



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS DE LICENCIATURA**

***"La participación de entidades públicas mexicanas  
en arbitrajes comerciales internacionales"***

**Raúl Aldana Argüelles**

**Asesor: Mtro. Reynaldo Urtiaga Escobar**

**México, D.F., noviembre, 2012**

*"Los grandes conocimientos engendran las grandes dudas"*  
-Aristóteles-

A mis padres, Alda y Raúl, por su amor incondicional, por siempre estar para mí y ser mis grandes maestros en la vida, por sembrar en mí la semilla del saber.

A Reynaldo por su amistad y compañerismo en los proyectos que hemos emprendido durante estos años; por sus enseñanzas que me iniciaron en el mundo del arbitraje internacional.

A todos aquellos que en un tiempo o en otro, compartimos en los equipos de Willem C. Vis y CAM-BMA el gusto por el arbitraje comercial.

Finalmente, a la Universidad Nacional Autónoma de México, mi *alma mater*, verdadero recinto de libertad, sólo aquellos que han pasado por sus aulas pueden entender el valor de la diversidad para encontrar la libertad.

**INDICE**

<b>ABREVIATURAS</b>	V
<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>I. PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL</b>	3
1.1 Arbitraje como medio alternativo de solución de controversias	3
1.1.1 El arbitraje como medio alternativo de solución de controversias	5
1.1.2 El arbitraje como medio no alternativo de solución de controversias	5
1.2 Delimitación del arbitraje comercial	6
1.3 Acuerdos arbitrales	11
1.4 Principios de arbitraje	18
1.4.1 <i>Kompentez-Kompetenz</i>	18
1.4.2 Autonomía de la cláusula arbitral	21
1.4.3 Igualdad procesal de las partes	22
1.4.4 Celeridad procesal	22
1.5 Lugar del arbitraje y <i>lex arbitri</i>	24
<b>II. LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN DERECHO COMPARADO</b>	26
2.1 Arbitrabilidad	26
2.1.1 Tipos de arbitrabilidad	27
2.1.2 Ley aplicable	31
(i) Ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva	31
(ii) Ley aplicable a la arbitrabilidad subjetiva	34
2.2 Límites y restricciones a la arbitrabilidad	35
2.3 Orden público	38

2.4	Orden público y arbitrabilidad	42
2.5	La arbitrabilidad en los contratos administrativos	45
<b>III.</b>	<b>RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE ACUERDOS Y LAUDOS</b>	<b>52</b>
3.1	Reconocimiento y ejecución de acuerdos y laudos arbitrales entre entidades públicas y particulares	53
3.2	La excepción de inmunidad soberana	59
3.2.1	Inmunidad de jurisdicción	60
3.2.2	Inmunidad de jurisdicción como excepción ante tribunales de arbitraje	64
3.2.3	Inmunidad de ejecución.	66
3.2.4	La ejecución de los laudos arbitrales y la inmunidad de ejecución	70
3.2.5	Convención de la ONU sobre inmunidad	73
3.2.6	La relación del Estado con sus entidades autónomas frente a la ejecución de los laudos arbitrales.	73
<b>IV.</b>	<b>LAS ENTIDADES PÚBLICAS MEXICANAS Y EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL</b>	<b>77</b>
4.1	La constitucionalidad del arbitraje en México	77
4.1.1	Tribunales especiales (artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)	78
4.1.2	Tribunales previamente establecidos (artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)	81
4.1.3	Prohibición de la justicia privada (artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)	82
4.2	La arbitrabilidad en México	83
4.3	El acuerdo arbitral contenido en contratos celebrados por entidades públicas mexicanas	87

4.3.1	Los acuerdos arbitrales celebrados por entidades centralizadas y desconcentradas	87
4.3.2	Los acuerdos arbitrales celebrados por de las entidades paraestatales	90
4.4	El reconocimiento y ejecución de laudos condenatorios para entidades públicas mexicanas	94
4.4.1	Ejecución de laudos arbitrales contra entidades públicas mexicanas en México	96
4.4.2	Ejecución en el extranjero de laudos arbitrales contra entidades públicas mexicanas	99
4.5	La responsabilidad del Estado Mexicano frente al incumplimiento de un laudo arbitral	102
4.5.1	Arbitraje de inversión derivado de una expropiación indirecta por incumplimiento a un laudo arbitral	103
4.5.2	Responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano por incumplimiento de un lado arbitral	110
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>119</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>122</b>

## ABREVIATURAS

<b>Arb.Int.</b>	<i>Arbitration International</i> , Kluwer Arbitration
<b>Arb.Aw. CRCICA</b>	<i>Arbitral Awards of the Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration</i> , Kluwer Law International
<b>BGH</b>	<i>Bundesgerichtshof</i> (Suprema Corte Federal de Alemania)
<b>CFE</b>	Comisión Federal de Electricidad
<b>CFPC</b>	Código Federal de Procedimientos Civiles
<b>Constitución Mexicana</b>	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
<b>CRCICA</b>	Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration
<b>D.R.J.</b>	<i>Dispute Resolution Journal</i> , American Arbitration Association
<b>edt.</b>	Editor(es)
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>EJIL</b>	<i>European Journal of International Law</i> , Oxford University Press
<b>EUA</b>	Estados Unidos de América
<b>F. Int.J.</b>	<i>Forham International Journal</i> , Fordham University

<b>ICSID</b>	International Centre for Settlement of Investment Disputes ( <i>Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones</i> )
<b>IJ-UNAM</b>	Insultito de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
<b>ILR</b>	<i>International Law Reports</i> , Cambridge University Press
<b>ILA</b>	International Law Association
<b>J. Int.Arb.</b>	<i>Journal of International Arbitration</i> , Kluwer Arbitration
<b>LAASP</b>	Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios Públicos
<b>Ley Modelo</b>	Ley Modelo de UNCITRAL
<b>LGBN</b>	Ley General de Bienes Nacionales
<b>LOPS</b>	Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas
<b>LOPS</b>	Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas
<b>México</b>	Estados Unidos Mexicanos
<b>Pemex</b>	Petroleos Mexicanos
<b>Rep. IAW</b>	<i>Reports of International Arbitral Awards</i> , United Nations, 2006.
<b>Rev Arb.</b>	<i>Revue de l'Arbitrage</i> ; Kluwer Law International
<b>SC. Can.</b>	Suprema Corte de Canadá
<b>SC EUA</b>	Suprema Corte de EUA

<b>SCJN</b>	Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
<b>Sem. JF</b>	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
<b>S. Int. Arb.</b>	<i>Swiss International Arbitration Law Reports</i> , Juris Publishing
<b>TCC</b>	Tribunal Colegiado de Circuito
<b>TFS</b>	<i>Tribunal Fédéral Suisse</i> (Tribunal Federal Suizo)
<b>UN DOC</b>	Documento de las Naciones Unidas
<b>UNCITRAL Arb.</b>	Arbitraje Ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL
<b>UNCITRAL</b>	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
<b>v</b>	versus
<b>Vol.</b>	Volúmen
<b>Y. Com.Arb.</b>	<i>Yearbook Commercial Arbitration</i> , Kluwer Arbitration
<b>¶</b>	Párrafo
<b>§</b>	Sección

## **INTRODUCCIÓN**

Las disputas resultado de desacuerdos en el marco de las relaciones contractuales son inevitables y, en consecuencia, es de suma importancia la forma en que aquéllas se resuelvan, sobre todo cuando en la relación jurídica existen brechas culturales producto de la diferencia de nacionalidad, y más aun cuando alguna de las partes se encuentra en ventaja frente a otra en razón de que se encuentra investida de poder público para salvaguardar la soberanía y el orden público del Estado; circunstancia presente en las relaciones jurídicas entre particulares y entidades públicas, en las cuales, además, hay diferentes aristas dependiendo de si se trata de un particular con igual nacionalidad a la de la entidad pública con la que contrató o no.

Cuando las negociaciones y otros medios de solución de controversias son infructuosos, únicamente los medios que generan una decisión final vinculante son la opción viable para resolver controversias entre dos o más partes.

El objeto de esta tesis es analizar el marco jurídico regulador de los arbitrajes comerciales, en particular el del arbitraje internacional con intervención con carácter de parte de entidades públicas mexicanas; esto es, empresas paraestatales e incluso organismos centralizados de la administración pública de México.

Si bien anteriormente se han realizado trabajos de investigación respecto de este tema, ha sido de forma reducida: se han enfocado únicamente en el análisis del arbitraje en relación con Pemex, ya sea respecto de procedimientos arbitrales en que este organismo es parte o de la ejecución de acuerdos los arbitrales resultantes; sin embargo, aunque por las actividades propias de Pemex ésta es la principal entidad pública mexicana que suscribe acuerdos arbitrales, no es la única.

Por esta razón, el tema que se presenta en esta tesis es de sumo interés, dado que se aborda el arbitraje de manera amplia, sin limitarlo únicamente a una institución paraestatal o dejando fuera del análisis a las entidades públicas centralizadas como

sujetos de arbitrajes comerciales internacionales. Así, un estudio integral y detallado del tema nos permitirá establecer sus componentes, así como los elementos específicos que se presentan cuando los involucrados son los particulares y la administración pública mexicana, ya sea en la celebración de acuerdos arbitrales, durante el procedimiento arbitral y en el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo resultante del mismo.

## I. PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Hoy en día, en el mundo globalizado, no sólo los particulares, en especial los comerciantes, sino incluso los Estados, buscan resolver sus controversias de una manera eficiente: una de las ventajas que ofrece el arbitraje, obtener una resolución definitiva a la controversia obligatoria para las partes.

Si bien éste es un medio de solución de controversias tan añejo como la cultura romana, hace algunos años no era muy aceptado por las cortes estatales, pues se creía que éstas perdían poder al otorgar a un tercero la facultad de decidir sobre ciertas controversias jurídicas que les competían. Sin embargo, desde hace un tiempo se ha empezado a aceptar que en ciertos ámbitos el arbitraje es el medio idóneo para resolver controversias, incluso aquéllas entre Estados y particulares.

### 1.1 Arbitraje como Medio Alternativo de Solución de Controversias

Sin duda, al surgir una controversia por incumplimiento de una obligación, el primer foro que tenemos para solucionarla es un procedimiento jurisdiccional conducido por uno de los poderes del Estado, encargado de dictar resoluciones vinculantes para las partes<sup>1</sup> y siempre respaldado por el *imperium*.

Así, dichos procedimientos son dirigidos generalmente por tribunales estatales que “existen y son mantenidas por el estado para proveer a las partes de un servicio de resolución de disputas. Es una manifestación del poder del estado y de la responsabilidad del estado.”<sup>2</sup>

Empero, frente a la solución jurisdiccional de controversias, existen algunos otros métodos fundamentados en la libertad contractual de los particulares, mediante los

<sup>1</sup> OVALLE FAVELA, JOSÉ; *Teoría General del Proceso*; Ed. Oxford; Mexico, 2007; § 1.4.5.

<sup>2</sup> LEW, JULIAN *et al.*; *Comparative International Arbitration*; Kluwer Law International; Países Bajos, 2003; ¶1-8

cuales se puede obtener una resolución a las disputas y, en consecuencia, con el presupuesto de que el poder legislativo ha concedido la facultad para ello, el propio Estado puede someterse a alguno de estos métodos alternativos.

Estos métodos comúnmente son conocidos como Métodos Alternativos de Solución de Controversias, conocidos por las siglas “ADR” por su nombre en inglés (*Alternative Dispute Resolution*).

Dentro de los métodos heterocompositivos de solución de controversias, como lo señala el doctor Ovalle Fabela<sup>3</sup>, se encuentra el arbitraje, el cual es similar al litigio frente a autoridad judicial en cuanto a que en ambos existe la obligación para todas las partes de la controversia de observar y cumplir la resolución final dictada por el órgano imparcial -que puede ser unitario o colegiado- que los interesados hayan señalado<sup>4</sup> como medio para poner fin a sus disputas, sin necesidad de acudir a un corte constituida en virtud de la ley<sup>5</sup>.

Sin embargo, aun cuando normalmente al arbitraje se le tiene como un método alternativo para la solución de controversias, hay ciertos autores que han desarrollado una postura tendiente a no considerarlo así.

Mayormente se considera que el arbitraje es alternativo a la jurisdicción estatal, aunque éste no es el único medio alternativo, pues también encontramos a la negociación, la mediación, la conciliación, los Comités de Solución de Controversias (*Dispute Boards*) y el mini juicio (*mini trial*), entre otros. Sin embargo, en contraste con estos últimos, el arbitraje ofrece la ventaja de la obligatoriedad del cumplimiento de su resolución, por lo que este método presenta el mismo carácter vinculante que ofrece el litigio.

<sup>3</sup> OVALLE FAVELA, JOSÉ; *Op. cit.*; § 1.4.4.

<sup>4</sup> El elemento de la libertad contractual con que cuentan de las partes es la base de la autonomía de las partes y lo que nos parece trazar la línea distintiva con el litigio ante tribunal estatal.

<sup>5</sup> REDFERN, ALAN & HUNTER, MARTIN; *Law and Practice of International Commercial Arbitration*; Sweet & Maxwell; Reino Unido, 2004;¶ 1-01

### **1.1.1 El arbitraje como medio alternativo de solución de controversias**

Como ya se mencionó, se suele fundamentar el carácter alternativo del arbitraje como medio de solución de controversias en la naturaleza privada de éste.

El arbitraje se basa en un acuerdo entre las partes -denominado “acuerdo arbitral”- y por tanto conlleva la misma naturaleza que cualquier contrato privado.<sup>6</sup> Como consecuencia, si se atiende el criterio de que el carácter alternativo del arbitraje se deriva de la esencia privada de aquello que lo origina, definitivamente el arbitraje se clasifica como un medio *alternativo* de solución de controversias.

### **1.1.2 El arbitraje como medio no alternativo de solución de controversias**

Existen corrientes que excluyen al arbitraje como medio alternativo de solución de controversias ya que, al igual que la labor de los órganos estatales jurisdiccionales, –colegiados o no-, implica un procedimiento que resuelve una mediante una resolución definitiva creadora de norma jurídica vinculatoria para las partes.

Aunque se reconoce que el arbitraje es alternativo a las cortes estatales, pero con la ventaja de ser privado y contar con mayor flexibilidad procesal, el rol del tribunal arbitral es finalmente el mismo que el del juez estatal que concluye con igual resultado,<sup>7</sup> en tanto que otros métodos como la conciliación y la mediación -similares al arbitraje por algunas de sus características- no tienen conclusión similar, pues los conciliadores o mediadores, según sea el caso, no tienen la facultad de imponer a las partes una solución a la controversia.

En esta lógica, los detractores del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias conceden el carácter de “alternativo” únicamente a aquéllos que

---

<sup>6</sup> LEW, JULIAN *et al*; *Op cit.*;¶ 1-10

<sup>7</sup> REDFERN, ALAN & HUNTER, MARTIN; *Op.cit.*;¶ 1-71

proveen un resultado no vinculatorio para las partes<sup>8</sup> y, por tanto, el arbitraje no es uno de ellos.

## **1.2 Delimitación del arbitraje comercial**

El tema de la delimitación del arbitraje comercial parecería un tema sencillo, mas al analizarlo a detalle surgen aspectos como: a) la carencia en los instrumentos nacionales, así como en los internacionales de la definición del término “comercial”; b) la divergencia dentro del derecho positivo y de la teoría del derecho mexicanos entre los términos “comercial” y “mercantil”; c) el hecho de que la actuación estatal puede transformar un acto en administrativo y cambiar su regulación bajo el ámbito del derecho público; y d) el establecimiento de límites y diferenciación entre el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversión.

Ni los ordenamientos legales nacionales ni internacionales establecen una definición del término “comercial” o una delimitación que determine qué se encuentra dentro de la regulación comercial y qué no, y en consecuencia, qué puede ser sometido al arbitraje comercial y qué no.

Esta omisión toma capital importancia al momento del reconocimiento y ejecución de laudos internacionales, en virtud de que la Convención de Nueva York establece en la segunda parte del tercer párrafo del artículo I que:

Podrán (los estados contratantes) también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

Así el artículo citado arroja que es posible limitar la aplicación de la Convención de Nueva York al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales surgidos de litigios de relaciones jurídicas comerciales internacionales.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*

Por su parte, la Ley Modelo, en uno de sus pies de página, si bien no establece una definición, sí proporciona un marco conceptual que incluye qué comprende el término “comercial”<sup>9</sup> mas éste es de poca ayuda para nuestro propósito, pues aun cuando México adoptó la Ley Modelo mencionada, no incorporó a su derecho el contenido del pie de página aducido, como se hizo con otros conceptos cuya definición se integró en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

Con respecto al derecho mexicano, si bien es cierto que el Derecho mercantil es la rama que regula al comercio, Jorge Barrera Graf expone que este último no se encuentra circunscrito únicamente al Derecho mercantil, y a su vez el Derecho mercantil regula otras actividades que en sí no son comerciales desde un punto de vista teórico.<sup>10</sup> Es decir, el comercio en ocasiones rebasa los límites del Derecho mercantil y este último regula más que actividades comerciales.

En atención a la semántica, el término “comercial” está relacionado con el término “mercantil”; empero, nuestro Código de Comercio hace referencia tanto a actos de comercio (artículo 75) como a operaciones comerciales (artículo 3), mas no por ello está de más cuestionar si todos aquellos actos enunciados por el Código de Comercio tienen naturaleza comercial.

En principio, el término “comercial” hace referencia a actos que implican intermediación y especulación, sin embargo, el término “comercial” pertenece –al menos en México- mas al terreno teórico, mientras que “mercantil” es propio del

---

<sup>9</sup> “Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”

<sup>10</sup> BARRERA GRAF, JORGE; *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Porrúa; México, 2008; Pags. 1, 2. Barrera Graf explica que muchas veces pueden ser pagados los honorarios de profesionistas con algún título de crédito y por lo tanto estar sujeto este documento a la ley mercantil, sin que la relación contractual entre las partes sea de naturaleza comercial.

ámbito normativo. “Mercantil” refiere actos que así como efectivamente podrían ser comerciales en el sentido de tener carácter especulativo, de igual forma podrían carecer de éste, a pesar de que el propio Código de Comercio los califique como “actos de comercio”. Así, queda claro que los actos de comercio no necesariamente implican ánimo de especulación de ambas partes, y el término “mercantil” abarca más que el término “comercial” que exige ánimo de especulación por parte de todos los involucrados.

Nuestro Código de Comercio no sólo presenta un criterio objetivo para determinar qué se considera acto de comercio (un criterio objetivo implica que la legislación establece expresamente una relación de supuestos considerados actos de comercio), sino que el Código de Comercio dispone también que basta con que una sola de las partes de la relación jurídica realice un acto mercantil (con ánimo de especulación), para que la controversia surgida de dicha relación jurídica se deberá regular por las leyes mercantiles;<sup>11</sup> así, la intención de quienes participan en la relación jurídica determina si nuestro Código de Comercio es la ley aplicable para regular el acto involucrado, incluyendo también un criterio subjetivo, ya que toma en cuenta a los sujetos de la relación.

Es cierto que algunos actos no estrictamente comerciales son regulados por el Código de Comercio, mas es aventurado decir que existen actos de comercio fuera del ámbito de aplicación del Código de Comercio, pues éste no sólo estipula (en su artículo 3) quiénes son comerciantes, empleando un criterio subjetivo, sino que amplía el ámbito de los actos de comercio a través de lo establecido en su artículo 75 que en su última fracción prevé:

“Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

*XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.*

<sup>11</sup> El Código de Comercio, en su Artículo 1050 estipula: “Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.”

*En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial.”*

Otorgando así la naturaleza de mercantiles a cualquier acto que se apegue a lo descrito, incluso a los que no están enunciados específicamente como de naturaleza comercial, sin importar que no impliquen especulación o intermediación con la finalidad de obtener un lucro, característica inherente de los actos comerciales.

En estos términos, se concluye que los actos donde participa un comerciante, cuya intención sea la especulación, aunque la otra u otras partes no presenten ánimo de lucro, sí se considera acto comercial.

Como resultado de este análisis se puede afirmar que nuestro Código de Comercio tiene un carácter objetivo predominante en lo que respecta a la determinación de los actos mercantiles, pero también presenta un ánimo subjetivo que permite que el citado Código regule otras actividades además de las estrictamente comerciales.

Luego entonces para efectos de aplicación de la Convención de Nueva York ¿debemos tener por comerciales todos los actos que pudieren colocarse en el ámbito de regulación de la legislación mercantil mexicana?

La respuesta parece ser afirmativa y, aunque debe realizarse un breve análisis caso por caso, siempre se debe intentar dar al término “comercial” la más amplia interpretación conceptual posible,<sup>12</sup> más aun cuando estamos frente a una relación internacional pues “lo que no es comercial en relaciones jurídicas domesticas puede ser considerado como comercial para el propósito de la Convención.”<sup>13</sup>

Como ya se mencionó, en caso de que el acto en sí conlleve una actuación por parte del Estado, tendríamos consecuentemente que realizar un análisis bajo la óptica del

<sup>12</sup> Tal como lo establece la Ley Modelo, pues ésta en el pie de página ya aducido establece “*Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no*”

<sup>13</sup> VAN DEN BERG, ALBERT JAN; *The New York Arbitration Convention of 1958*; Kluwer Law International; Países Bajos, 1981; Pag. 54

derecho administrativo y del orden público, a fin de determinar si se permanece dentro del ámbito comercial o no. Comúnmente se tiene como administrativo todo contrato que realice la administración pública, más la SCJN acertadamente ha sostenido un criterio en contrario<sup>14</sup> que interpreta que la naturaleza del contrato dependerá de la relación que el Estado constituya con la otra parte: esto es, si es una relación de supra-subordinación o de coordinación con los particulares.

Finalmente, corresponde analizar el tema de la diferencia entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión. En cuanto al procedimiento, ambos están sometidos a los mismos principios procesales y tienen los mismos objetivos. Respecto de sus diferencias, definitivamente hay elementos disímiles entre ellos, por ejemplo, la publicidad de las decisiones: transparencia en el arbitraje de inversión, frente a la confidencialidad que se suele manejar en el arbitraje comercial;<sup>15</sup> el derecho aplicable a la disputa<sup>16</sup>, entre otros aspectos, sin embargo, la principal distinción entre ambos sistemas arbitrales se centra en la fuente de la obligación de someterse al arbitraje, tal como lo establece Nigel Blackaby:

En arbitraje comercial, la fuente del consentimiento al arbitraje usualmente se encuentra en la cláusula arbitral del contrato (la “clause compromissoire”). Ocasionalmente puede encontrarse en un acuerdo que refiera una controversia a arbitraje a través de un convenio arbitral (el “compromis”)... En un arbitraje de inversión, el consentimiento del estado es demostrado a través de una oferta abierta a someter a arbitraje las controversias con los inversionistas que tienen

<sup>14</sup> Tesis Aislada P. IX/2001; SCJN Pleno, Novena Época; Sem. JF; Abril de 2001; Pag. 324

<sup>15</sup> Si bien es un principio en el arbitraje comercial que ha servido como promotor del arbitraje, no se puede tener como un principio procesal pues la violación de este no conlleva una violación del procedimiento, aunque sí podría acarrear futuras disputas en el área de la responsabilidad extracontractual y muchas veces depende de las estrategias que tengan las partes o de que el procedimiento pueda llegar a ventilarse en un tribunal en la etapa de ejecución y reconocimiento del laudo.

<sup>16</sup> Nigel Blackaby explica que en el arbitraje comercial, el derecho aplicable tienen su fuente en la elección de las partes, en el arbitraje de inversión el derecho ya está predeterminado, muchas veces siendo las normas jurídica contenidas en el tratado de inversión la referencia inmediata para resolver la disputa y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el ordenamiento para la interpretación de aquéllas. Ver BLACKABY, NIGEL; *Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphin and the Shark)*, en *Pervasive Problems in International Arbitration* (edt. Miltelis, Loukas *et al.*); Kluwer Law International; Países Bajos; Pag. 222

una nacionalidad de otro estado soberano en relación con definidos tipos de inversiones”.<sup>17</sup>

El arbitraje comercial se encuentra en el ámbito del derecho privado, ya que tiene su origen en la libertad contractual de las partes<sup>18</sup>, mientras el arbitraje de inversión pertenece al ámbito del derecho internacional público, pues es el Estado quien acepta someterse a un procedimiento arbitral con sujetos indeterminados de cierta nacionalidad extranjera que cumplan con las condiciones previstas en el tratado para dirimir una controversia surgida por el incumplimiento del Estado a lo pactado en el mismo tratado de inversión.<sup>19</sup>

Por lo tanto, el Estado puede ser parte en ambos tipos de arbitraje –como se expondrá a la largo del presente trabajo– pero la forma en la que actúa en cada uno de ellos es diametralmente distinta: actúa se desenvuelve en una relación de coordinación el caso del arbitraje comercial y en una de supra-subordinación en el caso del arbitraje de inversión.

### **1.3. Acuerdos arbitrales**

El profesor Alan Hunter afirma que “El acuerdo para arbitrar es la piedra angular del arbitraje comercial internacional”<sup>20</sup>, pues de éste depende el accionar la maquinaria procesal del arbitraje. Como anteriormente se explicó, el poder recurrir al arbitraje comercial depende de que las partes, en uso de su libertad contractual, decidan renunciar a la justicia que provee el Estado mediante sus jueces y tribunales para que, en su lugar, un órgano privado resuelva su controversia; el efecto del acuerdo arbitral es “que la controversia no deberá ser ventilada ante cortes estatales en contra de la

<sup>17</sup> *Ibidem*; Pag. 218

<sup>18</sup> Tesis No. 1a. CLXX/2009, Novena Época, SCJN Primera Sala; Sem. JF, XXX; Septiembre de 2009.

<sup>19</sup> . BLACKABY, NIGEL; *Op.Cit*; Pag. 219. Ver también GARNETT, RICHARD; *National Court Intervention In Arbitration as an Investment Treaty Claim*, en ICLQ, Vol. 60, Abril del 2011; Pags 485

<sup>20</sup> REDFERN, ALAN & HUNTER, MARTIN; *Op.cit.*;¶ 3-01

voluntad de una parte sometida a un acuerdo arbitral y la corte deberá renunciar a conocer de esta”.<sup>21</sup>

Este acuerdo puede revestir dos formas:

- Cláusula arbitral y
- Compromiso arbitral.

Si bien una de las diferencias entre ambos tipos de acuerdos puede ser la extensión de éstos, la principal distinción está en el momento en que el acuerdo es celebrado por las partes: la cláusula arbitral es celebrada cuando la controversia aún no ha surgido, luego es un convenio sujeto a una condición suspensiva negativa, una expectativa para el caso de incumplimiento de alguna obligación contractual e inclusive extracontractual; por su parte, el compromiso arbitral surge cuando ya ha surgido una controversia entre las partes y deciden renunciar a la justicia estatal para resolver su controversia mediante este medio de solución de disputas<sup>22</sup>.

Esta distinción es menos sutil de lo que parece, ya que en uno y otro tipo de acuerdo arbitral existe diversa intención; en el convenio arbitral las partes lo celebraran únicamente con la finalidad de solucionar una controversia ya surgida, por lo que estas tienen en claro el objetivo de acudir al arbitraje para resolver una disputa en particular; en cambio, la cláusula arbitral es insertada en el contrato pensando en ésta como la cláusula menos deseada y tal vez la menos importante, pues su objetivo es solucionar incumplimientos futuros de las partes, no obstante nadie celebra un contrato pensando en su incumplimiento. Por ello se ha dicho que:

“Las cláusulas arbitrales son usualmente cortas, mientras los convenios arbitrales son usualmente largos. Esto no es por ningún requisito legal en particular. Esto es simplemente un reflejo de las situaciones. Una cláusula arbitral que trata con

<sup>21</sup> KURKELA MATTI S.; *Due Process in International Commercial Arbitration*; Oceana Publications, Inc.; EUA, 2005; Pag. 68

<sup>22</sup> Tesis Aislada 1a. CLXXI/2009, SCJN Primera Sala, Novena Época; Sem. JF XXX, Septiembre de 2009; Pag. 426

disputas que pueden surgir en el futuro usualmente no entra en mucho detalle, pues no se sabe qué tipo de disputas podrían surgir y como es mejor tratar con ellas.”<sup>23</sup>

Ahora bien, la naturaleza del acuerdo arbitral, según muchos autores, es el de un poder otorgado al tribunal arbitral para resolver las controversias surgidas o que puedan surgir entre las partes; es un poder especial otorgado al tribunal con la facultad de emitir una decisión vinculante para las partes respecto a la o las controversias sometidas a este órgano privado, cuyo límite se encuentra definido por el propio acuerdo entre las partes<sup>24</sup>, así como por la compatibilidad de este poder con la ley sustantiva que se aplicará al fondo de la controversia.<sup>25</sup>

A este respecto, Matti Kurkela expresa que el acuerdo arbitral es un acuerdo *sui generis*, pues trata principalmente de aspectos procesales, es un “instrumento para la ejecución del mismo acuerdo”.<sup>26</sup>

Se ha determinado que la naturaleza del acuerdo arbitral le otorga dos efectos: a) uno positivo, consistente en obligar a las partes a resolver sus controversias mediante un procedimiento arbitral<sup>27</sup>, del cual surge el principio de *Kompetence-Kompetence* [ ver *infra* 1.4.1 ]; y b) otro negativo, que prohíbe a las cortes tener competencia, por lo menos por lo que respecta a la decisión del fondo de la controversia, lo que da pie al reconocimiento del principio de “competencia excepcional de las cortes estatales”.<sup>28</sup>

Respecto de la cláusula arbitral, se presentaban ciertas dificultades para determinar su independencia respecto del contrato donde fue insertada esta cláusula. Claro está que existen ciertas obligaciones y acuerdos que subsisten a la terminación de un contrato (por ejemplo la pena convencional y la cláusula arbitral) pues su finalidad es

<sup>23</sup> REDFERN, ALAN & HUNTER, MARTIN; *Op.cit.*; 3-02

<sup>24</sup> CLARKSON, C.M.V. Y HILL, JONATHAN; *The Conflict of Laws*; Oxford University Press; EUA, 2006; Pag. 251

<sup>25</sup> KURKELA MATTI S.; *Op. cit.*; Pag. 66

<sup>26</sup> *Ibidem*; Pags. 65- 66

<sup>27</sup> GAILLARD, EMMANUEL Y SAVAGE, JOHN; *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*; Kluwer International Law; Países Bajos, 1999; ¶ 625

<sup>28</sup> *Ibidem*; ¶ 661- 662

la de ser ejecutados por el incumplimiento de alguna de las partes, pero entonces surge el cuestionamiento de cuál es la validez de una cláusula cuando el resto del contrato entre las partes no es válido, aun cuando aquélla fue diseñada para fases post-contractuales.

Es por lo anterior que se determinó la necesidad de establecer un principio por el cual la cláusula arbitral tuviera independencia, lo que la doctrina conoce como “autonomía de la cláusula arbitral”. [ver *infra* 1.4. 2]

En esta misma lógica, la cuestión de los requisitos de validez del acuerdo arbitral ha sido objeto de debate, en especial lo relativo a la determinación de la ley aplicable que regule los requisitos de validez referidos. Así, la pregunta pertinente es si en caso de existir una cláusula arbitral ésta debe regirse por la misma ley aplicable que la del contrato. En principio, la respuesta parece ser afirmativa, sin embargo ¿qué efectos tendría el aplicar una ley sustantiva diferente a la validez de la cláusula arbitral que la del lugar del arbitraje? Esto depende de si se señala de manera expresa o no la ley aplicable a la cláusula arbitral ya que de no haber pacto expreso respecto de ello, entonces se debe tener por aplicable la ley del lugar del arbitraje.

Esto se ve ilustrado por el artículo V.1.a) de la Convención de Nueva York, el cual prevé:

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia.

Así, al momento de la “ejecución del laudo, el juez aplicará al acuerdo arbitral la ley elegida por las partes o la *lex arbitri*.”<sup>29</sup>

En consecuencia, la aplicación de la ley sustantiva de formación del contrato se ve frenada por el principio de autonomía de la cláusula arbitral en cuanto a su aplicación a los requisitos de validez de la misma cláusula.

Bajo esta lógica, suele ser materia de conflicto de leyes el determinar la ley aplicable al contrato y/o a la cláusula arbitral cuando no se especifica de manera expresa la ley sustantiva aplicable al contrato y/o no se pacta el lugar del arbitraje. Debido a esto Clarkson y Hill sostienen que:

Si el contrato contiene una elección expresa de ley, la ley elegida deberá gobernar la cláusula arbitral... Si las partes no realizaron una elección expresa de ley aplicable y no designaron lugar de arbitraje [...] la ley que debe ser aplicada al arbitraje es, de acuerdo con los principios generales, la ley del país con la cual esté más conectado.<sup>30</sup>

Como bien sostienen los autores de mérito, el elegir una ley diferente a la de la sede del arbitraje como ley aplicable a la validez de la cláusula arbitral, podría acarrear numerables problemas respecto a la ejecución del laudo, sin embargo el resultado de un verdadero análisis de los puntos de contacto con la cláusula arbitral no puede arrojar otro resultado que la aplicación de la *lex sitae arbitri*, conforme a la cual se deberá emitir el laudo.

En atención a esto, la Convención de Nueva York prevé la “supremacía del principio de libertad contractual sobre el concepto territorial de arbitraje”,<sup>31</sup> y a falta de la elección

---

<sup>29</sup> PEREZNIETO CASTRO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES; *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*; Ed. Limusa; Pag. 107

<sup>30</sup> CLARKSON, C.M.V. Y HILL, JONATHAN; *Op.cit.*; Pag.

<sup>31</sup> VAN DEN BERG, ALBERT JAN; *Op.cit.*; Pag. 282

hecha bajo la libertad contractual, se deberá aplicar al acuerdo arbitral la ley del país donde el laudo fue emitido.

Por otro lado, el acuerdo arbitral, ya sea en su forma de cláusula arbitral o de convenio arbitral, normalmente no requiere más formalidad que estar por escrito; requisito sustentado en el artículo II de la Convención de Nueva York.

