



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

NULIDAD DE LAUDOS ARBITRALES
EN MÉXICO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ANA LUCÍA TOIMIL CERVANTES

Asesor:

Mtro. Reynaldo Urtiaga Escobar

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., Abril 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



Infinitas gracias

*A mi madre y a mi hermano, por toda su
paciencia y su amor incondicional.*

*A Paloma, Leo, Silvia y José, cuyo apoyo y
consejos han sido el pilar más fuerte en mi vida.*

A mi familia, por todas sus palabras de aliento.

*A mi mentor, Reynaldo Urtiaga, por cada una
de sus lecciones de vida, invaluable en mi
crecimiento profesional y humano.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de
México, mi alma máter, por haberme enseñado
el significado de las palabras dedicación,
vocación y excelencia.*



Tabla de Contenido

Introducción.....	7
I. Conceptos Generales del Arbitraje	10
1. ¿Qué es el arbitraje?	10
a) Definición y componentes esenciales	10
<i>i) El carácter consensual del arbitraje.....</i>	<i>12</i>
<i>ii) La figura del árbitro: un juez privado (“a non-governmental decisión maker”)</i>	<i>12</i>
<i>iii) El acuerdo de las partes como límite a la jurisdicción del árbitro.....</i>	<i>15</i>
b) Teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.....	17
<i>i) Teoría Contractualista.....</i>	<i>18</i>
<i>ii) Teoría Jurisdiccionalista/Publicista</i>	<i>20</i>
<i>iii) Teoría Híbrida o Mixta.....</i>	<i>23</i>
<i>iv) Teoría Autónoma</i>	<i>25</i>
c) Descripción del marco regulatorio del arbitraje.....	27
d) Clasificación	34
<i>i) Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión</i>	<i>35</i>
<i>ii) Arbitraje Institucional y Arbitraje Ad Hoc.....</i>	<i>40</i>
e) Instrumentos internacionales más importantes en materia de arbitraje	43
<i>i) Convención de Nueva York 1958.....</i>	<i>43</i>
<i>ii) Ley Modelo de UNCITRAL de 1985.....</i>	<i>50</i>
<i>iii) Convenio CIADI.....</i>	<i>55</i>
f) Asistencia judicial al arbitraje	59
II. El acuerdo arbitral	65
1. Función y definición del acuerdo arbitral	65
2. Formas del acuerdo arbitral: Cláusula Arbitral y Compromiso Independiente	66
3. Elementos del acuerdo arbitral.....	69
a) Consentimiento para arbitrar la disputa.....	69
b) El alcance del acuerdo arbitral	70
c) institución administradora y Reglamento de Arbitraje.....	72
d) Sede del arbitraje.....	73
e) Ley Aplicable al acuerdo arbitral.....	74
f) Idioma del Arbitraje.....	80
g) Número, forma de designar y cualidades de los árbitros.....	81
4. El principio de separabilidad del acuerdo arbitral y el principio de Kompetenz—	83
Kompetenz	83
a) Existencia y validez del acuerdo arbitral: requisitos de forma y de fondo en el	87
Derecho Mexicano	87
<i>i) Existencia.....</i>	<i>88</i>

ii) Validez.....	92
b) Ejecución del acuerdo arbitral.....	99
III. El Procedimiento Arbitral.....	102
1. Inicio del procedimiento: la solicitud de arbitraje y su contestación.....	102
2. Composición del Tribunal.....	106
a) Formas de designar a los árbitros y recusación de los mismos.....	106
b) Requisitos de los árbitros: independencia, imparcialidad y neutralidad.....	108
i) Independencia.....	109
ii) Imparcialidad.....	110
iii) Neutralidad.....	112
iv) La justificación de la independencia, la imparcialidad y la neutralidad como cualidades esenciales de todo árbitro.....	115
c) Principios rectores del actuar del Tribunal.....	117
i) El debido proceso.....	117
ii) Confidencialidad.....	119
d) Organización del procedimiento.....	121
3. El Laudo.....	124
i) Naturaleza del laudo arbitral.....	124
ii) Requisitos de forma y contenido de los laudos arbitrales.....	126
iii) Tipos de laudos: en derecho, ex aequo et bono, final, parcial, laudo por default, laudo consentido.....	129
iv) Requisitos para el reconocimiento y ejecución de los laudos conforme a la Convención de Nueva York y al Código de Comercio.....	133
v) Opiniones disidentes.....	135
IV. Nulidad del Laudo Arbitral.....	139
1. Concepto de nulidad.....	140
2. El procedimiento de nulidad de laudos en México.....	143
a) Juez competente en México para promover la nulidad del laudo.....	148
b) El Juicio de amparo en contra de la resolución dictada en el juicio especial de nulidad.....	149
3. Distinción entre nulidad y denegación de reconocimiento y ejecución del laudo.....	154
a) Causales de nulidad y causales de denegación de reconocimiento y ejecución.....	156
4. Análisis de casos sobre nulidad en México.....	158
V. Conclusión.....	191
VI. Bibliografía.....	195
VII. Lista de Casos.....	202

Introducción

“National lawyers begin to understand international arbitration when they perceive that it is not ‘foreign’ arbitration. International arbitration has no home jurisdiction. International arbitration is designed to find its home everywhere.”¹

El común denominador de la población en nuestro país -y nos atrevemos a decir que también a nivel internacional- tiene una idea bastante clara de a qué nos referimos cuando decimos “tribunal” y “sentencia”; sin embargo, cuando se encuentra con términos como “arbitraje comercial”, “laudo”, “tribunal arbitral” y similares, lo único que viene a su mente —o por lo menos lo más probable— son los árbitros en partidos de fútbol, las tarjetas rojas y los gritos a coro de la multitud al reclamar “no era penal”.

Este comentario pretende resaltar dos cuestiones esenciales del arbitraje internacional que inspiraron la presente investigación: su naturaleza un tanto desconocida —incluso para muchas de las personas que se dedican a la abogacía—; y dos, la urgente necesidad de posicionar al mismo como uno de los medios alternativos de solución de conflictos más utilizados en nuestro país, por lo menos en lo que respecta a cuestiones comerciales, que serán, si no el único, sí el principal tema de análisis de esta investigación.

Lejos de sólo dirimir las controversias entre jugadores de fútbol, el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias comprende un amplio número de áreas de especialización, que van desde el arbitraje deportivo hasta el arbitraje de inversión, donde inversionistas (grandes compañías transnacionales o personas

¹ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 5ta Ed., México, Porrúa, 2018, 5ta Edición, p. ix.

físicas) reclaman de un país, el cumplimiento de derechos y obligaciones, al amparo de una cláusula arbitral contenida en un contrato o un tratado bilateral de inversión.

Generalmente, el arbitraje, tanto comercial como de inversión, es utilizado como el medio de solución de disputas internacionales por excelencia, dado que, precisamente por las características que su naturaleza le confiere, garantiza a las partes una decisión puntual e imparcial de la disputa, desligada de *casí* cualquier tipo de participación judicial y de lo que eso representa. Por ejemplo, en el arbitraje de inversión, en lugar de estar obligadas a recurrir a los tribunales nacionales del país receptor de la inversión, las partes pueden pactar que la sede del arbitraje, es decir, la demarcación territorial donde se rendirá el laudo, sea un Estado distinto al de la nacionalidad de cualquiera de las partes, lo que evitaría conflictos derivados de la situación en donde el Estado receptor de la inversión es juez y parte en el conflicto.

En cuanto al arbitraje comercial, al tener las partes total libertad para pactar la sede del arbitraje —entre otras muchas cosas—, se evitan conflictos derivados, por ejemplo, de la situación en donde una de las partes en la disputa sea una “empresa productiva del estado”, o bien, se pacta la sede bajo consideraciones de logística meramente (qué tan accesible es para ambas partes —geográficamente hablando—, si brinda o no los servicios relacionados con el arbitraje que las partes requieren, *i.e.* instalaciones para las audiencias, medios de transporte eficientes, entre otros, si dicho país tiene una práctica judicial pro-arbitraje, etc.).

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar que México es una jurisdicción con una legislación y una práctica judicial pro-arbitraje y pro-ejecución de laudos. Durante el desarrollo de la investigación, abordaremos de manera general la figura del arbitraje en México, su clasificación, componentes esenciales, características, el marco jurídico que lo regula a nivel nacional e internacional y casos arbitrales en nuestro país, todo ello con el propósito de que esta investigación ofrezca una visión completa de la figura del arbitraje como medio de adjudicación privada, con un alto grado de especialidad, y que ofrece múltiples ventajas frente a las jurisdicciones locales, al tiempo que se logra demostrar —o bien refutar— nuestra hipótesis.

I. Conceptos Generales del Arbitraje

“El arbitraje comercial internacional es fruto del empirismo y de la necesidad”²

1. ¿Qué es el arbitraje?

a) Definición y componentes esenciales

El primer paso para iniciar toda investigación es delimitar el objeto de estudio de la misma. Así, es preciso que este trabajo comience por explicar qué es el arbitraje.

En el Título IV, Artículo 1416, fracción II, nuestro código de comercio (“Código de Comercio”) define al arbitraje como: “cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo.” Desde nuestro punto de vista, esta definición tautológica no aporta claridad alguna y menos aún delimita nuestro tema de estudio.³ Por ello, se ha preferido recurrir a la doctrina en busca de una explicación completa y acertada de la noción de arbitraje.

Así, tenemos que el Prof. Charles Jarrosson ha definido al arbitraje como:

² Plantey, Alain, “L'arbitrage dans le Commerce International“, *Annuaire Français De Droit International XXXVI -1990*, Editions Du CNRS, Paris, 1990. El texto original es: “L'arbitrage commercial international est le fruit de l'empirisme et de la nécessité.”

³ El Profesor González de Cossío explica que: “[l]a adopción de una definición circular por parte de los redactores de la Ley Modelo no fue un error sino la forma en que, a nivel de la Ley Modelo, se resolvió el problema que motiva este estudio: la dificultad de meter en un cajón conceptual a la institución arbitral. Ante ello, dado el objetivo que la Ley Modelo fuera adoptada por el mayor número de jurisdicciones posibles, se tomó un paso estratégico: evitar temas controvertidos. Este fue uno de ellos. El resultado del paso es importante: se dejó al derecho local la definición de lo que es y no es «arbitraje».”. Ver González de Cossío, Francisco, “La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico”, *Lima Arbitration. N° 2-2007*, Lima, 2018.

“La institución mediante la cual un tercero resuelve una disputa entre dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional encomendada por estas. [traducción hecha por la autora]”.⁴

Adicionalmente, la Profesora Margaret L. Moses sostiene que el arbitraje es “un sistema privado de adjudicación. [traducción hecha por la autora]”,⁵ definición que, junto con la propuesta por C. Jarrosson, pone al descubierto elementos fundamentales de este término, que dejan entrever, prácticamente, la esencia de su naturaleza.

Tomando estas definiciones en conjunto, entendemos al arbitraje como el medio extrajudicial de solución de controversias, mediante el cual las partes deciden — voluntariamente y por mutuo acuerdo—, someter a la decisión de un tercero imparcial con carácter privado (es decir, que no es un funcionario público), una o varias disputas que se originan de una o varias relaciones jurídicas entre las partes (contractuales o no), y que son susceptibles de ser resueltas por arbitraje.

Con el propósito de que el lector tenga un panorama general de lo que es el arbitraje antes de ahondar en el tema de esta investigación, las características fundamentales del arbitraje se enuncian a continuación, dejando para más adelante el análisis a profundidad de cada una.

⁴ El texto original es: “l’institution par laquelle un tiers régle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci.” en (Jarrosson, Charles, *La notion d’arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 785, citado por Marquis, Louis, “La notion d’arbitrage commercial international en droit québécois”, *Revue de Droit de McGill*, Vol. 37, McGill Law Journal, 1992, p. 454, nota al pie 26.

⁵ L. Moses, Margaret, *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, 1a. ed., Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2008, p. 1.

i) El carácter consensual del arbitraje

La figura del arbitraje encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, es consensual, ya que son las partes, por mutuo acuerdo, las que deciden que una determinada disputa —antes o después de que se origine la misma— sea resuelta mediante arbitraje. Esto implica que no podrá —a diferencia de un juicio ante una instancia jurisdiccional— haber arbitraje si una de las partes no ha consentido o consiente el mismo.

Dicho consentimiento se encuentra plasmado en el acuerdo arbitral, que puede tomar la forma de una cláusula en un contrato, o de un compromiso independiente al mismo.

ii) La figura del árbitro: un juez privado (“a non-governmental decision maker”)

El tercero que resuelve la disputa (generalmente una o tres personas), mejor conocido como “árbitro” o “tribunal arbitral”,⁶ es un sujeto de carácter privado que no pertenece a ningún órgano de impartición de justicia estatal, es decir, este tercero es designado por las partes.⁷

Generalmente, cuando es sólo un árbitro (árbitro único) el que resuelve la disputa, las partes son las que designan al mismo, y sólo en caso de no llegar a un acuerdo, una institución arbitral o un juez local a solicitud de una parte designa a este. Cuando son tres los árbitros que han de resolver la disputa, estos conforman

⁶ A partir de ahora, cualquier referencia a “árbitro” o “tribunal arbitral”, debe entenderse, indistintamente, como una referencia a “árbitro único” o “tribunal arbitral” cuando son tres los árbitros designados.

⁷ Las diversas formas de designar a los árbitros se abordarán en el Capítulo 3.

un tribunal arbitral; en estos casos, es práctica común que cada una de las partes designe a un árbitro, y que entre los dos designados por las partes escojan al tercero, que será el presidente del tribunal.

Con independencia de que sean las partes las que designen a los árbitros ante los cuales presentarán su caso, toda persona que funja como tal —ya sea como árbitro único o como miembro de un tribunal arbitral— debe ser independiente e imparcial. En caso de que el árbitro carezca de alguna de estas dos características esenciales, puede ser recusado, pero, en casos donde dichos vicios salen a la luz con posterioridad a la emisión del laudo, existe un alto riesgo de que el laudo sea anulado y/o se niegue su reconocimiento y ejecución.

Sobre la noción de “árbitro”, una tesis doctoral francesa lo define como: “un juez privado, investido con una misión jurisdiccional de origen contractual”.⁸

Como explica González de Cossío, el hecho de que la figura del árbitro se defina de esta manera implica que, tanto árbitro como juez, tienen la misma función: dirimir una controversia sometida a ellos por las partes. No obstante, la fuente de la jurisdicción de cada uno y, por lo tanto, la de sus facultades, es distinta: por cuanto hace al juez, su jurisdicción nace por virtud de la ley que lo autoriza a

⁸ Traducción hecha por la autora, para ver texto original, referirse a J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, Nature Juridique*, LGDJ, 1965, Jurisclasseur de procedure civile, fascicule 1005. («*l'arbitre, juge privé, est investi d'une mission juridictionnelle d'origine contractuel*»), citada por González de Cossío, Francisco, “La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico”, *Lima Arbitration. N° 2-2007*, Lima, 2018, p. 203, nota al pie 17.

resolver determinados conflictos, mientras que, en el caso del árbitro, su *jurisdictio* deriva del y se delimita por, el acuerdo de las partes.⁹

Bajo el análisis de esta figura, queremos resaltar que, aun cuando árbitro y juez tienen la misma función, sus poderes no son los mismos: el árbitro no tiene *imperium*. Esta limitante implica que el árbitro no puede, en ausencia del cumplimiento voluntario del laudo, ejecutar el mismo y obligar a la parte condenada a cumplir las obligaciones impuestas a ella, como lo haría cualquier juez con una sentencia firme, por ejemplo, al ordenar el embargo y remate de bienes de la parte condenada para liquidar una deuda.

Sin embargo, esto no supone que, en ausencia del cumplimiento voluntario, el laudo sea imposible de ejecutar: para ello se encuentra el auxilio judicial de los tribunales locales, ante los cuales la parte interesada solicitará, conforme a las reglas procedimentales de cada país, la ejecución de este.

Finalmente, es importante mencionar que, a diferencia de los jueces, los árbitros no necesitan ser abogados, sino que deberán cubrir únicamente los requisitos que las partes acuerden y aquellos que les exijan las leyes procesales del país sede del arbitraje (que son generalmente independencia e imparcialidad), y esta es precisamente una de las características que hace al arbitraje tan atractivo como medio de resolución de disputas.

⁹ González de Cossío, Francisco, La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balanceo químico, p. 203.

iii) *El acuerdo de las partes como límite a la jurisdicción del árbitro*

El árbitro resolverá la disputa, *en ejercicio* de la función jurisdiccional encomendada por las partes, es decir, son las partes las que le otorgan dicha jurisdicción y establecen los límites de esta.¹⁰ No obstante, la voluntad de las partes al delimitar esta, no puede rebasar los límites permitidos por la ley.

Bajo estas consideraciones, el árbitro debe delimitar su actuar a resolver únicamente las disputas que las partes sometieron a su consideración —que pueden ser todas o algunas disputas que originan o tienen relación con uno o varios contratos— de la forma en que las partes lo acordaron; por ejemplo, si las partes pactan que el tribunal deberá asignar costos del procedimiento de acuerdo al resultado del mismo (*costs follow the event*),¹¹ el árbitro *deberá* cumplir con la voluntad de las partes; en cuanto a la evidencia, si las partes acuerdan que el procedimiento sólo admitirá evidencia documental, el árbitro está imposibilitado para alejarse de la voluntad de las partes y resolver conforme a cualquier otro tipo de material probatorio; si las partes deciden que todo el proceso deberá conducirse en uno o más idiomas, el árbitro no podrá hacerlo conforme a uno diferente; si las partes deciden que la sede del procedimiento deberá ser un país determinado, sin importar la nacionalidad de las partes, el árbitro deberá rendir su

¹⁰ La autora ahondará en esta explicación posteriormente, cuando se analicen las teorías que intentan explicar la naturaleza jurídica del arbitraje.

¹¹ Este principio de asignación de costos en el arbitraje comercial o de inversión implica que los mismos correrán a cargo de la parte condenada, a menos que las partes acuerden lo contrario. A falta de acuerdo de las partes al respecto, el árbitro tendrá amplia discreción para asignar costos a las partes. Para más información sobre la asignación de costos en el arbitraje internacional, consultar Yukio Gotanda, John, “Awarding Costs and Attorneys’ Fees in International Commercial Arbitrations”, *Michigan Journal of International Law: 21 Mich. J. Int’l L. 1*, 1999, p. 6.

decisión considerando dicha sede y el laudo se reputará como rendido en dicho país, etc.

La delimitación de la jurisdicción del árbitro es fundamental en los procedimientos arbitrales, ya que en esta encuentran su fundamento todas las actuaciones realizadas durante el procedimiento, que eventualmente resultarán en la emisión de del laudo. Así, si el árbitro excede las facultades que las partes han investido en él, el laudo corre el riesgo de ser anulado bajo la premisa lógica de que, toda vez que el árbitro no tenía jurisdicción para conocer de la disputa sometida a él, cualquier decisión que rinda en el procedimiento será nula, al adolecer de aquello sobre lo que se funda el arbitraje y las facultades de un árbitro: el *consentimiento* de las partes.

Como puede verse, las características esenciales del arbitraje internacional dotan a las partes de gran autonomía y control sobre el procedimiento, con el fin de adecuarlo a las especificidades y requerimientos del caso en cuestión (“hacerlo a la medida”). Por ejemplo, al someter su disputa a la decisión del árbitro y fijar la sede del procedimiento en un tercer país, es decir, un país diferente al de la nacionalidad de cualquiera de las partes, estas evitan el riesgo de que una de las partes sea favorecida por litigar en su jurisdicción, mejor conocido como “*home court advantage*”.¹² Así, el arbitraje brinda a las partes un foro neutral en donde ambas tendrán los mismos derechos y oportunidades de presentar su caso.

¹² Para más información sobre el riesgo de que la sede de arbitraje sea el país de una de las partes (*home court advantage*), ver McIlwrath Michael, Savage John, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*, Kluwer Arbitration Blog, Kluwer Law International, 2010, p. 112, párrafo 2-051.

