBITRAL: El acuerdo arbitral es un convenio y, como tal, crea o transfiere derechos y obligaciones entre los compromitentes. Se trata de un convenio que incluye normas procesales, en lugar de sustantivas, o que designa normas procesales para solucionar el litigio. De ahí que se le considere también contrato procesal, acuerdo o contrato en un sentido amplísimo.

MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: La Carta de las Naciones Unidas establece que los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no pongan en peligro la paz y seguridad internacionales.

- MEDIOS DIPLOMÁTICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
- MEDIOS JURÍDICOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
- MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EL TRIBUNAL ARBITRAL resuelve controversias mediante una verdadera actividad jurisdiccional.

LAS PARTES Y LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: La ley aplicable a la constitución del tribunal arbitral será la establecida por las partes o, sólo supletoriamente la del Estado donde funcione el tribunal.

DERECHO APLICABLE A LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: La Convención de Nueva York establece que la constitución del tribunal arbitral se regula por la ley establecida en el acuerdo arbitral o, a falta de ella, por la del lugar donde se realiza el arbitraje.

TIPOS DE TRIBUNALES ARBITRALES: Los tribunales arbitrales se clasifican según las notas de relevancia jurídica que los caracterizan: tipo de litigios de que conocen, órgano que los constituyó, número de árbitros que los componen, continuidad funcional, nacionalidad.

PROCESO ARBITRAL

CLASIFICACION DEL ENJUICIAMIENTO ARBITRAL

- POR LA CALIDAD DE LOS LITIGANTES.-
- POR LA NATURALEZA DEL LITIGIO
- POR LOS SUJETOS QUE EMITEN LAS REGLAS
- POR LA NATURALEZA DE LAS REGLAS APLICABLES
- POR LA VOLUNTAD DE LOS LITIGANTES
- POR EL LUGAR DONDE SE REGULA
- POR LA GENERALIDAD O ESPECIALIDAD DE LAS NORMAS.-
- POR EL TIPO DE RESOLUCIÓN
- POR LA FUENTE DE LAS REGLAS.-.

MATERIA U OBJETO POR ARBITRAR.- El tribunal arbitral podrá conocer de cuestiones no litigiosas, es decir, de los negocios que se someten al conocimiento

de los tribunales judiciales por la vía de jurisdicción voluntaria, y la referente a la calificación del litigio como mercantil o comercial.

EL PROCESO ARBITRAL.- Recurrir al proceso arbitral excluye el derecho de optar por el jurisdiccional estatal. No se trata de dos medios cuya operación coexista. Los litigantes que recurren al segundo pueden convenir que su proceso siga por el proceso arbitral. Es dable seleccionar un mecanismo u otro sin que resulten admisibles la litispendencia ni los juicios simultáneos.

EL ARBITRAMIENTO.- Existe el arbitramento cuando las partes de un contrato remiten o encomiendan a un tercero la determinación del contenido de una cierta cláusula de la lex contractus o la formulación de alguna disciplina reglamentaria de la relación instaurada entre ellas, siempre que el objeto del contrato, indeterminado in parte qua, pueda considerarse de este modo suficientemente determinable. En este caso, no se encomienda al tercero la resolución de una controversia surgida ex post entre las partes sino que dé un contenido a la cláusula que quedó en blanco.

EL ENJUICIAMIENTO ARBITRAL

PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE: Los compromitentes pueden convenir libremente el ritual o el procedimiento por seguir para la composición de su litigio. A falta de acuerdo.

El ritual varia según el reglamento por seguir, pues ello depende de la voluntad de las partes, pero en la seriación de los actos procesales se respetan indubitablemente cuatro fases:

- La fase postulatoria.
- La fase de constitución del tribunal.
- La fase instructora, probatoria y confirmatoria.
- La fase conclusiva.

EL LLAMAMIENTO A JUICIO: Entre las condiciones para reconocer un laudo arbitral se halla la de notificar al demandado del juicio que se iniciará. Esto indica que debe haber una notificación del llamamiento a juicio. Se trata, de lo que en México suele denominarse emplazamiento de la demanda.

Dos sistemas regulan la notificación para comparecer a juicio: el directo y el indirecto.

MEDIOS IMPUGNATIVOS: Los actos arbitrales pueden impugnarse ante el tribunal que resolvió o ante una instancia diferente. En el primer caso aparecen diversos remedios procesales; en el segundo, la apelación, el juicio de nulidad del laudo y el amparo contra el laudo, que no son precisamente actuaciones arbitrales.

- REMEDIOS PROCESALES
- APELACION
- NULIDAD DEL LAUDO
- AMPARO

EL LAUDO ARBITRAL es la resolución pronunciada por un tribunal arbitral en que se soluciona el litigio que fue sometido a un tribunal arbitral.

Ahora bien, y en atención a todo lo antes expuesto es que considero debe prevalecer la voluntad de las partes para el efecto de la elección del tribunal, que es quien deberá conocer de las controversias suscitadas entre los sujetos de que habla el TLCAN, y estando en este supuesto debe prevalecer la voluntad pactada en dicho tratado internacional, es decir que las controversias que suscitan en la aplicación del mismo deberán someterse a la jurisdicción del tribunal arbitral pactado en el TLCAN.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

1. ADAME GODDARD. ESTUDIOS SOBRE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS. Ed. UNAM, México, 1991. pp. 220
2. BARRIOS DE ANGELIS DANTE. EL JUICIO ARBITRAL FACULTAD DE DERECHO DE MONTEVIDEO, Montevideo 1956. pp. 598
3. BECERRA BAUTISTA JOSE. EL PROCESO CIVIL EN MEXICO, 11^a. ed. Ed. Porrúa, México, 1984. pp. 334
4. FIX ZAMUDIO HECTOR. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Ed. UNAM, México, 1983. pp. 478
5. MARTINEZ VERA ROGELIO. LEGISLACION DEL COMERCIO EXTERIOR. 2^a. ed. Ed. Mc Graw Hill, México, 2000, pp. 359
6. ORTIZ AHLF LORETTA. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. 2^a. ed. Ed. Oxford, México 1990. pp. 715
7. OVALLE FAVELA JOSE. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. Ed. Harla, México, 1991. pp. 623
8. PEREZ LEON ENRIQUE. NOTAS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. 12^a. ed. Ed. Porrúa, México, pp. 473
9. SANCHEZ ZAMORA PEDRO. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. Ed. Humanitas, México, 1988, pp. 480
10. SILVA SILVA JORGE ALBERTO. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN MEXICO. 2^a. ed. Ed. Oxford, México, 2001, pp. 726
11. SIQUEIROS JOSE LUIS, EL ARBITRAJE COMERCIAL EN LATINOAMERICA. LA PERSPECTIVA MEXICANA, UNAM, México, 1989. pp 1458
12. TENA RAMIREZ FERNANDO. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. 6^a. ed. Ed. Porrúa. México, 1990. pp. 643

LEGISLACIÓN

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLÍTICA

CÓDIGO DE COMERCIO

OTRAS FUENTES

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, SIGLO XXI. Ed. Espasa, Madrid, 2001

TEXTO OFICIAL DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

www.biblojurídicas.com

www.universidadabierta.edu.mx