En palabras de van den Berg, este requisito juega un papel importante en dos momentos: a) al momento en que el acuerdo sea ejecutado por una corte; y b) al momento del reconocimiento y ejecución del laudo, pues el acuerdo arbitral debe ser válido para que su resultado, el laudo, también pueda tener dicho carácter.<sup>32</sup>

A esto cabe adicionar que cuando la Convención de Nueva York menciona el término “por escrito”, se refiere a un acuerdo arbitral contenido en un contrato –cláusula arbitral–, en un documento firmado por las partes o a cualquier intercambio de comunicaciones por fax, telex u otro medio similar.<sup>33</sup> Es importante hacer énfasis que para muchos autores el requisito “por escrito” únicamente es un requisito de forma que no afecta la validez sustancial (*sustancial validity*) del acuerdo arbitral, ni mucho menos interfiere con la existencia de éste.<sup>34</sup>

Este requisito de que sea haga por escrito, no sólo tiene la función de asegurar que las partes que celebraron un contrato estén conscientes de que también celebraron un acuerdo arbitral<sup>35</sup>, sino también de que pueda probarse la existencia de éste.<sup>36</sup>

Es por esto, y en aras del principio *in favorem validitatis*, que la mayor parte de las cortes estatales de los países signatarios de la Convención de Nueva York han coincidido en que este requisito es el único que debe exigirse respecto de la forma del

<sup>32</sup> VAN DER BERG, ALBERT JAN; *Op. cit.*; Pag 170

<sup>33</sup> Si bien la convención de Nueva York no habla de correo electrónico se ha entendido por analogía que este medio también puede estar incluido en la posibilidad de que el acuerdo arbitral se otorgue por el intercambio de estos.

<sup>34</sup> VAN DER BERG, ALBERT JAN; *Op. cit.*; Pag. 177

<sup>35</sup> *Ibidem*; Pag. 171

<sup>36</sup> *Ibidem*; Pag.181

acuerdo arbitral; tal como dice van den Berg: este requisito se debe tener como “el máximo y mínimo requisito: una corte no puede requerir más, pero tampoco aceptar menos que lo previsto en el artículo II (2).”<sup>37</sup>

Al igualar el trato de la cláusula arbitral a la de un contrato, la interpretación de dicha cláusula debe realizarse en los mismos términos de un contrato, esto es, analizando la intención de las partes al momento de la celebración de la cláusula arbitral,<sup>38</sup> y así, en caso de presentarse alguna patología en la cláusula u oscuridad en la misma el tribunal arbitral o la corte estatal, según sea el caso, podrá determinar con mayor facilidad la subsistencia de la misma.

Finalmente, con respecto a la naturaleza de los acuerdos arbitrales, cabe decir que, de inicio habría que clasificarlos dentro de los convenios mercantiles o de los convenios civiles dependiendo la naturaleza de la relación jurídica que da origen al acuerdo arbitral, es decir, a la relación jurídica de la cual surgirá la controversia, por lo que la naturaleza jurídica del acuerdo arbitral estaría supeditada a la de la relación jurídica original. Empero, es nuestra postura que debido al “principio de autonomía de la cláusula arbitral” [ver *infra* 1.4.2 ] y a que consideramos que su objeto es la renuncia a resolver una controversia ante los tribunales estatales, los acuerdos arbitrales, sea en su forma de cláusulas arbitrales o sea en convenios arbitrales, tienen una naturaleza que más bien atiende a un tercer tipo: los “convenios procesales”<sup>39</sup>.

Esta conclusión surge al analizar de cerca los convenios arbitrales y observar que su naturaleza impacta directa y únicamente en la jurisdicción del tribunal arbitral, la conducción del procedimiento arbitral y los límites de este; con lo cual su existencia en nada se relaciona con las relaciones jurídicas mercantiles o civiles que le dieron origen, lo cual nos lleva a atribuirle una naturaleza procesal.

---

<sup>37</sup> *Ibidem.*; pag. 179

<sup>38</sup> *X. GmbH v. Y. Corporation*; TFS; 29 de febrero de 2008; Case No. 4A\_452/2007; S. Int. Arb., Vol. 2, 2008.

<sup>39</sup> Consideramos que los Convenios de Transacción también pertenecen a esta clasificación, pues estos únicamente ponen fin a una controversia presente o futura, por lo que no se le puede atribuir características civiles o mercantiles.

La creación e interpretación de los convenios procesales debe atender a los principios generales de los contratos del mismo modo que se hace con los convenios mercantiles y civiles; sin embargo, su especialización es lo que hace que el derecho y los principios aplicables a los convenios arbitrales y a al procedimiento que deriva de ellos, sean tan particulares.

#### **1.4 Principios de Arbitraje**

El arbitraje como procedimiento está basado en principios procesales, algunos generales a todos los procedimientos para la solución de controversias y otros que han sido creados en particular para el correcto funcionamiento de esta institución procesal, entre estos los más importantes y reconocidos tanto doctrinalmente como por las cortes estatales y la mayoría de las legislaciones de todo el mundo: el principio de “Kompetenz-Kompetenz” y el de “autonomía de la clausula arbitral”, cuya función principal es dotar al procedimiento arbitral de autonomía y de una competencia mínima a los árbitros para dar sentido a la elección hecha por las partes en ejercicio de su libertad contractual.

Por otro lado existen otros principios que, si bien yacen dentro del procedimiento arbitral, no son particulares al arbitraje, no obstante es importante hacer mención de ellos por su importancia: igualdad procesal de las partes y celeridad procesal.

##### **1.4.1 *Kompetenz-Kompetenz***

Todo procedimiento para dirimir una controversia de manera definitiva entre dos partes debe de dotar a los encargados de emitir la resolución final de un poder mínimo para garantizar que realmente gocen de cierta independencia en el procedimiento que dirigen. Es por esto que se ha reconocido prácticamente alrededor de todo el mundo que los tribunales arbitrales cuentan con una facultad inherente<sup>40</sup>

<sup>40</sup> BLACKABY NIGEL & PARTASIDES, CONSTANTINE; *Redfern and Hunter on International Arbitration*; Oxford University Press; Mexico, 2009;¶ 5.99

para resolver la controversia, lo que se conoce como *Kompetenz-Kompetenz* (por su origen alemán)<sup>41</sup> o competencia sobre la competencia.

La importancia de este principio se encuentra en que, bajo su amparo, el tribunal arbitral se encuentra facultado para establecer “quién decide qué”<sup>42</sup> respecto de la competencia para oír de una controversia, lo que conlleva a que nos enfrentemos con aspectos importantes a determinar en la aplicación del principio de “*Kompetenz-Kompetenz*”: uno relacionado al tiempo y otro a la finalidad<sup>43</sup>; en otras palabras, al analizar dicho principio se debe marcar una clara línea entre ¿quién puede? y en ¿qué momento procesal debe?

El alcance y los tiempos para el ejercicio de esta facultad varían de país a país, por lo que William W. Park habla del principio de *Kompetenz-Kompetenz* como uno que “posee una cualidad camaleónica que cambia de color de acuerdo con el trasfondo nacional o la institución que se aplique.”<sup>44</sup>

Por lo anterior, el mismo Park engloba en tres las tendencias de interpretación que las cortes estatales y las legislaciones han dado al principio de *Kompetenz-Kompetenz*. Primero, se encuentra la tendencia de que, si bien el árbitro cuenta con competencia para determinar si tiene o no competencia para resolver la controversia, su decisión no es final y no restringe las reflexiones -y, finalmente, decisiones- que las cortes estatales puedan llegar a tener al respecto<sup>45</sup>. La segunda tendencia, se basa en la concepción francesa de que las cortes estatales pueden intervenir en la determinación de la existencia de competencia por parte de los tribunales arbitrales pero únicamente antes de la constitución del tribunal arbitral o después de emitido el laudo, permitiéndole al tribunal arbitral únicamente poder decidir durante el procedimiento

<sup>41</sup> El principio “*Kompetenz-Kompetenz*” fue por primera vez considerado por un tribunal estatal en el año de 1955 donde el entonces Tribunal Superior de la República Federal Alemana considero su aplicación a los acuerdos arbitrales.

<sup>42</sup> PARK, WILLIAM; *The Arbitrator’s Jurisdiction to determine Jurisdiction*, en *International Arbitration 2006: back to basics*; ICCA Congress Series-2006, Vol.13; KluwerLaw International; Países Bajos, 2007; Pag. 4

<sup>43</sup> *Ibidem*; Pag. 4

<sup>44</sup> *Idem*

<sup>45</sup> *Ibidem*; Pag. 24

sobre las impugnaciones realizadas por las partes respecto de su competencia.<sup>46</sup> Finalmente, la tercera tendencia, misma que dio origen al principio<sup>47</sup> de referencia, establece que las partes pueden convenir otorgar exclusivamente al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre su competencia, con lo que la determinación de este órgano será la decisión final al respecto<sup>48</sup>.

Es de mencionar que la Ley Modelo de CNUDMI adoptó la primera tendencia; esto se ve en su artículo 16, mismo que se corresponde con al artículo 1432 del Código de Comercio, y que permiten al tribunal arbitral no sólo realizar un análisis de su competencia a raíz de una objeción presentada por una de las partes, sino también por una simple duda razonable que le surja al respecto.<sup>49</sup>

En este orden de ideas, cabe hacer una distinción importante en cuanto a la aplicación de este principio respecto de lo que debe entenderse por competencia y por admisibilidad pues, como establece Jan Paulsson: “Erróneamente clasificar aspectos de admisibilidad como de competencia puede resultar en una injustificada extensión del ámbito de impugnación del laudo, y frustrar las expectativas de las partes de que su disputa se decida por un tribunal neutral.”<sup>50</sup>

Es ahí donde se encuentra la importancia de distinguir la competencia de la admisibilidad, línea que si bien es bastante delgada, ayuda a evitar la interferencia de las cortes estatales en temas de admisibilidad, pues la única revisión que éstas pueden y deben llevar a cabo es respecto de temas de competencia; mas encontrar ésta, muchas veces microscópica frontera, puede ser complicado.

<sup>46</sup> *Ibidem*; Pag. 26

<sup>47</sup> Si bien en Alemania fue donde surgió este principio y lo hizo bajo esta tendencia, la legislación alemana ha abandonado esta concepción del principio de “*Kompetenz- Kompetenz*” al adoptar la ley modelo de UNCITRAL en 1998, así las cortes estatales alemanas también en sintonía con su legislación se han alejado de esta interpretación de dicho principio. Ver *BGH, 13 de enero de 2005, III ZR 265/03* en el que se resolvió que un tribunal estatal puede decidir sobre la competencia del tribunal arbitral sin esperar a que el tribunal haya emitido un laudo.

<sup>48</sup> WILLIAM, PARK; *Op.cit.*; Pag. 29

<sup>49</sup> DORE ISAAK I.; *The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective*; Graham & Trotman Limited; Reino Unido, 1993; Pag. 111

<sup>50</sup> PAULSON, JAN; *Jurisdiction and Admissibility*, en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*; ICC Publishing, Publication 693; Noviembre, 2005; Pag 601

Paulsson concluye que para determinar si estamos frente a una impugnación relacionada con competencia del tribunal arbitral o con la admisibilidad de la reclamación, debemos tener en cuenta: a) si el resultado es que la reclamación no puede ser presentada ante un determinado tribunal arbitral, entonces es claramente un tema de competencia, pero b) si se determina que la reclamación no debe ser oída por un tribunal arbitral, o por lo menos no en un momento determinado, estamos frente a un problema de admisibilidad.<sup>51</sup>

#### 1.4.2 Autonomía de la cláusula arbitral

Éste es uno de los principios que constituyen la columna vertebral del procedimiento arbitral en la actualidad, ya que a través de otorgar autonomía a la cláusula arbitral respecto del resto del contrato, ésta se separa de éste y sobrevive<sup>52</sup>, creando una ficción jurídica respecto de la existencia de dos contratos separados, cuando fácticamente se trata de uno solo, mas se busca que “la cláusula arbitral no esté afectada de una invalidez (inexistencia o terminación, etc.) del contrato principal.”<sup>53</sup>

Lo anterior, no significa que la cláusula arbitral no pueda tener los mismos defectos que el contrato principal y que pueda llegar a ser invalida también, mas al ser revisado de manera independiente, si el tribunal arbitral llegase a ver que dicha cláusula es válida, puede entonces entrar al análisis del caso, inclusive declarar invalido el contrato principal o terminado por alguna causa, sin que el poder del tribunal arbitral se vea afectado por dicha invalidez o terminación del contrato principal.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> *Ibidem*; Pag 617

<sup>52</sup> BLACKABY NIGEL & PARTASIDES, CONSTANTINE; *Op. cit.*; ¶2.89

<sup>53</sup> Huber Peter, Part II- *Commentary on the German Arbitration Law (10<sup>th</sup> Book of the German Code of Civil Procedure)*, *Chapter IV-Jurisdiction of the Arbitral Tribunal §1040-Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*, en *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (edt. Böckstegel, Karl-Heinz *et alt.*); Kluwer Law International; Países Bajos, 2007, Pag. 249

<sup>54</sup> *Ibidem*; Pag 250. Ver también BLACKABY NIGEL & PARTASIDES, CONSTANTINE; *Op.cit.*; ¶2.97

### 1.4.3 Igualdad procesal de las partes

Este principio, no privativo del arbitraje, siendo fundamental en todo debido proceso<sup>55</sup>, tiene su principal fundamento en el artículo 18 de la Ley Modelo de UNCITRAL (artículo 1434 de nuestro Código de Comercio) en el que se lee:

“La igualdad procesal es un principio que no sólo implica un trato equitativo a las partes, sin que esto signifique un trato idéntico, más si justo y basado en derecho, otorgando a las partes la misma oportunidad de presentar su caso”<sup>56</sup>, es decir, una respuesta a toda reclamación y una contrarréplica a toda replica.

### 1.4.4 Celeridad procesal

Si bien en otros espacios éste no es un principio tan primordial como los antes mencionados, sí es fundamental en el arbitraje comercial internacional. Claramente este, más que un principio procesal, es un principio promotor del arbitraje, pues su incumplimiento no acarrea ninguna violación de garantías procesales, sin embargo, muchas veces podemos encontrarlo de manera implícita en algunos de los reglamentos de las instituciones arbitrales.

Un ejemplo, es el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la ICC, el cual establece: “El Tribunal Arbitral deberá dictar su laudo final en el plazo de seis meses. Dicho plazo comenzará a correr a partir de la fecha de la última firma, del Tribunal Arbitral o de las partes, en el Acta de Misión...”

Por su parte el Reglamento de Arbitraje de ACICA, en su artículo 26, prevé: “Los periodos de tiempo fijados por el Tribunal para los escritos (incluyendo la demanda y la contestación de demanda) no deberán exceder de 45 días”

<sup>55</sup> KURKELA, MATTI S.; *Op cit.*; Pag. 186

<sup>56</sup> DORE ISAAK I.; *Op.cit.*; pag. 114

Hoy en día se ha cuestionado la verdadera rapidez del procedimiento arbitral, pues algunas veces éste puede llegar a tardar tanto como la primera instancia en un juicio ante cortes estatales; sin embargo la diferencia continúa siendo que un procedimiento arbitral ofrece la ventaja de que las decisiones normalmente no son apeladas<sup>57</sup> y por lo tanto se evita el que la parte perdedora pueda acudir a una segunda instancia, haciéndolo más expedito.

Es por esto que a pesar de la duración del procedimiento y de que muchas veces se pueda retrasar por por tácticas dilatorias de los abogados, previo al inicio del procedimiento o durante el proceso de reconocimiento y/o ejecución del laudo, el arbitraje es adoptado como medio predilecto para la solución de controversias comerciales internacionales, pues, los árbitros tienen el deber de buscar la rapidez procesal, en aras de lograr un equilibrio entre el cotos y el beneficio para las partes.<sup>58</sup>

### **1.5 Lugar del arbitraje y *lex arbitri***

Hablar de la ley que regula el marco jurídico conforme al cual se desarrolla el arbitraje es un tema esencial. Si bien dentro del arbitraje existen tendencias que suelen decir que este procedimiento puede llevarse a cabo sin que exista un vínculo legal entre el procedimiento y un lugar determinado, la realidad es que éste siempre debe existir, ya sea durante el procedimiento o después de él, para pedir la nulidad o el reconocimiento del laudo, así como su ejecución, pues todo poder jurídico con el que cuenta una persona proviene de un orden jurídico nacional.<sup>59</sup>

La ley arbitral que es la base del procedimiento arbitral, normalmente conocida como *lex arbitri*, es “un cuerpo de normas que establecen estándares externos al acuerdo arbitral y a los deseos de las partes para conducir el arbitraje.”<sup>60</sup>

<sup>57</sup> BORN, GARY B.; *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*; Kluwer Arbitration; Países Bajos, 2006; Pag 7

<sup>58</sup> KURKELA, MATTI S.; *Op. cit.*; Pag.185

<sup>59</sup> GOODE, ROY; *The role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, en *Arb.Int.*, 2001, Vol. 17; Pag. 28

<sup>60</sup> BLACKABY NIGEL & PARTASIDES, CONSTANTINE; *Op. cit.*; ¶ 2.08

Sin embargo, si la *lex fori* es para los jueces lo que la *lex arbitri* para los árbitros, esta no reviste únicamente un carácter procesal, pues aun cuando sí trata temas netamente procesales, también puede llegar a abordar asuntos que comúnmente no son clasificados como procesales, por ejemplo, las materias que no pueden ser sometidas a arbitraje.

Es por esto que Kanaga Dharmananda menciona respecto de la *lex arbitri* lo siguiente: “La *lex arbitri* comprende reglas para conducir el arbitraje. Es por sí evidente que la ley que regula el arbitraje, que trata aspectos como acciones precautorias y la forma y validez del laudo, también puede afectar significativamente los derechos de las partes.”<sup>61</sup>

Lo anterior de ninguna manera quiere decir que las normas contenidas en la *lex arbitri* son las únicas normas aplicables al procedimiento, ya que en ocasiones contiene regulación redactada de forma permisiva y sólo aquello que trata temas de derechos procesales son las que se tienen por imperativas.

Es por esto que en un arbitraje administrado por una institución (arbitraje institucional) se tendrán por adoptadas un conjunto de normas que, a diferencia de la *lex arbitri*, contienen en detalle el procedimiento, y en el arbitraje sin institución que lo administre (arbitraje *ad hoc*) existe la posibilidad de adoptar estas normas procedimentales, con la finalidad de obtener la eficiencia que se busca en el procedimiento.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> DHARMANANDA, KANAGA; *The Unconscious Choice- Reflections on Determining the Lex arbitri*, en J.Int.Arb., Vol. 19; Pag. 151

<sup>62</sup> BLACKABY NIGEL & PARTASIDES, CONSTANTINE, *Op. cit.*;¶ 3.48

Ahora, en cuanto a la forma de determinar cuál será el lugar al cual nos vincula la observancia de la *lex arbitri*, existen dos teorías: la de la “deslocalización”<sup>63</sup> y la de “la sede”.

Esta última ha ganado mayor aceptación a nivel mundial, pues busca “que el arbitraje esté gobernado por la ley del lugar en el cual se sostuvo, que es la sede”<sup>64</sup>. Dicha sede puede ser designada por las partes, por el tribunal arbitral, por la institución arbitral o por la ley. Es por esto que reconocidos autores establecen que la sede del arbitraje es el centro de gravedad del procedimiento, sin que esto implique que no puedan llevarse a cabo algunas actuaciones procesales, por ejemplo, audiencias en otros lugares.<sup>65</sup>

El reconocimiento de la teoría de la sede no solamente se debe a un principio de respeto a la territorialidad de los actos, sino también en un principio de eficiencia económica en la solución de las controversias, pues se evita que una controversia sea resulta en múltiples foros.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Esta teoría prevé que se puede llevar a cabo un arbitraje sin necesidad de que exista una sede y por lo tanto la observancia a una *lex arbitri*, pues el simple convenio entre las partes es suficiente para crear una obligación de someter una controversia a arbitraje y que el laudo final sea obligatorio para las partes.

<sup>64</sup> BLACKABY NIGEL & PARTASIDES, CONSTANTINE, *Op. cit.*; ¶ 3.51

<sup>65</sup> BLACKABY NIGEL & PARTASIDES, CONSTANTINE, *Op. cit.*; ¶ 3.54

<sup>66</sup> GOODE, ROY; *Op. cit.*; Pag. 34

## II. LA ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN DERECHO COMPARADO

### 2.1 Arbitrabilidad

En principio de cuentas podemos decir que la arbitrabilidad o inarbitrabilidad, en su caso, es una característica inherente a toda relación jurídica que atiende a la pregunta ¿qué disputas son susceptibles de resolverse mediante arbitraje? Por lo tanto se busca dilucidar qué controversias pueden válidamente solucionarse en la vía arbitral y cuales pertenecen a la exclusiva jurisdicción de las cortes estatales.<sup>67</sup> Esta disertación es un presupuesto necesario al inicio del procedimiento arbitral, sin que esto signifique que los tribunales arbitrales no puedan pronunciarse al respecto.

El concepto de arbitrabilidad cambia de país a país, en especial respecto de sus alcances, empero, es posible identificar ciertos rasgos uniformes de la arbitrabilidad en el arbitraje comercial internacional.

Para algunos autores, esta trata de “la simple pregunta de qué tipos de aspectos pueden y cuáles no pueden ser sometidos a arbitraje y si hay clases específicas de disputas que están exceptuadas de procedimientos arbitrales.”<sup>68</sup>

Para otros, como Carbonneau, la arbitrabilidad establece los límites de la ley y la jurisdicción arbitral, y marca la línea divisoria entre la justicia pública y la justicia privada.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> REDFERN, ALAN & HUNTER, MARTIN; *Op.cit* ; ¶ 2.111

<sup>68</sup> MISTELIS, LOUKAS; *Arbitrability-International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue?*, en *International and Comparative Perspectives* (edt. Mistelis, Loukas *et alt.*); Wolters Kluwer Law & Buisness; Países Bajos, 2009; Pag. 3

<sup>69</sup> CARBONNEAU, THOMAS E.; *Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States*, en *International and Comparative Perspectives* (edt. Mistelis, Loukas *et alt.*); Wolters Kluwer Law & Buisness; Países Bajos, 2009; Pag. 143

Si bien estas definiciones nos dicen de un modo general qué debemos entender por arbitrabilidad, ellas no establecen la amplitud que puede llegar a tener el concepto, pues la arbitrabilidad no sólo puede concebirse desde la perspectiva de las leyes, sino también de la voluntad de las partes, pues el efecto “positivo”<sup>70</sup> del acuerdo arbitral es otorgar jurisdicción al tribunal arbitral, pero a su vez delimitar su competencia; esto es, hasta dónde es que las partes quieren darle alcance al acuerdo arbitral, por lo que nos parece atinada la observación de Laurence Shore: “Internacionalmente, la arbitrabilidad se refiere a si específicas clases de disputas están impedidas al arbitraje, sea por el orden público o porque se encuentran fuera del ámbito de aplicación del acuerdo arbitral.”<sup>71</sup>

Por lo anterior, podemos concluir que la arbitrabilidad es la característica inherente a las relaciones jurídicas que determina la susceptibilidad de una controversia de ser resuelta mediante procedimiento arbitral, dentro del alcance del acuerdo celebrado entre las partes y dentro de los límites y restricciones que se encuentran en la esfera de libertad contractual garantizada por la ley.

### **2. 1.1 Tipos de arbitrabilidad**

Dentro de la arbitrabilidad, la idoneidad de que una disputa sea sometida a arbitraje no depende únicamente de si el legislador o las partes determinaron que las disputas relacionadas con una materia podían ser objeto de un procedimiento arbitral, sino también de la capacidad de las partes de poder someter la(s) futura(s) o presente(s) disputa(s) a arbitraje.

Con base en lo anterior, tanto la doctrina como los tribunales han subdividido la arbitrabilidad para su estudio en a) la susceptibilidad de una controversia de ser resuelta mediante arbitraje en razón de su materia, lo que se conoce como

<sup>70</sup> GAILLARD, EMMANUEL Y SAVAGE; *Op. cit.*; ¶ 625

<sup>71</sup> SHORE, LAURENCE; *The United States Perspective on “Arbitrability”*, en *International and Comparative Perspectives* (edt. Mistelis, Loukas *et alt.*); Wolters Kluwer Law & Buisness; Países Bajos, 2009; Pag. 69

arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*); y b) la facultad de las partes o sus representantes de someter a arbitraje una determinada disputa, lo que se denomina arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*).

Es usual que cuando se habla de arbitrabilidad únicamente se haga referencia a la arbitrabilidad objetiva, ya que esta es la más común debido a que recae sobre la sustancia de la disputa. Sin embargo, para el presente estudio cabe resaltar la importancia de la arbitrabilidad subjetiva, pues tratándose de entidades públicas no se puede asumir sin mayor análisis que éstas tienen capacidad para celebrar un acuerdo arbitral, puesto que por lo que algunas veces se encuentran impedidas y otras veces requieren de una autorización especial para hacerlo.<sup>72</sup>

Luego entonces un tribunal arbitral puede pronunciarse sobre una determinada controversia si se cumplen tres condiciones: primero, que los sujetos parte del arbitraje tengan capacidad para disponer de su derecho a resolver sus controversias<sup>73</sup>; dos, que la controversia sea susceptible de ser resuelta por arbitraje, al ser respecto de una materia sobre la cual no existe limitación en cuanto a la resolución de disputas mediante arbitraje; y tres, que las partes hayan pactado resolver dicha disputa mediante arbitraje.

En este sentido, cabe hacer mención que doctrinalmente se ha llegado a hacer la distinción entre capacidad y arbitrabilidad subjetiva. La conveniencia de su distinción radica, por un lado, en el hecho de que la capacidad depende de normas de conflicto que muchas veces refieren al domicilio de las partes, mientras que en el caso de la arbitrabilidad subjetiva se aplican las normas de la sede del arbitraje; por el otro, que la arbitrabilidad subjetiva o más bien su aspecto negativo, la inarbitrabilidad subjetiva, es una restricción a la aptitud que tienen las entidades públicas para

<sup>72</sup> LEW, JULIAN *et al.*; ¶9-2

<sup>73</sup> SALCEDO CASTRO MYRIAM; *La arbitrabilidad subjetiva: capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje*, en El Contrato de Arbitraje (edt. Silva Romero, Eduardo *et al.*); Universidad del Rosario; Colombia, 2005; Pag.113

someterse a acuerdos arbitrales a quienes no les es aplicable el concepto de capacidad.

Sin embargo, a nuestro parecer, esta interpretación es incorrecta pues las entidades públicas, si bien son una ficción legal, son indudablemente personas jurídicas y, por tanto, cuentan con la capacidad de goce que les otorga la ley, misma que permite su existencia, por lo que su actuación está delimitada por las normas jurídicas que le otorgan capacidad.

Dicha divergencia entre los conceptos de arbitrabilidad subjetiva y capacidad apoyada para algunos autores, no es coincidente con ciertos instrumentos internacionales (por ejemplo el artículo 6 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>74</sup>) e incluso con algunas legislaciones nacionales (como se desprende del artículo 177 (2) del Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado<sup>75</sup>). Estos cuerpos legales han tratado al concepto de arbitrabilidad subjetiva como equivalente al de capacidad y viceversa.

Es de destacar que la diferenciación entre capacidad y arbitrabilidad subjetiva es poco significativa bajo las nuevas tendencias que buscan aplicar a la capacidad de las partes las normas sustantivas aplicables al acuerdo arbitral<sup>76</sup>, dado que entonces la diferencia entre arbitrabilidad subjetiva y capacidad es poco racional y casi inexistente en la práctica.

Así, Böckstiegel, explica que la diferencia entre arbitrabilidad objetiva y capacidad (o arbitrabilidad subjetiva) se centra en: “La aparentemente clara línea divisoria entre

<sup>74</sup> El Artículo 6(2) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional estipula “Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas”.

<sup>75</sup> El Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado (*Switzerland's Federal Code on Private International Law*) en su Artículo 177 (2), establece: “If one party to an arbitration agreement is a State or an enterprise dominated by or an organization controlled by a State, it may not invoke its own law to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be subject to an arbitration” (Traducción obtenida en <http://www.umbrecht.com/eng/frameset4.asp?status=1&id=358&user=guest>)

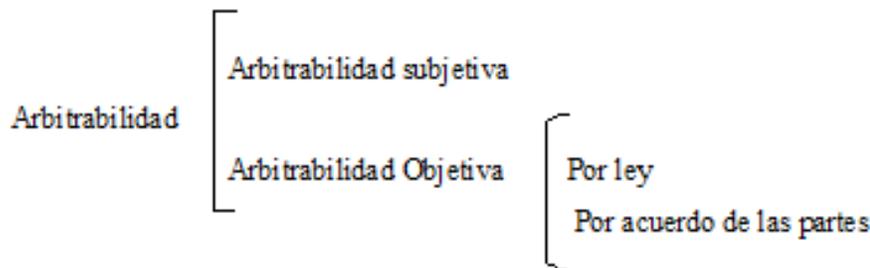
<sup>76</sup> GAILLARD, EMMANUEL Y SAVAGE; *Op. cit.*; ¶ 533

ambas es que la arbitrabilidad (objetiva) responde a la pregunta de qué puede someterse a arbitraje y la capacidad responde a la pregunta quién puede someterse a arbitraje”<sup>77</sup>

Por ello, la arbitrabilidad subjetiva o capacidad observa las restricciones al actuar de las personas (personas físicas) o entidades (personas jurídicas) en cuanto a la posibilidad de celebrar un acuerdo arbitral dependiendo de su situación jurídica.<sup>78</sup>

La arbitrabilidad objetiva existe dentro de límites impuestos, sea por el legislador quien, en virtud de las consideraciones que realice sobre qué materias o tipos de disputas deben pertenecer a la exclusiva jurisdicción de los tribunales nacionales, estableciendo entonces una arbitrabilidad objetiva por virtud de la ley; o por las partes, quienes en ejercicio de su libertad contractual al celebrar un acuerdo arbitral dentro de los límites establecidos por la ley, fijan límites a la arbitrabilidad de las disputas que surjan entre ellos, acordando así la arbitrabilidad objetiva por acuerdo de las partes.

Lo anterior se ilustra de la siguiente manera:



<sup>77</sup> BÖCKSTIEGEL KARL-HEINZ, *Public Policy as a limit to Arbitration and its Enforcement*, en Dispute Resolution International, Mayo-2008; International Bar Association, Reino Unido, 2008; Pag. 257

<sup>78</sup> HANOTIAU, BERNARD Y CAPRASSE; OLIVER; *Arbitrability, Due Process and Public Policy Under Article V of the New York Convention*, en J. Int.Arb., 2008; Pag. 724

### 2.1.2 Ley aplicable

Los arbitrajes nacionales no deben presentar mayor dificultad en la determinación de la arbitrabilidad de la disputa, en cambio, el arbitraje internacional implica un asunto más complejos a resolver. Al determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad de una disputa se debe tener en cuenta que lo que en un determinado sistema jurídico puede ser esencial resguardarlo bajo la exclusiva jurisdicción del Estado, no necesariamente tiene que serlo en otro sistema jurídico. Es por esto que muchas controversias son susceptibles de someterse a arbitraje bajo la ley de un país y no bajo la de otros.<sup>79</sup>

Consecuentemente, la arbitrabilidad “difiere de país a país reflejando las prerrogativas políticas, sociales y económicas de cada país, así como la actitud generalizada frente al arbitraje.”<sup>80</sup> Un claro ejemplo de esta divergencia de percepciones la encontramos entre el sistema jurídico mexicano y el sistema jurídico estadounidense; en este último, las disputas laborales son claramente arbitrables, mientras que para México están reservadas a la exclusiva jurisdicción del Estado.

#### (i) Ley aplicable a la arbitrabilidad objetiva

Dado que existe una distinción entre los dos tipos de arbitrabilidad, objetiva y subjetiva, esta distinción debe también mantenerse para el análisis del derecho aplicable a cada una.

Como se señaló anteriormente, la arbitrabilidad cambia de país a país, y siendo la arbitrabilidad objetiva el tipo de arbitrabilidad que recae directamente sobre la sustancia de la controversia, es la que presenta verdadera dificultad para ser determinada.

<sup>79</sup> LEW, JULIAN *et alt.*; *Op. cit.*; ¶9-5

<sup>80</sup> *Ibidem*; ¶9-35

En 1986 la Corte de Apelaciones de Bélgica estableció que la arbitrabilidad debe verse desde distintos criterios que se fijan atendiendo si la arbitrabilidad se debe determinar al momento de decidir respecto a la validez del acuerdo arbitral o al momento del reconocimiento y ejecución del laudo<sup>81</sup>, solución que, si bien fijaría qué sistema jurídico es aplicable para determinar la arbitrabilidad de una disputa, nos hace atender a la problemática de si la arbitrabilidad puede ser estudiada desde la perspectiva de la validez del acuerdo arbitral.

Algunos tratadistas mexicanos comentan la existencia de de dos posturas respecto a la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad: una que habla de la acumulación de las leyes aplicables a la invalidez (*lex contactus*) y de la ley de la sede del arbitraje; y otra que únicamente busca analizar la arbitrabilidad bajo la óptica de la ley del lugar del arbitraje.<sup>82</sup>

Así, debe recordarse que el principio de autonomía de la cláusula arbitral previene que la inexistencia o invalidez del contrato pueda afectar la cláusula arbitral, por lo que el análisis sobre el objeto del contrato debe ser independiente del análisis de arbitrabilidad objetiva de la disputa.<sup>83</sup>

En este sentido, se debe tener en cuenta que si bien la arbitrabilidad puede llegar a afectar la validez del acuerdo arbitral, “la arbitrabilidad es una condición relacionada con aspectos jurisdiccionales del acuerdo arbitral y, por lo tanto, va más allá de una discusión sobre la validez”<sup>84</sup>, siendo por ello que la arbitrabilidad de la materia es un aspecto jurisdiccional,<sup>85</sup> relacionado con la existencia o ausencia de competencia del tribunal arbitral.