Debido a esta autonomía y control de las partes sobre el arbitraje, es que este se ha posicionado como el método de resolución de disputas internacionales por excelencia, tanto entre particulares, particulares y Estados o entre Estados (por ejemplo, en la mayoría de los tratados internacionales en materia comercial o de inversión, como el Tratado de Libre Comercio de América Latina (TLCAN) o su reciente versión, el USMCA o T-MEC, las cláusulas de resolución de disputas establecen arbitraje).

Al respecto, un estudio realizado en 2015 por Queen Mary University of London en colaboración con White & Case LLP, demostró que el 90% de los encuestados prefieren el arbitraje como medio de resolución de disputas comerciales internacionales.¹³ Pero ¿cuál es realmente la naturaleza jurídica del arbitraje?

A continuación, presentaremos las diversas teorías que pretenden arrojar luz sobre este tema.

b) Teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje¹⁴

Tomando en consideración las características antes mencionadas, estudiaremos las cuatro principales teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica del arbitraje.

¹³ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, publicado por Queen Mary University of London y White & Case LLP, disponible en https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2015_0.pdf

¹⁴ La autora señala que mucho del contenido de este subtema (teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje) fue tomado de sus notas de la clase “Solución de Controversias de Comercio Exterior”, impartida por el Profesor Reynaldo Urtiaga Escobar, en la Facultad de Derecho de la UNAM, entre agosto y noviembre de 2017.

i) Teoría Contractualista

Esta teoría parte de la premisa —en nuestra opinión, acertada hasta cierto punto— de que la facultad de los árbitros para dirimir determinada controversia deriva de una cláusula contenida en un contrato, o bien, de un acuerdo posterior entre las partes, no contenido en el contrato que da origen a la disputa; la naturaleza del arbitraje es, entonces, contractual, toda vez que encuentra su origen en la voluntad de las partes.

Considerando lo anterior, una pregunta lógica tiene cabida: ¿cuál es la naturaleza del árbitro?

Como se mencionó con anterioridad, los árbitros son sujetos de carácter privado que no pertenecen a ningún órgano de impartición de justicia estatal, es decir, no son funcionarios públicos.

Al respecto, un reciente criterio judicial mexicano en materia de amparo sostuvo que la función de los árbitros es privada y, por ende, que igual carácter tienen todas las actividades que estos desarrollan con el fin de resolver la controversia de que se trate. El texto exacto es como sigue:

“Los artículos 1o. y 5o, fracción II, de la Ley de Amparo establecen que el juicio constitucional es procedente contra actos de particulares y que éstos tienen el carácter de autoridad responsable cuando sus funciones estén determinadas por una norma general y realicen actos equivalentes a los de una autoridad. Ahora bien, el arbitraje

privado es el procedimiento basado en la voluntad de las partes, quienes renuncian al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial y confían a uno o más particulares (árbitro o árbitros) la decisión de todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual. En ese sentido, debe decirse que aunque los árbitros privados tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, como ello emana de un compromiso formado entre particulares, la función de los árbitros es privada e igual carácter tienen todas las actividades que desarrollan a fin de resolver la controversia de que se trate, esto es, no son funcionarios del Estado ni tienen jurisdicción propia o delegada, dado que sus facultades derivan no de una norma general, sino de la voluntad de los contratantes expresada en el acuerdo que la ley reconoce, y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio no obra en interés público, o sea, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, lógicamente las funciones de esos árbitros no son públicas, sino privadas, lo que significa que carecen de imperio, de suerte que no pueden los mismos árbitros conceptuarse como autoridades del Estado ni sus actos son equivalentes a los de autoridad, por lo que resulta

improcedente el juicio de amparo promovido en su contra.”¹⁵

[énfasis añadido].

Uno de los cuestionamientos más comunes cuando se sigue esta teoría es el siguiente: si el árbitro es una persona de carácter privado, ¿cuál es la naturaleza del laudo que rinde este? Y más aún, ¿en qué se basa el carácter de “ejecutable” de dicho laudo?¹⁶ El análisis de estas preguntas y de la figura del laudo se abordarán en el capítulo III infra.

ii) *Teoría Jurisdiccionalista/Publicista*

Bajo esta teoría, el arbitraje no encuentra su fundamento en el acuerdo de las partes, sino en que, tanto la facultad de someter determinada disputa a arbitraje y el poder que tiene el árbitro para resolver la misma, fueron concedidos por el Estado a favor de las partes y de los árbitros, respectivamente. Así, el Estado estableció un marco jurídico —Código de Comercio, Convención de Nueva York, etc.— que permite, regula y delinea los límites de los procedimientos arbitrales, incluso estableciendo qué disputas pueden o no ser sujetas a arbitraje, es decir, el arbitraje tiene un origen legal y no contractual:

“Es difícil percibir la jurisdicción de los árbitros como un poder basado únicamente en el acuerdo de las partes. Tal acuerdo puede, en teoría, suspender el derecho de acudir a los tribunales [locales] para que resuelvan determinada

¹⁵ Tesis aislada “árbitros privados. No tienen el carácter de autoridades responsables en el juicio de amparo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, t. III, p. 2107.

¹⁶ Belohlavek Alexander, “The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts Between Legal Cultures”, *Law of Ukraine Legal Journal*, Ukraine, 2011, p. 18.

disputa, pero sólo si el Estado explícitamente ha permitido dicha posibilidad.

[...]

De lo contrario, todo acuerdo por el cual se renuncia voluntariamente al derecho fundamental de llevar determinada disputa a los tribunales locales sería nulo. El derecho de audiencia pertenece a la categoría de derechos inalienables que no pueden ser renunciados sino por mandato legal.”¹⁷

[Traducción realizada por la autora]

Así, esta teoría sostiene que la suspensión del derecho de audiencia ante los tribunales locales y su reemplazo con un procedimiento distinto —el arbitraje— debe ser visto como la delegación que hace el Estado a un ente de derecho privado —los árbitros—, de una de sus funciones fundamentales encomendadas al poder jurisdiccional: resolver definitivamente una disputa.¹⁸

En consecuencia, bajo esta teoría el arbitraje se considera análogo a procedimientos judiciales, cuyo propósito es la determinación de la ley aplicable, la aplicación de esta, y la resolución definitiva de la disputa entre las partes de conformidad con dicha ley.¹⁹ Es decir, esta teoría está basada en la premisa de que, en el arbitraje, los árbitros cumplen el papel de los jueces y resuelven la

¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 19 (traducción no oficial).

disputa de forma análoga a como lo harían estos, por lo que el árbitro: i) está obligado a resolver la disputa de conformidad con la ley aplicable elegida por las partes y de acuerdo con las reglas procedimentales aplicables; ii) debe respetar los derechos de las partes y conducirse de manera justa e imparcial durante el procedimiento, poniendo particular cuidado en respetar el debido proceso; iii) dictar una decisión vinculante que resuelve definitivamente la disputa, no una opinión; etc.

Adicionalmente, los partidarios de este criterio hacen énfasis en que el laudo es una decisión *materialmente* jurisdiccional que produce efectos de cosa juzgada y que, por lo tanto, es final y vinculante (“*final and binding*”). En consecuencia, los Estados, a través de su propio marco normativo, reconocen al laudo el carácter de vinculante y ejecutable; en México, el ordenamiento jurídico aplicable lo considera como un “título ejecutivo” que trae aparejada ejecución.²⁰

Finalmente, como argumento adicional en apoyo a esta postura, se explica que las facultades de control y regulación —por cierto, limitadas— que conservan los Estados sobre los procedimientos arbitrales, son coherentes con esta y apoyan su interpretación de la naturaleza del arbitraje. Al respecto, explican que el Estado, al delegar esta facultad a los particulares, se reserva el derecho de verificar que las condiciones establecidas para tal delegación se encuentren satisfechas, por ejemplo, al existir un acuerdo de arbitraje por escrito, que las partes hayan celebrado en plenitud de capacidad, que no se encuentre afectado de invalidez o

²⁰ “*Código de Comercio*”, Artículo 1391, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1391. El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución. Traen aparejada ejecución: I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348.”

nulidad, que se haya respetado el derecho al debido proceso de ambas partes, etc.²¹

Así, esta teoría concluye que el arbitraje no es más que otra expresión del ejercicio del poder judicial, en el cual el sometimiento de las partes al arbitraje sólo es la muestra de la autonomía de estas, *pre-aprobada y delimitada* por el Estado para recurrir a este medio alternativo de solución de controversias. Así, a la luz de esta teoría, un árbitro es considerado como una persona imparcial aplicando la ley, y el laudo como una decisión lícita y autorizada y no sólo como la expresión de la voluntad de las partes, pues si bien son estas las que nombran a los árbitros y someten ante estos sus disputas, para que las partes sean capaces de hacer esto, el Estado debe haber, primero, investido a los árbitros con el poder de rendir decisiones vinculantes y haber estipulado las condiciones específicas bajo las cuales se permite someter una disputa ante estos.²²

Según sus defensores, esta es la única forma de asegurar la ejecución de una decisión rendida por entes privados, pues dicha ejecución no está basada en el consentimiento de las partes, sino en el marco legal en el cual el Estado define las condiciones para el reconocimiento y ejecución de dichas decisiones.²³

iii) Teoría Híbrida o Mixta

Esta tercera teoría combina las dos mencionadas anteriormente: por un lado, reconoce que la resolución de disputas a través del arbitraje encuentra su

²¹ Traducción hecha por la autora; ver texto original en Belohlavek Alexander, *op. cit.* p. 21.

²² *Ibidem*, pp. 21-22.

²³ *Idem*.

fundamento en el acuerdo de las partes de excluir la jurisdicción de tribunales locales y, en cambio, otorgar esta a los árbitros para la resolución de determinadas disputas (Teoría Contractual). Conforme a este acuerdo, las partes establecen los límites de la jurisdicción de los árbitros y las reglas que deberán gobernar el arbitraje (lugar e idioma del arbitraje, reglas procedimentales aplicables, etc.); sin embargo, esta teoría también reconoce que cualquier procedimiento arbitral sólo puede implementarse dentro de los límites permitidos por la ley y cumpliendo con los requisitos establecidos en esta (por ejemplo, la rescisión administrativa no puede ser arbitrable pero sí el incumplimiento de un contrato de compraventa; a ambas partes debe respetárseles el debido proceso, entre otros).²⁴

Al igual que en la Teoría Jurisdiccionalista, el Estado reconoce a los árbitros como entidades independientes en los cuales ha delegado la potestad de resolver determinadas disputas y, en consecuencia, las decisiones que estos emitan tendrán el carácter de definitivas y vinculantes. Así, bajo esta teoría se explica por qué, a pesar de tener como uno de sus elementos esenciales una disposición contractual (acuerdo de las partes), el procedimiento arbitral resulta en un laudo que es *ejecutable* en los tribunales nacionales como si fuera una sentencia judicial.

Nos inclinamos por esta teoría toda vez que, en nuestra opinión, la naturaleza del arbitraje no puede ser explicada —acertada e integralmente— partiendo de ninguno de los dos extremos propuestos por las teorías anteriores, pues, tanto uno

²⁴ *Ibidem*, p. 25.

como el otro, omiten considerar elementos esenciales de la figura del arbitraje, a saber: que no importa que exista un marco legal que permita resolver determinada disputa mediante arbitraje, si no hay un acuerdo de las partes en este sentido, no habrá arbitraje, y viceversa, que aunque exista el acuerdo de las partes, se necesita la *autorización* del legislador para poder someter dicha disputa a los árbitros y de ser necesario solicitar el auxilio judicial para ejecutar el laudo correspondiente.

iv) Teoría Autónoma

Esta teoría propone explicar al arbitraje como una figura “supra-nacional” y, así, sostiene que su naturaleza no es meramente jurisdiccional, contractual ni híbrida, sino autónoma.²⁵

Los defensores de esta teoría no desconocen la naturaleza dual del arbitraje —contractual y jurisdiccional—, pero rechazan la categorización de los elementos del arbitraje bajo una u otra, pues, en su opinión, ambas características están íntima e irremediablemente vinculadas, siendo imposible separarlas.²⁶ En consecuencia, sostienen que la pregunta esencial bajo esta teoría es si el arbitraje se extiende más allá de esos dos componentes —jurisdiccional y contractual— para conformar una institución autónoma.²⁷ Así, hay autores que aseguran que “es impensable aplicar la ley que regula los contratos al acuerdo de arbitraje, y aquella

²⁵ Hong-Lin, Yu, “A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration”, *1(2) CONTEMP. ASIA ARB. J.* 255, 2008, p. 278.

²⁶ *Ibidem*, p. 279.

²⁷ *Idem*.

de las sentencias al laudo. El laudo no es una sentencia y el acuerdo de arbitraje no es un contrato como cualquier otro.”²⁸

Al respecto, explican que el arbitraje pasó de ser un simple método alternativo de resolución de disputas, a convertirse en un sistema legal autónomo, resultado de la necesidad de contar con un verdadero proceso de índole internacional para resolver —precisamente— disputas trasfronterizas, toda vez que los tribunales locales fueron considerados como “inadecuados” para lidiar con conflictos complejos que involucran muchos aspectos de derecho internacional y, también, áreas que requieren conocimiento especializado por parte de aquel que resolverá dicha disputa.²⁹

Consecuentemente, el arbitraje como institución autónoma se ve alimentado por la práctica constante establecida a partir de la interacción de agentes internacionales, y moldeado de acuerdo con las necesidades del comercio internacional, permitiendo a las partes involucradas englobar en una sola figura, prácticas “transnacionales” y “trans-sistémicas” que responden a las necesidades de la resolución de disputas de carácter internacional.³⁰

Sobre este particular, hay quien afirma que “...prácticas institucionalizadas y sistemáticas en el arbitraje han producido normas procesales y sustantivas, y

²⁸ Rubellin-Devichi, Jaqueline, “L'arbitrag: Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé”, Paris *Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence* 365, 1965; citado por Hong-Lin, Yu, *op. cit.* p. 279.

²⁹ Ver más en Sadafi Chaghoooshi, Farshad, “Is International Commercial Arbitration an Autonomous Legal System?”, Thesis submitted to *McGill University*, Faculty of Law, 2013, p. 1.

³⁰ *Ibidem*, pp. 1-2.

costumbres que, tras su aplicación reiterada, se han convertido en principios universalmente aceptados.”³¹

Así, los partidarios de esta teoría abogan por la existencia de un “sistema legal del arbitraje” (“*arbitral legal order*” o “*arbitral legal system*”) conforme al cual la facultad de los árbitros para dirimir controversias como entes privados no deriva del sistema jurídico nacional, sino que, por el contrario, la fuente del poder de estos se deriva de un sistema legal transnacional en materia de arbitraje.³²

c) Descripción del marco regulatorio del arbitraje

Una visión general de las leyes, reglas y principios que gobiernan los procedimientos arbitrales es necesaria para poder comprender la naturaleza de esta figura. Al respecto, hacemos énfasis en el hecho de que las siguientes leyes, reglas y principios, gobiernan únicamente el ámbito procedimental del arbitraje; cuestiones sustantivas —las leyes que deben aplicar al fondo de la controversia—, son materia del contrato mismo, y, únicamente cuando este sea omiso, esta será determinada por los árbitros tomando en consideración todas las características del caso. Usualmente, a falta de acuerdo entre las partes, los árbitros podrán aplicar al fondo del asunto: a) la *lex arbitri*; b) la ley que tiene más relación con la disputa, etc.

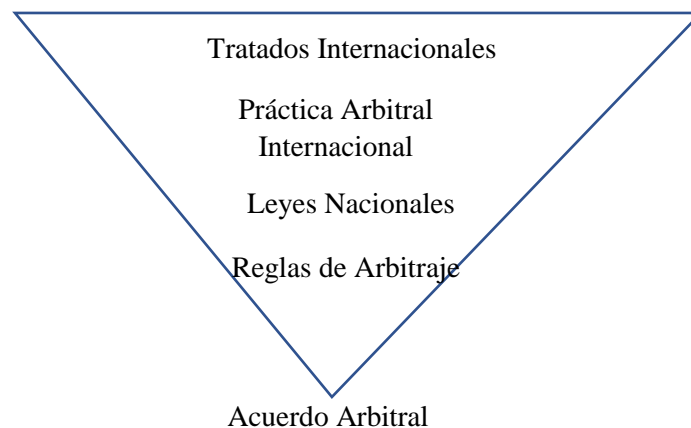
Partiendo de este supuesto y como explicamos anteriormente, el fundamento del arbitraje, como medio de resolución de disputas, es la voluntad de las partes, que se encuentra plasmada en el acuerdo arbitral y que es vinculante únicamente para

³¹ *Idem.*

³² *Ibidem*, p. 5.

las partes de este.³³ Todo inicia —y puede terminar— con el acuerdo arbitral: si es válido, el procedimiento se llevará a cabo conforme a lo dispuesto en el mismo y la aplicación de otros instrumentos y disposiciones en materia de arbitraje entraran en juego; si no lo es, el procedimiento no puede existir y todos los demás instrumentos que pueden ser aplicables al mismo resultan irrelevantes.

Al respecto, L. Moses asemeja el marco regulatorio de los procedimientos arbitrales a una pirámide invertida, y explica que el alcance de dicho marco se expande a partir de las partes del acuerdo arbitral.³⁴



Así, tenemos que el acuerdo arbitral es la base conforme a la cual se desarrollara el procedimiento arbitral. En él, las partes pueden escoger reglas específicas que gobiernen el procedimiento (*i.e.* las reglas de arbitraje de una institución administradora, las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas

³³ Hay, sin embargo, ciertas teorías que propone vincular a un tercero no signatario a un acuerdo arbitral, como es la de agencia, incorporación por referencia, terceros beneficiados, estoppel, compañías relacionadas, entre otras. Sin embargo, estos son casos de excepción a la regla general de que las únicas partes de un acuerdo arbitral son las partes que contrataron. Para mayor información sobre estas teorías, consultar: Cano, Emma, Cohen E., Darci, Green-Kelly Diane, “Unsigned obligations: when are non-signatories bound?”, *American Bar Association, 37th Annual Forum on Franchising*, Seattle WA, 2014; W. Park, William, “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009.

³⁴ L. Moses, Margaret, *op. cit.*, p. 6. La imagen reproducida abajo fue tomada del mismo libro.

para el Derecho Mercantil Internacional “UNCITRAL”, o bien cualesquiera otras escogidas o diseñadas por las partes), el lenguaje del mismo, número de árbitros, sede del arbitraje, la ley que rige al acuerdo arbitral —que puede ser distinta a aquella que rige el contrato— y, en algunos casos, las partes también designan a los árbitros.

En el puesto inmediatamente superior, se encuentran las reglas de arbitraje (“Reglas de Arbitraje”), tanto para procedimientos institucionales —que son los Reglamentos de Arbitraje de las instituciones administradoras— como aquellas diseñadas para procedimientos *ad hoc* —comúnmente, las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL—. Dichas reglas, a diferencia del acuerdo arbitral, son aplicables a todos aquellos procedimientos en los cuales las partes acuerden que así sea, y son, generalmente, permisivas, es decir, sólo aplicarán de manera subsidiaria, en todo lo no previsto por el acuerdo arbitral. Es por ello que, generalmente, contienen la indicación siguiente: “salvo acuerdo en contrario de las partes...”.³⁵

No obstante, dependiendo de la institución administradora, habrá reglas procedimentales que sean consideradas inderogables.³⁶

³⁵ Ver, por ejemplo, el “*Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*”, Artículo 18, vigente a partir del 1° de marzo de 2017, que establece: “1. La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido. 2 Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral, previa consulta con aquéllas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado...”.

³⁶ Ver, por ejemplo, el “*Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*”, Artículo 30, vigente a partir del 1° de marzo de 2017, bajo el cual el procedimiento abreviado para casos cuya cuantía no supere 2.000.000 US\$, es obligatorio: “[a]l acordar someterse al arbitraje según el Reglamento, las partes aceptan que este Artículo 30 y las Reglas de Procedimiento Abreviado establecidas en el Apéndice VI (conjuntamente, las ‘Disposiciones sobre el Procedimiento Abreviado’) prevalecerán sobre los términos del acuerdo de arbitraje que sean contrarios a éstas.”.

Seguidas de las Reglas de Arbitraje, se encuentran las leyes y disposiciones nacionales de la sede del arbitraje, que rigen no sólo la parte procedimental de este, sino también cuestiones sustantivas como la naturaleza arbitrable de una disputa (e.g. en México, la rescisión administrativa no es arbitrable). A este conjunto de leyes aplicables en los procedimientos arbitrales se les conoce como *lex arbitri*.