<sup>81</sup> *Company M v. M SA*; Cour d'Appel, Brussels, 4 de October 1985 ; Y. Com.Arb., Vol. XIV (1989); Pags. 618-620

<sup>82</sup> PEREZNIETO CASTRO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES. *Op cit.*, Pag. 66

<sup>83</sup> BERGER, KLAUS PETER *International Economic Arbitration*; Kluwer Arbitration; Países Bajos, 1993; Pag 189

<sup>84</sup> BREKOULAKIS, STAVROS L; *On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New areas of Concern*, en *Arbitrability: International & Comparative Perspective* (edt. Mistelis Lukas A. *et alt.*); Kluwer Law International, Países Bajos, 2009; ¶2-63

<sup>85</sup> ARFAZADEH, HOMAYOON; *Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited*; Arb.Int., Vol 17, 2001; pag. 80. También ver LEW, JULIAN *et alt.*; *Op. cit.*; ¶9-18

Esta postura se ve apoyada por la Convención de Nueva York<sup>86</sup>, la Convención Europea y la Convención de Panamá, las cuales hacen una distinción entre la invalidez del acuerdo arbitral y la ley aplicable a la arbitrabilidad (objetiva)<sup>87</sup>. Con relación a la Convención de Nueva York, ésta hace especial referencia -en el artículo V.2.b)- a que la ley del lugar donde se solicite el reconocimiento y ejecución del laudo será sobre la cual la corte estatal al cual se le solicite este reconocimiento y ejecución debe examinar la arbitrabilidad.

En este sentido, de acuerdo a la propia Convención de Nueva York, la arbitrabilidad debe verse desde una óptica internacional. Así fue como en 1992 una corte de Nueva York decidió respecto a la elección del derecho aplicable a la arbitrabilidad (objetiva), estimando que el artículo II.1 de la Convención de Nueva York debía ser aplicado bajo la interpretación más amplia de arbitrabilidad<sup>88</sup>. Ésta es la misma tendencia que la SC EUA estableció en *Scherk v Alberto Culver*<sup>89</sup> y posteriormente ratificó en el famoso caso *Mitsubishi*.<sup>90</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que bajo la Convención de Nueva York, el reconocimiento y ejecución del laudo pueden estar sujetos a que el propio laudo sea obligatorio o que no haya sido anulado o suspendido por el juez del país de la sede del arbitraje, lo que hace necesario también tener en cuenta la arbitrabilidad de este lugar, en caso contrario, el laudo puede ser anulado y luego no ser reconocido y ejecutado.

Con frecuencia se encuentra que las cortes estatales analizan la arbitrabilidad de una controversia a la luz de la *lex fori*, sin embargo, los tribunales arbitrales al no estar vinculados a ninguna ley estatal, con excepción de la *lex loci arbitri*, tienen mayor libertad, lo que les permite realizar análisis más apropiados bajo las circunstancias del

<sup>86</sup> MISTELIS, LOUKAS; *Op. cit.*; ¶ 1-33

<sup>87</sup> LEW, JULIAN *et alt.*; ¶ 9-17

<sup>88</sup> *Meadow Indemnity v. Bacacala & Shoop Insurance*, E.D.N.Y., 760 F. Supp. 1036, 29 de marzo de 1991.

<sup>89</sup> *Scherk v. Alberto -Culver Company*, 417 U.S. 506, 94 S. Ct. 2449, 17 de junio de 1974.

<sup>90</sup> *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 2 de julio de 1985.

caso concreto y concluir en algunas ocasiones la aplicabilidad de la *lex loci arbitri* como la más conveniente para ser aplicada a la determinación de la arbitrabilidad de una disputa.

En nuestra opinión, el análisis de la arbitrabilidad requiere tomar en cuenta un cúmulo de leyes, reconociendo muchas veces que una corte estatal en el reconocimiento del acuerdo arbitral y remisión a arbitraje, o un tribunal arbitral en una etapa de previo y especial pronunciamiento, pueden no tener por identificado el lugar de reconocimiento y ejecución de laudo o que pueden ser muchos los posibles lugares para esto, por lo que deberán buscar una solución armónica al problema de determinar la ley aplicable a la arbitrabilidad, siendo en algunas ocasiones la ley de la sede del arbitraje la única de la cual se tiene clara su aplicación.

## **(ii) Ley aplicable a la arbitrabilidad subjetiva**

Si bien la arbitrabilidad objetiva genera ciertos problemas en su determinación, la subjetiva ciertamente pareciera ser más clara, pues al atender a los sujetos que son parte del acuerdo arbitral, su capacidad por regla común debe ser regulada bajo la *lex domicilii*, aunque en un contexto internacional se deben tener presentes las distintas soluciones que dan las normas de conflicto de los diversos sistemas jurídicos, pudiendo ser la nacionalidad de cada una de las partes, el lugar habitual de residencia o el lugar donde fue celebrado el acuerdo (*lex loci contractus*).<sup>91</sup> Sin embargo, como ya se señaló, parece cada vez más unánime el considerar la capacidad de las partes también debe ser analizada bajo la ley aplicable a la cláusula arbitral.

Esta parece ser la misma línea que siguen tanto la Convención de Nueva York, como la Convención de Panamá, al establecer como una de las causales para negar el reconocimiento y ejecución del laudo el que alguna de las partes se encuentre bajo alguna incapacidad bajo la ley que las partes hayan pactado aplicar al acuerdo arbitral

---

<sup>91</sup> MINOR, RALEIGH C.; *Conflict of Laws, or, Private International Law*; Little, Brown and Company; EUA, 1901; Pag. 410. Ver también VAN DER BERG, ALBERT JAN; *Op. cit.*; § III-4.1.1

o, en ausencia de dicho acuerdo, bajo la ley donde se haya dictado el laudo, normalmente la sede del arbitraje. Sin embargo, la misma Convención de Nueva York en el artículo V(a) hace una distinción entre la ley aplicable a la capacidad de las partes y la validez de la cláusula arbitral,<sup>92</sup> lo que parece abrir la puerta al análisis, en cada caso, de si ésta debe ser la misma.

Parece conveniente la observancia de las normas de capacidad de la sede del arbitraje conjuntamente con las del domicilio de las partes, pues la elección de la sede de arbitraje o de la ley aplicable a la cláusula arbitral puede ser hecha por las partes con base en las normas que les sean más favorable<sup>93</sup>, evitando así un fraude a la ley y logrando una aplicación mas homogénea de los principios jurídicos contenidos en las leyes de los lugares relacionados a la capacidad de las partes.

En la práctica, las cortes estatales, al igual que en el caso de la arbitrabilidad objetiva, muchas veces analizarán la capacidad de las partes con base en su sistema jurídico y, si es el caso, utilizarán sus normas de conflicto con lo cual existen la posibilidad de un reenvío al sistema jurídico que determinen aplicable.

No obstante lo anterior, es claro que al igual que en el caso de la arbitrabilidad objetiva, los tribunales arbitrales gozan de la libertad de decisión, por lo que siempre será preferible que en su análisis respecto de la ley aplicable a la capacidad de las partes traten de abarcar el mayor numero de puntos de contacto posibles, para evitar posteriormente problemas en la ejecución del laudo arbitral.

## **2.2 Límites y restricciones a la arbitrabilidad**

La arbitrabilidad de una disputa está ligada a un derecho de libre disposición con que cuenten las partes para resolver sus controversias jurídicas, mejor conocido como derecho de libertad contractual, por lo que toda libertad de resolución de disputas se

<sup>92</sup> VAN DER BERG, ALBERT JAN; *Op. cit.*; §III-4.1.1

<sup>93</sup> GAILLARD, EMMANUEL Y SAVAGE; *Op. cit.*; ¶ 458

encuentra circunscrita a los límites legales establecidos por las leyes de cada país, así las partes sólo pueden ir hasta donde las normas jurídicas se lo permitan.<sup>94</sup>

Como se ha venido señalando, estos límites varían de país en país dependiendo de valores sociales, económicos y políticos entre otros, que cada legislación desea proteger en un tiempo y lugar determinado. La razón detrás de esto yace en la creencia de que ciertas disputas no deben ser sometidas a arbitraje, pues por su naturaleza o características, no puede dejarse su resolución a un tercero que no ha sido investido del poder estatal, y que, por lo mismo, -se cree- que no cuenta con la visión, conocimientos y experiencia necesarias para resolver disputas que solamente deben ser resueltas por jueces estatales.

Si bien es tendencioso aseverar que los jueces estatales pueden contar con mayor visión o preparación que un árbitro, es cierto que ciertas disputas deben ser resguardadas bajo la exclusiva jurisdicción estatal para asegurar un mayor escrutinio mediante el sistema de instancias y recursos, pues en una ponderación de costo-beneficio, la celeridad, privacidad y otros beneficios que ofrece el arbitraje comercial, no son suficiente argumento a esgrimir frente a la naturaleza social que envuelve a ciertas disputas.

Es por esto que muchas normas que establecen la arbitrabilidad objetiva dentro de un cierto ordenamiento jurídico, colocan dentro de la esfera de arbitrabilidad aquellas controversias con contenido económico; tal es el caso en Suiza y Alemania.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> BÖCKSTIEGE, KARL-HEINZ; *Op. cit.*; Pag. 256

<sup>95</sup> El Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado (Switzerland's Federal Code on Private International Law) en su Artículo 177 (1), establece: "*All pecuniary claims may be submitted to arbitration*" (Traducción obtenida en <http://www.umbrecht.com/eng/frameset4.asp?status=1&id=358&user=guest>). Por su parte La Ley de Arbitraje Alemana (*German Arbitration Act*) establece en su artículo 1030 que "*Any claim involving an economic interest ("vermögensrechtlicher Anspruch") can be the subject of an arbitration agreement. An arbitration agreement concerning claims not involving an economic interest shall have legal effect to the extent that the parties are entitled to conclude a settlement on the issue in dispute.*" (Traducción obtenida en <http://www.dis-arb.de/materialien/schiedsverfahrensrecht98-e.html>)

Algunos otros países, como Francia, simplemente limitan la arbitrabilidad objetiva a los derechos de libre disposición<sup>96</sup> o, como en el caso de Países Bajos, prevén la arbitrabilidad de controversias que surgen de relaciones jurídicas definidas, dejando al análisis de las cortes estatales la interpretación y alcance de estos conceptos.<sup>97</sup>

Si bien la Ley Modelo omite una definición o lineamientos para poder determinar la arbitrabilidad objetiva, es un tema que fue discutido durante los sesiones de trabajo de la UNICTRAL en la preparación de la propia Ley Modelo, llegando a la conclusión de que una formula general para determinar la arbitrabilidad objetiva debía ser que toda disputa susceptible de ser transigida por las partes, debía igualmente ser susceptible de someterse a arbitraje.<sup>98</sup>

En México, las legislaciones estatales en materia civil señalan qué controversias no pueden someterse a un acuerdo arbitral,<sup>99</sup> empero, al ser una materia de competencia local, su regulación puede cambiar de estado a estado. En el caso de la materia mercantil, México al haber adoptado la Ley Modelo que omite una norma jurídica especializada para determinar la arbitrabilidad objetiva en materia comercial, muchas veces ésta es determinada por los tribunales federales.

Por lo que respecta a la arbitrabilidad subjetiva, los ordenamientos jurídicos establecen restricciones a ciertos individuos para someterse a arbitraje o para pactar un acuerdo arbitral en nombre de un tercero. Este último es el caso de los tutores a quienes las legislaciones locales en México en materia civil les prohíben someter a arbitraje cualquier disputa en que sus representados incapaces sean parte.

<sup>96</sup> El Código Civil Francés establece en su artículo 2059 que “*Todas las personas pueden establecer compromiso sobre los derechos que se encuentran bajo su libre disposición*” (Traducción disponible en [http://www.lexinter.net/ESPANOL/codigo\\_civil.htm](http://www.lexinter.net/ESPANOL/codigo_civil.htm))

<sup>97</sup> En el artículo 1020 de la Ley de Arbitraje de Países Bajos (Netherlands Arbitration Act) se establece que: “*Parties may agree to submit to arbitration disputes which have arisen or may arise between them out of a defined legal relationship, whether contractual or not*” (Traducción obtenida de [www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/](http://www.jus.uio.no/lm/netherlands.arbitration.act.1986/))

<sup>98</sup> *Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its third session*, UNCITRAL, Febrero 1982 (UN DOC A/CN.9/216)

<sup>99</sup> Un ejemplo de esto lo podemos encontrar el Artículo 615 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

### **2.3 Orden público**

Desde antaño la concepción de orden público ha estado ligada a los estándares de moral y de justicia. Hablar de orden público indudablemente nos refiere a la esencia y fines del Estado, pues este concepto de tiene un claro origen en la prosperidad económica y social de la población, mas el buscar una definición que nos diga dónde empieza y dónde termina el orden público presenta múltiples problemas. En este sentido Julian Lew estima que el orden público “difiere de acuerdo con el carácter y estructura del Estado o comunidad al cual pertenece, y cubre esos principios y estándares que son sacrosantos para requerir su mantenimiento a toda costa y sin excepción”.<sup>100</sup>

Por esto podemos aseverar que, independientemente del factor de tiempo y lugar, el orden público es el conjunto barreras jurídicas que un Estado impone por considerarlas indispensables para lograr el funcionamiento, la estabilidad y bienestar de una sociedad. Estas barreras pueden imponerse para lograr la aplicación a toda costa de las normas jurídicas nacionales o con el fin de restringir la libertad contractual de las partes.

La aplicación del orden público debe cumplir con dos condiciones: a) que la prohibición que se imponga sea en interés de la seguridad del Estado y del bienestar económico de él y de su población, y b) que sea invocado en casos en que sea claro que el daño es público y no por idiosincrasia jurídica de algunos.<sup>101</sup>

Asimismo, se debe comentar el doble efecto que tiene el orden público en cuanto a su aplicación: por un lado tiene un efecto negativo, por el cual limita la aplicación de

<sup>100</sup> LEW, JULIAN; *Applicable Law in International Commercial Arbitration*; Oceana Publications, Inc; EUA,1978; Pag. 432

<sup>101</sup> *Appeal, Estate of Charles Miller, Deceased*, S.C.R. 1., SC. Can., 22 de diciembre de 1937.

normas extranjeras<sup>102</sup>; por el otro, un efecto positivo, mediante el cual busca la aplicación de las normas jurídicas del foro<sup>103</sup>.

Por otro lado, es fundamental hacer mención de la diferencia de conceptos que existen entre los diversos sistemas jurídicos -en especial entre el sistema del *common law* y el sistema romano germánico- respecto de si el orden público comprende normas de derecho sustantivo o adjetivo o ambos. Tanto la Convención de Nueva York, como la Ley Modelo, al hablar de orden público hacen referencia a las nociones y principios fundamentales de justicia tanto en aspectos sustantivos como adjetivos.<sup>104</sup>

En cuanto a la amplitud del concepto de orden público, consistentemente los tribunales de diversos países han emitido resoluciones en el sentido de que la aplicación del orden público en laudos extranjeros debe ser más laxa<sup>105</sup> en comparación a la de las controversias domésticas y de atender a la concepción moderna del orden público internacional,<sup>106</sup> el cual tendrá un ámbito de aplicación más liberal que el orden público nacional. Esta percepción ya había sido establecida en 1972 por la Suprema Corte de Estados Unidos en *MS Bremen v Zapata*,<sup>107</sup> quien determinó la aplicación de un orden público con un margen de aplicación más amplio para casos donde existan características de una disputa internacional.

Por su parte, en 1992 la Corte de Apelaciones de Milán, definió al orden público internacional como “*el conjunto de principios universales compartidos por naciones de civilización similar, que buscan el proteger los derechos humanos fundamentales,*

<sup>102</sup> Lalive, Pierre; *Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration*, en *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress, Vol. 3, 1986 (edt. Sanders, Peter); Kluwer Law International; Países Bajos, 1987; ¶12

<sup>103</sup> *Ibidem*; ¶16

<sup>104</sup> *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session*, UNCITRAL, 1985 (UN DOC A./40/17); ¶ 297.

<sup>105</sup> *Allsop Automatic Inc. v. Tecnoski snc*, Corte di Appello, Milan, 4 de diciembre de 1992; Y. Com.Arb., Vol. XXII, 1997; Pag. 726

<sup>106</sup> *Interim Report On Public Policy As A Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*; ILA, London Conference (2000); Pag. 2 (disponible en <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>)

<sup>107</sup> *MS Bremen and Uterwese Reederei, Gm BH v. Zapata Off Shore Company*, 407 US 1., 92 S.Ct. 1907, 32 L.ed. 2d. 513, Junio 12 1972.

*comúnmente compilados en declaraciones o convenciones internacionales*".<sup>108</sup> Si bien esta definición parece tener tintes de un romanticismo jurídico, da una clara pauta para determinar lo que se debe comprender al hablar del concepto de orden público internacional al apuntalar a principios comunes entre la comunidad internacional.<sup>109</sup>

La perspectiva de orden público bajo la Convención de Nueva York, igualmente debe ser entendida como un concepto acotado y atender la aplicación del concepto de orden público internacional, pues de lo contrario, al darle una cabida más amplia al orden público respecto a la ejecución de laudos arbitrales "se viciaría el esfuerzo básico de la Convención de remover los obstáculos preexistentes"<sup>110</sup>; por eso sólo se debe denegar la ejecución de un laudo con base en una violación de orden público cuando éste viole las "nociones más básicas de moralidad y de justicia del estado foro".<sup>111</sup>

Dentro de las normas de orden público internacional se pueden encontrar diferentes categorías: a) normas de policía; b) principios fundamentales relacionados con los conceptos de moral y justicia; y c) obligaciones internacionales de los Estados.

Las normas de policía –tal vez las más importantes– son normas imperativas que buscan proteger intereses políticos, económicos y sociales de un determinado Estado o una comunidad, más allá de los intereses individuales de las partes.<sup>112</sup> Por su importancia, su naturaleza obliga a su observancia aun si éstas no son la ley aplicable de acuerdo con la elección de las partes o de la norma de conflicto<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> *Allsop Automatic Inc. v Tecnoski snc, Op. Cit; Pag. 726.*

<sup>109</sup> Un ejemplo de un acto que viola el orden público internacional es el soborno, así lo determinó la Corte de Apelación de París en 1993 en *European Gas Turbines SA v Westman International Ltd*, Cour d'Appeal, 30 de septiembre de 1993; Y. Com.Arb., Vol. XX, 1995; Pag. 202.

<sup>110</sup> *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Societe General de L' Industrie Du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969 (2d Cir.) United States Court of Appeal, 20 de noviembre de 1974.

<sup>111</sup> *Idem*

<sup>112</sup> BLESSING, MARC; *Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives*; Helbing & Lichtenhahn; Suiza, 1999; ¶ 670

<sup>113</sup> MAYER, PIERRE; *Mandatory rules of law in international arbitration*, en Arb.Int., Vol. 2, 1986; Pag. 275.

El árbitro debe respetar la voluntad de las partes: aplicar la ley aplicable elegida y dejar de aplicar las normas de dicha ley que hayan excluido; sin embargo, esto no sucede cuando estamos frente a normas imperativas de orden público, pues éstas no pueden ser desatendidas por voluntad de las partes.

Asimismo, igualmente se ha propugnado por la existencia de un orden público transnacional, el cual restringe aun más el propio concepto de orden público y, por ende, su aplicación, el cual es un conjunto de principios que no pertenecen a un Estado en particular<sup>114</sup>, sino que tiene como base los principios de *jus cogens* y los de moralidad aceptados por las naciones civilizadas<sup>115</sup>.

Si bien se puede aceptar la existencia de un orden público transnacional, este sólo será efectivo en medida en que las cortes estatales reconozcan sus principios<sup>116</sup>, lo que al final hace que, en su existencia práctica, realmente estemos frente a un orden público intencional.

Finalmente, debe recordarse que los árbitros no están obligados al cumplimiento de la *lex forum* del lugar del arbitraje; así, encontramos que cuando estamos frente a problemas de naturaleza contractual, el árbitro puede aplicar las normas de orden público de la *lex contractus*.<sup>117</sup> Empero, debe tenerse en cuenta que los árbitros están obligados a emitir un laudo ejecutable, por lo que a pesar de no tener la obligación de observar el orden público de un lugar determinado, es importante hacer valer las normas imperativas de los diversos lugar con los cuales la controversia tenga relación, en especial el lugar donde el laudo vaya ser ejecutado, ya que el orden público en el reconocimiento y ejecución del laudo es parte del debido proceso<sup>118</sup>, pues a diferencia del reconocimiento y ejecución de acuerdos arbitrales, la ejecución del laudo si tendrá efectos directos en el país de la corte que lleva el procedimiento, por lo cual, en este

<sup>114</sup> Mayer Pierre; *Effect of International Public Policy in International Arbitration?*, en *Pervasive Problems in International Arbitration* (edt. Mistelis, Loukas *et alt.*); Kluwer Law International; Países Bajos, 2006; ¶2-6

<sup>115</sup> *Interim Report On Public Policy As A Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*; *Op. cit.*; Pag. 2

<sup>116</sup> HANOTIAU, BERNARD Y CAPRASSE, OLIVER; *Op. cit.*; Pag. 732

<sup>117</sup> DERAIS, YVES; *Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration*; ICCA Congress Series No. 3; Kluwer International; La Haya, 1987; Pag. 242

<sup>118</sup> KURKELA, MARTI S.; *Op. cit.*; Pag. 10

punto, la valoración entre orden público internacional y orden público nacional puede tener un resultado diferente que en la valoración frente a una cláusula arbitral.

Es por ello que el árbitro siempre debe aplicar las normas de orden público internacional cuyo espíritu tiende a ser homogéneo entre los distintos países. A falta de aplicación del orden público internacional, el árbitro se puede enfrentar a dos tipos de normas de orden público que tendrá que combinar en su aplicación: las normas de orden público doméstico y las normas imperativas con puntos de contacto de los países involucrados<sup>119</sup>.

#### **2.4 Orden público y arbitrabilidad**

Parece lógico establecer que los límites de la arbitrabilidad suelen coincidir con las líneas trazadas por el orden público, sin embargo, esto no es siempre cierto.<sup>120</sup>

Respecto a la aplicación de normas de orden público en disputas de naturaleza privada frente a cortes estatales, se debe considerar que dichas normas no necesariamente restringen la arbitrabilidad siempre y cuando no ordenen que la disputa debe ser conocida exclusivamente por las cortes de un determinado Estado.<sup>121</sup> Por lo tanto, no se puede sostener que la existencia de una norma de orden público implica la inarbitrabilidad de una disputa.

Al arbitraje, al tener un origen contractual, no se le permite fácilmente afectar a terceros; esta restricción puede llegar a constituir un criterio para determinar la arbitrabilidad. Es por esto que como llega a concluir Stavros Brekoulakis: “la inarbitrabilidad se relaciona con los límites naturales del arbitraje como mecanismo de solución de controversias de tipo consensual más que con el orden público.”<sup>122</sup>

<sup>119</sup> DERAIS, YVES; *Op. Cit.*; Pag. 254

<sup>120</sup> BOCKSTIGEL KARL-HEINZ; *Public Policy and Arbitrability en Comparative Arbitration Practice and Policy in Arbitration*, en ICCA Congress Series 1986, (edt. Sanders, Peter); Países Bajos, 1986; Pag 184

<sup>121</sup> *Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA and Oto Melara SpA v. M*; TFS, 23 de junio de 1992; Y. Com. Arb., Vol. XX, 1995; Pag. 770

<sup>122</sup> BREKOULAKIS STAVROS L.; *Op. cit.*; ¶ 2-42

Existen tres grandes criterios que se han vertido tanto por los tribunales, como por los legisladores para argumentar en contra de la arbitrabilidad de controversias de orden público.

Primero, se dice que el someter a arbitraje controversias de orden público tiene implicaciones sobre el debido proceso, pues muchas veces en procesos arbitrales no se aplican las reglas de evidencia y otras normas del procedimiento ordinario utilizadas ante una corte estatal<sup>123</sup>, ni los procedimientos de revisión de las decisiones emitidas por las cortes estatales<sup>124</sup>, por ello se considera que no es posible someter estas disputas a arbitraje.

Como segundo argumento, se esgrime que muchas veces los árbitros no tienen la habilidad de aplicar correctamente las normas de orden público, pues en ocasiones no tienen contacto con las normas jurídicas y valores de una comunidad o país determinado.<sup>125</sup>

El tercer argumento se basa en la posible falta de capacidad de interpretación de las normas de orden público por parte de los árbitros, pues muchas veces no provienen del país del cual son las normas jurídicas que pretenden aplicar a la disputa.<sup>126</sup>

Es innegable que el arbitraje contiene características especiales, diferentes a los procedimientos ante los tribunales estatales, pero esto no significa que ponga en riesgo el debido proceso y por lo tanto el cumplimiento de las normas de orden público. Todas las disputas se interrelacionan directa o indirectamente con normas de orden público o afectan indirectamente derechos de terceros que normalmente son

<sup>123</sup> *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, 415 U.S. 36, 19 de febrero de 1974.

<sup>124</sup> En una opinión disidente del juez Stevens en el caso *Mitsubishi v. Soler*, se estableció: “*Arbitration awards are only revisable for manifest disregards of law(...) decision-making of this kind is fine for parties who are willing hot agree in advance hot settle for approximation of the result in order to resolve quickly and inexpensively ...however, is simply unacceptable when every error may have devastating consequences for important business in our national economy*”.

<sup>125</sup> BREKOULAKIS STAVROS L.; *Op. cit.*;¶ 2-16

<sup>126</sup> *Ibidem*;¶ 2-31

protegidos por normas de orden público, lo que a la postre haría imposible someter alguna controversia a arbitraje.

Aunado a lo anterior, en ocasiones la imposibilidad de someter disputas a arbitraje tiene causa diversa a la oposición del orden público; tal es el caso de los procedimientos de insolvencia que en la gran mayoría de los países no suelen ser disputas arbitrales, pues por la multiplicidad de partes y de las diferentes situaciones jurídicas entre estas, así como por la complejidad del procedimiento de insolvencia – que no necesariamente tiene una naturaleza confrontativa como el arbitraje<sup>127</sup>– es difícil resolver un procedimiento de esta naturaleza mediante arbitraje.<sup>128</sup>

En adición a esto, recordando la posible coexistencia de diferentes clases de orden público –nacional, transnacional e internacional– es importante destacar que el ámbito de arbitrabilidad se puede ver modificado dependiendo del tipo de orden público que sea aplicable a cada caso en particular.

Claramente ejemplifica lo anterior, en el caso de México, la arbitrabilidad bajo el Tratado de Libre Comercio para América del Norte de disputas en materia de cuotas compensatorias, de evidente naturaleza fiscal: mientras bajo la óptica del orden público nacional se da la inarbitrabilidad de disputas de carácter fiscal, que si bien es un caso que se presenta en arbitrajes de inversión donde previamente fue suscrito un tratado comercial, se encuentra presente una aplicación más liberal de la percepción de orden público frente a una relación jurídica internacional y se permite su arbitrabilidad.

En el ámbito internacional, el caso *Mitsubishi v. Soler* resulto por la SC EUA, al estimar la arbitrabilidad de ciertas disputas cuando estas tienen el carácter de internacional, claramente abandera las decisiones judiciales a lo largo del mundo respecto a la

<sup>127</sup> LEIBSCHER, CHRISTOPHER; *Insolvency and Arbitrability*, en *Arbitrability: International & Comparative Perspective* (ed. Mistelis Lukas A. *et alt.*); Kluwer Law International, Países Bajos, 2009; ¶ 9-4

<sup>128</sup> *Ibidem*; ¶9-51

diferenciación entre orden público nacional e internacional y, por ende, la aplicación de los estándares de arbitrabilidad frente a disputas de naturaleza internacional.<sup>129</sup>

## **2.5 La arbitrabilidad en los contratos administrativos**

Al hablar de contratos celebrados por entidades públicas, es importante tener en cuenta que existen ciertos aspectos de éstos que son regulados por normas imperativas de orden público, mismas que se imponen al principio de autonomía contractual, pues estas normas tienen su origen en la idea de soberanía nacional y de interés público.<sup>130</sup>

En prácticamente todos los sistemas legales del mundo se ha reconocido que el principio de *pacta sunt servanda* tienen algunos límites, tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público, especialmente en éste último al estar dotado el Estado de prerrogativas para modificar y terminar los contratos celebrados por él o sus entidades, en aras del orden público.<sup>131</sup>

Los gobiernos, encargados de administrar los recursos pertenecientes al Estado, así como de la aplicación de las normas jurídicas que fueron creadas con base en las normas constitucionales que otorgó la facultad legislativa y la salvaguarda de la soberanía del Estado, muchas veces han llegado a considerar necesario limitar su propia capacidad en materia contractual, lo que tiene repercusiones directas en sus facultades para someterse a arbitraje. Entonces se da la regla que mientras los particulares pueden disponer de sus derechos con miras a sus intereses personales, las entidades públicas lo hacen en aras del interés público<sup>132</sup>, por lo que se imponen limitaciones mediante normas jurídicas administrativas.

<sup>129</sup> *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*; *Op. cit.*

<sup>130</sup> MANIRUZZAMAN, ABDUL F. MUNIR; *International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview*; J. Int. Arb., Vol. 7, Issue 3, 1990; Pag. 53

<sup>131</sup> MANIRUZZAMAN, ABDUL F. MUNIR; *Op. Cit.*; Pag. 155

<sup>132</sup> SALCEDO CASTRO MYRIAM; *Op. Cit.*; Pag. 116

Así, se asume que los gobiernos cumplirán sus obligaciones contraídas con particulares, pero es una realidad el hecho de que no existe garantía al respecto, pues puede negarse el cumplimiento de un contrato por motivo de interés público.<sup>133</sup>

Los gobiernos, al ser investidos de poder público para modificar, suspender, terminar o rescindir un contrato celebrado con particulares, con la justificación de que se está protegiendo el interés público, actúan *de jure imperii*<sup>134</sup>; es por esto que muchas veces se ha determinado que: “La naturaleza de derecho publico de los contratos del Estado, requiere que sus elementos de derecho público sean regulados por normas imperativas de derecho público del Estado donde el acuerdo o contrato va a ser cumplido.”<sup>135</sup>

La protección del interés público está basada en la idea del bienestar de la población<sup>136</sup>, lo que muchas veces no concuerda con lo argumentado por los Estados en contra de la arbitrabilidad de una determinada disputa. Con base en lo anterior, se han generado corrientes doctrinales que sostienen que principios como *res inter alios actas*, no le son aplicables a los contratos administrativos<sup>137</sup>, pues se antepone a éste el interés público.

Sin embargo, como se estableció, estas salvaguardas al interés publico únicamente deben existir o, en su caso, se debe analizar su aplicación, en actos *jure imperii*; es por ello que las tendencias modernas –cada vez más aceptadas– han establecido que no siempre el Estado actúa *de jure imperii*, sino también *de jure gestionis*, en actos que por su naturaleza cualquier particular podría llevar a cabo<sup>138</sup> [ver *infra* 3.2].

<sup>133</sup> Sornarajah, M.; *The Settlement of Foreign Investment Disputes*; Kluwer Law International; La Haya, 2000; Pag. 86

<sup>134</sup> MANIRUZZAMAN, ABDUL F. MUNIR; *State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral change by the state in Contemporary International Law*; J. Int. Arb., Vol. 9, Issue , 1992; Pag. 144

<sup>135</sup> MANIRUZZAMAN, ABDUL F. MUNIR; *International Arbitration and Mandatory Public (...)*; *Op. cit.*; Pag. 56

<sup>136</sup> SILVA ROMERO, EDUARDO; *International Arbitration Involving State Practices*, en El Contrato de Arbitraje (edt. Silva Romero, Eduardo *et alt.*); Universidad del Rosario; Colombia, 2005; pag.132

<sup>137</sup> SORNARAJAH, M.; *Op. cit.*; Pag. 88

<sup>138</sup> Bouchez, L.J; *The Prospects for International Arbitration Disputes Between States and Prvate Enterprices*, en International Arbitration: Past and Prospectives (edt. Soons A.H.A.); Kluwer Academic Publishers; Paises Bajos, 1990; Pag. 112. Ver también MANN F.A.; *State Contracts and International Arbitration*, en B.Y.B.Int.L., No. 42, 1967; Pag. 16

Así, en “el campo de la inmunidad soberana no siempre se hace una clara distinción entre actos comerciales (*acta jure gestionis*) y los actos no comerciales (*acta jure imperii*)”,<sup>139</sup> pudiendo transformarse en comerciales o no, dependiendo de cómo el Estado actúe en cada caso, por lo que muchas veces lo aparentemente comercial puede toparse con el muro del orden público, haciendo imposible someter la controversia a arbitraje, que un tribunal estatal remita a arbitraje o que reconozca y ejecute un laudo.

En este sentido, en el caso *Republic of Argentina v Weltover Inc.*, en 1992, la SC EUA, estableció que en el caso de actividades relacionadas con el comercio, son actos de Estado aquéllos en que se actúa para regular el mercado, más cuando lleva a cabo actos como cualquier otro particular, estas acciones son comerciales y lo ejemplificó al decir:

la emisión por un gobierno extranjero de regulaciones limitando el tipo de cambio de una moneda extranjera es una actividad soberana, porque dicho control autoritativo del comercio no puede ser realizado por un particular; mientras que un contrato para comprar botas o inclusive balas es una actividad comercial, pues compañías privadas igualmente usan contratos de compraventa.<sup>140</sup>

Igualmente la SCJN determinó que los contratos administrativos tienen una característica de utilidad pública o utilidad social, pero: “los contratos celebrados por un órgano estatal con particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vinculado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado.”<sup>141</sup>

Es así que la facultad que tiene un órgano de Estado -sea el gobierno o una empresa controlada por éste- tiene limitantes que pudiesen parecer justificadas, mas el

<sup>139</sup> VAN DEN BERG; Albert Jan; *Op. cit.*; Pag. 53

<sup>140</sup> *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, 12 de junio de 1992.

<sup>141</sup> Tesis Aislada P. IX/2001; *Op. Cit.*

ejercicio de sus actividades muchas veces tiende a buscar fortalecer su actuación al amparo de conceptos como orden público y el interés general, sin que éstos realmente se encuentren presentes en sus actividades.

Con el tiempo, las pugnas de los particulares, aunadas al interés económico de los gobiernos –en especial de aquellos en vías de desarrollo– han generado una ruptura entre los actos que son esenciales para el Estado y aquéllos que no, permitiendo que estos últimos sean susceptibles de someterse a arbitraje, y que poco a poco suelen aumentar en número, ampliando así el ámbito de arbitrabilidad subjetivo de los Estados.

En este orden de ideas, es importante recordar que la arbitrabilidad de los contratos celebrados con el Estado está regulada por la arbitrabilidad subjetiva, pues no nos enfrentamos a una arbitrabilidad *ratione materiae*, que sea aplicable *erga omnes*, sino a una imposibilidad jurídica *ratione personae*.

Detrás de la idea de restringir la capacidad de las entidades públicas para celebrar contratos con particulares también está la idea de que el arbitraje comercial es demasiado privado para poder ser aceptado por las entidades públicas<sup>142</sup>, pues de esta manera se estaría infringiendo la esencia proteccionista de los intereses públicos, pero como ya se dijo, esto no es del todo cierto, pues no siempre nos encontramos frente a contratos que por su naturaleza sean administrativos, dado que la característica esencial de éstos es el hecho de que se hace un énfasis en la utilidad pública del mismo<sup>143</sup>, y no por el simple hecho de la existencia de cláusulas que no son incluidas usualmente en los contratos entre particulares se debe asumir el carácter de administrativo de dichos contratos.<sup>144</sup>

Día a día se incrementa el número de contratos celebrados por entidades públicas que contienen una cláusula arbitral, en especial a aquéllos que buscan atraer a

<sup>142</sup> BOCKSTIGEL, KARL-HEINZ; *Public Policy and Arbitrability (...)*; *Op. cit.*; Pag. 202

<sup>143</sup> *Caso No. 14/1989, Laudo de fecha 31 de diciembre de 1989*, CRCICA, Arb Aw. CRCICA, 2000; Pags. 17-22

<sup>144</sup> *Caso No. 20/1990, laudo de fecha 22 de abril de 1992*, CRCICA, Arb Aw. CRCICA, 2000; Pags. 29-44

contrapartes extranjeras, ya que este sistema de solución de controversias les otorga una mayor seguridad jurídica frente a la opción de someterse a un sistema estatal de solución de controversias totalmente desconocido y que puede estar influenciado en favor del Estado.

Al realizar el análisis de la posibilidad de someter un contrato a arbitraje, primero se debe ver con qué tipo de órgano estatal se está contratando, pues las normas aplicables a un órgano de gobierno centralizado, posiblemente no sean aplicables a un órgano descentralizado o a una empresa de participación estatal debido a que unas pudieron ser dotadas de personalidad propia y autonomía de administración y otras no. Esta concepción se encuentra ligada a la idea de que los actos de un órgano estatal que fue dotado de personalidad jurídica propia y autonomía de decisión deben encontrarse fuera de la protección otorgada a los actos *de jure imperii*.

Como anteriormente se mencionó, parece existir una diferencia doctrinal entre el concepto de capacidad y el de arbitrabilidad subjetiva, mas esta diferenciación parece intrascendente, no sólo para fines prácticos, sino también teóricos [ver *supra* 2.1.1]. Así, la arbitrabilidad subjetiva de un contrato celebrado por el Estado, está directamente ligada a la capacidad del órgano estatal firmante de poder hacerlo de conformidad con las restricciones que le son impuestas por las normas jurídicas aplicables.

Por otro lado, la arbitrabilidad para los contratos celebrados por las entidades públicas prescrita por las normas jurídicas puede revestir distintas formas regulatorias: a) contener un “sentido negativo”, es decir, que prohíben la celebración de acuerdos arbitrales por parte de las entidades públicas, dejando en ocasiones a salvo algunas excepciones (por ejemplo, lo estipulado en el artículo 2060 del Código Civil Francés <sup>145</sup>); b) “un sentido positivo”, al no imponer una restricción para someterse a arbitraje, sino que se restringe el ámbito de arbitrabilidad, al enunciar los

---

<sup>145</sup> A este respecto, las cortes francesas han sostenido que esta disposición no es aplicable en caso de arbitraje internacional. Ver HANOTIAU, BERNARD Y CAPRASSE; OLIVER; *Op. cit.*; Pag. 724

casos en que las disputas podrán ser resueltas por la vía arbitral (por ejemplo, lo enunciado en el artículo 98 de la LOPS<sup>146</sup>); o c) un “sentido abstracto”, pues dejan la arbitrabilidad de un contrato a la decisión de una determinada autoridad (como hace el artículo 139 de la Constitución de Irán.<sup>147</sup>).

Al momento del análisis de la arbitrabilidad y la decisión sobre ésta, las cortes estatales pueden llegar a aplicar algunas veces una visión restringida en favor de la inarbitrabilidad, sin embargo, cuando los tribunales arbitral deciden sobre su propia competencia, los árbitros no tienen *lex fori*<sup>148</sup>, como ya se mencionó, y por lo tanto no se encuentran obligados a la aplicación estricta de las normas que prescribe el orden público ni la inarbitrabilidad. Sin embargo, esta decisión por parte de los tribunales arbitrales siempre debe ser hecha con tiento y teniendo en cuenta el posible arribo de la etapa de reconocimiento y ejecución, en la cual se puede llegar a denegar el reconocimiento y ejecución del laudo por violación a las normas de orden público del lugar de la sede del arbitraje.

En este sentido, se debe adicionar que existe cada vez una mayor tendencia en algunos países a negar la inarbitrabilidad o falta de capacidad sobre un acuerdo arbitral celebrado por un órgano o empresa estatal (por ejemplo, lo dicho en el artículo 177 del Código Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza)<sup>149</sup>. Lo anterior ha hecho que día con día no solo las legislaciones de algunos países prohíban la

<sup>146</sup> El Artículo 98 de la LOPS prevé en su primer párrafo prevé que las entidades públicas mexicanas podrán celebrar contratos que contengan cláusulas arbitrales para la solución de disputas, empero en su segundo párrafo especifica que “No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.”

<sup>147</sup> El Artículo 139 de la Constitución de Irán dice “La solución de controversias relacionadas con la propiedad pública o del estado o la remisión de estos al arbitraje, en cada caso dependerá de la aprobación del Consejo de Ministros, y la Asamblea deberá ser informada del caso. En los casos donde una de las partes de la controversia es extranjera, así como en casos importantes que son puramente domésticos, la aprobación de la Asamblea también debe ser obtenida. La ley especificará los casos importantes a que se hace mención aquí.”(traducción al inglés obtenida en: <http://www.iranonline.com/iran/iran-info/government/constitution-9-2.html>)

<sup>148</sup> MANIRUZZAMAN, ABDUL F. MUNIR; *International Arbitration and Mandatory Public (...)*; Op. cit.; Pag. 55. En este mismo sentido, pero respecto a la aplicación del orden público internacional ver LALIVE, PIERRE; Op. cit.; ¶.43

<sup>149</sup> El Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado (Switzerland’s Federal Code on Private International Law), en su Artículo 177, párrafo II, establece “If one party to an arbitration agreement is a State or an enterprise dominated by or an organization controlled by a State, it may not invoke its own law to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be subject to an arbitration.” (Traducción obtenida en <http://www.umbrecht.com/eng/frameset4.asp?status=1&id=358&user=guest>)

interposición de una excepción de falta de capacidad para someterse arbitraje, sino que bajo la óptica del orden público transnacional se acepte la arbitrabilidad como un principio de derecho.<sup>150</sup>

Por último, es pertinente señalar que también se ha reconocido que la capacidad de una entidad pública puede encontrarse prohibida en casos de arbitrajes nacionales. Sin embargo, en algunos casos, las reglas sobre arbitrabilidad subjetiva pueden llegar a ser diferentes en los casos de arbitrajes comerciales internacionales.

Tal es el caso de la interpretación que llegó a realizar la Corte de Casación francesa respecto de la prohibición que se había establecido con anterioridad por la jurisprudencia francesa a someter a arbitraje los contratos administrativos.<sup>151</sup> Igualmente, en el caso *Benteler v Belgica*, el tribunal arbitral llegó a una conclusión similar al estimar que aun cuando las leyes de Bélgica prohibían la celebración de acuerdos arbitrales por parte del Estado, éste había firmado el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, por lo que había asumido la obligación de someterse a arbitrajes comerciales internacionales, siempre que la disputa fuera de naturaleza comercial,<sup>152</sup> presentándose de esta manera la coexistencia de dos ámbitos de arbitrabilidad subjetiva aplicables a diferentes casos.

Así, cabe concluir que la arbitrabilidad de los contratos celebrados por entidades públicas ha evolucionado de una inarbitrabilidad absoluta, a una arbitrabilidad permitida en determinados casos, cuya regulación y amplitud varían de país a país dependiendo de la apertura comercial y de la inversión extranjera que cada país tenga; aunado a la existencia de excepciones oponibles al reconocimiento y ejecución de acuerdos y laudos arbitrales.

<sup>150</sup> Hanotiau, Bernard et Caprasse; Oliver; *Op. cit.*; Pag. 725

<sup>151</sup> *Trésor Public v. Galakis*, Cour d' Cassacion, 2 de Mayo de 1966, Rev Arb., 1966 ; Pag. 99

<sup>152</sup> *Benteler et al. v Belgica*, *Laudo de 18 de Noviembre de 1983*; J. IntArb.; Pags 184-190. En este caso el Estado Belga alegó que la controversia no debía ser estimada como comercial pues había entrado en la operación con la finalidad de apoyar a la industria del acero, lo cual constituía un acto *juri imperii*, sin embargo el tribunal arbitral estimó que, si bien la causa podía tener un origen *jure imperii*, el acto era de naturaleza comercial.

### III. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE ACUERDOS Y LAUDOS

El reconocimiento y la ejecución de los laudos emitidos durante el procedimiento arbitral es la última etapa que la parte que obtuvo una resolución favorable debe pasar para obtener sus pretensiones, en caso de que la parte perdedora no haya cumplido el laudo de forma voluntaria.

Si bien se ha documentado en algunos estudios que la mayoría de las veces el cumplimiento de los laudos se realiza de forma voluntaria,<sup>153</sup> el análisis de esta etapa es de suma importancia, pues es deber de todo árbitro emitir un laudo ejecutable, por lo que gran parte de las decisiones que lleguen a tomar en el laudo final tendrán que haber sido analizadas con miras a las posibles consecuencias que tendrán lugar en la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo.

Esta etapa puede implicar otra consideración cuando estamos frente a un procedimiento arbitral en el cual una de las partes es un gobierno o una entidad de éste, pues comúnmente buscarán resistirse a que se lleve a cabo el procedimiento arbitral rehusándose a participar en el mismo, estableciendo leyes que anulan el acuerdo arbitral o faltando al nombramiento del árbitro<sup>154</sup>, así como oponiendo durante el procedimiento y en la ejecución del laudo resultante de éste, argumentos sobre capacidad del estado e inmunidad soberana, que se suman a los que cualquier particular podría oponer.

Es por lo anterior que la debida ejecución de un acuerdo arbitral, así como del laudo resultante de un procedimiento arbitral, empieza por un correcto análisis de la validez, eficacia y aplicabilidad del acuerdo arbitral, así como de la arbitrabilidad de la disputa.

---

<sup>153</sup> *International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008*; Queen Mary College, University of London y PriceWaterhouseCoopers, 2008 (disponible en [http://www.pwc.co.uk/en\\_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf](http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf))

<sup>154</sup> GARNETT, RICHARD; *Op. Cit.*; pag 486

### **3.1 Reconocimiento y ejecución de acuerdos y laudos arbitrales entre entidades públicas y particulares**

En materia de arbitraje internacional, el proceso de reconocimiento y ejecución de acuerdos y laudos arbitrales resultado de un procedimiento arbitral en donde fue parte un Estado o entidad de éste, deben ser analizados principalmente desde la óptica de la Convención de Nueva York, en especial si la petición de ejecución de laudo se va a realizar en país distinto al del lugar del procedimiento arbitral.

En este sentido, parece esencial aclarar si el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York incluye los acuerdos y laudos respecto de arbitrajes donde participó como parte una entidad pública. Si bien el texto de la Convención de Nueva York no hace referencia alguna a arbitrajes en que participe el Estado o una entidad de éste, tampoco limita su aplicación en esos casos. Igualmente se debe tener en cuenta que la redacción de la Convención trata de abarcar todos los casos donde exista un laudo y/o acuerdo arbitral proveniente de una arbitraje comercial internacional que deba ser reconocido en un país extranjero, indistintamente de si se trata de una diferencia entre personas físicas o jurídicas, debiendo entenderse que por personas jurídicas se hace referencia tanto a personas privadas como públicas<sup>155</sup> y por lo tanto dicho concepto abarca tanto a los gobiernos de los Estados, como a sus entidades.

En caso contrario, al presentarse una petición para la ejecución de un laudo en el mismo país donde se localizó la sede del arbitraje, este procedimiento deberá analizarse a la luz de la *lex arbitri*, sin menoscabar los casos que aun a pesar de tratarse de un laudo emitido en un determinado país éste no sea considerado como un

---

<sup>155</sup> Durante las discusiones del legislativas el representante de Bélgica propuso que el Artículo I(1) debería aclarar que las entidades públicas eran personas legales, sin embargo el Comité del Consejo Económico Social encargado de la redacción de la Convención decidió que dicha aclaración era superflua pues se debería entender que personas jurídicas abarca Estados y sus entidades. Ver UN DOC E/20704.

laudo nacional<sup>156</sup> para dicho país, en los cuales la Convención de Nueva York, será igualmente aplicada.

La citada Convención fue redactada con la principal finalidad de lograr no sólo ampliar la seguridad jurídica del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros vista desde su ámbito territorial; esto es, lograr la adhesión de un mayor número de países que lo que había logrado su antecesora, la Convención de Ginebra Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, es decir, lograr una mayor homogenización del procedimiento mediante la eliminación de las complejidades y variedades de los diversos sistemas jurídicos y mediante el reconocimiento de algunos principios del arbitraje internacional,<sup>157</sup> pero además la Convención de Nueva York busca eliminar las complejidades de este procedimiento mediante la eliminación del *doblo exequatur*, lo que le otorga mayor eficacia al procedimiento.

Así, con respecto a los acuerdos arbitrales, la Convención de Nueva York, si bien es somera en cuanto a su ejecución, es muy importante, ya que por medio del artículo II se otorga certeza jurídica a las partes firmantes de un acuerdo arbitral y así asegura que los procedimientos arbitrales puedan iniciarse en prácticamente cualquier parte del mundo, con independencia de dónde se firmó el acuerdo.

El artículo II (primer párrafo) otorga una definición internacional de acuerdo arbitral, además de que para algunos autores garantiza que un acuerdo arbitral válido sea reconocido por las cortes estatales a pesar de la existencia de una decisión distinta

---

<sup>156</sup> La Convención de Nueva York prevé en la segunda parte de su artículo I, párrafo 1., establece: “*Se aplicara también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución*”. Esta redacción se insertó a propuesta de un grupo encabezado por los delegados de Francia y Alemania, que pedían se favoreciera el concepto de la nacionalidad del arbitraje sobre el concepto de lugar del arbitraje, pues bajo su respectiva ley se permite que las partes realicen un arbitraje que sea regulado por una ley diferente a la *lex arbitri* de Francia o Alemania aun cuando el laudo sea emitido en el territorio de alguno de estos países. Ver UN DOC E/CONF. 26/L.42. También ver VAN DER BERG, ALBERT JAN; *Op.cit.*, §I-1.5.1.

<sup>157</sup> O'BRIEN, TARA; *The Validity of Foreign Sovereign Immunity Defense in Suits Under the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, en F. Int. J, Vol. 7, Issue. 2, 1984; Pag. 330

emitida por alguna corte estatal respecto de cualquier disputa abarcada por el acuerdo arbitral<sup>158</sup>.

Posteriormente, este mismo artículo, en el segundo párrafo establece el requisito mínimo de forma que debe tener el acuerdo arbitral: que esté por escrito, lo cual puede abarcar tanto un intercambio de documentos, como un contrato por escrito firmado por ambas partes.

A este respecto, se debe establecer que el requisito de firma en el contrato nunca menciona que esta deba ser autógrafa, y al permitir que el acuerdo también se pueda encontrar en un intercambio de comunicaciones, parece ser claro que más allá de las diversas formas en que se puede tener un acuerdo arbitral por escrito, este requisito se debe simplificar a que quede constancia del acuerdo de ambas partes a someterse a arbitraje.<sup>159</sup> Lo anterior no fue un capricho de los legisladores, pues además de buscar seguridad probatoria de la existencia del acuerdo, buscó homogenizar los diferentes sistemas jurídicos.

Finalmente, la última parte del artículo II (tercer párrafo) es aplicable a la existencia de conflictos de jurisdicción surgidos de una cláusula arbitral que se pretende que la corte estatal estime como nula, ineficaz o inaplicable.

Parece difícil que se llegue a presentar inexistencia del acuerdo arbitral, en virtud de que el acuerdo debe estar por escrito, lo cual manifiesta claramente la voluntad de las partes, por lo que el escrutinio sobre un acuerdo arbitral debe empezar en la “validez” de éste, cuyo análisis se debe realizar tomando como base las reglas de interpretación y validez de los contratos.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> DOROTHEE, SCHRAMM *et alt.*; Article II, en Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention (edt. KRONKE, HERBER *et alt.*); Kluwer Arbitration International; Países Bajos, 2010; Pag. 49

<sup>159</sup> *Ibidem*; Pag. 74

<sup>160</sup> Ver *X. GmbH v. Y. Corporation*, TFS, Case No. 4A\_452/2007, 29 de febrero de 2008; S. Int. Arb., Case No. 10 (2008)

La “eficacia” implica que el acuerdo aún sea aplicable a la disputa: que no haya sido revocado por las partes, que el asunto sobre el cual versa la cláusula arbitral no sea *res judicata* o que no haya expirado el plazo que las partes establecieron para que el acuerdo arbitral fuera válido o emitido por el tribunal.<sup>161</sup>

El término “aplicabilidad” del acuerdo arbitral, hace referencia a que éste no debe contener ambigüedades o patologías imposibles de subsanar, a fin de que el acuerdo arbitral pueda ser ejecutado.

Es de destacar que algunos doctrinarios han concluido que la negativa de una corte estatal a reconocer un acuerdo arbitral es equivalente a una “denegación de justicia”,<sup>162</sup> con las consecuencias que esto pueda acarrear en cada jurisdicción.

Luego, una vez concluido el procedimiento y emitido el laudo, las partes tendrán la facultad de buscar la anulación de este último bajo el procedimiento establecido en la *lex arbitri* aplicable a cada caso. En la mayoría de los casos, las causales de nulidad del laudo no tienen que ver con el fondo; éstas suelen reservarse a casos relacionados con a) la constitución del tribunal arbitral; b) que el tribunal haya excedido sus facultades durante el procedimiento o haya resultado un aspecto que no se encontraba comprendido dentro del acuerdo arbitral; c) que se haya violado algún principio o derecho procesal (por ejemplo, derecho a tener una defensa o el principio de trato igualitario a las partes) o del orden público;<sup>163</sup> por lo tanto, fuera de éste último caso, la mayoría de las causales de nulidad recaen sobre aspectos procedimentales y de debido proceso, idea que preserva la Convención de Nueva York.

Una vez que una parte intenta lograr el cumplimiento forzoso del laudo, en materia internacional debe acudir al amparo de la Convención de Nueva York. Es importante

<sup>161</sup> DOROTHEE, SCHRAMM *et al*; *Op. Cit*; Pag 103-106. También ver VAN DER BERG, ALBERT JAN; *Op. cit.*; §II-2.3.4

<sup>162</sup> MANN F.A.; *Op. cit.* Pag. 26. Ver también GARNETT, RICHARD; *Op. Cit*; Pag. 488

<sup>163</sup> HANOTIAU, BERNARD; *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*; Kluwer Law International; Países Bajos, 2006; ¶ 490

mencionar que la Convención de Nueva York, prevé dos pasos para lograr el cumplimiento forzoso del laudo: a) el reconocimiento y b) la ejecución del laudo.

Si bien esta distinción no tiene algún sentido en el caso de laudos provenientes de arbitrajes entre particulares, sí lo tiene en los casos donde una entidad pública es parte, pues la corte del país donde se haya iniciado el procedimiento podrá reconocer el laudo, más una excepción de inmunidad soberana podría bloquear la ejecución.<sup>164</sup> Así, el concepto de reconocimiento evita que la controversia vuelva a ser oída por el tribunal y éste únicamente se centre en el análisis de su capacidad de ejecutar el laudo.

Justamente por esto consideramos que el espíritu de la primera parte del artículo V de la Convención de Nueva York versa sobre las excepciones para reconocimiento del laudo, mientras que la de la segunda parte trata sobre las causales de inejecución.

Así, como bien señalan algunos autores, oponerse al reconocimiento del laudo implica una defensa para la parte que trata de evitar el cumplimiento del laudo, pues se intenta probar que el laudo no es vinculante; mientras la ejecución es ofensiva y trata, excepto en algunos casos excepcionales, de dar eficacia a la decisión del tribunal arbitral<sup>165</sup>.

Por otro lado, respecto del reconocimiento y ejecución de laudos provenientes de arbitrajes donde participó como parte una entidad pública, sobresale la aplicación de dos fracciones del artículo V de la mencionada Convención: la fracción (a) de la primera parte del artículo, y la fracción (b) de la parte 2 del mismo.

Con relación a la fracción (a), se debe aclarar que -si bien no habla explícitamente de capacidad de las entidades públicas para celebrar acuerdos- sí puede entenderse que

<sup>164</sup> TOOPE, STEPHEN J.; *Mixed International Arbitration*; Grotius Publications Limited; Reino Unido, 1990; Pág. 102

<sup>165</sup> SAVAGE, JOHN y MCLLWARTH, MICHAEL; *International Arbitration and Mediation: A practical Guide*; Kluwer International Law; Países Bajos, 2010; ¶ 6-48

la noción de capacidad utilizada en dicho inciso la incluye<sup>166</sup>. Luego entonces, el problema consistirá en determinar bajo la óptica de qué ley se debe regular la capacidad de una entidad pública a someterse a arbitraje; de primera mano, cómo ya fue mencionado, se deberá observar la regulación legal del Estado al cual dicha entidad pública pertenece, a fin de acreditar que las leyes de constitución de dicha entidad pública le otorgan la facultad de celebrar acuerdos arbitrales.

Posteriormente se deberán analizar las normas aplicables de la sede del arbitraje, pues finalmente este lugar tiene una vinculación con el arbitraje, que si bien no debe ser perjudicial para el procedimiento, si debe ser respetada en la medida que su orden público lo prescriba.

El laudo a ser ejecutado debe tener la característica de ser obligatorio para las partes o de no haber sido anulado por la autoridad del país donde el mismo fue emitido. En este punto ha surgido la controversia respecto de si la Convención puede ser aplicada a los laudos conocidos como “de-localizados”.

Quienes propugnan por una respuesta negativa, se basan en que la Convención de Nueva York vela por el reconocimiento de laudos extranjeros, y sólo un laudo que tenga nacionalidad puede ser extranjero y, por ende, objeto de la Convención. Los que sostienen que los laudos “de-localizados” sí son reconocidos por la Convención de Nueva York, fundamentan su postura en el hecho de que el inciso (e) del artículo V. 1., establece que los laudos serán reconocidos y ejecutados excepto si “la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley ha sido dictada esa sentencia”; así, se tiene por obligatorios a los laudos que adquirieron ese carácter tanto por provenir de un acuerdo arbitral válido, como por no haber sido anulados por la corte del lugar de donde hayan sido emitidos.<sup>167</sup>

<sup>166</sup> VAN DER BERG, ALBERT JAN; *Op. cit.*; §III-4.1.2

<sup>167</sup> TOOPE, STEPHEN J.; *Op. cit.*; Pag. 116

En el caso de México , el argumento de inmunidad soberana difícilmente puede ser encuadrado en otra causal que no sea la contenida en el párrafo 2 (b) del artículo V,<sup>168</sup> con respecto al orden público como causal para negar la ejecución del laudo.

### **3.2 La excepción de inmunidad soberana**

Durante años, los Estados han propugnado por el reconocimiento mutuo de inmunidad en las cortes de otros países, con la finalidad de no ser sometidos a procedimientos judiciales fuera de su territorio.

Hay que adicionar que el concepto de Estado, en lo que se refiere al gobierno, puede cambiar de país a país, dependiendo de sus circunstancias históricas, económicas y esencialmente políticas,<sup>169</sup> lo que hará variar el alcance de la inmunidad de jurisdicción o inmunidad soberana que reclame cada Estado.

Lo anterior, aunado al gradual incremento en el intercambio comercial entre diferentes mercados del globo, ha generando un crecimiento en el poder político y económico de las empresas privadas, que resulta en la pugna por restringir la inmunidad de los Estados en sus relaciones contractuales y en forzar su renuncia a dicha inmunidad a cambio de obtener una mayor participación en el mundo globalizado.

La teoría de la inmunidad soberana ha sido, durante largo tiempo, la base para que los Estados intenten retener la exclusiva competencia sobre la solución de las controversias en las que interviene en contra de particulares, argumentando que, de lo contrario se infringiría la soberanía del Estado.

---

<sup>168</sup> O'BRIEN, TARA; *Op. cit.*; Pag. 335

<sup>169</sup> CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Foreign State Immunity and Arbitration*; Cameron May; Reino Unido, 2007; §2.17

En esencia, la inmunidad soberana se debe entender como “el principio de que un soberano (i.e. el gobierno) no puede ser enjuiciado sin su consentimiento”.<sup>170</sup> De la aplicación de este concepto se llegan a presentar dos figuras jurídicas que son tratadas durante momentos procesales diferentes, pero que recaen sobre la misma idea:

- Inmunidad de jurisdicción
- Inmunidad de ejecución

Mientras la primera, inmunidad de jurisdicción, versa sobre una excepción de incompetencia de la corte del Estado foro; la segunda, inmunidad de ejecución, proviene de una falta de coerción del Estado foro sobre los bienes de cualquier Estado extranjero.

En materia de arbitraje comercial, el problema de inmunidad surge cuando se llega a la ejecución del acuerdo arbitral o del laudo en contra de un Estado que intenta evitar ser juzgado en una corte legal fuera del Estado contratante<sup>171</sup> o que sus bienes sean parte de la ejecución del laudo.

Así, el Estado no sólo cuenta con una excepción durante el procedimiento arbitral para eludir éste, sino que en caso de que sí se haya llevado a cabo y haya tenido un resultado adverso para él, puede oponer una segunda excepción: en el procedimiento de ejecución de sentencia o laudo arbitral.

### **3.2.1. Inmunidad de jurisdicción**

El reconocimiento mutuo de los Estados respecto de la inmunidad de jurisdicción se encontraba basado no solamente en el principio de reciprocidad de los Estados, sino también en conceptos de independencia, equidad y dignidad de los Estados. Así,

<sup>170</sup> MILES, CRAIG S.; *Sovereign Immunity*, en Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns (edt. BISHOP, DOAK R.); Jurisnet, LLC; EUA, 2009; Pag. 35

<sup>171</sup> MANN, F.A.; *Op. cit.*; Pag. 15

durante décadas del siglo pasado las cortes de los distintos países aplicaron una doctrina de inmunidad absoluta para los Estados.

En la actualidad, la inmunidad de jurisdicción se ha visto restringida<sup>172</sup> (doctrina de la inmunidad restringida o calificada), pues -además de ya no gozar de gran aceptación- se ha reconocido por las cortes de diversos países que existen casos en los cuales el Estado no se encuentra en una relación de supra-subordinación, en especial cuando estamos frente a relaciones de índole comercial o financiera, inclusive en simple actos de administración,<sup>173</sup> donde la personalidad jurídica del Estado, como tal, no debe servir de escudo en contra del incumplimiento de sus obligaciones contraídas con los particulares.

Aunado a lo anterior, es importante comentar la precisión que hace Gamal Moursi al establecer que en el marco de una controversia el concepto de Estado normalmente hace referencia al gobierno de ese Estado; sin embargo al gobierno de cualquier manera le es aplicada *a priori* la inmunidad que le corresponde al Estado, siendo que quien realmente es parte de la controversia es únicamente el gobierno y no todo el Estado,<sup>174</sup> lo que ha dejado manifiesto que, si bien el gobierno es quien ejecuta los actos del Estado, no todos los actos que realiza el gobierno se consideran actos del Estado.

Por lo anterior, para lograr la estabilidad, buena fe y justicia en las relaciones comerciales, inclusive en aquéllas en que participa el Estado, se ha intentado marcar una división funcionalista<sup>175</sup> con respecto a la excepción de inmunidad soberana; esto es, determinar una división en función del tipo de acto que realiza el Estado: a) actos que realmente provienen de la actividad del Estado y que exclusivamente éste puede

<sup>172</sup> MALANCZUK, PETER; *Akenhurst's Modern Introduction to International Law*; Routledge; Reino Unido, 1997; Pag.119.

<sup>173</sup> Ver *X v. Saudi School in Paris and Kingdom of Saudi Arabia*, Cour de Cassation, Francia, Junio 20, 2003. La Corte de Casación Francesa, decidió que un acto de simple administración y no de autoridad, por lo que no puede ser protegido el Reino de Arabia Saudita bajo la inmunidad de jurisdicción, por un acto de esa naturaleza.

<sup>174</sup> MOUSI BADR, GAMAL; *State Immunity an Analytical and prognostic view*; Martnus Nijhoff Publishers; Países Bajos, 1984; Pag.73

<sup>175</sup> MANIRUZZAMAN, ABDUL F. MUNIR.; *State Enterprises Arbitration and Sovereign Immunity Issues: a look at Recent Trends*; D.R.J., Vol. 60, August- October 2005; Pag. 2

realizar, *acta jure imperii*; y b) actos que pueden ser realizado por los particulares al igual que por el Estado, *acta jure gestionis*.<sup>176</sup> [ver *supra* 2.5]

Tal como estableció la SC de EUA en el caso *National City Bank of New York v Republic of China*, tiene mayor sentido la negativa de inmunidad si el Estado que la solicita puede ser sometido a un procedimiento judicial ante sus propias cortes por una demanda interpuesta por un nacional o extranjero.<sup>177</sup>

Así, se ha generalizado la visión de que en el caso de que un Estado sea demandado en la corte de otro país y esté sujeto a la jurisdicción de dicha corte debido a reclamaciones de índole comercial, el Estado demandado no por eso pierde su independencia, equidad y dignidad.<sup>178</sup> En esta misma línea de pensamiento, la SCJN de México decidió que: “Los Estados extranjeros o los organismos internacionales cuando actúan en un Estado ajeno como cualquier particular, realizan actos que, por regla general no están protegidos por el beneficio o la prerrogativa de la inmunidad jurisdiccional.”<sup>179</sup>

Ahora, si bien se ha sido aceptado reconocer la responsabilidad de los Estados en materia comercial, ha seguido latente el problema de cómo determinar los parámetros para decidir si el acto realizado por el Estado un *acta jure imperii* o un *acta jure gestionis*.

Para determinar el tipo de acto ante el que nos encontramos se realizan dos tipos de exámenes: por un lado, se ha propuesto que se atienda a la naturaleza del acto

---

<sup>176</sup> BANKAS, ERNEST K; *The State Immunity Controversy in International Law*; Springer; Alemania, 2005; pp. 74. Ver también MALANCZUK, PETER; *Op. cit.*; Pag. 120. Igualmente ver *Tesis 2a./J. 101/2003*, SCJN, Segunda Sala, Novena Época, Sem. J.F., XVIII, Noviembre de 2003, Pag. 149. La segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelve “ [...] la evolución de la inmunidad jurisdiccional que en principio se reconocía absoluta, en la actualidad no es prerrogativa ilimitada, pues de conformidad con la doctrina, los Estados extranjeros [...] pueden realizar dos tipos de actos: unos que se identifican con aquéllos que el Estado realiza en el ejercicio de su potestad soberana, y otros que realiza como cualquier particular, caso este último en que por regla general, no se concede la referida inmunidad.”

<sup>177</sup> *National City Bank of New York v. Republic of China*, 348 U. S. 356 (1955).

<sup>178</sup> CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Foreign State Immunity and Arbitration*; Cameron May; Reino Unido, 2007; §2.13

<sup>179</sup> *Tesis 2a./J./2003*; *Op.cit.*

(examen objetivo),<sup>180</sup> si el acto por su naturaleza únicamente puede ser realizado por el Estado o si se permite que sea realizado por cualquier individuo. A este respecto se ha llegado a sostener que este análisis hace innecesario otro examen de más profundidad ya que es muy certero cuando en la disputa hay participación de una empresa estatal.<sup>181</sup>

Por otro lado, también se ha sugerido la aplicación del examen que atienda al propósito del acto (examen subjetivo) e incluso la combinación de ambos exámenes, aunque en la actualidad el examen subjetivo ha sido apoyado en mayor medida por la doctrina y las cortes de distintos países.<sup>182</sup>

La conveniencia o no de otorgar inmunidad a un Estado por los actos que llegara a realizar, con base en la naturaleza del acto, no sólo debe tener una visión teórica, sino también política, es por esto que el profesor Peter Malanczuk, considera que:

la distinción entre las actividades gubernamentales y comerciales no se basa en la conveniencia de los actos del estado, pero sobre la idoneidad de los tribunales nacionales para decidir las disputas que surjan de esos actos. Actos que, por su naturaleza, sólo pueden ser realizados por estados [...] es posible que involucren delicados asuntos de política internacional, lo que hace que no sean adecuados someterlos a la decisión de cortes nacionales<sup>183</sup>

Luego entonces, aplicando esta concepción de la inmunidad soberana frente a los tribunales extranjeros al caso del arbitraje comercial, parece que la causales de inarbitrabilidad subjetiva coinciden con la excepción de inmunidad soberana [ver *supra* 2.1.1].