La *lex arbitri* cumple una amplia variedad de funciones, todas ellas sumamente importantes. Básicamente, la *lex arbitri* gobierna, al interior del procedimiento, todas las cuestiones procesales en la conducción de este; y, al exterior, la relación entre el procedimiento arbitral y los tribunales nacionales.³⁷ Es decir, la *lex arbitri* será la legislación subsidiaria aplicable al procedimiento, utilizada para resolver cuestiones que no fueron establecidas en el acuerdo arbitral y que tampoco están previstas en las Reglas de Arbitraje y también, algunas veces, impondrá normas procedimentales inderogables (“*mandatory rules*”), es decir, que no pueden dejar de observarse ni por acuerdo de las partes ni por ninguna disposición de las Reglas de Arbitraje.

Algunas de las muchas cuestiones que tienen lugar en el ámbito interno del procedimiento arbitral son: a) etapas procesales; b) ofrecimiento y desahogo de evidencia; c) descubrimiento de pruebas (*discovery of evidence*); d) relación de los árbitros con las partes (por ejemplo, responsabilidad civil o penal, deberes de

³⁷ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Kluwer Law International, 2014, p. 1531.

confidencialidad y estándares de ética, designación y remoción de árbitros, etc.); e) requisitos formales del laudo, entre otros.³⁸

Gary Born sostiene que, si bien las leyes locales de los distintos países son diferentes en la regulación que hacen de estos temas, la mayoría de ellas tienen una característica en común: no regulan a detalle estas cuestiones, sino que las dejan —casi por completo— al acuerdo de las partes y a la discreción del tribunal arbitral. Sin embargo, sí existen jurisdicciones que tienen regulación expresa y exhaustiva en alguno de estos temas, por ejemplo, al establecer un plazo límite para la emisión del laudo o una cantidad máxima para los honorarios de los árbitros.³⁹

Por cuando hace a las cuestiones “externas” del procedimiento reguladas por la *lex arbitri*, estas son principalmente: a) la capacidad del árbitro de determinar su propia competencia (“*Kompetenz—Kompetenz*”); b) asistencia judicial al arbitraje (por ejemplo, para otorgar medidas cautelares, para designar y recusar árbitros, para solicitar evidencia, etc.); y c) el alcance del análisis que hagan los tribunales locales del laudo en los procedimientos de anulación y/o reconocimiento y ejecución.⁴⁰

En el lugar siguiente a la *lex arbitri* se encuentran las prácticas internacionales en materia de arbitraje. Dichas prácticas han sido desarrolladas a lo largo de los años y pretenden fungir como criterios orientadores en la práctica del arbitraje en cuestiones diversas, presentes en los procedimientos internacional, tales como: la

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Ibidem*, p. 1532.

⁴⁰ *Idem.*

práctica de la prueba, conflicto de intereses, estándar de ética de los árbitros, mejores prácticas en la organización del procedimiento arbitral, etc.

Algunas de estas prácticas incluso han sido codificadas en instrumentos, como son: las Reglas de la IBA⁴¹ sobre la Práctica de la Prueba en Arbitraje Internacional; Código de Ética de la IBA para Arbitros Internacionales de 1987;⁴² Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional; Notas de UNCITRAL sobre Organización del Proceso Arbitral, etc.

Pese a que dichos instrumentos no son vinculantes para las partes (a menos que estas así lo acuerden), son generalmente utilizados como directrices en la conducción del procedimiento, que tienden a uniformar la práctica del arbitraje a nivel internacional e incluso nacional.

Por último, en el siguiente escalón de la pirámide del marco regulatorio del arbitraje, se encuentran los tratados internacionales que se ocupan de esta área. Todas las personas familiarizadas con el arbitraje identificarán bajo este rubro — invariablemente— dos instrumentos que son considerados como el pilar del arbitraje internacional: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”), que regula el reconocimiento y ejecución de laudos;⁴³ y el Convenio sobre el Arreglo

⁴¹ La IBA (International Bar Association), establecida en 1947, es una reconocida organización internacional en el mundo de profesionales del derecho y sociedades de abogados, cuyo principal objetivo es influir en el desarrollo del derecho internacional. Para más información, visitar International Bar Association, disponible en https://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx.

⁴² Traducción hecha por la autora; texto original: “*IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987*”, disponible en <https://www.trans-lex.org/701100/ /iba-rules-of-ethics-for-international-arbitrators-1987/>

⁴³ Para más información sobre el estatus de la “*Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*”, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, y sus estados contratantes, referirse a COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “*Situación actual Convención Sobre el*

de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio CIADI”).⁴⁴

Adicionalmente, hay otras dos convenciones importantes en esta materia: la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (“Convención de Panamá”), y Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (“Convención Europea de Arbitraje”).

Así, el marco regulatorio del arbitraje comercial internacional incluye el acuerdo arbitral; cualesquiera otras reglas que las partes hayan acordado, ya sea procedimentales o sustantivas; la *lex arbitri* o ley de la sede; la práctica internacional en materia de arbitraje y todos los tratados internacionales relevantes. Al respecto, L. Moses explica que, si bien las partes tienen gran autonomía para controlar el procedimiento arbitral, la aplicación tanto de leyes nacionales como internacionales de forma subsidiaria o en apoyo del proceso, ayudan a asegurar que el mismo se desarrolle de una manera justa y eficaz.⁴⁵

Como consecuencia necesaria, poco a poco se fue desarrollando una legislación y cultura del arbitraje a nivel nacional e internacional. Como muestra de ello, tenemos que: el 24 de septiembre de 1923, se firmó el Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje; el 26 de septiembre de 1927 la Convención Internacional

Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)”, www.uncitral.org

⁴⁴ “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, Washington, D.C., 18 de marzo de 1975, D.O.F. 24 de agosto de 2018. En enero de 2018, México firmó dicho Convenio. Con anterioridad a esta fecha, nuestro país hacía uso del Mecanismo Complementario del CIADI, que ofrece servicios de arbitraje para países no-miembros del Convenio CIADI. Para más información visitar: Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/icsiddocs/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>

⁴⁵ L. Moses, Margaret, *op.cit.*, p. 8.

para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras; el 10 de junio de 1958, la Convención de Nueva York; el 21 de abril de 1961, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional; el 14 de octubre de 1966, el Convenio CIADI; el 30 de enero de 1975, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, entre muchos otros instrumentos de carácter internacional.⁴⁶

d) Clasificación

Entre las muchas clasificaciones que existen del arbitraje, destacamos una que atiende a la *naturaleza de la disputa*, en donde los procedimientos arbitrales se dividen en arbitraje comercial o arbitraje de inversión; y otra que atiende a la naturaleza del procedimiento, en donde el arbitraje se divide en institucional o *ad hoc*.

La distinción entre uno y otro tipo de arbitraje, principalmente en cuanto a la naturaleza de la disputa, es algunas veces confusa pero siempre es esencial, no sólo para determinar la jurisdicción del tribunal arbitral y/o de la institución administradora (en caso de arbitrajes institucionales), sino también para delimitar qué instrumento es el que regula las obligaciones y derechos de las partes involucradas: un contrato comercial internacional, un tratado internacional, o un contrato amparado por un tratado.⁴⁷

⁴⁶ Para más información sobre estas convenciones y acuerdos, consultar el “Registro de Textos de Convenciones y Otros Instrumentos Relativos al Derecho Mercantil Internacional”, Vol. II, publicado por la Organización de las Naciones Unidas, disponible en https://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_II.pdf

⁴⁷ Blackaby, Nigel, Partasides, Redfern, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6a. ed., Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015, p. 11, nota al pie 37. Por ejemplo, en el “Código

i) *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión*

Arbitraje Comercial

Retomando la definición general de “arbitraje” aportada en párrafos anteriores, el Arbitraje Comercial puede definirse como el medio de solución de controversias extrajudicial, mediante el cual las partes deciden someter a la decisión de un tercero privado imparcial, una o varias disputas que se originan de un acto de comercio (nacional o internacional).

Gary B. Born, define al mismo como:

“El medio por el cual, conforme al acuerdo de las partes, las disputas de carácter empresarial pueden ser resueltas en definitiva, por personas independientes, no pertenecientes a un régimen gubernamental, que son designadas por o en nombre de las partes, y que resuelven la disputa aplicando reglas de procedimiento que permiten a las partes la oportunidad de presentar su caso.”.⁴⁸

[Traducción realizada por la autora]

Procesal Civil y Comercial de Argentina”, Artículo 737, Texto Actualizado de la Ley N° 17.454 (t.o. 1981); este artículo establece que: “[n]o podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción.”.

⁴⁸ Ver texto original en Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, p. 70: “[i]n contemporary legal systems, international commercial arbitration is a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the parties’ agreement, by independent, non-governmental decision-makers, selected by or for the parties, applying neutral judicial procedures that provide the parties an opportunity to be heard.”.

Al respecto, el Artículo 1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (la “Ley Modelo de UNCITRAL”), aclara que se debe dar “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.”.⁴⁹

Es decir, el Arbitraje Comercial es aquel que concierne disputas que tienen su origen en un acto de comercio.

El instrumento más relevante en materia de arbitraje comercial es la Convención de Nueva York, que regula el reconocimiento y la ejecución de los laudos

⁴⁹ “*Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993; la autora está consciente de que la Ley Modelo de UNCITRAL sólo atañe a arbitrajes internacionales de naturaleza comercial, y no a los nacionales o arbitrajes de inversión; sin embargo, cree pertinente citar la delimitación del carácter de “comercial” que hace esta ley, con el objetivo de arrojar luz sobre el término, y permitir al lector tener una idea completa de la naturaleza del arbitraje comercial internacional.

arbitrales extranjeros.⁵⁰ La explicación del ámbito de aplicación de esta convención se reserva para el inciso e) desarrollado abajo.

Arbitraje de Inversión

Por cuanto hace al Arbitraje de Inversión, este tiene una característica esencial que lo distingue del Arbitraje Comercial: las partes involucradas son siempre un *inversionista* y un Estado, que es la demarcación territorial donde se realiza la inversión, mejor conocido como el Estado Receptor de la Inversión.

La definición de qué es un “inversionista” y que es una “inversión” delimita el marco de protección de que goza el *inversionista* respecto a los derechos y obligaciones que derivan de su *inversión*, y permite establecer la jurisdicción de un tribunal arbitral, cuando este está facultado —ya sea por un contrato, un tratado o una ley— para conocer de disputas relativas a inversiones.⁵¹

No hay una sola definición de inversión o inversionista, por el contrario, es práctica común que los requisitos esenciales del Arbitraje de Inversión, a saber, qué se entiende por *inversionista* que en el caso concreto haya realizado una *inversión*, son generalmente establecidos en los instrumentos que, a su vez permiten, mediante arbitraje, la resolución de disputas en materia de inversiones.

Esto nos lleva a otra característica esencial del Arbitraje de Inversión: el consentimiento.

⁵⁰ Böckstiegel, Karl-Heinz, “Commercial and Investment Arbitration: How different are they today? The Lalive Lecture 2012”, *Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 28, No. 4, 2012, p. 579.

⁵¹ Yannaca-Small, Catherine, Liberti, Lahra, “Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements”, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD, 2008.

Al igual que los procedimientos arbitrales comerciales, el Arbitraje de Inversión encuentra su fundamento en el consentimiento de las partes: debe de existir un acuerdo de arbitraje válido para poder someter determinada disputa a resolución por un árbitro.

Al respecto, la doctrina establece que un Estado puede consentir al Arbitraje de Inversión de tres formas distintas:⁵²

- i) Aceptando una cláusula arbitral contenida en un contrato con un inversionista extranjero (*contract-based investment arbitration*), que es similar al punto de partida del Arbitraje Comercial. En este caso, el consentimiento a arbitrar disputas en materia de inversión se limita a aquellas que surjan de ese contrato en específico.
- ii) Firmando un tratado internacional que permita el arbitraje en materia de inversión (*treaty-based investment arbitration*); y
- iii) A través de la implementación de legislación nacional que permita a inversionistas extranjeros someter a arbitraje cualquier disputa en contra del Estado en esta materia (*legislation-based investment arbitration*).

Respecto a estas últimas dos opciones (*non-contractual based investment arbitration*), Jan Paulsson las ha descrito como: “aquel mundo nuevo en el arbitraje, en el cual la parte demandante no necesita tener una relación contractual

⁵² Diehl Alexandra, *The Core Standard of International Investment Protection*, International Arbitration Law Library, Vol. 26, Kluwer Law International, 2012, pp. 4-5.

con el demandado...”.⁵³ Aquí, el consentimiento del estado es “general” toda vez que no se limita a un contrato, un inversionista o un proyecto en específico,⁵⁴ sino que permite iniciar un procedimiento arbitral a todo aquel que se ubique en el supuesto de la ley o del tratado que regule dicho procedimiento.

Sobre este particular, Alexandra Diehl explica que:

“Cuando consiente de manera general, el Estado no actúa en su capacidad de ente privado. Al contrario, ejerce autoridad pública: sólo el Estado puede consentir obligarse generalmente al arbitraje porque sólo el Estado tiene la autoridad de vincular a los individuos a sus reglas, dentro de su territorio, y de autorizar la adjudicación de un indefinido tipo de disputas entre el Estado y los individuos, que están en principio sujetas a la autoridad estatal.”⁵⁵

[Traducción realizada por la autora]

En conclusión, el Arbitraje de Inversión será aquel medio alternativo de solución de controversias mediante el cual una de las partes —el inversionista—, demanda de su contraparte —un Estado—, el cumplimiento de las obligaciones y la protección de sus derechos, derivados de un contrato, de un tratado internacional o de una ley.

⁵³ Paulsson, Jan, “Arbitration without Privity”, *ICSID Rev.-Foreign Investment Law Journal* 10, 1995; see, Veenstra-Kjos, Hege Elisabeth, ‘Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration’, TDM 4(4) (2007) on the subject of counterclaims, citado por Diehl, Alexandra, *op. cit.*, p. 5, nota al pie 19.

⁵⁴ Diehl Alexandra, *op. cit.*, p. 6.

⁵⁵ *Idem.*

ii) *Arbitraje Institucional y Arbitraje Ad Hoc*

*Arbitraje Institucional*⁵⁶

El Arbitraje Institucional es aquel en el cual una organización, generalmente designada desde el acuerdo de arbitraje, *administra* el procedimiento arbitral de conformidad con sus propias reglas en la materia, compiladas en lo que generalmente se conocen como Reglamentos de Arbitraje y que delimita el marco del procedimiento y los tiempos que regirán para las distintas actuaciones, con reglas que usualmente aplican sólo en caso de no existir acuerdo de las partes sobre un asunto en específico, es decir, de manera subsidiaria.

La institución administradora no es la que decide la controversia —puesto esto es tarea de los árbitros—, sino simplemente limita sus funciones a cuestiones organizacionales, como son: coordinar la designación del o los árbitros en caso de no existir acuerdo entre las partes, la determinación del monto de los honorarios de los árbitros, coordinación de los pagos debidos a estos, gestionar el desarrollo de audiencias en instalaciones apropiadas, etc.

Los abogados familiarizados con este tipo de procedimientos señalan que las ventajas más significativas del Arbitraje Institucional son: i) la existencia de reglas procedimentales pre-establecidas, que aseguran la conducción del arbitraje de manera efectiva; ii) la posibilidad de escoger entre una lista de árbitros renombrados; iii) asistencia en casos de rebeldía de alguna de las partes en el

⁵⁶ Para más información sobre el arbitraje institucional, ver Born, Gary, *International Arbitration: Cases and Materials*, 2a. ed., Kluwer Law International, 2015, pp.69-70.

procedimiento; iv) la posibilidad de incorporar la cláusula arbitral standard propuesta por la institución; y v) la predictibilidad del costo total del arbitraje.

Sin embargo, las partes que escojan el Arbitraje Institucional también deben de considerar el costo de las cuotas institucionales, que, muchas veces, se calculan tomando como base el monto total de los reclamos.⁵⁷

Estas instituciones administradoras se encuentran en diferentes países del mundo, y muchas de ellas tienen oficinas en más de uno. Las más reconocidas son: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Permanente de Arbitraje de UNCITRAL (CPA), el Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (SIAC), el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), la Cámara de Comercio de Suiza, la Comisión Económica y de Arbitraje Comercial de China (CIETAC).⁵⁸

En México, las instituciones administradoras nacionales (que pueden también conocer de arbitrajes internacionales), son: i) la Cámara Nacional de Comercio

⁵⁷ Por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC Court), fija las cuotas administrativas cobradas por la institución utilizando una escala de costos dependiendo del valor total de los reclamos, que puede consultarse en el Apéndice III de su Reglamento de Arbitraje.

⁵⁸ Ver también Born, Gary, *International Arbitration: Cases and Materials*, p. 70: “[a]lso active in the field are the Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Institute (“SCC”), World Intellectual Property Organization (“WIPO”), the German Institution of Arbitration (“DIS”), the International Arbitral Centre of the Austrian Economic Chamber (“VIAC” or “Vienna International Arbitral Centre”), the China International Economic and Trade Arbitration Commission (“CIETAC”), the Japan Commercial Arbitration Association (“JCAA”), the Dubai International Financial Centre (“DIFC”), the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (“CRCICA”), the Australian Centre for International Commercial Arbitration (“ACICA”), the Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (“KLRCA”) and the Indian Council of Arbitration (“ICI”).”

("CANACO"); ii) el Centro de Arbitraje de México ("CAM"); iii) el Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción ("CAIC").

Arbitraje Ad Hoc

A diferencia del Arbitraje Institucional, los procedimientos Ad Hoc no son administrados por ninguna institución, siendo las partes las que deciden prácticamente todos los aspectos importantes del procedimiento, desde el idioma y la sede del arbitraje, el o los árbitros que resolverán la disputa, y las reglas del procedimiento. Las partes generalmente deciden aplicar reglas preexistentes, diseñadas para procedimientos *Ad Hoc*, por ejemplo, las contenidas en el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

Bajo estos procedimientos, las partes también deben de nombrar a una autoridad nominadora ("*appointing authority*") para el caso de que no puedan llegar a un acuerdo en cuanto al nombramiento del o los árbitros y, en su caso, sobre cualquier oposición de una parte al nombramiento de alguno de ellos.

En la práctica, el alto grado de flexibilidad de los procedimientos *Ad Hoc* puede representar ventajas significativas sobre el Arbitraje Institucional, como son: costos más bajos al no tener que cubrir las cuotas de la institución administradora, las partes pueden "hacer a la medida" las reglas que deben aplicar al procedimiento, tomando en consideración las especificidades de cada caso, etc. No obstante, también puede implicar problemas si las partes no están familiarizadas con el arbitraje, pues la efectividad del Arbitraje Ad Hoc depende enteramente de la cooperación de las partes involucradas.

e) Instrumentos internacionales más importantes en materia de arbitraje

“At bottom, International Arbitration is much like democracy; it is nowhere close to ideal, but it is generally considered a good deal better than the alternative.”⁵⁹

Como se mencionó en el capítulo C anterior, el marco regulatorio del arbitraje comprende no sólo el acuerdo de arbitraje establecido por las partes, sino también instrumentos de carácter internacional, cuyo propósito es promover el uso del arbitraje como medio de resolución de disputas internacionales, al facilitar la conducción de los procedimientos arbitrales y la ejecución de los laudos que resulten de estos.

A continuación, presentamos una visión general de los instrumentos internacionales más importantes en esta materia.

i) Convención de Nueva York 1958⁶⁰

El origen de la Convención de Nueva York se remonta a antes de 1958, al Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje, firmado el 24 de septiembre de 1923 en Ginebra (“Protocolo de Ginebra de 1923”), y en la posterior Convención para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Ginebra el 24 de septiembre de 1927 (“Convención de Ginebra de 1927”).

El Protocolo de Ginebra de 1923 tenía como objetivo el reconocimiento de los acuerdos arbitrales en contratos de naturaleza internacional, y, en consecuencia,

⁵⁹ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*. p. 14.