---

<sup>180</sup> BANKAS, ERNEST K.; Pag. 74

<sup>181</sup> MALANCZUK, PETER;; Pag. 121

<sup>182</sup> MANIRUZZAMAN, ABDUL F. MUNIR; *State Enterprises Arbitration (...): Op. cit.*; Pag. 3

<sup>183</sup> MALANCZUK, PETER; Pag. 120

### 3.2.2. Inmunidad jurisdicción como excepción ante tribunales de arbitraje

Si existen aspectos en los cuales parece lógico otorgar prerrogativas de inmunidad de jurisdicción al Estado con la finalidad de salvaguardar condiciones económicas y sociales esenciales para su funcionamiento, la realidad es que no están relacionados con los argumentos que se esgrimen para alegar la inarbitrabilidad de ciertas controversias de orden público, ya que el Estado al contratar con un particular entra en una relación jurídica que nada tiene que ver, por lo menos directamente, con aspectos que podrían ser tomados como esencialmente de orden público.

Es ampliamente reconocido que el hecho de la existencia de la inmunidad de jurisdicción no prohíbe que un Estado pueda celebrar un acuerdo arbitral, porque la inmunidad soberana no puede ser vista como una barrera para que los Estados formen parte de procedimientos arbitrales, siempre y cuando se atiendan los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*<sup>184</sup>. Así, invocar la excepción de inmunidad durante el procedimiento arbitral debe interpretarse por el tribunal arbitral como una franca violación a estos principios ampliamente aceptados a nivel mundial.

Cierto es que todo ente público o de participación estatal está sujeto a la capacidad de ejercicio que les otorgan las leyes y reglamentos emitidos por los órganos de gobierno facultados para ello. En consecuencia, la arbitrabilidad subjetiva de estas entidades juega un papel importante en la determinación de la viabilidad de celebrar un acuerdo arbitral en un contrato con el Estado. Sin embargo, una vez celebrado debe ser entendido que el Estado renuncia a invocar la inmunidad, pues “es aceptado que el adquirir la obligación de someterse a arbitraje por parte de un Estado extranjero es una renuncia de inmunidad de jurisdicción”.<sup>185</sup>

<sup>184</sup> CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Op.cit*; §3.3.

<sup>185</sup> CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Op.cit*; §3.1.

Esta posición ya era adoptada por renombrados juristas como Federick Alexander Mann, quien llegó a sostener que “es difícil concebir circunstancias en las que más claramente se señale una renuncia de la inmunidad que en una cláusula arbitral.”<sup>186</sup>

Todo esto parece desembocar en la coherencia y justicia que debe existir al analizar el acto realizado por el Estado de pactar un acuerdo arbitral, pues de aceptar la excepción de inmunidad soberana se generaría una clara contradicción frente al hecho de haber establecido un acuerdo arbitral <sup>187</sup> y se estaría dejando de lado la aplicación del reconocido principio de los contratos internacionales *venire contra factum proprio*.

En adición a dicha argumentación, hay que recordar que, si bien un tribunal arbitral puede tener relación jurídica con el Estado sede del arbitraje mediante la *lex arbitri*, este vínculo no es suficiente para establecer que el tribunal arbitral tiene una nacionalidad o una subordinación al poder jurisdiccional de las cortes del país sede, lo que conlleva que por su naturaleza no sea factible la imposición de una excepción de inmunidad de jurisdicción, pues por un lado a) esta excepción únicamente puede ser interpuesta por un Estado extranjero frente a las cortes de otro, en un ámbito de reciprocidad internacional, circunstancia que no se presenta en la relación entre el tribunal arbitral y el Estado parte del procedimiento arbitral, lo que en resumidas cuentas se puede entender como una inoperancia de la excepción de inmunidad a razón de la de la naturaleza del procedimiento arbitral; y, por otro b) que la firma del acuerdo arbitral no sólo debe ser entendida como una renuncia, sino como un extensión de las facultades del Estado como persona jurídica de resolver las controversias de que sea parte, pues en ningún momento renuncia a su soberanía sometiéndose a otro gobierno, sino lo que hace es someterse a un procedimiento privado desligado de la autoridad estatal del país sede, lo que en esencia no infringe la concepción básica de soberanía.

<sup>186</sup> MANN, F.A.; *Op. cit.*; Pag. 15

<sup>187</sup> GAILLARD, EMMANUEL Y SAVAGE, JOHN; *Op. cit.*; ¶ 642

Así, aunque a discreción del tribunal arbitral, la improcedencia de una excepción de inmunidad en un procedimiento arbitral parece casi evidente.

### 3.2.3 Inmunidad de ejecución

En principio podría pensarse que la inmunidad de ejecución debería operar de la misma manera que la inmunidad de jurisdicción y, por tanto, que la inaplicabilidad de la primera debería lógicamente acarrear la negación de la segunda.

No obstante, aun cuando algunas cortes estatales así lo han resultado,<sup>188</sup> usualmente suelen aplicarse criterios más estrictos al valorar la admisibilidad de la excepción de inmunidad de ejecución por parte de las cortes estatales, pues a diferencia de la inmunidad de jurisdicción la de ejecución no es una prerrogativa que los Estados se otorgan mutuamente, sino que está directamente relacionada con la naturaleza de los bienes:<sup>189</sup> “La inmunidad de ejecución se funda en razones de orden público que exigen proteger los bienes del estado y los recursos presupuestales destinados a atender las necesidades generales de la población”.<sup>190</sup>

Mientras la inmunidad de jurisdicción se refiere a que una corte de un Estado no puede conducir un procedimiento en que se juzgue a un Estado extranjero, la inmunidad de ejecución no versa sobre la capacidad de jurisdicción de una corte Estatal, sino sobre la capacidad de una corte de poder realizar acciones coercitivas que obliguen a un Estado extranjero a cumplir las obligaciones resultantes de un laudo arbitral o una sentencia.

Debe hacerse notar que si bien la teoría absoluta de inmunidad del Estado cada vez es más rechazada, el último resquicio donde es mayormente aplicada es en el caso de la

<sup>188</sup> El TFS estimó que cuando al haber negado previamente la inmunidad de jurisdicción, una consecuencia lógica es negar posteriormente la inmunidad de ejecución. Ver *Republique Arabe d’Egypte v. Cinetel*, TFS, 20 de julio de 1979, ILR, Vol. 65.

<sup>189</sup> CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Op.cit* ; ¶ 6.44

<sup>190</sup> URRUTIA VALENZUELA, CARLOS; *La inmunidad de ejecución del estado soberano*, en El Contrato de Arbitraje (ed. Silva Romero, Eduardo *et alt.*); Universidad del Rosario; Colombia, 2005; Pag.683

inmunidad de ejecución, aunque la teoría restrictiva cada vez es más aceptada por las cortes de distintos países.

Una de las principales diferencias entre los dos tipos de inmunidad es que la teoría restrictiva no atiende al propósito del acto, sino al uso que se le da al bien que se pretende embargar y que en principio está destinado a satisfacer las obligaciones del Estado o de su entidad.<sup>191</sup>

Ésta es la postura que ha sido sustentada por diversas cortes estatales alrededor del mundo, que coinciden en que respecto de la ejecución de laudos, es un principio de derecho internacional conceder la inmunidad de ejecución en los casos donde se soliciten medidas de apremio en contra de bienes de otros Estados que son utilizados para actos *iure imperii*.<sup>192</sup>

Suele ser un tema discutido si para que un bien pueda ser objeto de cualquier medida de ejecución debe existir un nexo entre el bien y la reclamación, lo que se traduce en que el bien propiedad de la entidad estatal sobre el cual se pretende llevar a cabo la ejecución del laudo, fue objeto o estuvo relacionado con el acto jurídico que dio origen a la reclamación y por ende éste es apto para ser objeto de dicha ejecución, pues si el acto jurídico que originó la controversia es de naturaleza comercial (*iure gestionis*), esta naturaleza comercial también la deberá tener dicho bien por estar relacionado con el acto jurídico reclamado.<sup>193</sup>

También existen algunas cortes estatales que han establecido que es necesario que exista un nexo entre la relación jurídica objeto de la controversia y el país donde se va a resolver la ejecución del laudo arbitral para que pueda ser ejecutado el laudo

---

<sup>191</sup> REINISCH, AUGUST; *European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures*, en EJIL, Vol. 17, 2006; Pag. 804.

<sup>192</sup> *Philipine Embassy Bank Account*, Bundesverfassungsgericht, 17 de diciembre de 1977, ILR, Vol. 65. Ver también los casos de *Spanish Consular Bank Accounts Case*, Landegericht, Stuttgart, 21 de septiembre de 1971, ILR Vol. 65. *Cabotent v. NIOC*, The Hague Court of Appeal, 28 de noviembre de 1968, ILR, Vol. 63. *Libya v. Rossebton SRL*, Case No. 2502, Corte di Cassazione, 25 de mayo de 1989, ILR, Vol. 87.

<sup>193</sup> A este respecto ver el Artículo 1610 (a)(2) de la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera de EUA (*Foreign Sovereign Immunity Act*).

arbitral correspondiente. A este respecto el Tribunal Federal Suizo, estableció que para que “una relación jurídica en la cual un Estado es parte se considere conectada con el territorio suizo, debe tener su origen en Suiza o haber cumplido sus obligaciones en Suiza.”<sup>194</sup> y entonces en caso de considerarse procedente el laudo arbitral en contra de un Estado extranjero ya podría ser ejecutado.

Ahondando en este análisis, parece ser que el reconocimiento de la defensa mediante la inmunidad de ejecución suele ser la regla general, pero existen ciertas causales para no admitirla, que se pueden agrupar en tres: a) una renuncia a la inmunidad de ejecución; b) ejecución sobre bienes señalados por el Estado; c) ejecución sobre bienes que sirvan a propósitos comerciales.

El inciso a), la renuncia a la inmunidad de ejecución, llega a tener requisitos mucho más estrictos que los de una renuncia a la inmunidad de jurisdicción, por lo que su efectividad y validez dependerá de los términos en que se haga y de los bienes que se pretende sean objeto de la ejecución.

Las renunciaciones de ejecución suelen venir contenidas en tratados, bilaterales o multilaterales, o en contratos celebrados por los Estados, así como en declaraciones que un representante de un Estado puede realizar de manera oficial.

La validez de una renuncia a la inmunidad de jurisdicción dependerá mucho de la ley que regule este tema, sea la ley del país en que realiza la renuncia o la ley del país de la corte donde se solicita la ejecución, siendo este supuesto para algunos autores la regla general;<sup>195</sup> hay unanimidad en que la declaración de renuncia a la inmunidad de ejecución debe ser hecha de manera definitiva e inequívoca.<sup>196</sup>

<sup>194</sup> *Royaume de Grèce v. Banque Julius Bär & Cie*, TFS, 19 de junio de 1980, ILR, Vol. 62.

<sup>195</sup> CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Op.cit.*; ¶ 6.6

<sup>196</sup> *Procureur de la République v. SA Iptrade International*, Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 de Septiembre de 1978, ILR, Vol. 65.

Respecto de la forma que debe revestir la renuncia a la inmunidad de ejecución -al igual que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción- se puede realizar de manera implícita o explícita, aunque la explícita requiera rigor en cuanto a sus requisitos de forma, e incluso ser necesario se haga frente a la corte del Estado para que sea considerada válida.<sup>197</sup>

La renuncia implícita a la inmunidad de ejecución raramente llega a ser aceptada por las cortes estatales, ya que esta especie de inmunidad, en principio no es una prerrogativa, sino que surge de las necesidades de los Estados y al destino de sus bienes.

Sin embargo, el rechazo a la renuncia implícita no es una regla general; se ha llegado a considerar como renuncia implícita que el estado extranjero designe ciertos bienes o alguna cuenta para cumplimiento de una determinada deuda u operación con un particular<sup>198</sup>, hecho que adicionalmente le estaría dando una naturaleza comercial a los bienes, lo que nos remite a la segunda causal para no admitir la inmunidad de ejecución, que se refiere a “b) ejecución sobre bienes señalados por el Estado” como se menciona arriba, ha sido ampliamente aceptada por diversas cortes del mundo, en especial cuando se señalaron cuentas específicamente designadas para el cumplimiento de obligaciones contraídas por los Estados.<sup>199</sup>

Otra postura plantea que una renuncia implícita ocurre cuando el Estado simplemente no objeta la solicitud hecha por el particular,<sup>200</sup> ya que no todas las cortes estatales otorgan el privilegio de la inmunidad de ejecución *prima facie*.

<sup>197</sup> Con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de Inmunidad Soberana del Reino Unido una renuncia a la inmunidad de ejecución debía ser hecha ante la corte. Ver CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Op.cit.*; ¶ 6.6.

<sup>198</sup> *Republic of Iran v Eurodif*, Cour de Cassation, 20 de marzo de 1989, ILR, Vol 89.

<sup>199</sup> Reinisch, August; European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, en *The European Journal of International Law*, Vol. 17, 2006; pag. 804.

<sup>200</sup> *Flota Marítima Browning de Cuba v MV Ciudad de a Habana*, 335 F.2d 619, United States Court of Appeal (4th. Cir), 14 de julio de 1964.

Finalmente, la excepción basada en que sólo se pueden ejecutar bienes para exclusivo uso comercial, tiene un claro sustento en la división entre *iure gestionis* y *iure imperii*. Algunas legislaciones en materia de inmunidad soberana a nivel mundial han establecido que solamente los bienes utilizados para fines comerciales son susceptibles de ser objeto de medidas de apremio.<sup>201</sup>

Por lo tanto, la tercera causal para rechazar la solicitud de inmunidad de ejecución tiene que ver con que los bienes que se buscar ejecutar en realidad son de uso comercial, aunque el ejecutado sea el Estado y por tanto no es aplicada la causal de inmunidad de ejecución. En la práctica internacional, algunas cortes han decidido que para que un bien pueda ser objeto de la inmunidad soberana, debe pertenecer indudablemente a los considerados para fines de *iure imperii*<sup>202</sup> y demostrar que se usa o se intenta usar para actividades de esa clase; sin embargo, determinar si un bien cumple o no dichas características queda al arbitrio de las cortes y en la mayoría de los casos no es difícil para un Estados probar que sus bienes tienen un uso o una vinculación con una actividad *iure imperii*, por lo que esta excepción prospera.

En suma, podemos concluir que en la práctica y en comparación con la inmunidad de jurisdicción, la inmunidad de ejecución llega a presentar más problemas a los particulares que intentan hacer cumplir a un Estado extranjero una resolución.

### **3.2.4 La ejecución de los laudos arbitrales y la inmunidad de ejecución**

Con relación al laudo desfavorable para un Estado, la inmunidad de ejecución presenta problemas muy particulares, en especial al analizar si la celebración de un acuerdo arbitral puede ser interpretada como una renuncia a ese tipo de inmunidad, pues a pesar de que en la mayoría de los países occidentales se ha reconocido que la

<sup>201</sup> Ver la Ley de Inmunidad del Estado del Reino Unido (*State Immunity Act*) Artículo 3(1) que prevé que un Estado no es inmune por operaciones comerciales.

<sup>202</sup> *TMR Energy Ltd. V State Property Fund of Ukraine*, 2003 FC 1517 [2004] 3 F.C.R. D-23, Federal Court of Canada; 23 de diciembre de 2003.

celebración de un acuerdo arbitral por parte de un Estado es una renuncia implícita a la inmunidad de jurisdicción, no lo es a la inmunidad de ejecución,<sup>203</sup> y por lo general no se señala esta renuncia automática en las legislaciones sobre inmunidad<sup>204</sup>

Otro de los problemas que se enfrentan los particulares al querer ejecutar un laudo condenatorio para un Estado es que, con independencia de la legislación aplicable a la renuncia, parece ser una tendencia generalizada que la renuncia a la inmunidad de ejecución debe haber sido hecha de manera clara e inequívoca,<sup>205</sup> siendo esta interpretación apegada a lo requerido por las legislaciones de algunos países que exigen una renuncia expresa a la inmunidad de ejecución para que sea operante.<sup>206</sup>

Por esto, independientemente de la firma del acuerdo arbitral, los particulares que celebren contratos con los Estados deben procurar la renuncia de éste a la inmunidad de ejecución, de lo contrario se está en riesgo de que el laudo no se pueda ejecutar y se vulnere el principio de eficacia del laudo.

Una alternativa que ha sido reconocida por algunas cortes internacionales, es que al momento de que las partes adoptan el reglamento de una institución arbitral y éste contiene la obligación para las partes de cumplir el laudo, éstas renuncian a cualquier excepción que pudiesen hacer valer posteriormente,<sup>207</sup> como es el caso de la excepción de inmunidad de ejecución, sin que esto implique que no pueden intentar la

<sup>203</sup> Savage, John y McIlwarth, Michael; *Op. cit.*; ¶6-090

<sup>204</sup> CHAMLONGRASDR, DHISADEE; *Op.cit* ; ¶ 7.2.

<sup>205</sup> *Russian Federation v. Noga Import/Export Company*, Cour d' Appel de Paris, 10 de Agosto de 2000; ILR, Vol. 127

<sup>206</sup> Art 401 del Código de Procedimientos Civiles de la Federación Rusa (*Civil Procedural Code of the Russian Federation*), en su Artículo 401(1) establece “*Filing a court action in the Russian Federation to a foreign country, attracting foreign country to participate in the proceedings as a defendant or a third person, seizure of property belonging to a foreign country and within the territory of the Russian Federation, and acceptance in relation to this property other measures securing the claim, foreclosure on it property in the order of execution of court decisions are only allowed with the consent of the competent authorities of the State, unless otherwise provided by international treaty of the Russian Federation or federal law.*” (Traducción al inglés obtenida en [www.rarolc.net/programs/download.php](http://www.rarolc.net/programs/download.php) )

<sup>207</sup> *Ibidem*; ¶6-092. En la actualidad es el Artículo 28 (6) el que estipula: “*Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente.*” Igualmente el Centro de Arbitraje de Mexico contiene una disposición similar en el Artículo 35 (5) de su reglamento vigente a partir del 1 de julio de 2009.

anulación del laudo bajo la *lex arbitri* de la sede del arbitraje. Así fue como resolvió la Corte de Casación Francesa en el famoso caso de *Creighton Ltd v. Ministerio de Finanzas de Qatar*, en el cual estimó que el gobierno de Qatar al celebrar el acuerdo arbitral en el que se adoptaron las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigentes en ese momento, las cuales en su artículo 24 preveían la obligación de las partes de cumplir el laudo arbitral, dicha corte estimó la adopción de esas reglas como una renuncia a la inmunidad de ejecución.<sup>208</sup>

Otras cortes excepcionalmente han considerado que celebrar un acuerdo arbitral es una renuncia a la inmunidad de ejecución<sup>209</sup> o que la renuncia a la inmunidad de jurisdicción implica la de ejecución,<sup>210</sup> sin embargo, como ya mencionamos, esas interpretaciones no son acordes a la actual tendencia internacional.

Por otro lado, se ha sostenido que el principio de efectividad del laudo y el principio de inmunidad de ejecución son incompatibles y colisionan al momento de realizar el análisis por parte de las cortes estatales. Sin embargo, es indiscutible que más allá de la existencia obligación de un Estado a cumplir sus pactos, está la protección que aún se le reconoce a éste en ciertos casos, más la división entre *jure gestionis* y *jure imperii* permite que determinados bienes no considerados como bienes necesarios para el funcionamiento del estado puedan ser utilizados como medio de pago a las obligaciones surgidas de un laudo arbitral.

Esto se suma al hecho de que el Estado actúa mediante diferentes órganos y no todos éstos deben ser protegidos por la excepción de inmunidad de ejecución, pues algunos realizan actividades esencialmente comerciales y, por tanto, teóricamente hace innecesaria la existencia de una renuncia expresa a la inmunidad de ejecución a fin de respetar el principio de efectividad del laudo.

<sup>208</sup> *Creighton Ltd v. Minister of Finance of Qatar and Others*, Cour de Cassation, 6 de julio de 2004, ILR, Vol. 127

<sup>209</sup> *Birch Shipping Corp. V Embassy of Tanzania*, 507 F Supp 311, United States Court of Appeal (District of Columbia, 1980.

<sup>210</sup> *NV Cabolet v NIOC*, The Hague Court of Appeal, 28 de noviembre de 1968, ILR, Vol. 47.

Finalmente, se puede ver que, si bien la jurisprudencia internacional no ha sido uniforme a este respecto, sí ha arrojado ciertos principios y claras tendencias respecto a la inmunidad de ejecución cuya dificultad únicamente puede evitarse, en nuestra opinión, obteniendo una clara y expresa renuncia a la citada inmunidad.

### **3.2.5 Convención de la ONU sobre inmunidad**

La Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades de los Estados y sus Bienes dispone en lo referente a su ámbito de aplicación (artículo 1) que será aplicada respecto de la inmunidad de jurisdicción de un Estado y de sus bienes ante los tribunales de otro Estado. Aun cuando parece dar preeminencia a tratar los aspectos relacionados con la inmunidad de jurisdicción, no es precisamente así, ya que sólo atiende las medidas coercitivas previas, concurrentes y posteriores al procedimiento (artículo 18 y 19).

Esta Convención ordena la aplicación de inmunidad soberana sólo a diferencias relacionadas a operaciones comerciales, y claramente es acorde a las tendencias de las cortes intencionales en cuanto a que un estado renuncia a su inmunidad para evitar confirmar y anular el laudo al momento de celebrar un acuerdo arbitral (artículo 17), y a que no se considera que un Estado puede gozar inmunidad respecto de cualquier medida de ejecución contra sus bienes.<sup>211</sup>

### **3.2.6 La relación del Estado con sus entidades autónomas frente a la ejecución de los laudos arbitrales**

En la actualidad, cada vez es más común que el Estado actúe mediante diversos órganos, muchos con independencia administrativa y financiera, por lo que, como ya se dijo, no debe ser válido argumento alguno para que el Estado no dé cumplimiento a

<sup>211</sup> ANNACKER, CLAUDIA ET GREIG, ROBERT T.; *State Immunity and Arbitration*, en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 15, No. 2 (2004); Page 72

un laudo arbitral, empero, al ir perdiendo fuerza en la comunidad internacional la excepción de inmunidad de ejecución, se ha llegado a afirmar que al tener independencia estos órganos del estado también debe existir entre estos un división similar al velo corporativo que impera entre las personas morales privadas.

En el caso de empresas de estados extranjeros, se puede pedir a la corte estatal que esté resolviendo sobre la ejecución del laudo, que decida respecto de la existencia de un nexo entre los bienes que se pretende sean objeto de la ejecución del laudo arbitral y la entidad estatal que participó en el arbitraje.<sup>212</sup>

Si bien la SC EUA ha determinado que, por regla general, un organismo autónomo debe ser considerado como una entidad independiente del Estado,<sup>213</sup> la jurisprudencia norteamericana también demuestra que se puede aplicar una excepción a dicha regla cuando:

- a) El Estado tenga control sobre su entidad autónoma tal manera que se cree una relación de comisionista y comitente;
- b) Cuando el reconocimiento de la entidad como una entidad independiente del estado generara que éste último actuara de mala fe e injustamente.<sup>214</sup>

Para poder determinar lo anterior, se debe poder demostrar que: a) la supervisión que ejerce el Estado sobre su órgano autónomo excede los estándares normales y, de cierta forma, esto se traduce en un control casi total del Estado sobre el órgano autónomo y b) el control se realiza de tal forma que indudablemente resulta en que el órgano autónomo es simplemente una representante del Estado.<sup>215</sup>

<sup>212</sup> REINISCH, AUGUST; *Op. cit.*; Pag. 822.

<sup>213</sup> *First National City Bank v Banco para el Comercio Exterior de Cuba*, 103 S.Ct. 2591 (1983), 17 de junio de 1983.

<sup>214</sup> *S & Davis International, Inc v The Republic of Yemen*; United States Court of Appeals (11<sup>th</sup> Cir.), 21 de Julio de 2000.

<sup>215</sup> *Transamerica Leasing, Inc v La República de Venezuela*, 200 F. 3d 843, United States Court of Appeals (District of Columbia), 28 de enero de 2000.

Así, en los casos en que el acuerdo ha sido firmado por una entidad autónoma del Estado, es primordial analizar si fue firmado por el Estado a través de dicho órgano o si el órgano actuó de manera independiente, ya que en caso de no poder establecer un vínculo suficientemente fuerte con el Estado desde el firma del acuerdo arbitral, se corre el riesgo de que el Estado sea liberado de la obligación impuesta a su entidad, en consecuencia, solo la entidad que firmó el acuerdo será responsable y, por ende, sólo los bienes de esta última podrán ser objeto de alguna medida coercitiva en la ejecución, con el riesgo de que dichos bienes no sean suficientes para el cumplimiento de la obligación reconocida en el laudo arbitral.

Tal fue la situación en el caso *Dallah v el Ministerio de Asuntos Religiosos de Pakistán*, donde la Suprema Corte del Reino Unido determinó que el gobierno de Pakistán no se encontraba obligado al cumplimiento de un laudo arbitral dictado en su contra en vista de que éste no había firmado el acuerdo arbitral, sino un fideicomiso creado por el mismo gobierno Pakistaní; puesto que al haber dotado de autonomía a dicho fideicomiso, el gobierno de Pakistán no era parte del acuerdo arbitral y, por tanto, no era posible ejecutar el laudo en su perjuicio.<sup>216</sup>

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de París emitió una decisión desechando la solicitud del gobierno de Pakistán de anular el laudo arbitral, considerando que el gobierno del Pakistán sí se encontraba ligado al contrato, pues la creación del fideicomiso era una simple formalidad,<sup>217</sup> permitiendo así, lo cual permitió la subsistencia del laudo arbitral.

Cierto es que las posturas son contradictorias en este tema, mas en aras de garantizar la efectividad en la ejecución de un laudo arbitral en contra de un Estado que se

---

<sup>216</sup> *Dallah Real Estate v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*, [2010] UKSC 46, 3 de noviembre de 2010.

<sup>217</sup> *Gouvernement du Pakistan – Ministère des affaires religieuses v Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, Cour d' Appel de Paris, 09/28533, 17 de febrero de 2011.

encuentre involucrado en el contrato, debe ser el propio Estado quien firme el acuerdo arbitral, con independencia de en contra de quién se ejecuten las obligaciones contractuales o, en su caso, el acuerdo debe contener una declaración hecha por la entidad que se compromete en árbitros en la que se declare parte del Estado y que actúa en representación de éste, pues de lo contrario se corre el riesgo de que el Estado logre desligarse de la obligación de atender al procedimiento arbitral y/o de cumplir con el laudo arbitral y de que los bienes con que cuente la empresa estatal no sean suficientes para satisfacer la obligación reconocida en el laudo arbitral.

## IV. LAS ENTIDADES PÚBLICAS MEXICANAS Y EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Como resultado del Acuerdo General sobre Aranceles y Tarifas (GAAT), de la firma del diversos tratados de libre comercio -11 al día de hoy- y con la firma de diversas “*Cartas de Intención*” que firmó con el Fondo Monetario Internacional, Mexico se introdujo de lleno en el procedimiento globalizador y por lo que respecta al comercio internacional se ha visto en la necesidad de buscar mecanismos que otorguen mayor equilibrio procesal entre las partes y de garantizar a nacionales y, en especial, a los extranjeros, que el Estado Mexicano dará cumplimiento a sus obligaciones, en especial a aquellas que surjan de la sumisión a procedimientos arbitrales.

Es por ello que en el capítulo final de este trabajo es indispensable analizar el arbitraje comercial internacional y los puntos más importantes de su marco regulatorio en el contexto de la participación del Estado Mexicano.

### **4.1. La constitucionalidad del arbitraje en México**

La constitucionalidad del arbitraje pareció estar en tela de juicio durante varios años, pero en la actualidad, con la reforma al artículo 17 de la Constitución de Mexicana al cual el Constituyente Permanente en 2008 adicionó un párrafo que prevé los medios alternativos de solución de controversias como un medio que el Congreso podrá regular para resolver algunos tipos de diferencias, en nuestra opinión, pone punto final al debate.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante analizar algunas disposiciones constitucionales sujetas a discusión en lo que se refiere a la constitucionalidad de los procedimientos arbitrales en Mexico.

#### 4.1.1 Tribunales Especiales (artículo 13 de la Constitución Mexicana)

El artículo 13 constitucional es claro al establecer que “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales”, por lo que de ninguna forma se debe intentar hallar una excepción a dicha regla, pero sí es debido precisar qué se entiende por tribunales especiales y si un tribunal arbitral encaja en el concepto.

En principio, debe puntualizarse que esta disposición habla de tribunales creados *ex profeso*, esto es, extraordinariamente para un caso en particular, mas no por ello se refiere a una jurisdicción especial o especializada, ya que ésta tiene como única finalidad conocer de un tipo de asuntos en razón de la materia del litigio, y es condición esencial que estos tribunales sean creados con anterioridad a que surjan las controversias, al igual que las normas que les otorgan jurisdicción y competencia.

También dentro de esta clasificación por especialidad podemos encontrar aquellos tribunales administrativos pertenecientes al poder ejecutivo,<sup>218</sup> que si bien no pertenecen al poder judicial, ejercen igualmente una función jurisdiccional y tienen una competencia reducida a ciertos temas en materias puramente relacionadas con controversias de los particulares en contra de las resoluciones de la administración pública.

Para autores como Eduardo Pallares, no hay duda en que el tribunal arbitral es un tribunal especial, pues no hay otra interpretación para la noción de “especial”.<sup>219</sup> Nos parece muy corta dicha interpretación realizada únicamente con base en la literalidad de la norma jurídica y deja de lado la verdadera intención del legislador.

Bajo una interpretación más profunda y armónica, la característica de especial de un tribunal a la que hace referencia la Constitución Mexicana, implica que tanto los

<sup>218</sup> ALVARADO HERNÁNDEZ, ARTURO ; *Jurisdicción Especializada*, en Revista de Derecho Privado, Año I, Num. 2., Mayo-Agosto 2002; IJ-UNAM; Pag. 16

<sup>219</sup> PALLARES, EDUARDO; *Derecho Procesal Civil*; Ed. Porrúa; Mexico, 1983; Pag. 588.

órganos juzgadores como la norma jurídica que les otorga la facultad jurisdiccional y la que establece la hipótesis jurídica a aplicar en sus resoluciones, son posteriores a la situación que se pretende juzgar; es por esto que el mismo artículo 13 prevé que “nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni tribunales especiales”, y de aceptarse cualquiera de éstos se vulnerarían los principios constitucionales de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, aunado a que, en nuestra opinión, el concepto de leyes privativas y el de tribunales especiales se encuentran íntimamente ligados.

Esta línea de pensamiento va acorde a lo que algunos autores, como Miguel Carbonell, consideran que debe ser la interpretación del citado precepto constitucional, pues lo que éste busca es “enfaticar que los órganos judiciales deben ser creados con anterioridad a los hechos que van a juzgar y que su competencia debe estar señalada también con anterioridad en una norma de rango legal”.<sup>220</sup>

La SCJN ha estimado que son tribunales especiales: “los creados exclusivamente para conocer, en un tiempo dado de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter de permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de negocios de la misma materia.”<sup>221</sup>

Así, al hablar de la característica de que el tribunal especial debe tener determinado un *numerus clausus* de negocios que juzgar, es conveniente analizar los tipos de acuerdo arbitral, cláusula arbitral y compromiso arbitral por separado [ver *supra* 1.3]. En el arbitraje, la fijación de la *litis* es posterior a la determinación de la facultad juzgadora y así, aunque la cláusula arbitral sí recae sobre cierta controversia jurídica, no especifica un número determinado de éstas y, por ende, no se encuentra predeterminada *litis* alguna.

A esto se suma que no están identificadas las personas a las que se juzgará, pues si bien las partes que comprometen en árbitros sí están enunciadas y por ello podrán ser

<sup>220</sup> CARBONELL, MIGUEL; *Los Derechos Fundamentales en México*; Ed. Porrúa; México, 2005, pag 670.

<sup>221</sup> Tesis Aislada, SCJ Cuarta Sala, Quinta época, Sem. JF, CXI Pag. 432.

objeto del procedimiento arbitral, en caso de que esto ocurra, no está definido quien será la parte a la que se juzgue por posible incumplimiento.

A la luz de lo anterior, podría parecer que los tribunales arbitrales que fundan su jurisdicción en los convenios arbitrales, sí podrían estimarse como tribunales especiales, pero la realidad es que dicha disposición constitucional va enfocada a establecer protecciones para los particulares contra actos de autoridad violatorios de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, pues el Estado goza de medios coercitivos que pueden generar violaciones a los derechos fundamentales de la población, por lo que se busca evitar la creación de tribunales que puedan generar alguna violación a los derechos fundamentales de los gobernados.

Otro elemento importante para desestimar a los tribunales arbitrales como tribunales especiales, es que su jurisdicción proviene de una autorización expresa que la ley otorga a los particulares de tener la libertad de someter sus controversias a un órgano jurisdiccional particular.<sup>222</sup>

En este sentido la misma SCJN, ha considerado que los tribunales arbitrales no son violatorios del Artículo 13 Constitucional, pues los árbitros no son jueces del Estado, por lo que carecen de poder alguno para ejecutar sus decisiones<sup>223</sup> y por ende su existencia no es violatoria del mencionado artículo constitucional.

Por todo lo anterior, en la constitución de tribunales arbitrales no puede existir violación alguna a los derechos fundamentales de los gobernados, ya que por un lado (i) el tribunal arbitral carece de poder coercitivo sobre las partes, (ii) la ley le otorga a los particulares el derecho de decidir si someter sus controversias a un tribunal

<sup>222</sup> El Artículo 1051 del Código de Comercio establece que “*El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral*”

<sup>223</sup> Tesis Aislada 1.a CLXXVI/2004; SCJN Primera Sala, Novena Época, Sem. JF , XXI, 2005; Pag. 411

arbitral o no; y (iii) son las partes, mediante su acuerdo de sometimiento al tribunal arbitral, lo que le otorga jurisdicción a este último.

#### **4.1.2 Tribunales previamente establecidos (Artículo 14 de la Constitución Mexicana)**

En este principio constitucional, el derecho fundamental de ser juzgado por tribunales previamente establecidos, múltiples autores coinciden en atribuirle razones de fondo similares a la intención del Constituyente al redactar el principio contenido en el Artículo 14 de la Constitución Mexicana respecto al derecho fundamental de no ser juzgado por tribunales especiales, pues el concepto de “previamente establecido” denota “la preexistencia de los tribunales al caso que pudiese provocar la privación”,<sup>224</sup> siendo claramente una diferencia que al hablar de tribunales previamente establecidos no se está analizando si pueden conocer de número definido o indefinido de casos.

No cabe duda que lo que buscó el legislador era garantizar la observancia del principio de seguridad jurídica en todo procedimiento jurisdiccional ante cualquier autoridad, en el cual se tuviera certeza de quién es la autoridad que va a conocer de un determinado asunto, esto es, que su competencia, creación, y composición estén predeterminadas al momento que se cometa la acción u omisión que da cabida al procedimiento.<sup>225</sup> Así el “juez predeterminado por lo que es un concepto técnico jurídico que va más allá del simple aspecto competencial y que se resuelve en una serie de mecanismos de seguridad jurídica en favor de los particulares”<sup>226</sup>

Es claro, como ya se mencionó, que los conceptos “tribunales especiales” y “tribunales previamente establecidos”, están dirigidos a las autoridades jurisdiccionales, quienes en ejercicio de sus funciones pueden realizar actos de autoridad que sean privativos o

<sup>224</sup> BURGOA ORIHUELA, IGNACIO; *Las Garantías Individuales*; Ed. Porrúa; Pag. 555

<sup>225</sup> CARBONELL, MIGUEL; Pag. 609

<sup>226</sup> *Idem*

de molestia<sup>227</sup> y con ello vulneren los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Mexicana. Esto queda de manifiesto si se lee congruentemente la primera parte del Artículo 14 Constitucional que dispone nadie podrá “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos”, así es evidente que, si bien la protección de este artículo puede ser extendida a otros casos, esta va enfocada primordialmente a actos en los que se intenta alguna violación a los derechos fundamentales mediante la ejecución de algún acto privativo.

Luego entonces, el tribunal arbitral al no ser autoridad por carecer de fuerza coercitiva, no puede realizar acto privativo, ni de molestia alguno y por ello este artículo constitucional no le es aplicable.

#### **4.1.3 Prohibición a la Justicia Privada (Artículo 17 de la Constitución Mexicana)**

Finalmente, respecto a este último precepto constitucional que ha sido utilizado para argumentar la inconstitucional del procedimiento arbitral, parece casi evidente su intención: evitar que los particulares realicen acciones fuera de la ley argumentando la búsqueda de justicia.

Es por esto que Burgoa señala que la Constitución Mexicana al prever que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, se establecen al gobernado dos deberes negativos,<sup>228</sup> claramente buscan que la impartición de justicia se haga mediante un procedimiento regulado por las leyes, garantizando así no solo la seguridad jurídica de los gobernados sino también la legalidad de los procedimientos para la impartición de justicia.

---

<sup>227</sup> La SCJN determinó que los actos privativos son aquellos “*que producen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho del gobernado*”; por su parte los actos de molestia son aquellos que “*pese a constituir afectación a la esfera jurídica del gobernado, no producen los mismos efectos que los actos privativos, pues solo restringen de manera provisional o preventiva un derecho con el objeto de proteger determinados bienes jurídicos*”. Ver Tesis P./J. 40/96, SCJN, Novena Época, Sem. JF, IV, Julio de 1996, Mexico.

<sup>228</sup> BURGOA ORIHUELA, IGNACIO; *Op. Cit.* ;Pag. 636

En este orden de ideas, al estar regulado el procedimiento arbitral por el Código de Comercio y por los Códigos Civiles de las entidades federativas en materia civil, es notorio que los tribunales arbitrales no son tribunales que llevan a cabo actos de justicia privada y por lo cual no violan el precepto constitucional en comento.

#### **4.2 La arbitrabilidad en México**

Como anteriormente se expuso, la arbitrabilidad es la característica inherente a las relaciones jurídicas que determina la susceptibilidad de una controversia de ser resuelta mediante procedimiento arbitral, dentro del alcance del acuerdo celebrado entre las partes y dentro de los límites y restricciones que se encuentran en la esfera de libertad contractual garantizada por la ley, y al ser así, la ley de cada lugar establece algunas barreras a la arbitrabilidad que en otros lugares no necesariamente existe.

Igualmente, como se explicó anteriormente [ver *supra* 1.3] la arbitrabilidad (objetiva) no es un concepto que se empalme con el orden público, que si bien tienen francas coincidencias, es importante delimitarlos de manera independiente.

En nuestra legislación, esta diferencia claramente se refleja en nuestra legislación, tanto en la Convención de Nueva York, ratificada por México (Artículo V.2), como en el Título IV del Libro Quinto del Código de Comercio (Artículo 1457), en los cuales se establecen en diferentes causales de ejecución y reconocimiento, en el caso del ambos, y de anulación en el caso del último, las violaciones al orden público y a la arbitrabilidad.

En diversos casos ventilados ante tribunales federales y locales<sup>229</sup> donde fue argumentada la inarbitrabilidad de controversias surgidas de contratos de arrendamiento de casa habitación con la finalidad de resistir la ejecución de los laudos

---

<sup>229</sup> Ver *Caso No. 1883/93, sentencia del 18 noviembre 1993*, Tercer TCC en Materia Civil del Primer Circuito, México. Ver también *Caso No. 1153/89, sentencia del 28 de septiembre de 1989*, Tercer TCC en Materia Civil del Primer Circuito, México.

arbitrales donde se decidieron dichas controversias, se resolvió que sin importar lo previsto en la legislación civil para el Distrito Federal, el cual da a la regulación de los contratos de arrendamiento de casas habitación la calidad de “normas de orden público e interés público”,<sup>230</sup> su arbitabilidad no se encontraba en duda pues el arrendamiento de casas habitación no se encontraban contenidos en las materias inarbitrables según lo dispuesto en el artículo 614 Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal.

Así, si bien en casos de arbitraje en materia civil, este parámetro divisorio entre el concepto de orden público y la arbitabilidad de una materia ha sido ratificado por las cortes mexicanas.

En la legislación mexicana no existe una definición de arbitabilidad y en materia federal no hay disposición expresa que establezca los casos de arbitabilidad o inarbitrabilidad de las materias.

Por otro lado, el artículo 1051 del Código de Comercio,<sup>231</sup> parece ser el primer fundamento dentro de nuestra legislación federal que establece un permiso de forma expresa para que los particulares puedan elegir libremente, dentro de los límites establecidos por la ley, entre el precedente convencional ante las cortes estatales o un procedimiento arbitral. Posteriormente, dentro del mismo Código de Comercio el artículo 1457, fracción II, prevé que un laudo debe ser anulado si “según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje”. Empero, ninguno de los artículos anteriores hablan de los casos de arbitabilidad o su sentido negativo, pues simplemente expresan la existencia de límites para el sometimiento al

---

<sup>230</sup> Diversas disposiciones dentro del régimen jurídico mexicano estipulan que son de orden público, tal es el caso del artículo 2448 del Código Civil para el Distrito Federal: “*Las disposiciones contenidas en este capítulo son de orden público e interés social, por tanto son irrenunciables y en consecuencia cualquier estipulación en contrario se tendrá por no puesta.*”

<sup>231</sup> El Artículo 1051 del Código de Comercio prevé que “*El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral.*”

procedimiento arbitral, sin decir cuáles son o a que lineamientos atender para establecerlos.

Parecería ser que la materia civil de competencia local se encuentra mejor regulada en aspectos de arbitrabilidad objetiva, ya que en el caso del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 615 establece que ciertos “negocios no podrán comprometerse en árbitros”,<sup>232</sup> expresado esencialmente que algunas disputas en materia familiar y de sucesiones cuentan con una prohibición expresa para ser sometidas a un procedimiento de arbitraje.

Igualmente la legislación local parece tener más regulado los alcances la arbitrabilidad subjetiva, especialmente en los casos en que ésta es permitida pero puede ser sujeta a ciertos lineamientos cuando los intereses representados por un individuo atañe los derechos de varios, tal es el caso del síndico que pretende someter a arbitraje algún aspecto relacionado con el concurso mercantil (Artículo 614 CPCDF), el albacea para celebrar cualquier acuerdo arbitral respecto de la herencia (Artículo 613 CPCDF), y el propietario de una parte alícuota que intenta ejercitar una acción perteneciente a los propietarios del bien ante un tribunal arbitral (Artículo 15 CPCDF).

En materia federal, de manera genérica, el Código Federal de Procedimientos Civiles en su Artículo 568, establece restricciones a la arbitrabilidad a nivel domestico en los siguientes casos:

**ARTICULO 568.-** Los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias:

I.- Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de

---

<sup>232</sup> Esta disposición es común encontrarla en otros Códigos de Procedimientos Civiles de otras entidades federativas de la República Mexicana como es el caso de Artículo 962 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León o del Artículo 593 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas.

derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes;

**II.-** Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;

**III.-** Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;

**IV.-** Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y

**V.-** En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

Por lo que respecta al Artículo 104 de la Constitución Mexicana, el cual establece en sus numerales IV y V que los Tribunales de la Federación deberán conocer de “todas las controversias que versen sobre derecho marítimo”, así como de “aquellas en que la Federación fuese parte”, no pueden interpretarse como prohibitivos del sometimiento de dichas controversias a arbitraje, pues el espíritu de dicho artículo queda de manifiesto en los demás numerales, en especial en el numeral dos,<sup>233</sup> que de su lectura consideramos claramente hacen referencia a la división de competencia judicial entre la federación y las entidades federativas.

Por lo que respecta a la arbitrabilidad subjetiva, no existe en materia federal alguna disposición que impida al Estado Mexicano someterse a arbitrajes, por lo que se debe presumir, *prima facie* que los acuerdos arbitrales podrán ser celebrados por las

<sup>233</sup> “**Artículo 104.** Los Tribunales de la Federación conocerán:

(...)

**II.** De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado:”

diferentes entidades del Estado Mexicano, sin embargo, se deberá atender a la ley particular que regula el objeto de la relación jurídica para poder determinar si el contrato que se celebra puede contener un convenio arbitral o cuáles son los aspectos que son arbitrables bajo dicho contrato administrativo.

Luego entonces parece conclusivo el hecho de que en materia mercantil y administrativa, fuera del artículo 568 del Código de Procedimientos Civiles, el cual no va precisamente enfocado a la materia sino al objeto de la *litis*, no hay disposiciones que establezcan o den directrices de la arbitrabilidad objetiva de manera general dentro de la legislación mexicana; por ende, la arbitrabilidad (subjética y objetiva) deberán encontrarse las disposiciones particulares de cada ley.

#### **4.3 El acuerdo arbitral contenido en contratos celebrados por entidades públicas mexicanas.**

Al hablar de los acuerdos arbitrales celebrados por entidades públicas mexicanas, es de recordar la división que existe entre entidades públicas de la administración pública centralizada, desconcentrada y descentralizada.

Esta división tiene importancia al analizar las normas jurídicas que los regulan, pues si consideramos que la administración pública descentralizada tiene personalidad y patrimonio propios, sus reglas son especiales para ese tipo de entidades y su regulación no puede ser analizada junto con el resto de las entidades públicas centralizadas y desconcentradas.

##### **4.3.1 Los acuerdos arbitrales celebrados por de las entidades centralizadas y desconcentradas**

Con relación a la celebración de acuerdos arbitrales por parte de las entidades de la administración pública centralizada y desconcentrada, cabe mencionar que, si bien fue mejorada su regulación en materia arbitral mediante algunas reformas realizadas en

el año de 2009, mismas que fueron realizada como una medida “para agilizar controversia y reducir costos para las dependencias y entidades por incumplimientos, que bien podrían ser objeto de solución mediante medios alternativos de controversia (...)atendiendo a la experiencia positiva que éstos han tenido en otros países”,<sup>234</sup> a pesar de dichos esfuerzos por mejorar los medios de solución de controversias y de garantizar una mejor regulación de la arbitrabilidad de los contratos celebrados por las entidades públicas centralizadas y desconcentradas, la nueva reglamentación creó un régimen de arbitrabilidad reducida.

En este sentido, por un lado, la LOPS con las mismas, en su artículo 98 establece:

**Artículo 98.** Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

Empero, la arbitrabilidad que prevé dicha ley no es amplia, pues en un segundo párrafo limita los aspectos que podrán ser susceptibles de someterse a arbitraje al prever que no serán susceptibles de arbitrajes “la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así casos que disponga el Reglamento de esta Ley”,<sup>235</sup> dejando así tal vez los aspectos más importantes fuera del ámbito de arbitrabilidad y otorgándole esta facultad exclusiva a las cortes mexicanas. Sin embargo, es de hacer notar que el artículo 248 del Reglamento de la LOPS, hace obligatorio para los contratos de obra de proyectos de infraestructura la inclusión de cláusulas arbitrales como medio de solución de controversias.

Por el otro lado, la LAASP contiene en su artículo 80 una redacción similar a la del artículo 98 de la LOPS, pero éste artículo únicamente prevé que solamente se podrá

---

<sup>234</sup> *Exposición de Motivos Reforma a la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionadas con las Mismas*; Cámara de Diputados; 26 de marzo de 2009, Mexico.

<sup>235</sup> Al momento el Reglamento de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas, no cuenta con alguna disposición que de algún otro aspecto del contrato de obra publica el carácter de inarbitrable.

pactar acuerdos arbitrales: (i) respecto de contrato de prestación de servicios de largo plazo “que involucren recursos de varios ejercicios fiscales, a cargo de un inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por sí o a través de un tercero, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios”<sup>236</sup> y (ii) respecto de la interpretación de las cláusulas de dichos contratos o cuestiones relativas a su ejecución; limitando de igual manera la arbitrabilidad de rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos.

Así, al excluir de esas leyes el aspecto de la rescisión contractual del ámbito de la arbitrabilidad, el balance procesal que se busca en este tipo de casos se pierde totalmente pues la elección del arbitraje como medio de solución de controversias es una elección con la que los particulares intentan contrarrestar muchas veces la aplicación abusiva del principio de “equilibrio financiero” por medio del cual el Estado, en este caso el Estado Mexicano, busca mantener la misma situación financiera que se tuvo entre el Estado y el particular al momento de la celebración del contrato, generando así un “hecho del príncipe”,<sup>237</sup> pues crea un daño al particular en el uso incorrecto de sus facultades que le otorga la normatividad administrativa.

Si bien la tendencia internacional va encaminada a otorgar a los particulares mayor protección contra las resoluciones administrativas de los gobiernos, inclusive alejadas del ámbito político que muchas veces suele afectar las decisiones, la regulación de las entidades centralizadas del Estado Mexicano, parece estar todavía lejos de dicha tendencia, pues a nuestro parecer la falta de arbitrabilidad de la rescisión administrativa, hace poco eficiente el intento de otorgar un equilibrio procesal en las disputas entre el Estado Mexicano y los particulares.

En este mismo sentido, la LGBN menciona en su artículo 10 que sólo los “tribunales federales serán competentes para conocer de los juicios civiles, mercantiles, penales o

---

<sup>236</sup> Lo transcrito es la definición de contrato de largo plazo según el Artículo 3 de la LAASP.

<sup>237</sup> FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE; *Derecho Administrativo, Contratos*; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Ed. Porrúa; Mexico, 2003; Pag 101

administrativos, así como de los procedimientos judiciales no contenciosos que se relacionen con los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación, incluso cuando las controversias versen sobre derechos de uso sobre los mismos”, lo que nos lleva a la pregunta de si aquellos contratos de enajenación de bienes (v gr. Contrato de Compraventa) bienes que previamente fueron desincorporados del régimen del dominio privado, sus respectivos podrán contener una cláusula arbitral o inclusive, llegada una controversia sobre el contrato, podrá pactarse un convenio arbitral.

Al parecer y desde nuestra interpretación de la ley, la respuesta debe ser afirmativa, pues parece claro que la inarbitrabilidad de los convenios celebrados por el Estado Mexicano suele incluir únicamente bienes del régimen de dominio público.

En la práctica parece ser que la falta de una postura más abierta respecto a la arbitrabilidad de los convenios celebrados por las entidades centralizadas del Estado Mexicano, hace que dentro del periodo que abarca los últimos diez años las dos secretarías que realizan algunos de los mayores proyectos de infraestructura (Secretaría de Energía y Secretaría de Comunicaciones y Transportes) y cuyos contratos de obra podrían contener cláusulas arbitrales, ninguno de ellos cuenta con éste tipo de acuerdos para la solución de controversias.<sup>238</sup>

#### **4.3.2 Los acuerdos arbitrales celebrados por de las entidades paraestatales**

Para poder entrar al análisis de las cláusulas arbitrales celebradas por las entidades públicas de la administración pública paraestatal debemos primeramente atender a lo establecido en las leyes reglamentarias de dichas entidades.

Tal es el caso de las dos principales entidades paraestatales a las cuales abocaremos nuestro estudio: Pemex y la CFE, las cuales en sus respectivas normas jurídicas

<sup>238</sup> Esto se desprende de las solicitudes de acceso a información pública Nos. 0001800031311 y 0000900193311 planteadas mediante el sistema INFOMEX a la Secretaría de Energía y a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

regulatorias prevé la posibilidad de que éstas puedan celebrar cláusulas arbitrales en los contratos que lleguen a celebrar.

En el caso de Pemex, su ley reglamentaria establece la posibilidad de celebrar acuerdos arbitrales en los términos siguientes:

**Artículo 72.-** Los actos jurídicos que celebren Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios se regirán por las leyes federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuados de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales.

Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios podrán convenir la aplicación de derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto.

Por su parte, la CFE también cuenta con la facultad de celebrar a acuerdos arbitrales, misma que se encuentra en el artículo 45 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, la cual expresa:

**ARTICULO 45.-** Los actos jurídicos que celebre la Comisión Federal de Electricidad se regirán por las Leyes Federales aplicables y las controversias nacionales en que sea parte, cualquiera que sea su naturaleza, serán de la competencia de los tribunales de la Federación, salvo acuerdo arbitral, quedando exceptuada de otorgar las garantías que los ordenamientos legales exijan a las partes, aun en los casos de controversias judiciales.

La Comisión podrá convenir la aplicación del derecho extranjero, la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos mercantiles y celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto.

De esta manera se podrá ver que las dos entidades paraestales más importantes dentro del gobierno federal, cuentan con un marco legal que les permite celebrar acuerdos arbitrales, prácticamente sin ninguna restricción.

Esta amplitud en la arbitrabilidad subjetiva que les es otorgada, hace que en la práctica estas entidades constantemente inserten acuerdos arbitrales en los contratos que celebran con los particulares.

Así tenemos que Pemex, si bien no ha celebrado recientemente acuerdos arbitrales de manera directa,<sup>239</sup> su organismo subsidiario Pemex Perforación y Producción ha celebrado en los últimos 10 años alrededor de 176 contratos con particulares que contienen cláusulas arbitrales, habiéndose presentado procedimientos arbitrales únicamente sobre 9 de éstos.<sup>240</sup>

Otros organismos de Pemex no han sido tan proactivos en la celebración de cláusulas arbitrales. En el caso de Pemex Refinación y PMI Comercio Internacional, S.A. de C.V., durante el mismo periodo de 10 años, cada uno ha celebrado con particulares 13 contratos que contienen cláusula arbitral, sin que hasta el momento ninguno de estos contratos haya sido objeto de controversia arbitral alguna.<sup>241</sup> Respecto a Pemex Gas y Petroquímica Básica, en dicho periodo solamente participó en un procedentito arbitral derivado de un contrato de transporte.<sup>242</sup>

<sup>239</sup> Información obtenida de la solicitud de acceso a información pública 1857200091710 realizada mediante el sistema INFOMEX a Pemex.

<sup>240</sup> La cantidad de 176 contratos que contienen una cláusula arbitral, son un estimado, pues puede ser un número mayor. Esto es resultado de la solicitud de acceso a información pública número 1857500082610 realizada mediante INFOMEX a Pemex Exploración y Producción.

<sup>241</sup> En el caso de Pemex Refinación, la información fue obtenida mediante consulta No. 1857600050310 realizada vía el sistema de información pública gubernamental INFOMEX a Pemex Refinación. En el caso de PMI Comercio Internacional S.A. de C.V., la información fue obtenida mediante consulta No. 1860000005708 realizada vía el sistema de información pública gubernamental INFOMEX a de PMI Comercio Internacional.

<sup>242</sup> Lo anterior se deriva de la solicitud de acceso a información pública No. 1857500082610 realizada vía el sistema de información pública gubernamental INFOMEX a Pemex Gas y Petroquímica Básica, en la cual también se nos informó de la existencia de otro contrato (PGPB-SAF-GRM-SA-COGENERACIÓN-001/09) que contenía cláusula arbitral y que fue celebrado con un particular, sin embargo no se han presentado controversias la respecto. Con relación al procedimiento arbitral donde participa Pemex Gas y Petroquímica Básica ver también <http://www.jornada.unam.mx/2008/08/12/index.php?section=economia&article=019n1eco>. Pemex Petroquímica no contó con registros de que hayan celebrado algún contrato que contenga cláusula arbitral, según se desprende de la

La cláusula arbitral que suele insertar Pemex y sus organismos subsidiarios en sus contratos suele especificar que la sede del arbitraje será México, el derecho aplicable al fondo el mexicano y el idioma español;<sup>243</sup> asimismo prácticamente todas las controversias de las cuales se tiene registro son arbitrajes institucionales, administrados por la Cámara Internacional de Comercio.<sup>244</sup>

En el caso de CFE, también es común que suela celebrar acuerdos arbitrales. En los últimos 10 años, han participado en 13 procedimientos arbitrales, de los cuales sólo 6 han concluido hasta el momento y el resto todavía se encuentran en proceso.

Es de destacar que no en todos los casos la CFE ha sido la parte demandada, habiendo tres casos en los que la CFE fue quien promovió el inicio del procedimiento arbitral. Por otro lado, respecto a la materia de los arbitrajes resueltos a la fecha: uno fue iniciado con la finalidad de que la CFE se sometiera a un peritaje financiero;<sup>245</sup> otro procedimiento arbitral versó sobre la existencia, o en su caso, inexistencia de un caso fortuito, el cual fue finalmente resuelto mediante un acuerdo de transacción entre partes;<sup>246</sup> un tercer procedimiento tuvo como *litis* principal la interpretación del término “Evento Operativo”, contenido en el Convenio Modificatorio celebrado entre las partes;<sup>247</sup> y finalmente otros dos procedimientos arbitrales, fueron iniciados por cambios en la ley, el primero respecto al cambio en los requisitos y condiciones de la Licencia Única Ambiental otorgada al particular, obteniendo la CFE un lado final

---

consulta número 1857800011710 realizada vía el sistema de información pública gubernamental (Infomex) a dicha dependencia.

<sup>243</sup> GARCÍA REZA, JOSÉ NÉSTOR; *Relaciones con Compañías Extranjeras y Jurisdicción de Tribunales Extranacionales*; en, Ener Legis, 2008; Academia Mexicana de Derecho Energético A.C.; México, 2008; Pag 100

<sup>244</sup> Las distintas consultas realizadas mediante el sistema de información pública gubernamental (INFOMEX) a Pemex y sus organismos subsidiarios, no mostraron que hubiera algún arbitraje Ad hoc o que alguna institución diferente a la Cámara Internacional de Comercio estuviera administrando dichos procedimientos.

<sup>245</sup> *Elinattech vs Comisión Federal de Electricidad*; Cámara de Comercio Internacional No. 11314/KGA

<sup>246</sup> *Rosarito Power, S.A. de C.V. /Alstom Power Proyectos, S.A. de C.V. vs Comisión Federal de Electricidad*; Cámara de Comercio Internacional No. 12563/KGA/CCO

<sup>247</sup> *Comisión Federal de Electricidad vs Gasoducto Rosarito, S. de R.L. de C.V.*; Cámara de Comercio Internacional No. 11912/KGA

absolutorio<sup>248</sup> y el segundo debido a la publicación de las Tarifas de Transporte de Gas Natural para el Sistema Nacional de Gasoductos, obteniendo un acuerdo de transacción entre las partes.<sup>249</sup>

Así podemos observar que la mayor apertura en la regulación arbitral que otorga la legislación nacional a las entidades paraestatales permite que estas de una manera real y efectiva participen en procedimientos de medios alternativos de solución de controversias, como es el arbitraje, lo cual les permite una mayor interacción dentro del panorama comercial internacional al servir como incentivo para que estas entidades puedan contar con mayor número y mejores oferentes de bienes tanto nacionales como extranjeros<sup>250</sup> y la obtención de mejores servicios a mejores costos, lo que a la postre mejora su eficiencia en sus funciones productivas.

#### **4.4 El reconocimiento y ejecución de laudos condenatorios para entidades públicas mexicanas.**

Una vez que los particulares cuentan con un laudo emitido a su favor y aun cuando el laudo es definitivo, considerando que en la mayoría de las jurisdicciones del mundo no se reconoce la opción de apelar un laudo arbitral,<sup>251</sup> se deberán tener en cuenta que el Estado Mexicano todavía cuenta con dos procedimientos en los cuales podrá intentar resistirse al cumplimiento del laudo: uno, el de impugnación del laudo y el otro, de reconocimiento y ejecución del laudo.

El primero, el cual podría cambiar de nombre dependiendo la legislación nacional que lo prevea, bajo la tendencia unificadora de los procedimientos arbitrales a nivel

<sup>248</sup> *Energía Azteca X, S. de R.L. de C.V. vs Comisión Federal de Electricidad*; Cámara de Comercio Internacional No. 13621/CCO

<sup>249</sup> *Comisión Federal de Electricidad vs Transalta Campeche, S.A. de C.V.*; Cámara de Comercio Internacional No. 15217/JRF

<sup>250</sup> GARCÍA REZA, JOSÉ NÉSTOR; *Op. Cit.*; Pag. 101

<sup>251</sup> Es el caso de la Ley de Arbitraje de Escocia (*Arbitration Act 2010*) y de la Ley de Arbitraje aplicable a Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte (*Arbitration Act 1996*), ambos en su respectivo Artículo 69 disponen que los laudos arbitrales podrán ser apelables sobre alguna cuestión de fondo (error de derecho), salvo pacto en contrario de las partes. En México los laudos no son apelables en cuanto al fondo.

mundial tendrá el mismo objeto: estimar el laudo arbitral como válido a menos que se compruebe alguna violación de las contenidas en la *lex arbitri* y que la mayoría de las veces versan sobre cuestiones consideradas como de debido proceso, que comúnmente coinciden con las enumeradas en el artículo V de la Convención de Nueva York. En el caso de México, estas se encuentran en el artículo 1457 del Código de Comercio, el cual dispone:

**Artículo 1457.-** Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando.

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

**a)** Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto en virtud de la legislación mexicana;

**b)** No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

**c)** El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

**d)** La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

**II.-** El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

Este procedimiento de impugnación es reconocido a nivel mundial y “constituye una figura sui generis fundamentalmente distinta de las impugnaciones del proceso

ordinario y sin paragón con las utilizadas contra las sentencias de los jueces”,<sup>252</sup> únicamente buscando dar certeza jurídica de que los laudos emitidos por los tribunales arbitrales, por lo que es “juicio externo acerca de las formalidades esenciales y el sometimiento de los árbitros a los límites de lo convenido”<sup>253</sup> sin que el estudio de la impugnación realizada por las cortes mexicanas pueda versar sobre lo resultado por el tribunal arbitral.

Una vez denegada la impugnación del laudo arbitral o vencido el plazo de 3 meses previsto por el artículo 1458 del Código de Comercio para iniciar dicha impugnación, si el laudo no ha sido cumplido de manera voluntaria se deberá atender al procedimiento de reconocimiento<sup>254</sup> y ejecución del laudo arbitral. A esto se deberá observar si el laudo pretende ser ejecutado en México o en algún país extranjero, a lo que deberá iniciar el estudio de la legislación aplicable a este procedimiento.

#### **4.4.1 Ejecución de laudos arbitrales contra entidades públicas mexicanas en México**

Existen autores<sup>255</sup> que al valorar el procedimiento de ejecución de laudos arbitrales cometen el error de no diferenciar entre los laudos arbitrales de carácter comercial y aquellos de carácter civil, pues parecen olvidar que: (i) por una lado, la primera materia es de competencia legislativa federal y la segunda de competencia legislativa

<sup>252</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS; *La Constitución Mexicana y el Arbitraje Comercial*, en Cuestiones Constitucionales, Num. 16, enero-junio 2007; IIJ-UNAM; Pag. 181

<sup>253</sup> *Idem*

<sup>254</sup> Nos parece importante aclarar que desde nuestra perspectiva si bien el concepto de homologación no es un concepto usado en el capítulo quinto del libro cuarto del Código de Comercio, pues fue adoptada la palabra reconocimiento que era la usada en la Ley Modelo de UNCITRAL, realmente ambos tienen el mismo sentido: que las cortes de un estado, en este caso México, consideren como vinculante un documento en el cual se decide de forma definitiva una controversia y de éste de derive el estado de cosa juzgada, por lo que si bien el procedimiento en sí podía parecer diferente al que se tiene que seguir para el reconocimiento de una sentencia extranjera dentro del sistema mexicano, ambos conceptos tienen el mismo propósito por lo cual los consideramos como sinónimos.

<sup>255</sup> Pereznieto y Graham nos parece se equivocan al señalar que los laudos comerciales nacionales no necesitan homologación y por el contrario los laudos comerciales extranjeros sí, pues basan su afirmación en una resolución del Cuarto Colegiado de Circuito quien hace referencia a laudos civiles, no comerciales. PEREZNIETO CASTRO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES; *Op. cit.*; Pag 317. Ver también, Tesis Aislada No. I.4o.C.52 C; Novena Época, TCC; Sem. JF, XV, Mayo de 2002. En dicho caso si bien el TCC no hace diferencia entre laudos arbitrales comerciales y civiles, es claro de la lectura del caso que hacen referencia únicamente a los laudos de carácter civil.

local; y (ii) la regulación en materia de arbitrajes comerciales es adoptada de la Ley Modelo de UNCITRAL, misma que intenta homogenizar las normas jurídicas de cada país en materia de arbitraje comercial y no en materia civil.

Desde la adopción por México de la Ley Modelo de UNCITRAL, la mayoría de sus procedimientos en materia de arbitraje han sido uniformados a los estándares internacionales. Si bien, el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros ya había sido igualado mediante la adhesión de la Convención de Nueva York en 1971, era necesario que el procedimiento se uniformara tanto para laudos nacionales como extranjeros.

Por lo que respecta al caso particular de las entidades públicas mexicanas, el procedimiento de reconocimiento y ejecución no prevé dentro de nuestra legislación particularidad alguna para la ejecución de laudos condenatorios para el gobierno mexicano o cualquiera de sus entidades; sin embargo, se debe tener en cuenta que al tratarse de una entidad del Estado Mexicano contra la que se está intentando ejecutar el laudo, es posible oponer la excepción de orden público previsto en el Código de Comercio (artículo 1462, fracción II) y en la Convención de Nueva York (artículo V, fracción 2 (b)), respectivamente.<sup>256</sup>

Es por esto que resulta importante determinar el ámbito de aplicación del concepto de orden público que puede ser aplicado en México para la denegación de ejecución de un laudo arbitral.

El orden público dentro del derecho mexicano es un concepto que ha sido difícil de definir, mas es claro que la realidad nacional e internacional ha cambiado en los últimos años la percepción que se tiene de los alcances de este concepto. Así, algunos

---

<sup>256</sup>La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) en su artículo 2(a) y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 (Convención de Montevideo), en su artículo 2(h), prevén al orden público con causal de denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero; ambas convenciones han sido firmadas y ratificadas por México.

tribunales nacionales han definido intentado definir al orden público de manera más acertada como:

el conjunto de reglas en que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos los particulares, porque interesan a las sociedad colectivamente más que a los ciudadanos aisladamente considerados.<sup>257</sup>

Luego entonces se debe reconocer que el orden público es cambiante, por lo que si bien siempre imperativo,<sup>258</sup> es más “un concepto jurídico indeterminado, de imposible definición, cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración”,<sup>259</sup> el cual se traduce en un mecanismo jurídico de aplicación jurisdiccional, que busca salvaguardar el interés general limitando la libertad de los particulares.<sup>260</sup>

Por lo tanto, en la aplicación de la causal de violación de orden público para buscar la negativa de la ejecución del laudo, no necesariamente se tiene que buscar una falta de arbitrabilidad de la controversia, sino que pueden ser arbitrables aspectos de orden público, pero siempre buscando que las resoluciones arbitrales apliquen de manera correcta las normas de orden público.

Aunado a lo anterior hay que considerar que el artículo 4 del CFPC, dispone:

**ARTICULO 4º.-** Las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.

<sup>257</sup> *Tesis Aislada I.3o.C.64 K*; TCC; Sem. JF, XVIII Julio 2003.

<sup>258</sup> *Tesis Aislada I.3º.C.926 C.*; TCC; Sem. JF, XXXIII, Abril de 2011.

<sup>259</sup> *Tesis I.3o.A.J/16*; TCC; Sem. JF, V, Enero 1997.