⁶⁰ “*Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*”, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971.

establecía el deber de los Estados Contratantes de referir a las partes a procedimientos arbitrales en caso de existir un acuerdo de arbitraje.⁶¹

Por su parte, la Convención de Ginebra de 1927 establecía el deber de los Estados Contratantes de reconocer los laudos arbitrales rendidos en el territorio de alguno de los Estados signatarios, como consecuencia del reconocimiento de un acuerdo arbitral de conformidad con el Protocolo de Ginebra. Adicionalmente, dicha convención indicaba que la ejecución de las sentencias arbitrales sería de conformidad con las reglas de procedimiento seguidas en el territorio donde esta se invocaba.⁶² Debido al estallido de la Segunda Guerra Mundial, ni el Protocolo ni la Convención de Ginebra tuvieron un impacto en la práctica.⁶³

En 1958, estos instrumentos fueron reemplazados por la Convención de Nueva York, que entró en vigor el 7 de junio de 1959.⁶⁴ El objetivo principal de esta es “evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean

⁶¹ “*Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial*”; firmado en Ginebra el 24 de septiembre de 1923, en “Registro de Textos de Convenciones y Otros Instrumentos Relativos al Derecho Mercantil Internacional”, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York 1973; el art. 1 de este protocolo establece que: “[l]os Estados contratantes reconocen la validez, entre partes sometidas a la jurisdicción de Estados contratantes diferentes, tanto del compromiso como de la cláusula compromisoria por los que las partes de un contrato se obligan, en materia comercial y en cualquier otra susceptible de ser regulada por vía de arbitraje por compromiso, a someter total o parcialmente los diferendos que puedan surgir del referido contrato a un arbitraje, aun en el caso de que éste deba tener lugar en un país distinto a aquel a cuya jurisdicción están sometidas.”; ver también Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, 2a. ed., Kluwer Law International, 2016, p. 18.

⁶² “*Convención Internacional Para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*”, firmado en Ginebra el 26 de septiembre de 1927, en “Registro de Textos de Convenciones y Otros Instrumentos Relativos al Derecho Mercantil Internacional”, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York 1973; el art. 1 de la Convención de Ginebra: “[e]n los territorios dependientes de una de las Altas Partes contratantes, a los cuales se aplique la presente Convención, se reconocerá la autoridad de toda sentencia arbitral recaída como consecuencia de un compromiso o de una cláusula compromisoria, señalados en el Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje, abierto a la firma en Ginebra a partir del 24 de septiembre de 1923, y la ejecución de dicha sentencia se llevará a efecto de conformidad con las reglas de procedimiento seguidas en el territorio donde la sentencia se invoque, cuando dicha sentencia haya sido dictada en un territorio dependiente de una de las Altas Partes contratantes al cual se aplique la presente Convención y entre personas sometidas a la jurisdicción de una de las Altas Partes contratantes.”

⁶³ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice.*, p. 18.

⁶⁴ De conformidad con el Artículo XII de la Convención, la misma entró en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión.

objeto de discriminación al momento de exigir su cumplimiento, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales.”⁶⁵

El objetivo de la Convención de Nueva York, así como su ámbito de aplicación establecido en el artículo I, distinguen entre sentencias arbitrales “extranjeras” y “no nacionales”. Al respecto, el referido artículo parece aclarar que los laudos internacionales son aquellos “dictad[o]s en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución [...] y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas”; por cuanto hace a las sentencias arbitrales “no nacionales”, indica que estas son aquellas “que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.”

En este sentido, los laudos no nacionales son laudos dictados en el Estado en donde se solicita el reconocimiento y ejecución, pero que, conforme a la legislación local aplicable en materia de arbitraje, “son considerados ‘extranjeros’ por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, por ejemplo, cuando se apliquen normas procesales de otro Estado.”⁶⁶ Sobre este particular, la doctrina explica que un laudo no nacional puede ser aquel: i) que haya sido dictado en el lugar donde se busca su ejecución pero conforme a las leyes que regulan el arbitraje en otro Estado; ii) que haya sido

⁶⁵ Ver “*Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*”, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971.

⁶⁶ Página web oficial de UNCITRAL, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

dictado en el lugar donde se busca su ejecución, bajo las leyes que regulan el arbitraje en ese estado, pero que involucran un elemento de extranjería;⁶⁷ y iii) un laudo arbitral considerado “deslocalizado (*delocalized*)”, al no haberse dictado conforme a ninguna ley nacional que regule el arbitraje.⁶⁸

Las disposiciones de la Convención de Nueva York, a diferencia de otros instrumentos internacionales, no regulan todos los aspectos de los procedimientos arbitrales internacionales, sino que se enfocan únicamente en el reconocimiento y ejecución de acuerdos y laudos arbitrales, sin regular la conducción del procedimiento arbitral ni otros aspectos procesales específicos.⁶⁹

Uno de los objetivos clave de estas disposiciones es la uniformidad, es decir, establecer un estándar internacional para el reconocimiento y ejecución de los laudos y, por ende, también de las causales para denegar estos. En esta tesitura, la Convención establece la obligación de los Estados contratantes de: i) reconocer

⁶⁷ Sobre este supuesto en particular, Van den Berg explica que dicha interpretación se desprende de la legislación utilizada en los Estados Unidos de América para implementar las disposiciones de la Convención de Nueva York a nivel nacional. Conforme a esta, una corte de los Estados Unidos de América ejecutó un laudo dictado en Nueva York y conforme a las leyes vigentes en ese estado, entre una parte noruega y otra suiza, al amparo de la segunda definición contenida en el Artículo I de la Convención de Nueva York de 1958, sosteniendo que “laudos ‘no nacionales’ significa laudos que están sujetos a la Convención no porque hayan sido dictados en otro Estado, sino porque fueron dictados dentro del marco legal de otro estado, e.g. dictado de conformidad con una ley extranjera o involucrando partes domiciliadas o con su sede principal de negocios fuera de la jurisdicción donde se busca la ejecución.”; ver texto original en Van den Berg Albert J., “The New York Convention of 1958: An Overview”, *Yearbook: Commercial Arbitration*, 2008, p. 3: “[a]s regards category (ii), it originates from the implementing legislation in the United States as interpreted by the courts in that country. The leading case is a 1983 decision by the US Court of Appeals for the Second Circuit in *Bergesen v. Müller* (US no. 54, reported in *Yearbook Vol. IX* p. 487). In *Bergesen*, the Court enforced an award made in New York under New York law between a Norwegian and a Swiss party by relying on the second definition contained in Article I(1). The Court adopted the view that “awards ‘not considered as domestic’ means awards which are subject to the Convention not because made abroad, but because made within the legal framework of another country, e.g., pronounced in accordance with a foreign law or involving parties domiciled or having their principal place of business outside the enforcing jurisdiction”.

⁶⁸ *Idem*; para más información sobre Delocalised Arbitration, ver Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 64-69; Dejan Janićijević, “Delocalization in International Commercial Arbitration”, *Law and Politics Vol. 3, No. 1*, Faculty of Law, University of Nis, Facta Universitatis, 2005, pp. 63-71.

⁶⁹ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 18.

la validez de los acuerdos arbitrales, salvo un número limitado y determinado de excepciones (artículo II); ii) remitir a las partes a arbitraje en caso de existir un acuerdo válido para arbitrar la disputa de mérito; y iii) reconocer y ejecutar laudos arbitrales internacionales, salvo en determinados casos (artículo V).⁷⁰ Sobre las causales para la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo internacional, Gary Born explica que estas se limitan a asuntos de jurisdicción, debido proceso y trato igualitario entre las partes, observancia del acuerdo arbitral y orden público, pero que estas no implican una revisión por parte de las cortes nacionales de las decisiones en cuanto al fondo del asunto tomadas por los

⁷⁰ *Ídem*; ver también “*Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*”, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, los siguientes artículos: “[a]rtículo II. 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. [...] Artículo V. 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 les 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún 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. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”

tribunales arbitrales.⁷¹ Cabe señalar que dichas causales deberán ser analizadas por el tribunal local ante el cual se inició el procedimiento de nulidad o de ejecución.

Adicionalmente, las mejoras más significativas de la Convención de Nueva York a los instrumentos que la precedieron (el Protocolo y la Convención de Ginebra) fueron: i) el cambio de la carga de la prueba respecto a la invalidez de los acuerdos arbitrales, dejando esta a cargo de la parte que se opone a la ejecución de dicho acuerdo;⁷² ii) la eliminación de requisitos de doble *exequatur*, que requería que los laudos arbitrales fueran “ratificados” en el país de origen antes de poder ser reconocidos y ejecutados en el extranjero;⁷³ iii) la extensión del ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York, pues esta última sólo requiere que el laudo que se pretende ejecutar en el territorio del Estado Contratante sea considerado como “extranjero” o “no nacional” (esto sin perjuicio de la reserva de reciprocidad que pueden hacer los Estados contratantes);⁷⁴ y iv) el enfoque pro-

⁷¹ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 18; el texto original es como sigue: “[t]he permissible exceptions to the obligation to recognize foreign awards are limited to issues of jurisdiction, procedural regularity and fairness, compliance with the parties’ arbitration agreement and public policy; they do not include review by a recognition court of the merits of the arbitrator’s substantive decision.”

⁷² *Ibidem*, p. 19, nota al pie 58, en donde explica que dicho cambio en la carga de la prueba se logró a través de los artículos III y V, en los cuales se estableció que para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, no se impondrán requisitos mayores que aquellos necesarios para ejecutar laudos nacionales, y resaltando que el reconocimiento y la ejecución de laudos internacionales sólo podrá denegarse, si la parte contra la cual se invoca prueba la existencia de excepciones determinadas y limitadas.

⁷³ *Idem*; ver también Van den Berg Albert J., *op. cit.*, p. 17; aquí, Van den Berg explica que en la Convención de Ginebra de 1927, uno de los requisitos para conceder el reconocimiento y ejecución de un laudo internacional era que este fuera “final” en el país de origen, requisito que fue interpretado por algunos tribunales nacionales como la necesidad de tener el “permiso” del tribunal del estado de origen para ejecutar el laudo en el extranjero (*leave for enforcement*). Como remedio a esto, los redactores de la Convención de Nueva York establecieron en el Artículo V (e) como uno de las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos, que estos no sean todavía “obligatorios” (*binding*) para las partes, y no “finales” (*final*), como establecía la Convención de Ginebra de 1927.

⁷⁴ Van den Berg Albert J., *op. cit.*, p. 17; Van den Berg explica que en el régimen de los Tratados de Ginebra (el Protocolo y la subsecuente Convención de Ginebra) era necesario que las partes involucradas en el laudo estuvieran sujetas a la jurisdicción de alguno de los Estados Contratantes, mientras que la Convención de Nueva York sólo requiere que los laudos cuyo reconocimiento y ejecución se solicita, sean considerados en el

ejecución de los laudos, al establecer en el Artículo VII que su texto no afecta la validez de otros acuerdos/tratados o leyes que regulen de manera más favorable el reconocimiento y ejecución de estos.⁷⁵

Por regla general, es práctica común que la Convención de Nueva York sólo se utilice para ejecutar laudos arbitrales de naturaleza comercial; al efecto, la Convención permite a los Estados contratantes la siguiente reserva: “(c) Este Estado aplicará la Convención sólo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el derecho interno”. Sin embargo, si un país (como es el caso de México) no ha formulado ninguna reserva en este sentido, deja abierta la posibilidad de que una parte interesada busque el reconocimiento y ejecución de un laudo de inversión bajo la Convención de Nueva York —en caso de que el procedimiento no se haya regido por el Convenio CIADI, pues de lo contrario tendría un régimen de ejecución específico conforme a los Artículos 53 y 54 de dicho Convenio—. Este escenario parece bastante raro, y tal vez imposible, considerando que el texto del Código de Comercio que regula el reconocimiento de laudos incorpora prácticamente sin

país de ejecución como extranjeros o no nacionales (salvo cuando los países realizan la reserva de reciprocidad, contenida en el Artículo I (3): “[e]n el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.”

⁷⁵ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 19; ver también Artículo VII de la *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971: “1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

cambios las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL, que aplica sólo para aspectos comerciales (como consta en el artículo 1415 del Código de Comercio).

Al 7 de agosto de 2018, la Convención de Nueva York tenía 159 Estados parte.⁷⁶

ii) *Ley Modelo de UNCITRAL de 1985*

El 11 de diciembre de 1985 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (reformada en 2006).⁷⁷ El texto fue preparado por UNCITRAL, la comisión especializada de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”) para la unificación del derecho mercantil internacional, con el propósito de mejorar el marco general que regula al arbitraje comercial internacional.⁷⁸

Así, la Ley Modelo tiene como objetivo “ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre el procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares y las necesidades del arbitraje comercial internacional” y, para lograr esto, “refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las

⁷⁶ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “*Situación actual Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*”, www.uncitral.org

⁷⁷ La Asamblea General es uno de los 6 órganos principales de la ONU, junto con el Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría de la ONU. La Asamblea General “es el órgano representante, normativo y deliberativo de la ONU, y el único que cuenta con representación universal al estar representados sus 193 Estados Miembros. Estos se reúnen cada año...”; para más información, visitar NACIONES UNIDAS, “*Órganos Principales*”, www.un.org

⁷⁸ Howard M., Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989. p. 9.

regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos...”⁷⁹ Los redactores de la Ley Modelo coincidieron en que, si los Estados alrededor del mundo adoptaban esta, no sólo implicaría el establecimiento de procedimientos arbitrales uniformes a nivel nacional que respondieran adecuadamente a las necesidades del comercio internacional, sino también significaría la creación de un “estándar universal de justicia”.⁸⁰

A diferencia de la Convención de Nueva York, la Ley Modelo regula todas las etapas del procedimiento arbitral: disposiciones generales como las reglas aplicables a la recepción de comunicaciones escritas, alcance de la intervención de tribunales jurisdiccionales locales y funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje (Capítulo I); el acuerdo de arbitraje (Capítulo II); composición del tribunal arbitral (Capítulo III); competencia del tribunal arbitral (Capítulo IV); medidas cautelares y órdenes preliminares (Capítulo IV(A)); sustanciación de las actuaciones arbitrales (Capítulo V); pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones (Capítulo VI); impugnación del laudo o nulidad (Capítulo VII); y finalmente el reconocimiento y ejecución de los laudos (Capítulo VIII). Pero ¿exactamente cómo funciona la Ley Modelo? ¿Cómo *moderniza y armoniza* las disposiciones locales que regulan al arbitraje?

Como punto de partida, es necesario precisar que la Ley Modelo no es un tratado internacional al que los Estados se adhieran, sino un instrumento legislativo internacional que propone a los Estados su incorporación a nivel nacional, con el

⁷⁹ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993.

⁸⁰ Howard M., Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, *op.cit.*, p. 10.

fin de lograr la unificación de los enfoques nacionales con respecto al arbitraje internacional. Es decir, la Ley Modelo establece un marco normativo integral en materia de arbitraje, e invita a los países a adoptar el texto propuesto como parte de su legislación nacional en materia de arbitraje.⁸¹

Los redactores de la Ley Modelo explican que, desde los trabajos preparatorios de la ley (*travaux préparatoires*), estaban conscientes de que cualquier texto propuesto, al momento de ser implementado por los Estados, sería sólo una parte integral del conjunto de disposiciones en materia de arbitraje de ese Estado, y, por ende, coexistiría con otras leyes en la materia. En consecuencia, los redactores reconocieron la importancia de la clara delimitación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo y, al efecto, plasmaron en esta el texto del Artículo 1, que establece diversas limitaciones al ámbito de aplicación de dicha ley.

Las dos principales limitaciones contenidas en este artículo son, primero, que la Ley Modelo sólo se aplicará al “arbitraje comercial internacional.” Al respecto, los redactores incluyeron una nota explicativa sobre qué debía entenderse por “comercial”, señalando que debía darse a dicho término una interpretación amplia que abarcara las cuestiones de índole comercial, fueran contractuales o no.⁸² En segundo lugar, la Ley Modelo limita territorialmente su ámbito de aplicación, al

⁸¹ *Ibidem*, p. 27.

⁸² *Idem*; El texto exacto de la referencia del Artículo I es como sigue: “[d]ebe 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.”

establecer que sólo aplicará si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de un Estado que adopte esta.⁸³ Finalmente, el texto establece una serie de supuestos en los cuales se considerará que un arbitraje es “internacional”, a saber: “a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.”⁸⁴

La Nota Explicativa de la Ley Modelo⁸⁵ reconoce que, si bien los Estados cuentan con flexibilidad para adoptar el texto propuesto, lo recomendable es atenerse en la mayor medida posible al modelo propuesto, pues de lo contrario el objetivo de armonizar las leyes nacionales para hacerlas más adecuadas a las complejidades y necesidades de los procedimientos arbitrales internacionales se vería comprometido.

⁸³ *Idem*; Sobre esta limitación territorial, la Ley establece ciertas excepciones y, en consecuencia, permite a los tribunales locales del Estado que adopta la Ley Modelo, proveer asistencia judicial en arbitrajes llevados a cabo en ese mismo Estado o en cualquier otro. Estas excepciones se encuentran en los artículos 8 (deber de remitir al arbitraje), 9 (solicitud de medidas cautelares), 17 H (reconocimiento y ejecución de medidas cautelares), 17 I (motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares), 17 J, 35 (reconocimiento y ejecución del laudo) y 36 (motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo).

⁸⁴ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993, Artículo 1 (3).

⁸⁵ “*Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, Anuario de la CNUDMI, vol. XVI: 1985.

Una de las etapas del procedimiento en donde la Ley Modelo ha tenido un gran impacto es en la de impugnación o nulidad del laudo arbitral, pues era común que la legislación nacional en materia de arbitraje regulara la figura del laudo de forma análoga a las sentencias, y, por lo tanto, concedía los mismos recursos en contra de estas y de aquellos, recursos que, generalmente, contemplan plazos relativamente largos para su interposición y una larga lista de motivos para ejercitarlos.⁸⁶

Por el contrario, la Ley Modelo establece únicamente el recurso de nulidad en contra de un laudo, “con exclusión de cualquier otro previsto en una ley procesal del Estado de que se trate”, el cual deberá interponerse dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de recepción de este. Asimismo, la Ley Modelo establece, de forma exhaustiva, los 6 motivos para conceder la nulidad, que se dividen entre aquellos que debe probar la parte que busca la nulidad,⁸⁷ y aquellos que el tribunal local debe analizar de oficio.⁸⁸

Al 8 de agosto de 2018, la Ley Modelo ha sido adoptada en 80 Estados, y en total en 111 jurisdicciones.⁸⁹

⁸⁶ “Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, Anuario de la CNUDMI, vol. XVI: 1985, capítulo VII, Impugnación del Laudo, ¶44.

⁸⁷ A saber: incapacidad de una de las partes del acuerdo de arbitraje; invalidez del acuerdo arbitral; indebida notificación de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; imposibilidad de una parte para hacer valer sus derechos; que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o excede los términos de este; y cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo de las partes, salvo que este estuviera en conflicto con alguna disposición legal de observancia obligatoria.

⁸⁸ A saber: que según la ley del Estado en donde se busque la ejecución, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público de este estado.

⁸⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Situación actual: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006”, www.uncitral.org

iii) *Convenio CIADI*⁹⁰

En 1965, el Banco Mundial⁹¹ patrocinó la preparación y redacción de un tratado internacional con el objetivo de promover la inversión extranjera, atendiendo a la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico; para lograrlo, se propuso el establecimiento de un foro neutral para la resolución de disputas relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI”), creado a través del Convenio CIADI.⁹²

El Convenio CIADI fue diseñado especialmente para “asistir a los Estados Contratantes y sus nacionales en la resolución de disputas en materia de inversión entre los gobiernos y los inversionistas extranjeros, a través de la conciliación o el arbitraje.”⁹³ Actualmente, el CIADI es la institución administradora de arbitrajes de inversión más importante a nivel internacional.

Algunos de los aspectos más relevantes contenidos en el Convenio CIADI son, por ejemplo, el hecho de que los inversionistas no necesitan agotar los recursos locales para poder recurrir al arbitraje; la obligación “automática” de los países contratantes de cumplir con los laudos arbitrales rendidos conforme al Convenio

⁹⁰ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Washington, D.C., 18 de marzo de 1975, D.O.F. 24 de agosto de 2018.