<sup>260</sup> *Tesis Aislada I.3º.C.926 C*; *Op.Cit.*

Como se dijo con anterioridad, no existe una disposición expresa sobre la ejecutabilidad de los laudos arbitrales en contra del Estado Mexicano, excepto que un laudo le sea ejecutado al Estado Mexicano en virtud del artículo anteriormente mencionado, imposibilitándose así trabar un embargo u orden de ejecución en general en contra del Estado Mexicano y de esta forma lograr de forma coactiva el cumplimiento del laudo arbitral.

Lo anterior nos permite concluir que dentro del territorio nacional, por vía ordinaria, es posible lograr el reconocimiento, pero no la ejecución del laudo arbitral y por ello se deben buscar otro medio para que los particulares puedan obtener el cumplimiento de los laudos arbitrales dictados en contra del Estado Mexicano.

#### **4.4.2 Ejecución de laudos arbitrales contra entidades públicas mexicanas en el extranjero.**

Es en este punto cuando la excepción de inmunidad soberana toma mayor importancia, sea para pedir que el tribunal de un Estado pueda conocer de la ejecución del laudo arbitral (inmunidad de jurisdicción), sea porque se argumenta que los bienes que se tratan de ejecutar son inembargables por pertenecer al Estado Mexicano (inmunidad de ejecución).

Aunque son pocos los casos mercantiles documentados en los cuales el Estado Mexicano ha sido demandado en otro país o mediante procedimiento arbitral, son especialmente las entidades paraestatales mexicanas las que suelen firmar contratos que les obligan a litigar sus asuntos en el extranjero o mediante arbitraje, lo que hace que su ejecución algunas veces se llegue a intentar en contra de los bienes que poseen en otros países.

Para esto, como ya se ha dicho, se tiene que comprobar que la actividad que se realizaba por el Estado Mexicano a través de sus paraestatales era comercial [ver

*supra* 3.2], lo que permitirá que el tribunal del país donde se intenta ejecutar el laudo pueda asumir jurisdicción, y por otro lado, que los bienes del mismo sean utilizados para fines comerciales, lo que hace posible que se realicen realizar actos coactivos en contra de estos.

Es importante mencionar una conclusión que parece ser lógica, misma que versa sobre el hecho de que si se comprueba que la entidad pública de la cual se intenta obtener el cumplimiento obligatorio tiene actividades esencialmente comerciales, parece evidente que sus bienes tendrán el mismo propósito.

Lo anterior cobra relevancia al ver que muchas de las entidades paraestatales del Estado Mexicano realizan actividades esencialmente comerciales. Este es el caso de Pemex, quien ha sido reconocido por los tribunales mexicanos<sup>261</sup> como una empresa de carácter mercantil, con base en lo previsto en la misma Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en la Rama del Petróleo, la cual dispone que las actividades de Pemex serán reguladas por dicha ley y en lo no previsto en ella sus actividades se reputaran como mercantiles y se regularán por el Código de Comercio<sup>262</sup>; igualmente el artículo 6 de la Ley de Petróleos Mexicanos claramente establece su fin preponderantemente comercial.<sup>263</sup>

Así, al seguir la lógica antes mencionada, Pemex no sería objeto de inmunidad soberana alguna, al igual que algunas entidades paraestatales que se encuentran en

---

<sup>261</sup> *Tesis Aislada*; SCJN, Tercera Sala; Sem. JF, CIX; Pag. 131

<sup>262</sup> El Artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo establece: “*En lo no previsto por esta Ley, se consideran mercantiles los actos de la industria petrolera y las actividades a las que se refieren el artículo 4o. segundo párrafo, que se regirán por el Código de Comercio y, de modo supletorio, por las disposiciones del Código Civil Federal.*”

<sup>263</sup> El Artículo 6 de la Ley de Petróleos Mexicanos prevé: “*El Consejo de Administración de Petróleos Mexicanos determinará la estructura organizacional y operativa para la mejor realización del objeto y actividades del organismo en su ámbito técnico, comercial e industrial.*

(...)

*Los organismos subsidiarios de Petróleos Mexicanos serán creados por el Titular del Ejecutivo Federal, a propuesta del Consejo de Administración, y tendrán la naturaleza de organismos descentralizados con fines productivos, de carácter técnico, industrial y comercial, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con el objeto de llevar a cabo las actividades en las áreas estratégicas de la industria petrolera estatal. (...)*”

situación similar, teniendo pocos argumentos al respecto para resistir la ejecución de laudos arbitrales condenatorios en el extranjero.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, y habiendo casos en los que Pemex ha reconocido que la actividad que realizaba era comercial,<sup>264</sup> esto no ha impedido que tanto Pemex como otras entidades paraestatales hayan solicitado el reconocimiento de la inmunidad soberana, siéndoles en algunas ocasiones otorgado y en otras no.<sup>265</sup>

Es importante mencionar que si bien los casos que se encuentran documentados no versan sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, nos da una importante pauta respecto a la postura de inmunidad que adopta el Estado Mexicano en tribunales extranjeros, en especial en procedimientos donde Pemex se encuentra involucrado, pues la gran mayoría de las demandas en las que se ha visto envuelto en Estado Mexicano en tribunales extranjeros, han sido relacionadas con PEMEX<sup>266</sup>.

Así, la regla de actos comerciales deberá ser valorada por cada tribunal estatal extranjero donde se intente ejecutar un laudo arbitral en contra de alguna entidad del Estado Mexicano. Logrando el reconocimiento denegación de este por parte la corte extranjera, no habrá prácticamente algún otro obstáculo para obtener la ejecución del laudo arbitral en contra del Estado Mexicano, pues difícilmente un argumento de orden público podría ser favorable para este último en estos casos.

<sup>264</sup> *Michael Zernicek v Brown & Root, Inc., Petroleos Mexicanos*, 826 F.2d.415, United States Court of Appeals, 5th. Cir., 11 de septiembre de 1987.

<sup>265</sup> Los casos a que se hace referencia no se encuentran relacionados con procedimientos de arbitraje comercial, sin embargo se ha pedido el reconocimiento de la inmunidad soberana. Ver *Alan C. Sugarman v Aeromexico, Inc*, 626, F. 2d. 270, United States Court of Appeals, 3th. Cir., 30 de Juno de 1980. Ver también *Arriba Limited v Petroleos Mexicanos*, 962 F.2d 528, United States Court of Appeals, 5th. Cir., 11 de junio de 1992.

<sup>266</sup> SALDAÑA PEREZ, JUAN MANUEL; *La inmunidad Soberana de Pemex en los Tribunales de los Estados Unidos de América*, en *Panorama Internacional de Derecho Mercantil*: Tomo I (edt. Quintana Adriano, Elvia Arcelia); Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM; Pag. 68.

#### **4.5 La responsabilidad del Estado Mexicano frente al incumplimiento de un laudo arbitral**

El celebrar un acuerdo arbitral y someterse a arbitraje, implica por una parte, una obligación de someter a arbitraje la disputa y resolver por éste medio dicha controversia, antes de intentar cualquier otro medio; y por la otra, cumplir el laudo surgido de dicho procedimiento.<sup>267</sup> Sin embargo, para algunos autores – erróneamente– esta percepción frente al arbitraje no es aplicable a los Estados, pues estos no se encuentran obligados excepto por los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*.<sup>268</sup>

Como se ha señalado en el capítulo II, los avances entre el equilibrio contractual y de solución de controversias entre los Estados y los particulares han avanzado de tal manera que hoy en día se reconoce que el actuar de los Estados no es absolutamente de *iure imperii*. Sin embargo, este reconocimiento de la inexistencia de una inmunidad soberana absoluta, solamente puede realizarse cuando los Estados cuentan con bienes dentro del territorio de otro Estado a cuya corte nacional se le pueda pedir el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral contra dichos bienes.

Mas en el caso de países que no cuentan con muchos bienes en el extranjero, pareciera muchas veces que los particulares quedan sin recurso o instancia alguna para obtener el cumplimiento del laudo arbitral dictado a su favor.

Es por ello que resulta necesario poder contar con modos alterativos para obtener la ejecución de un laudo arbitral por parte de los Estados y más concretamente del Estado Mexicano, mismos que consideramos atienden principalmente a dos procedimientos que el particular puede seguir: a) un arbitraje de inversión derivado

<sup>267</sup> FOX, HAZLE; *States and the Undertaking to Arbitrate*; International and Comparative Law Quarterly Vol. 37, año 1988, Cambridge University Press; Pag 7

<sup>268</sup> *Idem*

de una expropiación indirecta; y b) un procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado Mexicano.

Si bien el segundo procedimiento es general, la posibilidad de iniciar el primero dependerá de que se encuentre respaldado por un tratado de inversión suscrito por Mexico, según se expone a continuación.

#### **4.5.1 Arbitraje de Inversión derivado de una expropiación indirecta por incumplimiento a un laudo arbitral**

Con la creciente postura globalizadora que ha adoptado el gobierno mexicano a lo largo de los últimos años, este ha celebrado un sinnúmero de tratados que incluyen o versan únicamente sobre inversión, otorgando así a los extranjeros una mayor protección contra los actos realizados por el Estado Mexicano.

Hoy en día esta protección es prácticamente unánimemente aceptada y se reconoce que dicha protección incluye la del incumplimiento de los laudos arbitrales no reconocidos e incumplidos por los Estados en general.

Así la doctrina internacional ha realizado avances al respecto, existiendo algunos casos en que el incumplimiento de un laudo ha sido considerado como una expropiación indirecta, tendiendo con ello a imputar al Estado la obligación de indemnizar a los particulares por su negativa de incumplimiento.

Esta postura ha sido consistente en materia internacional durante los últimos años, en especial en las decisiones emitidas por diversos tribunales arbitrales quienes han ampliado la concepción de expropiación al establecer que “expropiación se refiere al acto por el cual la autoridad gubernamental suele privar de los beneficios de la

propiedad”<sup>269</sup>, siendo así que “por lo general equivale a una eliminación duradera de la capacidad de un propietario para hacer uso de sus derechos económicos”.<sup>270</sup>

Comúnmente se entendía a la expropiación, en sentido estricto, como una “acción”, esto es quitar a un particular algún bien o derecho del cual era titular; sería erróneo en la actualidad no reconocer que se generan los mismos efectos en los cambios de circunstancias bajo el amparo de una ley, la expedición de una norma, la negativa de renovación de un permiso, que impidan al particular continuar con su actividad, así como en el “no hacer” a lo que estaba obligado el Estado, pues claramente estamos frente a una “comisión por omisión”, la cual presenta el mismo nexo causal entre el daño y el hecho que se presenta en forma de “omisión”. Es por ello que desde hace algunos años se reconoce la existencia de dos tipos de expropiación: directa e indirecta.

Esta división ha surgido principalmente por la creciente celebración de tratados y convenios en materia de inversión, mismos que contienen una protección para los inversionistas extranjeros contra expropiaciones indirectas,<sup>271</sup> con lo cual los gobiernos buscan la protección y seguridad jurídica de sus nacionales frente a Estados Extranjeros, mas también pareciera que es una prerrogativa otorgada a los extranjeros y no un derecho de los particulares, olvidando que detrás de esta figura jurídica hay dos hechos fundamentales: la latente causalidad de un daño por los actos u omisiones del Estados y el nacimiento de una nueva figura jurídica que basada en el derecho de los particulares a ser indemnizados por los daños causados por el Estado.

Luego entonces, la expropiación puede llegar a ser una interferencia en el uso de un bien que tuvo como efecto el privar a su dueño en todo o en parte de su uso y de los beneficios económicos que éste le pudo haber traído de no haber sido expropiado, aun

<sup>269</sup> *S.D. Myers Inc. v. Gobierno de Canada*; UNCITRAL Arb.; Laudo Parcial, 13 de noviembre del 2000; ¶ 142

<sup>270</sup> *Ibidem*; ¶ 283

<sup>271</sup> *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*; Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (“OCDE”) (disponible en [www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf))

cuando esto no sea para el beneficio del país que realizó el acto.<sup>272</sup> Una expropiación indirecta no implica solamente la apropiación de los bienes sino también neutralizar el goce de los activos.<sup>273</sup>

El análisis de la existencia de una expropiación abarca dos efectos: el daño que causa la medida al particular (*sole effect*) y la manera en que se lleva a cabo el acto (*balanced approach*),<sup>274</sup> estos efectos son considerados muchas veces de manera independiente, por lo cual no necesariamente tienen que presentarse ambos, dándole en la mayoría de los casos mayor, o incluso absoluto, valor al daño que causó el Estado, por lo cual independientemente de que haya o no intención expropiatoria “es suficiente que una medida tenga por consecuencia la expropiación (indirecta)”.<sup>275</sup>

En evolución de esta postura, tanto la doctrina internacional como algunos tribunales estatales han reconocido que los bienes inmateriales (derechos) pueden ser sujetos de expropiación,<sup>276</sup> llegando algunos tribunales arbitrales a establecer que el entendimiento del concepto de expropiación indirecta ha comprendido actos abstractos tales como una obstrucción al comercio internacional;<sup>277</sup> es por ello que no debe caber duda que la inmaterialidad de los bienes no es un impedimento para que estos puedan ser objeto de expropiación por un Estado.

Con lo anterior de ninguna manera se quiere establecer que cualquier incumplimiento de contrato realizado por el Estado Mexicano sería igual o equivalente a una expropiación, tal como lo estableció el Tribunal Arbitral del caso *Waste Management, Inc. v Mexico*, “sino que es necesario un efectivo rechazo al derecho, sin reparación por medio de todos recursos disponibles para el demandante, que tiene el efecto de

<sup>272</sup> *Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*,; Caso No. ARB (AF)/97/1 I, CSID; Laudo, 30 de agosto de 2000; ¶103

<sup>273</sup> Ronald S. Lauder v Czech Republic; UNCITRAL Arb.; Laudo; 3 de septiembre de 2001; ¶200

<sup>274</sup> GRAHAM, JAMES A. Y TREVIÑO VIVES, CARLOS; *Op. cit.*; Pag.160

<sup>275</sup> *Ibidem*; Pag.162

<sup>276</sup> *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*; Caso No. ARB./05/7, ICSID; Laudo, 30 de junio del 2009; ¶130

<sup>277</sup> Para mayor abundamiento ver *Pope & Talbot Inc. v The Government of Canada*; UNCITRAL Arb.; Laudo Interino; Junio 26, 2000.

impedir el ejercicio completo o en una medida considerable”<sup>278</sup>, hechos que claramente se presentan en la negativa de cumplimiento de un laudo arbitral, que muchas veces conlleva el pago de un adeudo reconocido en dicha resolución.

Muchas veces suele ser reconocida como excepción el hecho de que ciertos actos que no son expropiatorios en sí, sino simplemente medidas regulatorias; mas siempre debe tenerse en mente que las expropiaciones privan el uso del derecho de propiedad, las medidas regulatorias solamente generan la disminución de éste<sup>279</sup>. Así al no poderse encuadrar el incumplimiento de un laudo arbitral dentro de una medida regulatoria, por la naturaleza del acto en sí, así como por ser un acto individualizado y no general, además del hecho de que no obstruye parcialmente los derechos que deben ser cumplidos, ni la entrega de las cantidades debidas; no puede entenderse bajo ningún enfoque como una medida regulatoria y por ende es inminente su carácter expropiatorio.

Ya desde antaño, en un procedimiento ante la Comisión General de Reclamaciones México/EUA, dicha Comisión resolvió que la falta de pago de algunas órdenes postales por parte del gobierno Mexicano privaban al demandante de la propiedad sobre las cantidades que amparaban dichas órdenes postales,<sup>280</sup> resolución que definitivamente sienta precedente tanto a nivel nacional, como internacional, respecto de la responsabilidad de los Estados y en el caso particular, del Estado Mexicano, respecto de la falta de pago de una obligación existente.

Asimismo, en opinión de la Corte Europea de Derechos Humanos, la existencia de un derecho proveniente de las prestaciones reconocidas en un laudo final y obligatorio para las partes, que además no fue objeto de anulación por la corte nacional

<sup>278</sup> *Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*; Caso No. ARB(AF)/00/3; ICSID; Laudo; 30 de abril de 2004.

<sup>279</sup> *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*; Laudo Parcial (*Ad hoc*), 13 de noviembre del 2000; ¶ 282.

<sup>280</sup> *George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States*; Mexico/U.S.A General Claims Commission., Laudo; 3 de junio de 1927; Rep.IAW

competente, se traduce en la existencia de una propiedad<sup>281</sup> y por ende ésta puede ser objeto de expropiación.

Es de resaltar que en los últimos años se ha incrementado la tendencia a reconocer que el incumplimiento de un laudo puede ser considerado como una expropiación indirecta.<sup>282</sup> Por ello, el punto toral es que el laudo arbitral que reconoce un derecho personal en favor del particular, debe ser cumplido por los Estados en general, pues su incumplimiento no sólo acarrea la falta de reconocimiento de un derecho al particular, sino que, en su caso, también se realiza una retención ilegítima de una suma que se tiene la obligación de pagar por virtud del derecho personal reconocido y que al no poder argumentar el ejercicio de sus facultades de policía, por no haber causa sobre cual fundarlas, la obligación de pago es inminente y en caso de no llevarse a cabo debe considerarse una expropiación.

La eficacia en el cumplimiento de los laudos arbitrales donde se reconocen derechos en favor de los particulares, cuando estos sean emanados de tratados de inversión también tiene fundamento en el artículo 11 de la Ley sobre Celebración de Tratados, el cual prevé:

**Artículo 11.-** Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8o., tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

<sup>281</sup> *Stran Greek Refineries and Stratis Andeadis v. Greece*; Caso No. 13427; Corte Europea de Derechos Humanos; Decisión de fecha 9 de diciembre de 1994; ¶61-62

<sup>282</sup> GRAHAM, JAMES A. Y TREVIÑO VIVES, CARLOS; *La no ejecución de un laudo arbitral comercial internacional como expropiación indirecta*, en Arbitraje en Materia de Inversión (ed. Rodríguez Jimenez, Sonia *et alt.*); IJ UNAM; Mexico, 2010; Pag. 148. La decisión que fue un parte aguas en este sentido fue el laudo final del caso *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*.

Adicionando a lo anterior, también debe considerarse que no solamente la expropiación indirecta por incumplimiento de un laudo debería ser reconocida para otorgar protección a los extranjeros en virtud de los tratados de inversión al darles procedimiento que les puede otorgar una nueva instancia para obtener el cumplimiento del laudo arbitral original, sino que también los ciudadanos mexicanos deberían tener la posibilidad de obtener el cumplimiento bajo la Ley de Expropiación al considerarlo como una expropiación en aras de lograr una debida aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 1 de la Constitución Mexicana; sin embargo, no es el propósito de este trabajo exponer una propuesta de reforma a la Ley de Expropiación, simplemente poner sobre la mesa de discusión esta violación que afecta los derechos de los particulares connacionales al momento de buscar un procedimiento alternativo para obtener la ejecución de un laudo arbitral condenatorio para el Estado Mexicano.

La misma Ley de Expropiación en el segundo párrafo de su artículo 21 de dicha ley, establece:

**Artículo 21. (...)**

La aplicación de esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales de que México sea parte y, en su caso, en los acuerdos arbitrales que se celebren.

Lo anterior parece dejar de manifiesto la disparidad en el acceso al derecho de resarcimiento que ofrecen los tratados de inversión sólo a ciertos extranjeros, sobre el derecho de resarcimiento por expropiación que ofrece la legislación nacional a los ciudadanos mexicanos y extranjeros que son nacionales de un país que no cuenta con tratado de inversión con México que los proteja. La existencia de dos diferentes tipos de derecho al resarcimiento del daño por expropiación en México, ya había sido

vislumbrada por algunos diputados durante la discusión para la aprobación de la adición del segundo párrafo del artículo 21 de la Ley de Expropiación en 1993.<sup>283</sup>

Al entrar a un análisis más profundo de dicha Ley de Expropiación, es de tener en cuenta que la misma ley prevé que la expropiación podrá presentarse únicamente en los casos de utilidad pública enumerados en su artículo 1, los cuales si bien son amplios, siempre comprenden intrínsecamente alguna de estas tres causas: (i) que el bien expropiado se destine directamente a un servicio u obra pública; (ii) que satisfaga inmediatamente y directa una clase social predeterminada; y (iii) que satisfaga la necesidad que un país tiene de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.<sup>284</sup>

La SCJN ha dicho que “el concepto de utilidad pública es más amplio, al comprender no sólo los casos en que el Estado (Federación, Entidades Federativas, Distrito Federal o Municipios) se sustituye en el goce del bien expropiado a fin de beneficiar a la colectividad, sino además aquellos en que se autoriza a un particular para lograr ese fin”<sup>285</sup>, lo cual en principio pareciera abrir la puerta al concepto de expropiación indirecta. Empero, en nuestra opinión, el incumplimiento de un laudo arbitral por parte del Estado Mexicano no tiene cabida dentro de la actual legislación expropiatoria mexicana, por lo que será necesario recurrir a otras normas jurídicas que permitan la indemnización por el daño causado por el Estado Mexicano, según se expone a continuación.

<sup>283</sup> El Diputado Héctor Pérez Plazola expuso durante la discusión respecto a las reformas que se realizarían a la Ley de Expropiación en el año de 1993, respecto a la adición del segundo párrafo de la Ley de Expropiación lo siguiente: “*Si uno de los elementos más importantes de la expropiación es la justa indemnización, esta reforma a pesar de su beneficio está estableciendo dos medidas, dos justicias: una frente a los nacionales de Canadá y Estados Unidos y otra frente a los nacionales de México y del resto de los países del mundo.*”

<sup>284</sup> Tesis P./J. 39/2006 (Jurisprudencia); Novena Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Marzo de 2006; Pag.1412

<sup>285</sup> *Idem*

#### **4.5.2. Responsabilidad Patrimonial del Estado Mexicano por incumplimiento de un laudo arbitral.**

Viendo que, para aquellos particulares que no se encuentran protegidos por un tratado de inversión celebrado por el Estado Mexicano, el resarcimiento del daño causado por el Estado Mexicano debido al incumplimiento de un laudo arbitral, no puede ser obtenido mediante la indemnización prevista en la Ley de Expropiación, parece ser la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado es el único medio legal con el cual se puede buscar el cumplimiento por parte del Estado Mexicano de las prestaciones reconocidas en un laudo arbitral, ya que toda “lesión que se cause al interés patrimonial privado debe ser reparada, ya que no es justo que dicha afectación sea soportar por el titular del bien jurídico dañado”.<sup>286</sup>

Como se dijo anteriormente, el artículo 4 del CFPC establece que los organismos de la Administración Pública Federal tendrán dentro del procedimiento judicial la misma situación que otra parte cualquiera, sin que esto signifique que puede dictarse en su contra algún mandamiento de ejecución o providencia de embargo.

Empero, en el mismo artículo posteriormente se establece que, haciendo alusión a la Administración Pública Federal, las “resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones.”

Si bien, bajo una interpretación literal se puede entender que se hace referencia sólo a las sentencias emanadas de cortes nacionales, al realizar una adecuada interpretación en conjunción a lo previsto en el artículo 569 del mismo CFPC, el cual prevé que deberán ser reconocidos los laudos arbitrales emanados de procedimientos privados no comerciales y que sus efectos estarán regidos por el CFPC,<sup>287</sup> aunado a la

---

<sup>286</sup> GONGORA PIMENTEL, GENARO D.; *Los principios de Legalidad y de Responsabilidad Patrimonial del Estado*, en La Responsabilidad Patrimonial del Estado; Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.; Mexico, 2000; Pag. XV

<sup>287</sup> El artículo 569 del CFPC estipula que “ARTICULO 569.- Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en

consideración que se debe hacer del segundo artículo transitorio del decreto de 22 de julio de 1993 que modificó y adiciono el primer y segundo párrafo del artículo 569 del CFPC<sup>288</sup>, por el cual dicho artículo 569 del CFPC es también aplicable para arbitrajes de carácter comerciales, nos parece que el deber de cumplir laudos arbitrales comerciales por parte del Estado Mexicano se encuentra respaldado por el CFPC.

En este mismo sentido, no hay que olvidar que el artículo 11 de la Ley Sobre la Celebración de Tratados, dispone que los laudos arbitrales surgidos de tratados celebrados por el Estado Mexicano, les será reconocida su eficacia dentro del territorio nacional, lo que debe traducirse en un reconocimiento de la obligación del Estado Mexicano para cumplir dichas resoluciones arbitrales.

Es de destacar que [ver *supra* 4.5.2] a nivel internacional se ha reconocido el daño que puede realizar el Estado por omisiones e inclusive por actos indirectos, desembocando recientemente en el reconocimiento de una responsabilidad de los Estados por incumplimiento de laudos arbitrales, misma que ha sido encuadrando en la figura de expropiación indirecta. Por ello, de ninguna manera se pretende establecer una figura de expropiación indirecta por falta de cumplimiento de un laudo arbitral bajo la Ley de Expropiación, pues como ha sido dicho la consideramos incompatible la mencionada ley, lo que no implica que no debe ser conocido el daño causado por un incumplimiento de un laudo por parte del Estado Mexicano,

Si bien hay ciertas reminiscencias de la postura a negar la ejecución en contra del Estado Mexicano y por ende a otorgar un proteccionismo en contra de laudos

---

*todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.*

*Tratándose de sentencias, laudos o resoluciones jurisdiccionales que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que los mismos llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos.*

*Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeras produzcan en el territorio nacional, estarán regidos por lo dispuesto en el Código Civil, por este código y demás leyes aplicables.”*

<sup>288</sup> El artículo Segundo Transitorio del Decreto de fecha 22 de julio de 1993 prevé “*SEGUNDO.- Lo establecido en el presente decreto se aplicará a los procedimientos arbitrales de carácter comercial en trámite, así como al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales comerciales, salvo acuerdo en contrario de las partes.*”

arbitrales y sentencias dictadas en contra del Estado Mexicano, la tendencia en los últimos años es aceptar reconocer la responsabilidad que tiene el Estado Mexicano frente a los particulares y reconocer los laudos arbitrales surgidos de sus compromisos internacionales.

Sin perjuicio de la anterior, establecer que el derecho a recibir el pago de los daños causados por el incumplimiento de un laudo arbitral por el Estado Mexicano puede ser obtenido bajo la figura de responsabilidad patrimonial del Estado, a primera vista, parece no ser completamente compatible con la protección que otorga la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Empero, el derecho a recibir una compensación por medio de la figura de responsabilidad patrimonial por parte del Estado por el daño producido es un derecho sustantivo de rango constitucional en favor de los particulares.<sup>289</sup>

La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece la reparación de daños causados por actos realizados por el Estado Mexicano debido a la actividad irregular de este. Luego, cabe hacer la pregunta ¿el daño que surge por el incumplimiento de un laudo puede estimarse como un daño por la actividad irregular del Estado Mexicano? Creemos que la respuesta es sí.

La responsabilidad que ampara la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado trata de otorgar una protección amplia. En Mexico, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha sido omisa en este sentido. De manera comparativa la doctrina española ha establecido que el concepto de actividad administrativa o funcionamiento de servicios, deben ser tenidos como sinónimos y hacen referencia a toda actividad realizada por la administración pública y comprenden tanto actos típicamente administrativos, como actos realizados por el Estado que sean, *prima facie*, de naturaleza privada extracontractual; por ello la responsabilidad patrimonial del

<sup>289</sup> Tesis Aislada 1a. LII/2009; SCJN, Primera Sala, Novena Época, Sem. J.F.,XXIX, Abril de 2009, Pag. 592

Estado debe ser entendida de manera general, abarcando todas las actividades administrativas.<sup>290</sup>

La propia exposición de motivos del proyecto de Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado presentó la propuesta de ley como una regulación para responsabilizar al Estado Mexicano de la reparación del daño por la actividad administrativa irregular, entendiéndose por esta “aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tenga la obligación jurídica de soportar. Este requisito de procedencia es el que en sede doctrinal se denomina “antijuridicidad objetiva” (...) no existir tales causas de justificación del daño, el perjuicio económico resentido en el patrimonio de los particulares se transformará en lesión indemnizable por parte del Estado”.<sup>291</sup> La obligación de soportar una lesión en el patrimonio debe provenir de la existencia de una norma jurídica que establezca al particular dicha obligación; por ende, a falta de dicha norma jurídica, la obligación es inexistente y el funcionamiento del Estado es irregular.

Por cuanto respecta a la responsabilidad del Estado Mexicano por daños surgidos de relaciones de derecho privado, la exposición de motivos en comento indicó que:

se ha dispuesto, para la consideración correspondiente, que la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado -y, particularmente, la Administración Pública Federal, a través de sus actos administrativos irregulares- cuando actúe en relaciones de Derecho Privado, también estarán sujetas a lo dispuesto por la ley reglamentaria.<sup>292</sup>

Debe tenerse en consideración que una obligación reconocida por un tribunal arbitral debe ser cumplida por el Estado Mexicano, pues su actuación debe ser conforme a

---

<sup>290</sup> LEGUINA VILLA JESUS; *Origen y Evolución de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, en La Responsabilidad Patrimonial del Estado; Instituto Nacional de Administración Pública A.C.; México, 2000; Pags. 14-15

<sup>291</sup> Exposición de motivos de la Ley Federal de Responsabilidad Administrativa; Cámara de Senadores; 24 de septiembre de 2002.

<sup>292</sup> *Idem*

derecho y esto incluye el cumplimiento de sus obligaciones. El incumplimiento una obligación claramente entra dentro del concepto de funcionamiento anormal de la actividad administrativa, la cual puede presentarse tanto porque en la conducta del agente hay algún elemento de ilicitud, de culpabilidad, en cualquiera de sus grados, por la presencia de dolo o culpa, así como por la simple ilegalidad de la conducta.<sup>293</sup>

Por responsabilidad directa debemos entender la que se genera cuando el Estado en ejercicio de sus funciones crea un daño a los derechos y/o bienes de los particulares<sup>294</sup>, de tal manera que la causa de dicho daño está claramente relacionado con la actuación del Estado. En otras palabras, el “daño o lesión resarcible debe ser consecuencia de la acción u omisión de la administración pública, expresada en hechos materiales o actos jurídicos.”<sup>295</sup>

En cuanto a la determinación del daño se debe considerar que para “que un daño deba resarcirse debe ser real, actual, evaluable económicamente e individualizado en cuanto a que deben de estar identificados los sujetos pasivos del daño.”<sup>296</sup> Por otro lado, otros elementos que deben ser considerados para que se pueda imputar una responsabilidad al Estado Mexicano bajo la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, es que ésta haya sido (i) directa, (ii) extracontractual, y (iii) estimable en dinero.

Sin duda el daño causado por el incumplimiento de un laudo arbitral dictado en contra del Estado Mexicano, daño que incluye las prestaciones reconocidas en dicha resolución es un daño causado de manera directa por la actividad u omisión del Estado Mexicano, ya que su incumplimiento tiene una proporcionalidad equivalente a

<sup>293</sup> LEGUINA VILLA JESUS; *Op. Cit.*; pag. 16

<sup>294</sup> *Tesis: P./J. 42/2008*; SCJN, Pleno, Novena Epoca; Sem. J.F., VII, Junio de 2008, Pag. 722.

<sup>295</sup> CASTRO ESTRADA, ÁLVARO; *La responsabilidad Patrimonial del estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo*, en Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México (edt. AUGUSTO DAMSKY, ISAAC *et al.*) Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007; Pag 543

<sup>296</sup> CASTRO ESTRADA, ÁLVARO; *Op. Cit.*; pag. 542

la disminución lesiva que sufrió el patrimonio del particular y por tanto el incumplimiento como la lesión patrimonial concurren en tiempo.

Se debe tener presente que el incumplimiento de un laudo arbitral puede acarrear dos consecuencias: (i) la falta de reconocimiento de una obligación, y (ii) la indebida retención de una cantidad (en caso de que haya sido reconocida alguna cantidad en el laudo arbitral)

El Doctor Álvaro Castro Estada expresa que dentro de los supuestos en que es aplicable la reparación por responsabilidad patrimonial del Estado, se encuentran los daños generados por el enriquecimiento sin causa.<sup>297</sup> Igualmente, no podemos negar que la falta de reconocimiento de una obligación es una omisión del Estado Mexicano, causal directa de un lesión patrimonial para el particular, lo cual es una actividad irregular según lo expuesto.

Así las cosas, claramente podemos ver que, como se ha dicho, en el incumplimiento de un laudo arbitral existe una relación causal directa entre el acto y el daño.

Respecto a la extracontractualidad del daño, esta es entendida como “la conducta humana culpable, por intención o negligencia, que pugna con lo que determina un deber jurídico en estricto sentido, plasmado en una ley de orden público o sancionado como buena costumbre.”<sup>298</sup> Este tipo de responsabilidad se genera por la violación de la ley en sentido amplio<sup>299</sup> y por ende, de un derecho absoluto consistente en una abstención de no dañar.<sup>300</sup> Es de remarcar que la conducta que genera el daño, se estima antijurídica no sólo cuando infringe la norma de manera directa, sino también cuando la desvirtúa frustrando su propósito al contrariar a la *ratio juris* de su creación.<sup>301</sup>

<sup>297</sup> CASTRO ESTRADA, ÁLVARO; *Op. Cit.*; pag. 544

<sup>298</sup> GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, ERNESTO; *Derecho de las Obligaciones*; Ed. Porrúa; Mexico, 2005; § 631

<sup>299</sup> *Tesis Aislada IV.1o.C.66 C*; TCC, Novena Época, Sem. J.F., XXIV, Octubre de 2006; Pag. 1516

<sup>300</sup> MARTINEZ ALFARO, JOAQUIN; *Teoría de las Obligaciones*; Ed. Porrúa; Mexico, 2005; Pag. 181

<sup>301</sup> BEJARANO SANCHEZ, MANUEL; *Obligaciones Civiles*, Ed. Oxford University Press; Mexico, 2007; Pag. 184

La misma SCJN resolvió que en el caso de existir responsabilidad por alguna acción u omisión hecha de manera dolosa o con culpa grave, esta puede ser considerada como extracontractual, resolución que fue expresada de la siguiente manera:

Tratándose de responsabilidad derivada de algún acto ilícito, de dolo o de culpa grave, no puede decirse que tal responsabilidad tenga como base el incumplimiento del contrato, porque esos actos trascienden el contenido y alcance de la convención. Quien intencionalmente causa un daño a otro responsable de esos actos, independientemente de que exista entre él y la víctima un vínculo contractual.<sup>302</sup>

En este contexto, muchas veces se presenta un daño extracontractual derivado de manera indirecta de relaciones contractuales, ya que el daño generado no se crea directamente por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de alguna obligación contractual.