⁹¹ El Banco Mundial es una organización internacional multinacional de la Organización de las Naciones Unidas, que brinda asistencia financiera a los Estados miembro con dos principales objetivos: i) acabar con la pobreza extrema (disminuir el porcentaje de personas que viven con menos de USD \$1,90 al día al 4% antes de fines de 2030); y ii) fomentar la prosperidad compartida (promover el crecimiento de los ingresos de la población de todos los países que se sitúan en el 40% inferior de la distribución del ingreso). Para más información, visitar GRUPO BANCO MUNDIAL, www.bancomundial.org

⁹² L. Moses, M., *op. cit.*, p. 221.

⁹³ Baltag Jan et al., *ICSID Convention after 50 Years; Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016, p. xxxvii.

CIADI, de conformidad con el artículo 53 del mismo; el establecimiento de la nulidad como único recurso para combatir un laudo, procedimiento que se lleva ante un comité de nulidad, integrado por tres árbitros designados por el CIADI, y —a diferencia de aquellos laudos ejecutados conforme a la Convención de Nueva York— no ante los tribunales locales del Estado sede del arbitraje.⁹⁴

Asimismo, una de las disposiciones más controversiales del Convenio CIADI es también una de las más importantes: el artículo 25, que delimita la jurisdicción del CIADI. El texto de este artículo es como sigue:

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”. [Énfasis añadido]

Como puede verse, ni en este artículo ni a lo largo del Convenio se define el término “inversión”; por lo tanto, la tarea de establecer las características y límites de este fue dejada a los tribunales arbitrales. Así, un gran precedente, al cual se

⁹⁴ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Washington, D.C., 18 de marzo de 1975, D.O.F. 24 de agosto de 2018, Artículo 53: “(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio...”

refieren la mayoría de los tribunales arbitrales cuando evalúan su jurisdicción a la luz del artículo 25 del Convenio, fue establecido en el caso *Salini*.⁹⁵ En este caso, el tribunal consideró que existen 4 características esenciales que definen a una inversión: 1) contribución en dinero o acciones; 2) cierta duración de ejecución del contrato; 3) el inversionista participa en los riesgos de la transacción; y 4) contribución al desarrollo económico del estado receptor de la inversión.

Como ejemplos de lo que es una inversión, algunos autores indican que tribunales arbitrales han considerado como tales a: diferentes tipos de acciones societarias, transacciones con un valor económico, proyectos de construcción e infraestructura, contratos de servicios y transferencias de tecnología.⁹⁶

En este sentido, una de las críticas más grandes al sistema CIADI es precisamente la discrecionalidad de los tribunales arbitrales para interpretar y aplicar las disposiciones del Convenio, lo cual lleva a la posible existencia de interpretaciones opuestas de un mismo artículo y, en consecuencia, a una falta de uniformidad y predictibilidad en el resultado de los procedimientos llevados al amparo del sistema.⁹⁷ Consideramos que esta particularidad es también una de sus principales ventajas: las decisiones de tribunales arbitrales anteriores pueden

⁹⁵ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A., v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 31, 2001. En este caso, dos compañías italianas (Salini e Italstrade) ganaron una licitación para la construcción de una autopista, realizada por el Reino de Marruecos. El tiempo de construcción de la obra fue estipulado en el contrato: 32 meses. Las compañías italianas terminaron los trabajos 4 meses después, exponiendo las razones de su demora: mal clima, modificaciones a las dimensiones del proyecto, imprevisibles fluctuaciones del valor del Yen, cargas financieras excesivas, etc. Las compañías italianas no recibieron pago alguno por parte del Reino de Marruecos e iniciaron procedimientos arbitrales, basando su reclamo en el Tratado entre el Reino de Marruecos y la República de Italia para la protección y promoción recíproca de las inversiones, de 1990. El Reino de Marruecos objetó la jurisdicción del tribunal arbitral, alegando que la disputa en cuestión no cumplía con el requisito de originarse a partir de una “inversión”. El tribunal en este caso resolvió que tenía jurisdicción y desechó las objeciones del Reino de Marruecos.

⁹⁶ L. Moses, Margaret, *op. cit.*, p. 225.

⁹⁷ Baltag Jan et al., *op. cit.*, p. 23.

y, de hecho, sirven como criterios orientadores para resolver las disputas sometidas a arbitraje —lo que dota de cierta uniformidad al sistema—, pero la decisión del tribunal para cada caso en específico debe atender a las particularidades y necesidades de cada caso (que, vale decir, es una de las razones principales por las que las partes deciden someter determinada disputa a arbitraje). Por ejemplo, si el primer tribunal arbitral ante el cual fue discutida la posibilidad de reconsiderar una decisión preliminar (e.g. decisión sobre jurisdicción)⁹⁸ resolviera en sentido negativo y dicha decisión fuera vinculante, otro tribunal, con posterioridad, no podría reconsiderar una decisión previa, aun cuando esta hubiera sido lograda a través de engaños o causando una falsa apreciación de los hechos (*misrepresentation*) por una de las partes.

Otra de las particularidades de este sistema es la presencia del llamado “Mecanismo Complementario”, creado en 1978. Este mecanismo ofrece servicios de arbitraje, conciliación y comprobación de hechos para diferencias que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Convenio CIADI, como son: i) arbitraje o conciliación entre un Estado y un nacional extranjero, cuando el Estado no es parte del Convenio o el Estado del nacional no es un Estado parte; ii) arbitraje o conciliación de diferencias relativas a inversiones que no surjan directamente de una inversión entre un Estado y un nacional extranjero.

⁹⁸ La autora hace referencia a este ejemplo, pues es un debate sumamente relevante en la actualidad en los procedimientos arbitrales seguidos ante el CIADI: la posibilidad de reconsiderar una decisión preliminar, si estas decisiones o no tienen calidad de *res judicata*, etc. Para casos en el CIADI sobre la reconsideración de decisiones preliminares en el sistema ICSID, ver *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (Decision on Respondent’s Request for Reconsideration of the Tribunal’s Decision of 10 March 2014 and Dissenting Opinion of Andreas Bucher), ICSID Case No. ARB/07/30, 09 February 2016; *Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador* (Decision on Reconsideration and Award), ICSID Case No. ARB/08/5, 07 February 2017; *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, 10 April 2015.

Pese a esto, es innegable que tanto el Convenio como el Centro han tenido un papel crucial en el desarrollo del derecho internacional en materia de inversiones y en la consecuente promoción de la inversión extranjera. Como ejemplo de esto, las estadísticas demuestran que, al 31 de diciembre de 2017, el CIADI tuvo un total de 650 casos registrados bajo el Convenio y el Método Complementario, en su mayoría referentes a disputas en materia de energía y construcción.⁹⁹

f) Asistencia judicial al arbitraje

Tal como se observa en el artículo 5 de la Ley Modelo de UNCITRAL,¹⁰⁰ el arbitraje se basa, en gran medida, en el principio de no-intervención de los tribunales locales en el proceso. Sin embargo, considerando que los tribunales arbitrales no tienen facultades de coerción para obligar a cumplir sus resoluciones (*ius imperii*), la asistencia de los tribunales locales —especialmente de la sede del arbitraje— en los procedimientos arbitrales es de suma importancia.

La doctrina explica que, a pesar de que los tribunales arbitrales tienen la posibilidad de hacer deducciones negativas en contra de la parte que rehúse cumplir alguna de sus órdenes (e.g. la exhibición de algún documento), no tienen el poder de obligar a la parte a cumplir con la acción o abstención ordenada. Así,

⁹⁹ International Centre For Settlement of Investment Disputes, “The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2018-1)”, 2018.

¹⁰⁰ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993, Artículo 5: “[e]n los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.”

una parte puede solicitar, por ejemplo, una medida cautelar a algún tribunal local e, incluso, la ejecución forzosa de un laudo.¹⁰¹

Adicionalmente a la función de asistencia que prestan los tribunales locales, estos desempeñan también una función de “vigilancia”, pues, como se explicó al abordar la Teoría Jurisdiccionalista sobre la naturaleza del arbitraje, a pesar de que el arbitraje es un método privado de resolución de conflictos, el Estado, al delegar las facultades de someter ciertas disputas a arbitraje y de resolver las mismas, a los particulares y árbitros, respectivamente, se reserva el derecho de verificar que las condiciones establecidas para tal delegación se encuentren satisfechas, por ejemplo, al existir un acuerdo de arbitraje válido, que el laudo haya sido dictado en un proceso que cumple con los estándares mínimos de justicia reconocidos en ese país, etc.¹⁰² Esto guarda coherencia con la limitación sobre la revisión del laudo que tienen los tribunales locales cuando este es combatido por una de las partes, por ejemplo, mediante el recurso de nulidad: los tribunales locales no pueden revisar la decisión de los árbitros respecto del fondo de la disputa; su revisión se limita a aspectos procedimentales o de jurisdicción (debido proceso, imposibilidad de arbitrar la materia de la disputa, por ejemplo).

Algunas de las áreas en que los tribunales locales prestan asistencia al y/o vigilancia del procedimiento arbitral son las siguientes:

- a) Orden de no-demandar (*anti-suit injunction*): las *anti-suit injunctions* son resoluciones de un tribunal local dirigidas a una de las partes, que i)

¹⁰¹ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, pp. 84-85.

¹⁰² Traducción hecha por la autora; ver texto original en Belohlavek, Alexander, *op. cit.*, p. 21.

ordena no iniciar un proceso judicial en alguna otra jurisdicción; o ii) no continuar con un proceso judicial que ya ha sido iniciado. La razón principal para que una parte busque estas órdenes, es que los mismos reclamos ya son el objeto de procedimientos judiciales o arbitrales que se desahogan en ese momento.¹⁰³

- b) Remisión al arbitraje: los tribunales locales tienen la obligación de hacer cumplir los acuerdos arbitrales válidos y, en consecuencia, si una de las partes ha iniciado un procedimiento judicial, el juez tiene el deber de remitir a las partes al arbitraje —a petición de una de ellas— de conformidad con el Artículo II (3) de la Convención de Nueva York.¹⁰⁴ En México, tal obligación se encuentra establecida en los Artículos 1424, 1432 y 1464 del Código de Comercio.¹⁰⁵

¹⁰³ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 92.

¹⁰⁴ *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, Artículo II (3): “[e]l tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

¹⁰⁵ *Código de Comercio*, Artículo 1424, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[e]l juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible...”; Artículo 1432: “[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada con posterioridad si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá

- c) Emisión de medidas cautelares:¹⁰⁶ estas pueden ser solicitadas por las partes a un tribunal local, con el fin de preservar el objeto de la disputa y que, al emitir el laudo final, las pretensiones de la parte que demanda todavía puedan ser cumplidas; o bien, para preservar evidencia esencial en la resolución del caso. Algunos tipos de medidas cautelares son: ordenes que prohíben a una parte vender activos objeto de la disputa; ordenes de preservar evidencia, etc. Por otro lado, si las medidas cautelares fueron concedidas por el tribunal arbitral, las cortes locales pueden ordenar su cumplimiento.¹⁰⁷ Esta facultad de asistencia está prevista en los artículos 1425 y 1478 del Código de Comercio.¹⁰⁸
- d) Reconocimiento y ejecución del laudo: a falta de cumplimiento voluntario del laudo de la parte que fue condenada; la contraparte puede solicitar la ejecución forzosa del mismo ante los tribunales nacionales, ya sea en el Estado de la nacionalidad de la parte condenada, o en cualquier otro donde esta tenga activos. Sin embargo, la solicitud puede ser rechazada

solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo...”

¹⁰⁶ La *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993, define a estas como: “toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.”

¹⁰⁷ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, pp.100-106.

¹⁰⁸ *Código de Comercio*, Artículo 1425, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1425.- Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales. [...] Artículo 1478.- El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.”

bajo causales específicas. Dicha facultad está prevista en el Artículo 1461 a 1463 del Código de Comercio.¹⁰⁹

- e) Nombramientos y requisitos para ser árbitro: con independencia de los requisitos que deben cumplir las personas designadas como árbitros establecidos por las partes, diversos ordenamientos en materia de arbitraje —nacionales e internacionales—, tal como son la Ley Modelo de UNCITRAL,¹¹⁰ el Reglamento de Arbitraje de la ICC¹¹¹ y el Convenio

¹⁰⁹ *Código de Comercio*, Artículo 1461 y 1462, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1461.- Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial. Artículo 1462.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando: I.- La parte contra la cual de invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución 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 hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, 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, sin las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que, o conforme a cuyo derecho, hubiere sido dictado ese laudo; o II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público. Artículo 1463.- Si solicitó a un juez del país en que, o conforme a su derecho, fue dictado el laudo, su nulidad o suspensión, el juez al que se solicita el reconocimiento o la ejecución de laudo podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías suficientes.”

¹¹⁰ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993, Artículo 12 (2): “Motivos de recusación. [...] 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

¹¹¹ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*”, Artículo 18, vigente a partir del 1° de marzo de 2017, Artículo 11: “1 Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje...”

CIADI, establecen estándares mínimos a cumplir por aquellas personas designadas como árbitros, que son, principalmente, ser independientes e imparciales.

- f) Anulación de laudos: De la lectura integral de los Artículos V(1)(e) y VI de la Convención de Nueva York,¹¹² se desprende que los tribunales locales del país sede del arbitraje son los competentes para conocer de solicitudes de nulidad de un laudo arbitral, con base en causales específicas. Los Artículos 1457 a 1459 del Código de Comercio también contemplan esta facultad.
- g) Decidir sobre la jurisdicción de los árbitros: esta intervención de los tribunales nacionales atiende al deber de vigilancia que conservan los Estados respecto de los laudos emitidos por los árbitros y consiste en la determinación final que hacen los tribunales locales, a petición de una de las partes, sobre la jurisdicción de los árbitros respecto de la disputa en cuestión, incluso después de que estos hayan analizado la misma y emitido una decisión al respecto. Dicha intervención puede ser solicitada desde que el tribunal emite su determinación, ya sea como una decisión parcial o como decisión que forma parte del laudo final. Esta facultad de

¹¹² *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, Artículo V: “V. 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: [...] e) Que la sentencia no es aún 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. [...] Artículo VI Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera precedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.”

los tribunales locales se encuentra prevista en el artículo 1432 del Código de Comercio.¹¹³

Ahora bien, tras haber estudiado qué es el arbitraje, los componentes esenciales del mismo y algunas de sus particularidades, pasaremos a analizar *in extenso*, los siguientes temas: el acuerdo arbitral (II), el procedimiento arbitral (III) y la nulidad del laudo (IV)

II. El acuerdo arbitral

1. Función y definición del acuerdo arbitral

*“Arbitration is private justice born out of the parties’ will.”*¹¹⁴

El acuerdo arbitral, tal como se explicó en el Capítulo I, es la manifestación del consentimiento de las partes para arbitrar las disputas, actuales o futuras, que puedan surgir entre ellas con motivo de una determinada relación jurídica, contractual o no. Así, por un lado, el acuerdo arbitral representa una renuncia al derecho de las partes para que sus conflictos sean resueltos por los tribunales judiciales competentes de los diferentes Estados; y, por otro, supone la creación de ciertos derechos y obligaciones entre las partes: de arbitrar determinada disputa; de establecer las reglas conforme a las cuales se conducirá el proceso, el

¹¹³ *Código de Comercio*, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión, Artículo 1432: “[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. [...] El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo anterior, desde luego o en el laudo sobre el fondo del asunto. Si antes de emitir laudo sobre el fondo, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes dentro de los treinta días siguientes a aquél en que se le notifique esta decisión, podrá solicitar al juez resuelva en definitiva; resolución que será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo.”

¹¹⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *The Arbitration Agreement*, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 2005, p. 1.

lenguaje, la sede y el número de árbitros, entre otros; de cumplir (voluntaria o forzosamente) con el laudo dictado por los árbitros, etc.

En este sentido y considerando que la jurisdicción de los árbitros para resolver las disputas nace y se delimita por el acuerdo arbitral —así como por la facultad concedida por el Estado para hacerlo—, la principal función de este es, precisamente, dotar de jurisdicción al árbitro y establecer el alcance y materia de la misma.

El acuerdo arbitral, como término genérico, a su vez, se divide en: Cláusula Compromisoria o Arbitral, y Compromiso Independiente. Las diferencias entre estos se abordarán en el numeral siguiente.

2. Formas del acuerdo arbitral: Cláusula Arbitral y Compromiso Independiente

Antes de iniciar con el análisis, debemos aclarar que tanto la Cláusula Arbitral como el Compromiso Independiente implican el consentimiento de las partes al arbitraje. La diferencia radica en el tiempo en que este acuerdo entre ellas se lleva a cabo.

La Cláusula Arbitral, como su nombre lo indica, es una disposición contractual por medio de la cual las partes acuerdan someter a arbitraje las disputas que *puedan surgir* en relación con un contrato determinado. Es decir, el acuerdo para arbitrar se da de manera previa a la existencia la disputa en cuestión.

Por el contrario, el Compromiso Independiente supone el consentimiento otorgado por las partes para arbitrar una *determinada* disputa, con posterioridad al surgimiento de esta.¹¹⁵ Dado que el Compromiso Independiente se realiza una vez que se conoce la disputa a arbitrar, es común que dicho compromiso se realice en un documento diferente al contrato original, en el cual se describe detalladamente la disputa que se pretende arbitrar. El acuerdo arbitral en forma de Compromiso Independiente es menos común que la Cláusula Arbitral, pues, una vez que la disputa se origina, es difícil que las partes acuerden algo —lo que sea—, incluso la forma de resolver la misma si es que no hay ninguna disposición contractual en este sentido.¹¹⁶

En algunas jurisdicciones, la firma de un Compromiso Independiente es necesaria aun cuando existe una Cláusula Arbitral; este requisito generalmente tiene como objetivo la descripción y delimitación detallada de las disputas a resolver.¹¹⁷

Sin importar si el acuerdo arbitral fue en forma de Cláusula Arbitral o de Compromiso Independiente, se debe tener presente que dicho acuerdo tiene la función esencial de “crear un marco para el sistema privado de resolución de conflictos de las partes, fuera de la jurisdicción de los tribunales locales”, por lo que, para asegurar el buen funcionamiento de dicho sistema, el acuerdo arbitral

¹¹⁵ En terminología anglosajona, el compromiso independiente se conoce como *Submission Agreement*.

¹¹⁶ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, pp. 33-34; ver también L. Moses, Margaret, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *op. cit.*, p. 3.

debe ser redactado con sumo cuidado, pues, de lo contrario, las partes corren el riesgo de que el mismo sea considerado “patológico”.¹¹⁸

Hay casos en los que cláusulas arbitrales tan simples como “*English law-arbitration, in any, London according to ICC Rules*” o “*arbitration-Hamburg, Germany*”, han sido consideradas como válidas y han sido respetadas por tribunales nacionales.¹¹⁹ Sin embargo, el riesgo de que este tipo de cláusulas sean atacadas por la parte que se resiste al arbitraje es alto, pues esta última puede alegar la ambigüedad de la misma y, en consecuencia, la imposibilidad de ejecutarla.

Bajo estas consideraciones, en la práctica, el acuerdo arbitral contiene — generalmente— una serie de elementos cruciales que aseguran la validez y ejecución del mismo, como son: el acuerdo para arbitrar las disputas; la determinación de las disputas a arbitrar, es decir, el alcance de la jurisdicción de los árbitros; la nominación de alguna institución administradora del arbitraje y la aplicación de su reglamento de arbitraje; la sede del arbitraje; la ley aplicable; y el número y la forma de designar a los árbitros, así como cualquier requisito que estos deban cumplir para poder fungir como tal.¹²⁰

¹¹⁸ L. Moses, Margaret, *op. cit.*, p. 39; la autora abordará el tema de los Acuerdos Arbitrales Patológicos en el apartado 3 infra.

¹¹⁹ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 34, nota al pie 106, refiriéndose a Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, pp. 225-226, notas al pie 5 y 6, refiriéndose a los siguientes casos: *Arab African Energy Corp. Ltd v. Olieprodukten Nederland BV* [1983] 2 Lloyd’s Rep. 419 (QB) (English High Ct.) y *Germany No. 73, Buyer (Poland) v. Seller (Poland)*, Hanseatisches Oberlandesgericht [Court of Appeal], Hamburg, 11 Sch 06/01, 24 January 2003.

¹²⁰ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 34.

A continuación procedemos a analizar dichos elementos, con el fin de resaltar la importancia que tienen estos —a veces no a primera vista— al momento de ejecutar el acuerdo arbitral.

3. Elementos del acuerdo arbitral

a) Consentimiento para arbitrar la disputa

En principio, dicho requisito pareciera ser —por decir lo menos— obvio, sin embargo, la doctrina y la práctica han reconocido la importancia de que en el acuerdo arbitral se establezca expresamente la intención de las partes de referir una disputa a arbitraje, como el medio para la resolución, de manera obligatoria, definitiva y vinculante, de una determinada disputa.

La autora resalta que, al referirse expresamente al “arbitraje” y no a “medio alternativo de solución de controversias” como medio de resolución de disputas escogido por las partes, estas están excluyendo otras formas alternativas de resolución de controversias como la conciliación, la mediación o la determinación de experto, que no son consideradas sinónimo de arbitraje en la mayoría de los tratados internacionales o legislaciones nacionales y que, por lo tanto, no estarían amparadas por las disposiciones contenidas en estos en pro de la ejecución de acuerdos arbitrales. Además, al realizar la referencia al arbitraje de manera expresa, no hay duda para quien deba de ejecutar un acuerdo arbitral, que la intención de las partes es clara al recurrir al arbitraje.¹²¹

¹²¹ Born Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 35.

Por otro lado, se recomienda también evitar el uso de lenguaje permisivo, tal como “las partes *podrán* someter la disputa a arbitraje”, pues esta disposición podría ser interpretada como la necesidad de contar con la aprobación, posterior al nacimiento de la disputa, de ambas partes para que la misma sea resuelta en arbitraje.

Con el propósito de disminuir los riesgos de tener un acuerdo arbitral defectuoso e imposible de ejecutar, las instituciones administradoras ofrecen a quienes quieran resolver sus disputas conforme a sus reglamentos de arbitraje, un modelo de Cláusula Arbitral que ha pasado el test de *exigibilidad*. Por ejemplo, la CCI propone el siguiente texto.

“Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste *serán resueltas definitivamente* de acuerdo con el *Reglamento de Arbitraje* de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”¹²²

b) El alcance del acuerdo arbitral

Ahora bien, un elemento indisoluble del acuerdo para arbitrar una disputa es el alcance de este, es decir, qué disputas se van a arbitrar, *i.e.* si el acuerdo arbitral engloba i) todas las disputas originarias de un determinado contrato o se refiere sólo a algunas; ii) si reclamaciones extracontractuales que deriven del contrato

¹²² CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO, “Cláusula Arbitral modelo de la CCI”, www.iccwbo.org

serán arbitrales o no; iii) si los reclamos cuyo origen son contratos relacionados son arbitrables conforme a dicho acuerdo; etc.

En la práctica, lo más común es que las partes redacten el acuerdo arbitral de forma amplia, para que comprenda todas las disputas posibles relacionadas con ese contrato y así evitar el costo de tener procedimientos paralelos íntimamente relacionados, que, primero, aumentan el costo de resolver una disputa para las partes y, segundo, originan el riesgo de tener resoluciones contradictorias.¹²³ Así, las cláusulas modelo generalmente están redactadas de la siguiente manera: “...cualquier disputa que surja de o esté relacionada con este contrato, incluyendo cualquier pregunta sobre su existencia, validez o terminación....”¹²⁴

La importancia de delimitar claramente el alcance del acuerdo arbitral radica en que dicho *alcance* incide directamente en la jurisdicción del tribunal arbitral, lo que, eventualmente, podría ocasionar la nulidad del laudo, si el tribunal resolvió cuestiones que no estaban dentro de la jurisdicción concedida a este por las partes.

Es por ello que la doctrina resalta la necesidad de redactar cada acuerdo arbitral, ya sea en forma de cláusula o de compromiso, considerando la naturaleza y particularidades de cada caso, es decir, considerando: i) la probabilidad de que determinado tipo de disputas se originen; ii) la naturaleza y necesidades de las partes involucradas; iii) la legislación aplicable, etc., por lo que dejar la cláusula de resolución de disputas —en este caso de arbitraje— como uno de los últimos

¹²³ Born Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, pp. 35-36.

¹²⁴ Welser Irene, Molitoris Susanne, *The Scope of Arbitration Clauses or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract”*, *Austrian Yearbook of International Arbitration*, 2012, p. 18.

aspectos a acordar entre las partes y poner menor cuidado por considerarlo un tema “fácil” de acordar,¹²⁵ o bien, “copiar y pegar” cláusulas arbitrales de un contrato a otro, sin mayores distinciones, puede ocasionar problemas para la parte que desee ejecutar la misma, pues generalmente resultan en disputas respecto al alcance de dicho acuerdo.¹²⁶

En caso de que exista desacuerdo entre las partes sobre el alcance del acuerdo arbitral, la doctrina reconoce que las convenciones internacionales en la materia (por ejemplo, la Convención de Nueva York) no contienen disposiciones sobre las reglas de interpretación de dicho acuerdo. Sin embargo, explica que, al momento de interpretar los acuerdos arbitrales para determinar su alcance, los tribunales nacionales han recurrido al enfoque “pro-arbitraje” consagrado en la Convención de Nueva York y, en consecuencia, han concluido que existe la presunción de que un acuerdo arbitral internacional incluye todas las disputas entre las partes, para que estas sean resueltas mediante un único procedimiento: el arbitraje.¹²⁷

c) institución administradora y Reglamento de Arbitraje

Como se mencionó con anterioridad, el uso del Arbitraje Institucional es, en principio,¹²⁸ ideal, pues la institución administradora y su respectivo reglamento de arbitraje regulan todas las cuestiones procedimentales que surgen durante el arbitraje, velando por el manejo eficiente del mismo y quitando la carga a las

¹²⁵ Este tipo de cláusulas, redactadas sin cuidado y sin consideración de las necesidades del contrato en específico, son conocidas, de manera irónica, como “cláusulas de media noche”.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 17.

¹²⁷ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, pp. 1318-1319; ver también Welser Irene, Molitoris Susanne, *op. cit.*, p. 19.

¹²⁸ Sólo cuando los procedimientos involucran partes altamente sofisticadas en el arbitraje, es que estas pueden aventurarse a resolver sus disputas mediante Arbitraje Ad Hoc.

partes o al propio tribunal arbitral de tener que lidiar con cuestiones meramente administrativas, como son: solicitar y resguardar los depósitos de los pagos realizados por las partes; coordinar la recepción y el envío de comunicaciones; etc.

Así, cuando las partes designan a una institución administradora y acuerdan que su reglamento de arbitraje sea aplicable a la controversia de mérito, se recomienda que adopten como base de su acuerdo arbitral, la cláusula modelo propuesta por la institución, a la cual podrán añadir, por ejemplo, la mención del lenguaje del arbitraje, el número y la forma de designar a los árbitros, la sede del arbitraje, etc.

d) Sede del arbitraje

La doctrina reconoce a la sede del arbitraje como uno de los elementos vitales de todo acuerdo arbitral. Gary Born define la sede del arbitraje como “el Estado donde el arbitraje tiene formalmente su ubicación, y donde el laudo arbitral se entiende formalmente emitido”.¹²⁹

La importancia de que las partes establezcan la sede del arbitraje en el acuerdo arbitral radica en el hecho de que se derivan consecuencias prácticas y legales de dicha elección, que hacen a la sede arbitral uno de los aspectos más relevantes al momento de acordar arbitrar cierta disputa.¹³⁰

¹²⁹ Traducción realizada por la autora; ver texto original en Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 37: “[t]his is the state where the arbitration has its formal legal or juridical seat, and where the arbitral award will formally be made.”

¹³⁰ *Ídem*.

Elegir determinado Estado como la sede arbitral implica también elegir la legislación nacional de dicho Estado aplicable al arbitraje, nacional o internacional, que rige no sólo la parte procedimental de este (por ejemplo, cuando hay normas de observancia obligatoria, como en México, donde la rescisión administrativa no es arbitrable), sino también la relación entre el procedimiento arbitral y los tribunales nacionales.¹³¹

e) Ley Aplicable al acuerdo arbitral

Generalmente, en los acuerdos arbitrales “estándar” (como son, por ejemplo, las cláusulas modelo de instituciones administradoras), raramente se establece cual es la ley aplicable al acuerdo arbitral, pero, considerando que las disputas entre las partes sobre las disposiciones hechas en dicho acuerdo son más comunes de lo que se quisiera, muchos problemas pueden surgir si se omite este importante elemento, que pueden ir desde la interpretación y el alcance hasta la validez del acuerdo arbitral.

Dichos desacuerdos entre las partes pueden surgir en etapas diversas, por ejemplo: i) cuando una de ellas inicia procedimientos ante un tribunal local y la contraparte pide a este último la remisión al arbitraje en vista de la existencia de un acuerdo arbitral que estima válido; ii) cuando se solicita el reconocimiento y

¹³¹ Para una explicación más detallada de las cuestiones reguladas por la *lex arbitri*, ver Capítulo I. Conceptos Generales del Arbitraje, Inciso C). Descripción del Marco Regulatorio del Arbitraje supra; ver también Warren Laura, “The Seat of Arbitration-Why is it so important”, *Clyde & Co Online Publication*, 2011, consultada por última vez el 21 de agosto de 2018.

ejecución de una medida cautelar en apoyo a un procedimiento arbitral;¹³² y iii) cuando se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.¹³³

Al respecto, cabe señalar que la ley que gobernará al acuerdo arbitral no necesariamente debe ser la ley que gobierna el fondo del contrato, pues dicho acuerdo, incluso cuando sea parte del contrato en forma de Cláusula Arbitral, se considera un “acuerdo en sí mismo”, independiente del contrato principal.¹³⁴ Así, en un mismo procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podría enfrentarse a la tarea de tener que aplicar diferentes leyes para cuestiones específicas, por ejemplo: i) la ley que gobierna el fondo del contrato; ii) la ley que gobierna el procedimiento en la sede del arbitraje, *i.e. lex arbitri*; iii) la ley que gobierna el acuerdo arbitral; y, eventualmente, iv) la ley que gobierna el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo.¹³⁵

Ahora bien, a la luz de la Convención de Nueva York¹³⁶ y del Código de Comercio,¹³⁷ la determinación de la ley aplicable al acuerdo arbitral se hace,

¹³² El Artículo 1480 del Código de Comercio establece las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de una medida cautelar, entre las cuales están los mismos supuestos para negar el reconocimiento de un laudo, que incluyen la invalidez del acuerdo arbitral.

¹³³ Julian D. M. Lew , Loukas A. Mistelis , et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, pp. 109-110.

¹³⁴ Esta característica de los Acuerdos Arbitrales se conoce como el Principio de Separabilidad o Independencia, del cual se ocupará la autora en el numeral 4 siguiente.

¹³⁵ Petit Sherina, Edge Marion, “The governing law of the arbitration agreement Q&A”, *Norton Rose Fulbright, International Arbitration Report*, Issue 2, 2014, p. 17.

¹³⁶ *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, Artículo V(1(a): “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 les 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia...”

¹³⁷ *Código de Comercio*, Artículo 1457(I)(a), D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[l]os 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

primero, con referencia al acuerdo de las partes y sólo a falta de este, dicho acuerdo debe regirse por la ley de la sede del arbitraje.

Otra forma de resolver la determinación de la ley aplicable al acuerdo es la utilizada por los tribunales ingleses: “la ley aplicable al acuerdo arbitral debe ser determinada mediante una investigación de tres etapas sobre: i) la opción explícita; ii) la opción implícita; y iii) la opción que tenga una conexión más cercana y real con el caso.”¹³⁸ Estos criterios fueron establecidos en *Sulámerica v Enesa*.¹³⁹

En este caso, la disputa se originó a partir de una serie de contratos de seguro sobre una planta hidroeléctrica situada en Brasil. Debido a discrepancias entre las partes sobre si el arbitraje era procedente a la luz de un acuerdo arbitral válido, el juez tuvo que determinar la ley aplicable a dicho acuerdo.¹⁴⁰

Al hacerlo, el juez siguió el procedimiento arriba mencionado: primero, se cercioró de que no hubiera acuerdo de las partes en este sentido; y, en consecuencia, analizó si la ley aplicable a la Cláusula Arbitral podría deducirse (opción implícita). Los hechos del caso eran los siguientes: las pólizas de seguro contenían una cláusula que establecía que la ley brasileña regulaba a las mismas, de manera

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.”

¹³⁸ Petit Sherina, Edge Marion, *op. cit.* p. 17: “[f]ollowing the English common law rules around the determination of governing law generally, the governing law of an arbitration agreement is to be determined by undertaking a three-stage enquiry into express choice; implied choice; and closest and most real connection.”

¹³⁹ *Sulamerica CIA Nacional de Seguros SA and others v Enesa Engenharia SA and others* [2012] EWCA Civ 638.

¹⁴⁰ Petit Sherina, Edge Marion, *op. cit.*, p. 18; todas las referencias posteriores a este caso fueron traducidas por la autora.

exclusiva; pero, además, contenían una cláusula de arbitraje con sede en Londres.¹⁴¹

Al respecto, el juez explicó que la elección de la ley que gobierna el fondo del asunto es un factor importante a considerar cuando no hay una opción expresa que regule el acuerdo arbitral, si no hay otros factores —como los términos empleados en la redacción del acuerdo de arbitraje o las consecuencias respecto de su efectividad al escoger una u otra ley que indiquen lo contrario—, que, en su opinión, sí existieron en el caso de mérito.¹⁴²

Sobre los mismos, el juez expuso que, a pesar de existir factores que apuntaban a la ley brasileña, existían también otros dos, muy importantes, que apuntaban en otra dirección. El primero de ellos fue la elección de Londres como sede del arbitraje, lo cual implicaba la aceptación de las partes de que la ley de ese país gobernara y supervisara el procedimiento arbitral y, en consecuencia, se podía presumir que las partes también habían consentido que dicha ley regulara todo lo concerniente a la Cláusula Arbitral, incluyendo la validez de la misma.¹⁴³

Como segundo factor, el juez se refirió a las consecuencias que se desprendían de escoger la ley brasileña como ley aplicable a la Cláusula Arbitral: que dicha cláusula no podía ser ejecutable sin el consentimiento de las dos partes, lo que atentaba directamente en contra de la efectividad de la Cláusula Arbitral. En su opinión, no había nada que indicara que las partes habían pretendido esto, por lo que la ley brasileña no podía ser considerada como una “opción implícita”, por lo

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Idem.*

que última pregunta que quedaba por resolver era qué opción tenía la conexión más cercana y sustancial con el caso.¹⁴⁴

Sobre este particular, el juez determinó que si bien Londres como sede del arbitraje no tenía una conexión cercana con el sistema legal que gobernaba el fondo de la disputa (*i.e.* el derecho brasileño), sí la tenía con las reglas aplicables al procedimiento arbitral, conforme a las cuales se iba a conducir el mismo y que ejercerían la facultad de “supervisión” de dicho procedimiento, por lo que resolvió que la ley inglesa debía gobernar la Cláusula Arbitral.

Otra forma de aproximarse a este problema en caso de que las partes no hayan pactado la ley aplicable al acuerdo arbitral se encuentra en el artículo VI del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961, el cual establece que es “necesario distinguir entre los varios aspectos de su existencia y validez”:¹⁴⁵

“[a]l 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, y en lo concerniente a la restantes materias, decidirán: a) según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral; b) no

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ Traducción realizada por la autora, ver texto original en Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis , et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, p. 109: “[i]n considering the law applicable to the arbitration agreement it is necessary to distinguish between the various aspects of its existence and validity.”

existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo; c) careciendo de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal concededor del asunto.”¹⁴⁶

Adicionalmente, la doctrina señala que la Convención de Nueva York —y también el Código de Comercio—¹⁴⁷ establece, en su artículo V(1)(a) una doble regla para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral: i) la voluntad de las partes; y ii) el derecho de la sede del procedimiento arbitral:

“Artículo V

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)

¹⁴⁶ “*Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961, Artículo VI.

¹⁴⁷ *Código de Comercio*, Artículo 1462 D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión, contiene una disposición que refleja fielmente el contenido de *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, artículo V(1)(e): “Artículo 1462.- Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando: I.- La parte contra la cual de invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o la ejecución 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 hubiere iniciado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo;...”

Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia;”

[énfasis añadido]

Generalmente es aceptado en la práctica que la determinación de la ley aplicable al acuerdo arbitral se haga conforme a la prelación siguiente:

- a) La ley escogida por las partes aplicable explícitamente al acuerdo arbitral
- b) La ley de la sede del arbitraje
- c) La ley que rige el fondo del asunto

f) Idioma del Arbitraje

La elección del idioma en que se conducirá el procedimiento —desde que se redacta el acuerdo arbitral— es de vital importancia, toda vez que este impactará en diversos aspectos del procedimiento, por ejemplo, en la elección de los árbitros, y, a su vez, se ve influenciado por otros, como el lenguaje en que se encuentren las pruebas o el contrato principal.

A falta de acuerdo entre las partes y cuando se esté frente a un Arbitraje Institucional, las reglas de arbitraje de la institución de mérito —y, en caso de que apliquen, de la legislación nacional—, usualmente conceden al árbitro la facultad

de escoger el idioma del procedimiento, que, generalmente, es el idioma del contrato principal.

Sin embargo, lo ideal es que las partes seleccionen el idioma tomando en consideración las especificaciones y requerimientos del caso concreto (e.g. el idioma de las pruebas o aquel en que rendirán su testimonio los testigos o los expertos legales o técnicos; el idioma del contrato principal, etc.), de lo contrario el costo del procedimiento podría elevarse sustancialmente, en caso de ser necesario hacer traducciones de todos los documentos esenciales o traducciones simultaneas al momento de la audiencia.

g) Número, forma de designar y cualidades de los árbitros

La designación de las personas que habrán de fungir como árbitros, así como las cualidades que estas deben de tener, son algunos de los temas más importantes y esenciales al momento de redactar el acuerdo arbitral.

Por cuanto hace a sus cualidades, dicha especificación en el acuerdo arbitral si bien no es tan común, si es recomendable cuando las partes consideran que la disputa en cuestionen requiere un alto nivel de especialización, por ejemplo, porque versa sobre cuestiones científicas o técnicas cuyo dominio y entendimiento es necesario para poder resolver de manera justa y tomando en consideración todos los hechos del caso concreto.

En cuanto al número y forma de designarlos, en la práctica es común que los acuerdos arbitrales dispongan sobre estas cuestiones de la siguiente manera: 1 o

3 árbitros (dependiendo de la complejidad de la disputa); si es 1 árbitro, las partes generalmente lo nombran de común acuerdo o acuden a una institución administradora para que funcione como autoridad nominadora; si son 3 los árbitros (es decir, si se trata de un tribunal arbitral), lo más común es que cada una de las partes designe a un árbitro, y que entre los dos árbitros designados por las partes, escojan al tercer miembro, que será el presidente del tribunal.

En procedimientos con multiplicidad de partes (arbitraje multipartes), ya sea en forma de litisconsorcio pasivo o activo, el árbitro único es generalmente designado por la institución administradora (Arbitraje Institucional) o bien, tratándose de un tribunal arbitral conformado por tres árbitros en donde cada parte debe designar uno (parte demandada o parte demandante), es necesario que las partes donde existe la pluralidad lleguen a un acuerdo para la designación de un árbitro común.¹⁴⁸

Si las partes omiten pronunciarse sobre el número y la forma de designar a los árbitros, pero han sometido la disputa a una institución administradora, es esta quien, a través de su reglamento de arbitraje, nombra y designa a los mismos. En caso de que dicho reglamento no regule estas cuestiones o bajo cualquier otro supuesto —por ejemplo, que una parte se rehúse a nombrar al árbitro que le corresponde (3) o si las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre la designación del árbitro único—, las reglas nacionales que aplican por default regularan la conformación del tribunal arbitral o la designación del árbitro único.¹⁴⁹

¹⁴⁸ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, pp. 394-395.

¹⁴⁹ Gary B. Born, International Arbitration: Law and Practice, pp. 37-38.

4. El principio de separabilidad del acuerdo arbitral y el principio de Kompetenz—Kompetenz

La autonomía jurídica del acuerdo arbitral con respecto al contrato principal es un principio esencial en el arbitraje, cuyo objetivo es proteger a dichos acuerdos de posibles vicios del contrato subyacente, que podrían ocasionar la invalidez o inexistencia de esta y, por ende, la privarían de los efectos que las partes en principio quisieron conferirles.