Por esto, no caber duda que la violación del deber de cumplimiento de un laudo arbitral por parte del Estado Mexicano es una responsabilidad extracontractual, pues si bien la competencia del tribunal arbitral surge de manera convencional, el resultado del procedimiento no es otro que el de un procedimiento jurisdiccional, pues el tercero o terceros, juzgan en un procedimiento legal sobre las prestaciones reclamadas por alguna de las partes y vinculando a las partes dicha decisión. De esta manera, el acudir a un medio alternativo de solución de controversias es potestativo, pero no la solución de la controversia y por ende la resolución que pone fin a dicha controversia. Al no cumplir con una sentencias o un laudo arbitral se viola el deber de cumplimiento consagrado en los artículos 4 y 569 del CFPC, generado un hecho ilícito y la fuente de una nueva obligación, así como una violación al principio de seguridad jurídica, pues de ser relativo el cumplimiento de las resoluciones legales que ponen fin

<sup>302</sup> *Tesis (Jurisprudencia)*; Tercera Sala; Sexta Época; Sem. J.F., Cuarta Parte, LX; Pag. 291

a una disputa, el sistema jurídico del Estado no tendría fuerza alguna, puesto que la aplicación de las normas quedaría al arbitrio de las circunstancias y de las partes.

Finalmente, que el incumplimiento de un laudo arbitral es estimable en dinero, pues difícilmente podríamos estar frente a un daño moral.

Por todo lo antes argumentado, creemos que el daño generado por el Estado Mexicano en el incumplimiento de un laudo arbitral puede ser solicitada la reparación del daño mediante la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial de Estado, puesto que se cumplen todos los supuestos previstos por dicha ley para activar dicho procedimiento de resarcimiento de lesiones patrimoniales.

Es de destacar que lo antes expuesto fue desarrollado considerando el que el laudo arbitral no haya sido anulado, si las cortes mexicanas tuvieran competencia, y haya sido reconocido por los tribunales federales. Si bien no negamos que una anulación o negativa de reconocimiento sería el paso más sencillo para el Estado Mexicano para incumplir un laudo arbitral, también no descartamos que se pudiera presentar el caso en que el laudo sea, válido y reconocido, mas no cumplido.

Contra una actuación negligente del Poder Judicial de la Federación que negase el reconocimiento de un laudo arbitral que en sí es válido y debe ser reconocido, parece no haber medio alguno para atacar dicha actuación, pues si bien la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, prevé dentro de su ámbito de aplicación subjetiva al Poder Judicial de la Federación, la SCJN ha decidido que dicha ley solamente le es aplicable a ese poder federal cuando esté realizando actos materialmente administrativos.<sup>303</sup>

Luego entonces, parece todavía existir un ámbito donde el particular queda desprotegido contra la actuación del Estado Mexicano en negativa de cumplimiento de un laudo arbitral, cuando dicha actuación que acarrea el incumplimiento es realizada

<sup>303</sup> *Tesis Aislada 2a. XCIV/2010*; SCJN, Segunda Sala, Novena Época, Sem. JF, XXXII, Septiembre de 2010; Pag. 199

por su Poder Judicial a diferencia de un inversionista extranjero protegido por un tratado de inversión.

Es entendible que la certeza y eficacia que debe crear el procedimiento de reconocimiento y ejecución, así como de nulidad, en su caso, se verían vulnerados por la existencia de una “segunda instancia” para buscar el cumplimiento y/o validez del laudo, pero también es innegable que en la búsqueda de dicha certeza y eficacia existe un resquicio de desprotección para el particular cuando se encuentra frente a un Estado al que venció en el procedimiento arbitral e intenta ejecutarle dicha resolución en su propio territorio. En dicha disyuntiva se debe buscar un equilibrio que otorgue a los particulares una mayor certeza jurídica respecto a la ejecutabilidad de las resoluciones arbitrales que les resulten favorables y no dejar a la conveniencia del Estado Mexicano el cumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas en un laudo arbitral. Por ello parece conveniente una adición a la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que estipule la responsabilidad de la Administración Pública Federal y del Poder Judicial de la Federación por denegación injustificada del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, así como la anulación injustificada de dichos laudos arbitrales, otorgando de esta manera un mejor equilibrio a las relaciones comerciales entre los particulares y el Estado Mexicano.

## Conclusiones

1. En vista de que el término “comercial” no se encuentra delimitado en el marco nacional, y en el marco normativo internacional son pocas las referencias al respecto, consideramos que los elementos de intermediación y especulación son elementos esenciales para determinarlo.
2. Al observar que el acuerdo arbitral, no puede ser considerado como mercantil o civil *stricto sensu*, planteamos la necesidad de que, sea en su forma de convenio arbitral o sea en su forma de cláusula arbitral, sea clasificado como un “Convenio Procesal”.
3. Considerando que la arbitrabilidad objetiva no abarca únicamente los límites impuestos por la ley, sino que también tiene una relación con los alcances del acuerdo arbitral, estimamos que esta puede ser general si proviene de la ley o particular si su fuente es el acuerdo arbitral.
4. Reflexionando respecto a la discrepancia entre los conceptos de arbitrabilidad subjetiva y capacidad, se deben razonar que en la práctica los instrumentos internacionales no permiten una aplicación separada de estos conceptos, por lo cual en su estudio se deberán aplicar las mismas normas que determine la facultad de las partes a someterse al acuerdo arbitral.
5. La naturaleza de los actos que son *iure imperii* es similar a la de los actos que son sometidos a una inarbitrabilidad subjetiva, pues en ambos se está frente a actos jurídicos que deben ser resguardados bajo la jurisdicción exclusiva del Estado y que no deben ser sometidos a una jurisdicción diferente.
6. El proceso de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, son por su naturaleza procedimientos de homologación, que únicamente gozan de la presunción *iuris tantum* sobre la validez del laudo.

7. Si bien los Estados deben de mantener algunos asuntos únicamente dentro de su esfera de jurisdicción, el firmar un acuerdo arbitral claramente debe entenderse como una renuncia a cualquier inmunidad de la que puedan ser objeto.
8. El interponer una excepción de inmunidad de jurisdicción ante un tribunal arbitral atenta en contra de la idea de neutralidad del mismo procedimiento y por ende es incompatible con su naturaleza.
9. Un profundo análisis en materia de inmunidad de ejecución frente a los laudos arbitrales, nos presenta una clara contradicción entre el principio de eficacia del laudo y la figura de inmunidad de ejecución.
10. En la manera de regular la arbitrabilidad de los contratos celebrados por entidades publicas podemos clasificar las actitudes de los Estados frente al arbitraje, dependiendo de si su normativa nacional regula esta capacidad del Estado en “sentido negativo”, al prohibir la celebración de acuerdos arbitrales; *(ii)* en “sentido positivo”, al no imponer una restricción para someterse a arbitraje y restringiendo únicamente el ámbito de arbitrabilidad; o *(iii)* un “sentido abstracto”, quienes dejan la arbitrabilidad de un contrato a la decisión de una determinada autoridad.
11. Con base en las recientes resoluciones de diferentes tribunales arbitrales, el incumplimiento de un laudo arbitral condenatorio para un Estado debe considerarse como una expropiación indirecta protegida a través de los tratados de libre comercio o los tratados de inversión que celebran los Estados.
12. En las resoluciones donde se ha decidido reconocer el incumplimiento de un laudo arbitral por parte del Estado, se pueden encontrar dos vertientes respecto a las consecuencias jurídicas que provoca a los particulares: *(i)*: la falta de reconocimiento del derecho de crédito que tiene el particular en contra del Estado; y *(ii)* la apropiación de una cantidad que es debida y propiedad de un particular, que se traduce en enriquecimiento ilegítimo.

13. Asimismo, se considera una violación al artículo 1 de la Constitución Mexicana la existencia de un trato inequitativo tanto para los ciudadanos mexicanos, como para aquellos extranjeros que su nacionalidad no les otorga esta protección bajo los tratados de inversión.
14. No es viable la aplicación de la Ley de Expropiación para el caso de incumplimiento de laudos arbitrales por parte del Estado Mexicano, al no incluir dentro del listado de causas de expropiación algún caso que pueda ser encuadrado en el incumplimiento del laudo arbitral.
15. Finalmente, se propone, con miras de dar protección a que aquellos particulares que no cuentan con la protección por expropiación indirecta que dan los tratados de inversión, que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado debe ser interpretada de manera que permita salvaguardar los derechos de los particulares reconocidos en los laudos arbitrales.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Libros

#### B

Bankas, Ernest K; The State Immunity Controversy in International Law; Springer; Alemania, 2005.

Bejarano Sanchez, Manuel; Obligaciones Civiles, Ed. Oxford University Press; Mexico, 2007.

Berger, Klaus Peter; International Economic Arbitration; Kluwer Arbitration; Paises Bajos, 1993.

Blackaby, Nigel; Investment Arbitration and Commercial Arbitration (or the Tale of the Dolphine and the Shark, en Pervasive Problems in International Arbitration (edt. Milstelis, Loukas et alt.); Kluwer Law International; Paises Bajos.

Blackaby Nigel & Partasides, Constantine; Redfern and Hunter on International Arbitration; Oxford University Press; Mexico, 2009.

Blessing, Marc; Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives; Helbing & Lichtenhahn; Suiza, 1999.

Bockstigel Karl-Heinz; Public Policy and Arbitrability en Comparative Arbitration Practice and Policy in Arbitration, en ICCA Congress Series 1986, (edt. Sanders, Peter); Paises Bajos, 1986.

Born, Gary B.; International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing; Kluwer Arbitration; Paises Bajos, 2006.

Bouchez, L.J; The Prospects for International Arbitration Disputes Between States and Private Enterprises, en International Arbitration: Past and Prospectives; (edt Soons, A.H.A); Kluwer Academic Publishers; La Haya, 1990.

Brekoulakis Stavros L.; On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New areas of Concern, en Arbitrability: Intertnational & Comparative Persepctive; Mistelis Lucas A. y Brekoulakis StavrosL.(ed); Kluwer Law International, Paises Bajos, 2009.

Burgoa Orihuela, Ignacio; Las Garantías Individuales; Ed. Porrúa; Mexico, 2009.

#### C

Carbonell, Miguel; Los Derechos Fundamentales en Mexico; Ed. Porrúa; Mexico, 2005.

Carbonneau, Thomas E.; Liberal Rules of Arbitrability and the Autonomy of Labor Arbitration in the United States, en *International and Comparative Perspectives* (edt. Mistelis, Loukas et alt.); Wolters Kluwer Law & Business; Países Bajos, 2009;

Castro Estrada, Álvaro; La responsabilidad Patrimonial del estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo, en *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México* (edt. Augusto Damsky, Isaac et al.) Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.

Chamlongrasdr, Dhisadee; Foreign State Immunity and Arbitration; Cameron May; Reino Unido, 2007.

Clarkson, C.M.V. y Hill, Jonathan; The Conflict of Laws; Oxford University Press; EUA, 2006;

## **D**

Derains, Yves; Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration; ICCA Congress Series No. 3; Kluwer International; La Haya, 1987.

Dore Isaak I.; The UNCITRAL Framework for Arbitration in Contemporary Perspective; Graham & Trotman Limited; Reino Unido, 1993;

Dorothee, Schramm et alt.; Article II, en *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (edt. Kronke, Herber et alt.); Kluwer Arbitration International; Países Bajos, 2010.

## **E**

Fernández Ruiz, Jorge; Derecho Administrativo, Contratos; Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Ed. Porrúa; México, 2003.

## **G**

García Reza, José Néstor; Relaciones con Compañías Extranjeras y Jurisdicción de Tribunales Extranacionales; en *Ener Legis*, 2008; Academia Mexicana de Derecho Energético A.C.; México, 2008.

Gaillard, Emmanuel y Savage, John; Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration; Kluwer International Law; Países Bajos, 1999.

GONGORA PIMENTEL, GENARO D.; Los principios de Legalidad y de Responsabilidad Patrimonial del Estado, en *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*; Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.; México, 2000.

GRAHAM, JAMES A. Y TREVIÑO VIVES, CARLOS; La no ejecución de un laudo arbitral comercial internacional como expropiación indirecta, en Arbitraje en Materia de Inversión (edt. Rodriguez Jimenez, Sonia et alt.); IJ UNAM; Mexico, 2010.

GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, ERNESTO; Derecho de las Obligaciones; Ed. Porrúa; Mexico, 2005.

## **H**

Hanotiau, Bernard; Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions; Kluwer Law International; Países Bajos, 2006;

Hanotiau, Bernard; Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions; Kluwer Law International, La Haya, 2006,.

Huber, Peter, Part II- Commentary on the German Arbitration Law (10<sup>th</sup> Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter IV-Jurisdiction of the Arbitral Tribunal §1040-Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction, en Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (edt. Böckstegel, Karl-Heinz et alt.); Kluwer Law International; Países Bajos, 2007,

## **K**

Kurkela Matti S.; Due Process in International Commercial Arbitration; Oceana Publications, Inc.; EUA, 2005.

## **L**

Lalive, Pierre; Transnational (or Truly International Public Policy and International Arbitration), en Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress, Vol. 3, 1986 (edt. Sanders, Peter); Kluwer Law International; Países Bajos, 1987.

Leguina Villa, Jesus; Origen y Evolución de la Institución de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, en La Responsabilidad Patrimonial del Estado; Instituto Nacional de Administración Pública A.C.; México, 2000.

Leibschner, Christopher; Insolvency and Arbitrability, en Arbitrability: International & Comparative Perspective (edt. Mistelis Lukas A. et alt.); Kluwer Law International, Países Bajos, 2009.

Lew, Julian; Applicable Law in International Commercial Arbitration; Oceana Publications, Inc; EUA, 1978.

Lew, Julian, Mistelis, Loukas & Kroll, Stefan; Comparative International Arbitration; Kluwer Law International; Países Bajos, 2003.

**M**

Malanczuk, Peter; Akenhurst's Modern Introduction to International Law; Routledge; Reino Unido, 1997.

Martinez Alfaro, Joaquin; Teoría de las Obligaciones; Ed. Porrúa; Mexico, 2005.

Mayer Pierre; Effect of International Public Policy in International Arbitration?, en Pervasive Problems in International Arbitration (edt. Mistelis, Loukas et alt.); Kluwer Law International; Países Bajos, 2006.

Mayer Pierre; Effect of International Public Policy in International Arbitration?, en Pervasive Problems in International Arbitration, Mistelis Loukas et Lew Julian; Kluwer Law International; La Haya, 2006.

Miles, Craig S.; Sovereign Immunity, en Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns; Bishop, Doak R. (ed.); Jurisnet,LLC; New York, 2009.

Minor, Raleigh C.; Conflict of Laws, or , Private International Law; Little, Brown and Company; EUA, 1901.

Mistelis, Loukas; Arbitrability-International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or International Law Issue?, en Arbitrability International & Comparative Perspectives, Mistelis, Loukas et Brekoulakis Stavros L. (coordinadores); Kluwer Law International; La Haya, 2009.

Moursi Badr, Gamal; State Immunity an Analytical and prognostic view; Martnus Nijhoff Publichers; Países Bajos, 1984.

**Q**

Ovalle Favela, José; Teoría General del Proceso; Ed. Oxford; Mexico, 2007.

**P**

Pallares, Eduardo; Derecho Procesal Civil; Ed. Porrúa; Mexico, 1983.

Paulsson, Jan; Jurisdiction and Admissibility, en Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner; ICC Publishing, Publication 693; Noviembre, 2005.

Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James; Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano; Ed. Limusa; Mexico, 2009.

## **R**

Redfern, Alan & Hunter, Martin; Law and Practice of International Commercial Arbitration; Sweet & Maxwell; Reino Unido, 2004.

## **S**

Salcedo Castro Myriam; La arbitrabilidad subjetiva: capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje, en El Contrato de Arbitraje (edt. Silva Romero, Eduardo et Mantilla Espinosa, Fabricio); Universidad del Rosario; Colombia, 2005.

Saldaña Perez, Juan Manuel; La inmunidad Soberana de Pemex en los Tribunales de los Estados Unidos de América, en Panorama Internacional de Derecho Mercantil: Tomo I (edt. Quintana Adriano, Elvia Arcelia); Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Savage, John y McIlwath, Michael; International Arbitration and Mediation: A practical Guide; Kluwer International Law; La Haya, 2010.

Shore, Laurence; The United States Perspective on “Arbitrability”, en International and Comparative Perspectives (edt. Mistelis, Loukas et alt.); Wolters Kluwer Law & Buisness; Paises Bajos, 2009.

Silva Romero, Eduardo; International Arbitration Involving State Practices, en El Contrato de Arbitraje (edt. Silva Romero, Eduardo et Mantilla Espinosa, Fabricio); Universidad del Rosario; Colombia, 2005.

Sornarajah, M.; The Settlement of Foreign Investment Disputes; Kluwer Law International; La Haya, 2000.

## **T**

Toope, Stephen J.; Mixed International Arbitration; Grotius Publications Limited; Reino Unido, 1990.

## **U**

Urrutia Valenzuela, Carlos; La inmunidad de ejecución del estado soberano, en El Contrato de Arbitraje(edt. Silva Romero, Eduardo et Mantilla Espinosa, Fabricio); Universidad del Rosario; Colombia, 2005.

**V**

van den Berg, Albert Jan; The New York Arbitration Convention of 1958; Kluwer Law International; Paises Bajos, 1981.

**II. Revistas****A**

Alvarado Hernández, Arturo ; Jurisdicción Especializada, en Revista de Derecho Privado, Año I, Num. 2., Mayo-Agosto 2002; IJ-UNAM.

Annacker, Claudia et Greig, Robert T.; State Immunity and Arbitration, en ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 15, No. 2 ( 2004).

Arfazadeh, Homayoon; Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited; Arbitration International 2001 Vol 17, Kluwer International Law; La Haya, 2001.

**B**

Böckstiegel Karl-Heinz; Public Policy as a limit to Arbitration and its Enforcement, en Dispute Resolution International, Mayo-2008; International Bar Association, Reino Unido, 2008.

**D**

Derains, Yves; Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration; ICCA Congress Series No. 3; Kluwer International; La Haya, 1987.

Dharmananda, Kanaga; The Unconscious Choice- Reflections on Determining the Lex arbitri; en J.Int.Arb; Vol. 19.

**E**

Fernández Rosas, José Carlos; La Constitución Mexicana y el Arbitraje Comercial; Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 16, Año 2007 (Enero-Julio); Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Mexico, 2007.

Fernández Rozas, José Carlos; La Constitución Mexicana y el Arbitraje Comercial, en Cuestiones Constitucionales, Num. 16, enero-junio 2007; IJ-UNAM.

FOX, HAZLE; States and the Undertaking to Arbitrate; International and Comparative Law Quarterly, Vol. 37, año 1988, Cambridge University Press.

## **G**

García Reza, José Néstor; Relaciones con Compañías Extranjeras y Jurisdicción de Tribunales Extranacionales; en, Ener Legis, 2008; Academia Mexicana de Derecho Energético A.C.; Mexico, 2008.

Garnett, Richard; National Court Intervention In Arbitration as an Investment Treaty Claim; International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, Abril del 2011; Cambridge Journals .

Goode, Roy; The role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration; Arb.Int., 2001, Vol. 17.

## **H**

Hanotiau, Bernard y Caprasse; Oliver; Arbitrability, Due Process and Public Policy Under Article V of the New York Convention; J. Int.Arb., 2008.

## **M**

Maniruzzaman, Abdul F. Munir; International Arbitration and Mandatory Public Law Rules in the Context of State Contracts: An Overview; J. Int.Arb., Vol. 7, Issue 3, 1990.

Maniruzzaman, Abdul F. Munir; State Contracts with Aliens: The Question of Unilateral change by the state in Contemporary International Law; J. Int.Arb., Vol. 9, Issue , 1992.

Maniruzzaman, Abdul F. Munir.; State Enterprises Arbitration and Sovereign Immunity Issues: a look at Recent Trends; D.R.J., Vol. 60, August- October 2005;

Mann F.A.; State Contracts and International Arbitration; British Year Book of International Law No. 42, Año 1967.

Mayer, Pierre; Mandatory rules of law in international arbitration, en Arb.Int., Vol. 2, 1986.

## **O**

O'Brien, Tara; The Validity of Foreign Sovereign Immunity Defense in Suits Under the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, en F. Int. J, Vol. 7, Issue. 2, 1984.

## **P**

Park, William; The Arbitrator's Jurisdiction to determine Jurisdiction, en International Arbitration 2006: back to basics; ICCA Congress Series-2006, Vol.13; KluwerLaw International; Países Bajos, 2007.

## **R**

Reinisch, August; European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures, en EJIL, Vol. 17, 2006; Pag. 804.

### **III. Sentencias y Laudos Arbitrales**

#### *- Ad hoc*

Benteler et al. v Belgica, Laudo de 18 de Noviembre de 1983; Journal of International Arbitration 1984 Vol. 1; Kluwer Law International.

*S.D.Myers Inc. v. Gobierno de Canada*; UNCITRAL Arb.; Laudo Parcial, 13 de noviembre del 2000.

Ronald S. Lauder v Czech Republic; UNCITRAL Arb.; Laudo; 3 de septiembre de 2001.

*Pope & Talbote Inc. v The Government of Canada*; UNCITRAL Arb.; Laudo Interino; Junio 26, 2000.

#### *- Alemania*

Philippine Embassy Bank Account, Bundesverfassungsgericht, 13 de diciembre de 1977, 46 BVerfG 342, International Law Reports Vol. 65.

Spanish Consular Bank Accounts Case, Landegericht, Stuttgart, 21 de septiembre de 1971, Vol. 65.

#### *- Bélgica*

Company M v. M SA; Cour d'Appel, Brussels, 4 de October 1985 ; Y. Com.Arb., Vol. XIV ,1989.

#### *- Canada*

Appeal, Estate of Charles Miller, Deceased, Supreme Court of Canada, 22 de diciembre de 1937, S.C.R. 1

TMR Energy Ltd. V State Property Fund of Ukraine, 2003 FC 1517 [2004] 3 F.C.R. D-23, Federal Court of Canada; 23 de diciembre de 2003.

- *Cámara de Comercio Internacional*

Elinatch vs Comisión Federal de Electricidad; Camara de Comercio Internacional No. 11314/KGA

Rosarito Power, S.A. de C.V. /Alstom Power Proyectos, S.A. de C.V. vs Comisión Federal de Electricidad; Camara de Comercio Internacional No. 12563/KGA/CCO

Comisión Federal de Electricidad vs Gasoducto Rosarito, S. de R.L. de C.V.; Camara de Comercio Internacional No. 11912/KGA

Comisión Federal de Electricidad vs Transalta Campeche, S.A. de C.V.; Camara de Comercio Internacional No. 15217/JRF

- *Centro Regional del Cairo para Arbitraje Comercial Internacional*

Caso No. 14/1989, laudo de fecha 31 de diciembre de 1989, Centro Regional del Cairo para Arbitraje Comercial Internacional (Arbitral Awards of the Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration; Kluwer Law International 2000)

Caso No. 20/1990, laudo de fecha 22 de abril de 1992, Centro Regional del Cairo para Arbitraje Comercial Internacional (Arbitral Awards of the Cairo Regional Center for International Commercial Arbitration; Kluwer Law International 2000)

- *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*

*Waste Management, Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*; Caso No. ARB(AF)/00/3; ICSID; Laudo; 30 de abril de 2004.

*Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*; Caso No. ARB (AF)/97/1 I, CSID; Laudo, 30 de agosto de 2000.

*Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*; Caso No. ARB./05/7, ICSID; Laudo, 30 de junio del 2009.

- *Comisión de Reclamaciones México/Estados Unidos*

*George W. Cook (U.S.A.) v. United Mexican States*; Mexico/U.S.A General Claims Commission., Laudo; 3 de junio de 1927; Rep.IAW

- *Estados Unidos de América*

M/S Bremen and Uterwese Reederei, Gm BH v. Zapata Off Shore Company, 407 US 1, 1972.

Alexander v. Gardner-Denver Co., 415 U.S. 36, 1974

Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v Societe General de L' Industrie Du Papier (RAKTA), US Court of Appeals, Second Circuit, 20 de November, 1974, 508 F.2d 969.

Birch Shipping Corp. V Embassy of Tanzania, 507 F Supp 311, Court of Appeal (District of Columbia, 1980.

First National City Bank v Banco para el Comercio Exterior de Cuba, 103 S.Ct. 2591 (1983), 17 de junio de 1983.

S& Davis International, Inc v The Republic of Yemen; United States Court of Appeals 11<sup>th</sup> Circuit, 21 de Julio de 2000.

Transamerica Leasing, Inc v La República de Venezuela, 200 F. 3d 843, Court of Appeals District of Columbia, 28 de enero de 2000.

*Indemnity v. Bacacala & Shoop Insurance*, E.D.N.Y., 760 F. Supp. 1036, 29 de marzo de 1991.

*Scherk v. Alberto - Culver Company*, 417 U.S. 506, 94 S. Ct. 2449, 17 de junio de 1974.

*Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 2 de julio de 1985.

*Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, 504 U.S. 607, 12 de junio de 1992.

*National City Bank of New York v. Republic of China*, 348 U. S. 356, 1955.

*Flota Marítima Browning de Cuba v MV Ciudad de a Habana*, 335 F.2d 619, United States Court of Appeal (4th. Cir), 14 de julio de 1964.

- *Francia*

European Gas Turbines SA v Westman International Ltd, Cour d'Appeal, 30 de septiembre de 1993; Year Book Commercial Arbitration Volume XX-1995; Kluwer Law International; La Haya, 1995; pag 202

Trésor Public vs. Galakis" de Mayo 2, 1966 Cour d' Cassacion, Rev Arbitrage 1966

Creighton Ltd v. Minister of Finance of Qatar and Others, Cour de Cassation (Corte de Casación Francia), 6 de julio de 2004, International Law Reports, Vol. 127

*Procureur de la Republique v. SA Iptrade International*, Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 de Septiembre de 1978, ILR, Vol. 65.

Russian Federation v. Noga Import/Export Company, Cour d'Appel de Paris, 10 de Agosto de 2000, International Law Reports, Vol. 127

*X v. Saudi School in Paris and Kingdom of Saudi Arabia*, Cour de Cassation, Francia, Junio 20, 2003.

*Republic of Iran v Eurodif*, Cour de Cassation, 20 de marzo de 1989, ILR, Vol 89.

*Gouvernement du Pakistan – Ministère des affaires religieuses v Société Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, Cour d' Appel de Paris, 09/28533, 17 de febrero de 2011.

- *Italia*

Allsop Automatic Inc. v Tecnoski snc, Corte di Appello, Milan, 4 de diciembre de 1992; Yearbook Commercial Arbitration Volume XXII-1997; Kluwer International Law.

Libya v Rossberton SRL, Case No. 2502, Corte Italiana de Casación, 25 de mayo de 1989, International Law Reports, Vol. 87.

*Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA and Oto Melara Spa v. M*; TFS, 23 de junio de 1992; Y. Com. Arb., Vol. XX,1995.

*Michael Zernicek v Brown & Root, Inc., Petroleos Mexicanos*, 826 F.2d.415, United States Court of Appeals, 5th. Cir., 11 de septiembre de 1987.

*Alan C. Sugarman v Aeromexico, Inc*, 626, F. 2d. 270, United States Court of Appeals, 3th. Cir., 30 de Juno de 1980.

*Arriba Limited v Petroleos Mexicanos*, 962 F.2d 528, United States Court of Appeals, 5th. Cir., 11 de junio de 1992.

- *México*

SCJN Jurisprudencia número IX/2001 Semanario Judicial de la Federación XIII Abril de 2001

Tesis P./J. 39/2006 (Jurisprudencia); Novena Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Marzo de 2006; Pag.1412

Jurisprudencia número IX/2001 abril de 2001

Tesis Aislada P. IX/2001; SCJN Pleno, Novena Época; Sem. JF; Abril de 2001; Pag. 324

*Tesis Aislada 1a. LII/2009*; SCJN, Primera Sala, Novena Época, Sem. J.F.,XXIX, Abril de 2009, Pag. 592

Tesis No. 1a. CLXX/2009, Novena Época, SCJN Primera Sala; Sem. JF, XXX; Septiembre de 2009.

Tesis Aislada 1.a CLXXVI/2004; SCJN Primera Sala, Novena Época, Sem. JF , XXI, 2005; Pag. 411

*Tesis: P./J. 42/2008*; SCJN, Pleno, Novena Epoca; Sem. J.F., VII, Junio de 2008, Pag. 722.

*Tesis 2a./J. 101/2003*, SCJN, Segunda Sala, Novena Época, Sem. J.F., XVIII, Noviembre de 2003.

Tesis Aislada, SCJ Cuarta Sala, Quinta época, Sem. JF, CXI Pag. 432.

Tesis P./J. 40/96 , SCJN, Novena Época, Sem. JF, IV, Julio de 1996, Mexico.

*Tesis Aislada I.3o.C.64 K*; TCC; Sem. JF, XVIII Julio 2003.

*Tesis Aislada I.3º.C.926 C.*; TCC; Sem. JF, XXXIII, Abril de 2011.

*Tesis I.3o.A.J/16*; TCC; Sem. JF, V, Enero 1997.

*Tesis Aislada*; SCJN, Tercera Sala; Sem. JF, CIX; Pag. 131

*Caso No. 1883/93, sentencia del 18 noviembre 1993*, Tercer TCC en Materia Civil del Primer Circuito, México.

*Caso No.1153/89, sentencia del 28 de septiembre de 1989*, Tercer TCC en Materia Civil del Primer Circuito, México.

*Tesis Aislada IV.1o.C.66 C*; TCC, Novena Época, Sem. J.F., XXIV, Octubre de 2006; Pag. 1516

*Tesis (Jurisprudencia)*; Tercera Sala; Sexta Época; Sem. J.F., Cuarta Parte, LX; Pag. 291

*Tesis Aislada 2a. XCIV/2010*; SCJN, Segunda Sala, Novena Época, Sem. JF, XXXII, Septiembre de 2010; Pag. 199

- *Países Bajos*

NV Cabolet v NIOC, The Hague Court of Appeal, 28 de Noviembre de 1968, International Law Report, Vol. 47.

-Corte Europea de Derechos Humanos

*Stran Greek Refineries and Stratis Andeadis v. Greece*; Caso No. 13427; Corte Europea de Derechos Humanos; Decisión de fecha 9 de diciembre de 1994.

- *Reino Unido*

Bank v. Republic of Zambia, Queen's Bench Division, 23 de mayo de 1997, International Law Reports, Vol. 118.

Dallah Real Estate v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2010] UKSC 46, 3 de noviembre de 2010.

- *Suiza*

Fincantieri-Cantieri navali italiani SpA and Oto Melara Spa v M; Tribunal Fédéral (Suprema Corte Suiza), 23 de Junio de 1992; Yearbook Commercial Arbitration, Volume XX-1995; Kluwer Law International; La Haya, 1995.

X. GmbH v. Y. Corporation; Tribunal Federal (Swiss Federal Supreme Court); Case No. 4A\_452/2007; 29 de febrero de 2008; Swiss International Arbitration Law Reports, Case No. 10 (2008); Juris Net, New York

Royaumme de Grèce v. Banque Julius Bär&Cie, Tribunal Fédéral Suisse (Tribunal Federal Suizo), 6 de junio de 1956, International Law Report, Vol. 18.

*Republique Arabe d'Egypte v. Cinetel*, TFS, 20 de julio de 1979, ILR, Vol. 65.

#### **IV. Leyes**

Código Civil Francés

Código Federal de Procedimientos Civiles

Constitución de la República Islámica de Iran

Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado

Código de Procedimientos Civiles de la Federación Rusa

Código de Comercio

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Chiapas.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Arbitraje de Países Bajos (Netherland's Arbitration Act)

Ley de Inmunidad del Estado del Reino Unido

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo

Ley de Petróleos Mexicanos

Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

Ley de Arbitraje de Escocia (*Arbitration Act 2010*)

Ley de Arbitraje aplicable a Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte (*Arbitration Act 1996*)

## V. **Otros Documentos**

*Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*; Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico ("OCDE") (disponible en [www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf))

Exposición de motivos de la Ley Federal de Responsabilidad Administrativa; Cámara de Senadores; 24 de septiembre de 2002.

*Exposición de Motivos Reforma a la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionadas con las Mismas*; Cámara de Diputados; 26 de marzo de 2009, México.

*International Arbitration: Corporate attitudes and practices 2008*; Queen Mary College, University of London y PriceWaterhouseCoopers, 2008.

*Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its third session*, UNCITRAL, Febrero 1982 (UN DOC A/CN.9/216)

Report On Public Policy As A Bar to Enforcement of International Arbitral Awards; International Law Association, London Conference (2000).

Solicitud de acceso a información pública No. 0001800031311 mediante el sistema INFOMEX a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Solicitud de acceso a información pública No. 0000900193311 planteadas mediante el sistema INFOMEX a la Secretaría de Energía.

Solicitud de acceso a información pública No. 1857200091710 realizada mediante el sistema INFOMEX a PEMEX.

Solicitud de acceso a información pública No. 1857500082610 realizada mediante INFOMEX a Pemex Exploración y Producción.

Solicitud de acceso a información pública No. 1857600050310 realizada vía el sistema de información pública gubernamental INFOMEX a Pemex Refinación.

Solicitud de acceso a información pública No. 1860000005708 realizada vía el sistema de información pública gubernamental INFOMEX a de PMI Comercio Internacional.

UN DOC E/CONF. 26/L.42.

UN DOC E/ 20704.