Conforme a este principio, el acuerdo arbitral, ya sea en forma de Cláusula o Compromiso, también puede ser gobernado por una legislación distinta a aquella aplicable al contrato principal. Al respecto, González de Cossío explica que dicha independencia es consecuencia natural del principio de autonomía de la voluntad, contenido en el artículo 13 (V) del Código Civil Federal, el cual establece que: “[l]a determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: [...] V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.”¹⁵⁰

Pero ¿cuándo es conveniente aplicar dicho principio y someter al acuerdo arbitral a una ley diferente de aquella que gobierna el fondo del asunto? La doctrina proporciona la siguiente respuesta: cuando la ley que, de no someterse el acuerdo arbitral a otro derecho, gobernaría el acuerdo arbitral, impone formalidades excesivas.

¹⁵⁰ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, p. 314.

Sobre el particular, nos referimos a uno de los casos que, si bien es una decisión judicial, es también de las más ejemplificativas de los problemas que puede ocasionar: i) no determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral desde el momento en que se redacta el mismo; y ii) la forma de determinar la misma cuando las partes fueron omisas. El caso *Sulamérica v Enesa*, referido con anterioridad, en donde las partes disputaban la validez de un acuerdo arbitral a la luz de la legislación brasileña e inglesa.¹⁵¹

En este caso, la parte que se oponía al arbitraje y que defendía la aplicación de la ley brasileña al acuerdo arbitral, alegó que:

“Como la póliza estaba expresamente sometida a la ley brasileña y a la jurisdicción exclusiva de los tribunales brasileños, las partes, la ubicación del riesgo y los hechos en cuestión eran todos brasileños y solo la ley de la sede del arbitraje era inglesa, se [debía concluir] que la ley del acuerdo de arbitraje también era la brasileña. Además, en virtud de la legislación brasileña, solo Enesa podía iniciar el arbitraje en virtud del tipo particular de contrato del que formaba parte el acuerdo de arbitraje (un contrato de adhesión).”¹⁵²

¹⁵¹ *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA and others v Enesa Engenharia SA and others* [2012] EWCA Civ 638.

¹⁵² Traducción realizada por la autora; texto entre corchetes añadido; ver texto original en Hodges Paula, et, al, “The Law of the Arbitration Agreement-Which Law Applies and Why does it matter?”, *Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, 2012: “[s]ince the policy was expressed to be under Brazilian law and exclusive jurisdiction of Brazilian courts, the parties, location of risk and events in question were all Brazilian and only the law of the seat of arbitration was English, it should follow that the law of the arbitration agreement is also Brazilian. Furthermore, under Brazilian law, only Enesa was permitted to commence arbitration under the particular type of contract of which the arbitration agreement formed part (an ‘adhesion contract’).”

Por el contrario, la contraparte sostuvo que “la ley con la que el acuerdo arbitral tiene una conexión más cercana y real era la ley inglesa, porque dicho acuerdo establecía que la sede del arbitraje fuera Londres, Inglaterra.”¹⁵³

Sin embargo, el juez —en una aplicación clara del principio de independencia— sostuvo que la consecuencia directa de escoger la ley brasileña como la aplicable al acuerdo arbitral, implicaba —de acuerdo con lo alegado durante el procedimiento— que las partes sólo podrían referirse al arbitraje si ambas, con independencia de la existencia previa de un acuerdo arbitral, consentían de nuevo dicho procedimiento.¹⁵⁴ En consecuencia, resolvió aplicar la ley inglesa, pues no había nada que indicara que otro derecho se había preferido por las partes.

Otra consecuencia directa de la aplicación del principio de separabilidad del acuerdo arbitral atiende a cuestiones tanto prácticas como jurídicas. Por un lado, si el contrato subyacente se ve afectado por algún vicio que atente contra su validez o existencia, el acuerdo arbitral no se ve afectado por dichos vicios,

¹⁵³ Traducción realizada por la autora; texto entre corchetes añadido; para ver texto original en Hodges Paula, et, al, “The Law of the Arbitration Agreement-Which Law Applies and Why does it matter?”, *Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, 2012: “the law with which the arbitration agreement has its closest and most real connection is that of England because the arbitration clause provides that the seat of the arbitration is to be London, England.”

¹⁵⁴ La autora considera que una posible explicación de tal consecuencia se encuentra en la ley de arbitraje brasileña, Ley 9.307 del 23 de septiembre de 1996, la cual establece en su artículo 7 lo siguiente: “[e]xistiendo una cláusula arbitral y haciendo rebeldía para iniciar el procedimiento del arbitraje, podrá la parte interesada solicitar la citación de la otra parte para comparecer a juicio a fin de firmarse un compromiso, designando el juez audiencia especial para tal fin. [...] Compareciendo las partes a la audiencia, el juez intentará, previamente, una conciliación de la disputa. A falta de conciliación, el juez deberá dirigir a las partes a la celebración, de común acuerdo, de un compromiso arbitral. [traducción realizada por la autora]”; ver texto original en: “Lei Nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996 [...] Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. [...] § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.”

prevaleciendo la voluntad de las partes de resolver sus conflictos mediante arbitraje, pues si dicho acuerdo se considerara inválido o inexistente, se ignoraría la clara voluntad de las partes al pactar arbitraje como forma de resolución de disputas —incluso de aquellas que versan, precisamente, sobre la validez y/o existencia de un contrato—, obligándolas a recurrir a los tribunales judiciales.

Sobre este particular, González de Cossío explica que el principio de separabilidad tiene como consecuencia directa el nacimiento del principio de *Kompetenz—Kompetenz*.¹⁵⁵

Este principio implica que el tribunal arbitral tendrá jurisdicción para resolver sobre su propia jurisdicción y el alcance de esta. Por ejemplo, si la existencia del acuerdo arbitral está en duda cuando una de las partes manifiesta que nunca consintió al arbitraje y que, por lo tanto, el tribunal arbitral no tiene jurisdicción para conocer sobre la disputa, el tribunal arbitral podrá resolver sobre el asunto, y delimitar el alcance de su jurisdicción.

Ambos principios están reconocidos en instrumentos internacionales, como lo es la Ley Modelo de UNCITRAL,¹⁵⁶ y en el artículo 1432 de nuestro Código de Comercio.¹⁵⁷

¹⁵⁵ El origen de este término no es muy claro, sin embargo, se cree que se utilizó por primera vez en 1955, cuando la Corte Federal Suprema Alemana sostuvo que la validez de un Acuerdo Arbitral —en la etapa de ejecución del laudo— no podía ser cuestionada, pues las partes habían celebrado un acuerdo en donde concluyeron someter la disputa sobre la jurisdicción del tribunal arbitral al propio tribunal.

¹⁵⁶ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993, Artículo 16: “[a]rtículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las

a) Existencia y validez del acuerdo arbitral: requisitos de forma y de fondo en el Derecho Mexicano

El acuerdo arbitral se considera igual a cualquier otro acto jurídico, por lo que, al menos a aquellos acuerdos arbitrales que estén gobernados por derecho mexicano, se les aplicarán las reglas de los actos jurídicos del derecho civil mexicano. No obstante, González de Cossío indica sobre este punto en particular, que no debemos ignorar que el acuerdo arbitral, atendiendo a su naturaleza, también está regulado por la Convención de Nueva York y por las disposiciones sobre la materia contenidas en el Código de Comercio, que “en cierta medida traslapa[n], y en otra modifica, el régimen tradicional del acto jurídico en su modalidad de acuerdo arbitral.”¹⁵⁸

Lo anterior implica que, al ser la Convención de Nueva York y el Código de Comercio la ley especial que regula al arbitraje, las disposiciones contenidas en estos ordenamientos gobernarán todo lo referente a este, y sólo en la medida en que sean omisas, entonces se aplicará la ley general o subsidiaria, en este caso, el Código Civil Federal.¹⁵⁹

demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”

¹⁵⁷ *Código de Comercio*, Artículo 1432, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[c]ompetencia del Tribunal Arbitral Artículo 1432.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.”

¹⁵⁸ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, pp.200-201.

¹⁵⁹ *Código de Comercio*, Artículo 2, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “Artículo 2o.- A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal.”

Bajo esta jerarquía normativa, procederemos a analizar los requisitos de existencia y validez del acuerdo arbitral como acto jurídico.

i) Existencia

El Artículo II (1) de la Convención de Nueva York define al acuerdo arbitral como:

“[...] el **acuerdo** por escrito conforme al cual las partes **se obliguen a someter a arbitraje** todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. [énfasis añadido]”

Por su parte, el Artículo 1415 del Código de Comercio define al acuerdo arbitral como:

“...el **acuerdo** por el que las partes **deciden someter a arbitraje** todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual... [énfasis añadido]”

De las anteriores definiciones, se desprende que hay dos elementos esenciales para considerar que un acuerdo arbitral existe: el *acuerdo* de las partes involucradas, y la obligación de *someter* a arbitraje todas o ciertas disputas, es decir, el *consentimiento* de las partes y el *objeto* sobre el cual dicho consentimiento recae.

Esto es congruente con lo establecido en el artículo 1794 del Código Civil Federal, el cual indica que para la existencia de un contrato se requieren dos elementos: i) el consentimiento; y ii) un objeto que pueda ser materia del contrato.

126. Así, el consentimiento en el acuerdo arbitral se refiere a la voluntad de ambas partes de someter “todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”¹⁶⁰ al arbitraje como medio de resolución de disputas.

Por cuanto hace a la forma de otorgar el consentimiento, y antes de entrar al análisis sobre si este puede o no ser otorgado tácitamente, quisiéramos referirnos a la doctrina para realizar una distinción importante: “la determinación de si existe consentimiento es una cuestión de fondo, mientras que la determinación de si el consentimiento fue expresado de conformidad con los requisitos de validez es una cuestión de forma.”¹⁶¹

En este sentido, identificamos que de la lectura del artículo 1423 del Código de Comercio,¹⁶² se puede inferir que el consentimiento a arbitrar puede ser expreso o tácito, no obstante, hay quienes consideran que del texto de los artículos 6 y 7 del

¹⁶⁰ Código de Comercio, Artículo 1415, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión; Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, Artículo II(1)< ver también Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993, Artículo 7 (1).

¹⁶¹ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, p. 205.

¹⁶² *Código de Comercio*, Artículo 1423, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[e]l acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”

Código Civil Federal,¹⁶³ se desprende que el consentimiento sobre un acuerdo arbitral —que se encuentra gobernado por la ley mexicana—, como forma de renuncia a la competencia del fuero local, tiene que ser de forma expresa.¹⁶⁴

Al respecto, sostenemos que, si la ley especial que regula al arbitraje *i.e.* el Código de Comercio (artículo 1423) y la Convención de Nueva York (Artículo II) permiten la aceptación tácita de un acuerdo arbitral, estas disposiciones deben prevalecer.

Bajo la consideración anterior, creemos que el consentimiento puede ser otorgado, expresa o tácitamente, y el acuerdo arbitral será existente si hay, adicionalmente a ese consentimiento, un objeto; una cuestión diferente es si dicho acuerdo arbitral será válido, pues su requisito de forma es que conste por escrito (la forma escrita es un requisito del acuerdo arbitral de conformidad con el Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y con el Artículo 1423 del Código de Comercio).

El Artículo 1423 del Código de Comercio establece que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito, y “consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.”[Énfasis añadido]. Como ejemplo de este último supuesto, se encuentra el caso en el que una de las partes

¹⁶³ *Código Civil Federal*, Artículo 6, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 6o.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero. **Artículo 7o.-** La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.”

¹⁶⁴ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, p. 205.

inicie el arbitraje y la contraparte conteste, sin oponerse a que la disputa de mérito se resuelva en árbitros.

De igual manera, el Artículo II (2) de la Convención de Nueva York reconoce que “por escrito” también incluye compromisos “contenidos en un canje de cartas o telegramas”.¹⁶⁵

Desde nuestro punto de vista, estas hipótesis permiten concluir que la existencia del acuerdo arbitral puede consignarse en un intercambio de escritos (es decir, constar por escrito en cualquiera de los documentos intercambiados, aunque los mismos no estén firmados) en donde una de las partes consienta la existencia del acuerdo arbitral al no negar la misma (consentimiento tácito).

Ahora bien, por lo que hace al objeto de dicho acuerdo, el artículo 1824 del Código Civil Federal define como objeto de los contratos: “I. La cosa que el obligado debe dar; II. La cosa que el obligado debe hacer o no hacer.” En consecuencia, el objeto del acuerdo arbitral es la obligación de arbitrar “todas” o “ciertas” diferencias ya existentes o que puedan surgir sobre una relación jurídica determinada, pues es algo que las partes obligadas *deben hacer* una vez que han concluido en un acuerdo arbitral válido.

¹⁶⁵ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, Artículo II (2): “2. La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

ii) *Validez*

La doctrina reconoce que el artículo II (3) de la Convención de Nueva York establece tres causales de invalidez de un acuerdo arbitral, a saber, que el acuerdo sea: i) nulo (*null and void*); ii) ineficaz (*inoperative*); o iii) de ejecución imposible (*incapable of being performed*). Estas circunstancias siempre son analizadas bajo la ley aplicable al acuerdo arbitral.

El término “nulo” se refiere a circunstancias que vician la validez del acuerdo arbitral desde su origen. Bajo esta causal de invalidez, es común que la parte que se resiste al arbitraje haga valer argumentos como: falta de consentimiento (que vicia la existencia y por lo tanto la validez), falta de capacidad, error, dolo, etc.; sin embargo, la doctrina resalta que, al analizar estos argumentos, el principio de separabilidad del acuerdo arbitral debe de tomarse en cuenta, por lo que muchas veces, aun cuando dicha causa se encuentre fundada en lo referente al contrato subyacente, esto no implica que el acuerdo arbitral se encuentre afectado por los mismos.¹⁶⁶

Por cuanto hace a un acuerdo arbitral “ineficaz”, la doctrina explica que este será aquel que, habiendo nacido válido, deja de tener efectos o no puede producir los mismos. En consecuencia, bajo esta causal, las partes pueden oponer defensas como la terminación o novación del acuerdo, o bien, que no se han agotado requisitos previos y de observancia obligatoria —como negociaciones previas por un lapso determinado de tiempo— antes de acudir al arbitraje; o, que habiendo

¹⁶⁶ Born, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, p. 81; ver también González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, p. 255.

sido pactado un plazo determinado para acudir al arbitraje a partir de la terminación del contrato o del conocimiento de la existencia del problema, dicho plazo haya expirado.¹⁶⁷

Finalmente, la doctrina explica que la invalidez de un acuerdo arbitral por ser de “ejecución imposible” atiende a razones prácticas, debido a las cuales es imposible iniciar un arbitraje; bajo estas razones se encuentran: i) el lenguaje contradictorio, por ejemplo, cuando en el contrato principal hay una Cláusula Arbitral y, al mismo tiempo, otra cláusula otorgando jurisdicción exclusiva a los tribunales de un Estado en particular (*co-equal forum selection clauses*); ii) uso de lenguaje vago, por ejemplo, cuando el arbitraje no se pacta como una obligación sino como una opción para las partes (e.g. “las partes *podrán* referir a arbitraje todas sus disputas” en lugar de “las partes se obligan a someter a arbitraje todas sus disputas”); iii) si el acuerdo arbitral estableció requisitos específicos para que proceda el arbitraje, por ejemplo, que las partes hayan designado al árbitro único desde ese momento y este haya fallecido para cuando el acuerdo arbitral quiera ser ejecutado, siempre y cuando las partes no puedan ponerse de acuerdo sobre la designación de uno nuevo.

Ahora bien, por lo que hace a los requisitos de validez de aquel acuerdo arbitral sometido a la ley mexicana por disposición expresa de las partes o porque nada se indicó al respecto,¹⁶⁸ estos reflejan fielmente el Artículo II (3) de la Convención

¹⁶⁷ *Ídem.*

¹⁶⁸ Código de Comercio, Artículo 1457, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión. Este artículo establece que la validez de un acuerdo arbitral, al ser estudiada como causal de anulación del laudo, debe analizarse bajo la ley que le es aplicable por disposición expresa de las partes o, si nada se dijo al respecto, bajo la ley mexicana: “[a]rtículo 1457.- Los laudos arbitrales sólo podrán

de Nueva York, y están establecidos en el Artículo 1424 del Código de Comercio, el cual ordena lo siguiente.

“Artículo 1424.- El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible... [énfasis añadido]”

Como se indicó anteriormente, un acuerdo arbitral “nulo” es aquel que está viciado de origen por: falta de consentimiento (que vicia la existencia y por lo tanto la validez), falta de capacidad, error, dolo, etc.; así, para poder entender esta causal bajo la óptica del derecho mexicano, es necesario estudiar el artículo 1795 del Código Civil Federal, el cual enuncia los requisitos de validez de todo acto jurídico, a saber: i) capacidad; ii) ausencia de vicios del consentimiento; iii) licitud; y iv) observar la forma requerida por la ley.¹⁶⁹ Dedicaremos especial atención a este último requisito.

- a) Capacidad: es la aptitud para ser titular de derechos y ejercerlos por cuenta propia (de ejercicio). En el caso concreto, la capacidad se analiza al momento en que las partes acuerdan someter a arbitraje una disputa determinada o determinable, pues al hacerlo están haciendo uno

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; [...].”

¹⁶⁹ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, p. 210.

de su derecho a acudir a un medio alternativo de solución de controversias.

- b) Ausencia de vicios del consentimiento: de conformidad con el artículo 1812 del Código Civil Federal, los vicios del consentimiento son error;¹⁷⁰ violencia¹⁷¹ y dolo.¹⁷² Para que el acuerdo arbitral sea válido, las partes tuvieron que haber estado libres de estos vicios al momento de otorgar el consentimiento.
- c) Licitud del objeto: las disputas que pretenden resolverse mediante arbitraje no deben ser contrarias al orden público o a las buenas costumbres.¹⁷³

En lo referente a la *forma*, la doctrina define a la misma como “el conjunto de requisitos que la expresión de la voluntad debe reunir en su manifestación exterior

¹⁷⁰ Código Civil Federal, Artículos 1813 y 1814, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa. Artículo 1814.- El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.”

¹⁷¹ Código Civil Federal, Artículo 1819, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[h]ay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

¹⁷² Código Civil Federal, Artículo 1815, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[s]e entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.”

¹⁷³ Código Civil Federal, Artículo 1830, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[e]s ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

para que el derecho le dé efectos jurídicos”.¹⁷⁴ *E.g.* un contrato de donación que rebase los cinco mil pesos, debe ser otorgado en escritura pública, etc.

Del artículo II de la Convención de Nueva York, identificamos 2 requisitos de forma esenciales para que un acuerdo arbitral sea reconocido como tal.

El primero de ellos es constar por *escrito*; y el segundo, es estar *firmado* por las partes,¹⁷⁵ o bien, contenido en un *intercambio* de documentos o escritos. Como puede apreciarse, un acuerdo arbitral que conste por escrito y que esté firmado por las partes, será reconocido como válido. De igual manera, si dicho acuerdo consta por escrito y no está firmado por las partes, pero está contenido en un intercambio de escritos o documentos, también se reconocerá como válido.

La doctrina explica que la definición proporcionada por la Convención de Nueva York respecto de qué constituye “por escrito”, es considerada como una “regla internacional uniforme”, que prevalece sobre cualquier otra disposición local que regula la forma del acuerdo arbitral.¹⁷⁶ Así, si la legislación nacional de un Estado parte de la Convención de Nueva York impone requisitos adicionales a la forma que debe revestir un acuerdo arbitral para poder reconocer el mismo, por ejemplo, que se encuentre por escrito y firmado por separado del contrato principal, o que

¹⁷⁴ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, p. 223; ver también Código Civil Federal, Artículo 1833, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1833.- Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.”

¹⁷⁵ La doctrina y muchos tribunales a nivel internacional han reconocido que basta la firma del contrato en el cual está incorporada la Cláusula Arbitral para que se cumpla con el requisito de la firma. No es necesario que la Cláusula se firme por separado.

¹⁷⁶ Van den Berg, Albert J., *op. cit.*, p. 7.

se haya otorgado ante notario público, etc., los requisitos establecidos en la Convención deberán prevalecer.

El análisis anterior supone también la siguiente pregunta: ¿puede entonces la legislación nacional imponer menores requisitos de forma para reconocer a un acuerdo arbitral? En nuestra opinión, la respuesta es afirmativa. Como ejemplo de esto, tenemos el caso de Francia, que en el artículo 1507 del Código de Procedimientos Civiles establece que: “[e]l acuerdo de arbitraje no está sujeto a ninguna formalidad.”¹⁷⁷

Sin embargo, la opinión a nivel internacional está dividida, pues hay quienes afirman que esto no es posible, dado que la disposición en la Convención de Nueva York que permite invocar derecho más favorable (Artículo VII),¹⁷⁸ aplica únicamente al reconocimiento y ejecución de los laudos y no así al reconocimiento y ejecución de los acuerdos arbitrales.¹⁷⁹

Por otro lado, hay quien reconoce la facultad de los Estados contratantes para imponer menores requisitos a la forma de los acuerdos arbitrales, a la luz del propio artículo VII de la Convención de Nueva York. Esta también es la posición adoptada por la Recomendación Relativa a la Interpretación del Párrafo 2 del

¹⁷⁷ Code de Procédure Civile Francaise, Artículo 1507, versión consolidada al 29 de enero de 2019: “[l]a convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.” Para saber más sobre los requisitos que deben cumplir los Acuerdos Arbitrales en cada país, ver The In-House Lawyer, « *What are the validity requirements for an arbitration agreement under the laws of your country* », consultado por última vez el 13 de septiembre de 2018.

¹⁷⁸ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, Artículo VII:“1. Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque...”

¹⁷⁹ Ver, por ejemplo, González de Cossío, Francisco, Arbitraje, p. 225-226.

Artículo II y del Párrafo 1 del Artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrajes Extranjeras de 1958, preparada por UNCITRAL en 2006 (“Recomendación 2006”),¹⁸⁰ la cual propone lo siguiente.

“[...] que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención [de Nueva York] se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.”

Ahora bien, con respecto al párrafo 1 del Artículo VII, la Recomendación 2006 propone:

“que [...], se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.”

En consecuencia, la Recomendación 2006 reconoce a los países parte de la Convención de Nueva York, la facultad de establecer requisitos menores en cuanto a la forma del acuerdo arbitral, que, entonces, no contravendría el sentido de dicha convención, pues, recordando, esta tiene un enfoque “pro-arbitraje” y “pro-ejecución”.

¹⁸⁰ Recomendación Relativa a la Interpretación del Párrafo 2 del Artículo II y del Párrafo 1 del Artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrajes Extranjeras de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006.

En México, el artículo 1423 del Código de Comercio, recoge el mismo estándar que aquel propuesto por el artículo II (2) de la Convención de Nueva York, es decir, impone dos requisitos de forma al acuerdo arbitral: i) constar por escrito, y ii) estar firmado por las partes o constar en un intercambio de documentos entre estas.

b) Ejecución del acuerdo arbitral

El artículo II de la Convención de Nueva York establece la obligación de los Estados Parte de *reconocer* un acuerdo arbitral que cumpla con los requisitos de existencia y validez establecidos en la ley que los gobierna.¹⁸¹

El reconocimiento de un acuerdo arbitral implica la remisión de las partes al arbitraje, cuando una de ellas haya iniciado un litigio ante los tribunales judiciales locales, respecto del cual existe un acuerdo arbitral. Como se explicó con anterioridad, la remisión al arbitraje es una de las formas que toma la asistencia judicial al arbitraje.

Esta obligación está contemplada también en nuestra legislación nacional, en el artículo 1424 del Código de Comercio. Del texto de este artículo se desprenden tres supuestos de excepción, frente a los cuales el juez podrá negar la ejecución

¹⁸¹ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971, Artículo II (2) y (3): “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluída en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluído un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

del acuerdo arbitral y por lo tanto la remisión al arbitraje, esto es, cuando se actualice alguna de las causales de invalidez del acuerdo arbitral, a saber, que este sea: nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

Sin embargo, la aplicación por parte de un juez local de estas causales como motivos para denegar la remisión al arbitraje nos llevan a cuestionarnos lo siguiente: ¿cuál es el estándar de revisión al que debe limitarse un juez cuando analiza si un determinado acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible? La doctrina ha identificado que, en la práctica, dos enfoques han sido seguidos por los tribunales locales: una revisión que implique el análisis integral y exhaustivo de todas las circunstancias y hechos que rodean la validez del acuerdo arbitral, o, por el contrario, una revisión *prima facie* de la validez del mismo.¹⁸²

Bajo un análisis *prima facie*, que implica un estándar de revisión menor de estas causales, la doctrina ha sostenido que bastará que el juez observe que hay una “probabilidad razonable” de que la parte que inició el procedimiento judicial haya, en realidad, acordado arbitrar la disputa, ante lo cual ordenará la remisión al arbitraje. El argumento principal en apoyo a este estándar es que, de esta manera, se evita que la parte que resiste el arbitraje inicie tácticas dilatorias que, eventualmente, incrementan los costos y el tiempo necesarios para resolver la disputa.¹⁸³

Como ejemplo de jurisdicciones que aplican el estándar *prima facie*, tenemos el caso de Francia, cuyo ordenamiento en materia de arbitraje establece que los

¹⁸² L. Moses, Margaret, *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, 3a ed., United Kingdom, Cambridge University Press, 2017, p. 93.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 94.

jueces locales sólo analizarán la validez del acuerdo arbitral si la disputa no ha sido llevada todavía ante el tribunal arbitral y que, en consecuencia, deberá remitir al arbitraje a menos que este sea *manifiestamente* nulo o inaplicable.¹⁸⁴

Por el contrario, los defensores de un estándar de revisión completo argumentan que, al imponer un análisis más alto y exhaustivo de las circunstancias referentes a la validez del acuerdo arbitral, se previene la consecución de un procedimiento que resultara en un laudo imposible de ejecutar, cuando el acuerdo arbitral que le dio origen está viciado de invalidez, ocasionando también la pérdida de tiempo y recursos para las partes.

Si bien reconocemos que ambas posturas presentan argumentos convincentes, sin embargo, nos inclinamos por la primera (revisión *prima facie*), pues la remisión al arbitraje bajo este estándar respetará el principio *Kompetenz-Kompetenz*, mediante el cual el tribunal arbitral es el que debe decidir sobre su propia jurisdicción y los alcances de esta, la cual podrá ser revisada definitivamente y bajo un estándar menor por un tribunal local.

¹⁸⁴ *Ídem*; ver también Code de Procédure Civile Française, Artículo 1448, versión consolidada al 29 de enero de 2019: “[c]uando una disputa en virtud de un acuerdo de arbitraje se lleva ante un tribunal del Estado, este último se declarará incompetente a menos que el tribunal arbitral aún no haya sido interpuesto y el acuerdo de arbitraje sea manifiestamente nulo o inaplicable. La jurisdicción del Estado no puede elevar automáticamente su incompetencia. Cualquier estipulación contraria a este artículo se considera no escrita. [traducción hecha por la autora]”, ver texto original en Artículo 1448: “Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.”

III. El Procedimiento Arbitral

En este capítulo, explicaremos de manera somera las etapas de un procedimiento arbitral institucional “estándar”, es decir, presentará a las partes una visión concreta de las fases que —generalmente— conforman el procedimiento arbitral.¹⁸⁵ Para hacerlo, se tomarán como base las Reglas de Arbitraje de la ICC, vigentes a partir del 1ro de marzo de 2017.

1. Inicio del procedimiento: la solicitud de arbitraje y su contestación

Partiendo del supuesto de que existe una Cláusula Arbitral o un Compromiso Independiente que gobierna la resolución de ciertas disputas entre una o más personas (físicas o morales), en caso de existir una controversia que se encuentre —o que se crea se encuentra— dentro del ámbito de aplicación del acuerdo arbitral, la parte interesada deberá presentar una solicitud de arbitraje (“Solicitud de Arbitraje”) ante la institución administradora correspondiente.¹⁸⁶

De conformidad con el Reglamento de Arbitraje ICC, la fecha de recepción de dicha solicitud será considerada como la fecha de inicio del arbitraje, aun cuando el tribunal arbitral no haya sido constituido o, en caso de que el acuerdo arbitral disponga que la disputa deberá ser resuelta por un árbitro único, que este no haya

¹⁸⁵ Con “estándar” la autora se refiere a un procedimiento que sigue el curso normal de cada una de las etapas previstas en el reglamento de una institución determinada, en este caso, de la ICC, sin que ocurran situaciones que: i) siendo posibles e incluso algunas comunes, no son “ideales”; o ii) que siendo “ideales”, no son tan comunes; como ejemplo de i) tenemos: la recusación o muerte de uno o varios árbitros, procedimientos en rebeldía, etc.; como ejemplo de ii) tenemos: la solicitud de medidas cautelares al tribunal, las solicitudes de descubrimiento de evidencia, reconsideración de decisiones preliminares, etc.

¹⁸⁶ En procedimientos administrados por la ICC, las solicitudes de arbitraje sólo pueden ser presentadas en sus oficinas en París, Hong Kong, New York, Sao Paulo, Singapur y Abu Dhabi, con independencia de que la sede del procedimiento puede ser cualquier país y que este puede ser conducido en cualquier idioma.

sido designado.¹⁸⁷ A partir de esa fecha se suspendería el cómputo del plazo para iniciar el procedimiento arbitral —en caso de que exista uno ya sea por acuerdo de las partes o por disposición de la ley—. ¹⁸⁸

Si bien el Reglamento de Arbitraje de la ICC no establece una forma específica para la presentación de la solicitud de mérito, sí prevé una serie de requisitos para el inicio del procedimiento, como son: i) que la Solicitud de Arbitraje sea presentada en tantas copias como haya demandados; ii) que la Solicitud de Arbitraje sea acompañada del pago no reembolsable de USD \$5.000, que se abonará a la cuenta para los gastos del arbitraje en que incurra la demandante.¹⁸⁹

Asimismo, la Solicitud de Arbitraje deberá contener datos esenciales para el inicio del procedimiento, como son:¹⁹⁰

- a) Datos de identificación de cada una de las partes (demandante y demandada), como nombre, dirección, descripción, etc., e información de contacto.
- b) Datos de identificación del representante de la Demandante e información de contacto.
- c) Breve descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a los reclamos y fundamentos base de los mismos.
- d) Indicación de las pretensiones, indicando el monto cuantificado de cualquier demanda o, de no ser posible, una estimación de dicho valor.
- e) El o los Acuerdos Arbitrales en los cuales se basa el procedimiento.

¹⁸⁷ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 4, vigente a partir del 1 de marzo de 2017.

¹⁸⁸ El primero de los supuestos sólo sería válido por cuanto hace al arbitraje institucional; hablando de procedimientos ad hoc, la segunda explicación seguiría siendo válida.

¹⁸⁹ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Apéndice III, Artículo 1, vigente a partir del 1 de marzo de 2017.

¹⁹⁰ *Ibidem*, Artículo 4.

- f) Cualquier indicación sobre el número y forma de selección de los árbitros, así como la *designación del árbitro que corresponda*.
- g) Cualquier indicación sobre la sede y el idioma del arbitraje, así como las normas jurídicas aplicables (al acuerdo arbitral y/o al fondo del asunto).

La demandante *podrá* acompañar a la misma cualquier documento que considere pueda contribuir a la resolución de la disputa. De lo anterior se desprende —y así es entendido en la práctica—, que la demandante no tiene que exponer exhaustivamente los argumentos que considere apoyan su caso, ni se considera necesario anexar todas las pruebas en que base sus reclamos, sino simplemente presentar una “breve descripción” de la naturaleza y circunstancias de la disputa.

Esto tiene sentido considerando que la Solicitud de Arbitraje se presenta invariablemente ante la institución administradora y no así ante el tribunal arbitral, que es el que tiene competencia para dirimir el conflicto.

Una vez recibida la Solicitud de Arbitraje con la información necesaria y el pago requerido, la institución transmitirá la misma, junto con cualquier documento anexo, a la parte demandada, quien tendrá un plazo —en procedimientos ICC este es de 30 días siguientes a la recepción de la Solicitud— para presentar su contestación (“Contestación a la Solicitud”).

La Contestación a la Solicitud deberá contener prácticamente los mismos datos que aquellos requeridos en la Solicitud de la demandante, a saber: i) datos de identificación y contacto de la demandada y de sus representantes; ii) cualesquiera observaciones con relación al número de árbitros y *la designación del árbitro correspondiente*; iii) cualesquiera observaciones o propuestas con

relación a la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables y el idioma del arbitraje; iv) cualquier documento o información que considere pueda contribuir a la resolución eficiente de la controversia; v) presentar la Contestación y sus anexos en tantas copias como sea necesario.¹⁹¹

Adicionalmente, deberá contener: i) los comentarios de la demandada sobre la naturaleza y circunstancias de la controversia y los fundamentos que sirven de base a las demandas; y ii) su posición sobre las pretensiones de la demandante.¹⁹²

A decisión de la parte demandada, esta podrá formular en su Contestación a la Solicitud cualquier demanda reconvenicional en contra de la demandante, que deberá contener los mismos datos que la demanda. Es importante mencionar que la disputa materia de la reconvenición debe encontrarse comprendida en el acuerdo arbitral, de lo contrario el Tribunal podría declararse sin jurisdicción para resolver la misma, lo que no afectaría el procedimiento principal. La demandante tendrá 30 días para contestar la reconvenición.

A pesar de que al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje y de la Contestación a la Solicitud que debiera seguir a la misma, el tribunal arbitral no está constituido o el árbitro único aun no es designado, es importante tener en cuenta que, dado que formalmente el procedimiento se entiende iniciado en la fecha de recepción de la primera, todos los requisitos de legalidad y debido proceso que están establecidos en el reglamento de mérito, deben ser cumplidos

¹⁹¹ *Ibidem*, Artículo 5.

¹⁹² *Ibidem*, Artículo 5.

cuando se notifiquen a las partes los distintos escritos, pues cualquier violación durante esta etapa —incluso si no es ante el tribunal arbitral—, puede poner en riesgo la jurisdicción del tribunal y el carácter ejecutable del laudo.¹⁹³

2. Composición del Tribunal

a) Formas de designar a los árbitros y recusación de los mismos

La forma de designar al o a los árbitros que habrán de dirimir la controversia de mérito dependerá, primero, de si las partes pactaron someter la misma a un árbitro único o a un tribunal arbitral.

Si las partes pactaron la designación de un árbitro único, este es generalmente nombrado por las mismas partes, de común acuerdo; o bien, de conformidad con el procedimiento establecido por estas o es nombrado por la institución designada por las partes para realizar dicho nombramiento.

Por otro lado, si las partes optaron por un tribunal arbitral, generalmente, estos se componen de 3 árbitros (un número impar es indispensable para lograr la toma de decisión por mayoría).¹⁹⁴ Como quedo explicado anteriormente, al presentar su primer escrito (Solicitud o Contestación) en un arbitraje ICC, cada parte debe

¹⁹³ Para más información sobre los posibles problemas de no cumplir con los requisitos de la solicitud de arbitraje, su contestación y la notificación que se haga a las partes de estos escritos, ver Hubuck Nadia, “Validity of notices and request for arbitration: when context and rules are key factors”, *Thomson Reuters, Practical Law, Arbitration Blog*, (2018), consultado por última vez el 12 de octubre de 2018.

¹⁹⁴ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 12(1), vigente a partir del 1 de marzo de 2017: “1 Las controversias serán resueltas por un árbitro único o por tres árbitros.”

designar un árbitro, mientras que el tercer árbitro, que fungirá como presidente, será designado por la Corte de la ICC.¹⁹⁵

Sin embargo, también es común que, bajo otros reglamentos de arbitraje, los dos árbitros designados por las partes designen, de común acuerdo, al árbitro presidente; o bien, que este sea designado de común acuerdo por las propias partes o de conformidad con el procedimiento pactado por estas.

En contra de la designación de un árbitro, ya sea que esta la realice una de las partes o bien la institución administradora, procede la recusación que en su contra haga la contraparte —o, en caso de que sea el presidente, de cualquiera de las partes—. Básicamente, la recusación es la oposición a que la persona designada como árbitro sea confirmada como tal y forme parte del tribunal arbitral, o bien, que esta sea el árbitro único, cuando este es designado directamente por la institución administradora.

Los motivos de la recusación pueden ser diversos, pero todos implican, esencialmente, un conflicto de intereses entre la persona designada y alguna o ambas partes, o entre la persona designada y el objeto de la controversia. La existencia de un conflicto de intereses, a su vez, podría implicar la falta de imparcialidad o independencia del árbitro con respecto a las partes o el objeto de

¹⁹⁵ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 12(5), vigente a partir del 1 de marzo de 2017: “5 Cuando la controversia haya de ser sometida a la decisión de tres árbitros, el tercer árbitro, quien actuará como presidente del tribunal arbitral, será nombrado por la Corte a menos que las partes hayan convenido otro procedimiento para su designación; en tal caso, la designación estará sujeta a confirmación según lo dispuesto en el Artículo 13. Si dicho procedimiento no resulta en una designación dentro de un plazo de 30 días contados desde la confirmación o nombramiento de los coárbitros, o dentro de cualquier otro plazo acordado por las partes o fijado por la Corte, ésta nombrará el tercer árbitro.”

la controversia, requisitos esenciales de los árbitros durante todo procedimiento y hasta el dictado de un laudo final.

Si no hay recusación de ningún árbitro o si esta se considera infundada y se confirma el nombramiento de los árbitros designados por las partes y del árbitro presidente, el tribunal arbitral se tendrá por constituido, y el expediente se remitirá a este. A esta altura del procedimiento, el expediente comprende, por lo menos, la Solicitud de Arbitraje y la Contestación a Solicitud.¹⁹⁶

b) Requisitos de los árbitros: independencia, imparcialidad y neutralidad

Para poder desempeñar el papel de árbitro, hay distintos tipos de requisitos que las personas designadas como tal deben cumplir: aquellos requisitos establecidos expresamente por las partes, y aquellos requisitos establecidos por las propias reglas aplicables al procedimiento, ya sea que estas estén contenidas en un reglamento institucional o en la legislación nacional de la sede del arbitraje. En ambos casos, el cumplimiento de dichos requisitos es esencial tanto para la designación de un árbitro como para su permanencia dentro del tribunal arbitral.¹⁹⁷

Los requisitos establecidos por las partes dependerán del caso concreto y de si estas desean y/o requieren dotar al acuerdo arbitral de un nivel mayor de especificidad en este sentido, por ejemplo, si la disputa de mérito es altamente

¹⁹⁶ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 16, vigente a partir del 1 de marzo de 2017: “[e]ntrega del expediente al tribunal arbitral La Secretaría entregará el expediente al tribunal arbitral tan pronto como éste sea constituido, siempre y cuando haya sido pagada la provisión para gastos requerida por la Secretaría a esta altura del procedimiento.”

¹⁹⁷ López, Matheus, Arberto, Carlos, “La independencia e imparcialidad del árbitro”, *Foro Jurídico 7, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, Perú, p. 67.

técnica y requiere a expertos en determinada área, entonces las partes pueden pactar “que los árbitros designados tengan experiencia comprobable en la materia del arbitraje”. No obstante, es necesario considerar también que un acuerdo arbitral que establece requisitos exhaustivos y demasiado específicos puede, en el peor de los casos, ser considerado como “de ejecución imposible” y, por lo tanto, puede no ser reconocido, obligando a las partes a litigar en alguna jurisdicción local.

Por cuanto hace a los requisitos establecidos por los reglamentos de arbitraje o las leyes nacionales, estos son: independencia, imparcialidad y neutralidad, y son considerados a nivel global como requisitos esenciales de todo árbitro. Estos requisitos se refieren a una *ajenidad* de los árbitros, no sólo con respecto a las partes sino también con respecto al objeto materia de la controversia.

i) Independencia

La independencia de los árbitros es un elemento objetivo, que se refiere a la ajenidad de dicha persona, factual y/o jurídica, en relación con las partes del arbitraje o el objeto de la controversia, es decir, a la ausencia de vínculos — objetivos— que puedan existir entre un árbitro y las partes o el objeto de la controversia.¹⁹⁸

En la práctica, se consideran como circunstancias que afectan la independencia del árbitro: i) la existencia de una relación de subordinación entre el árbitro y una

¹⁹⁸ *Ídem.*

de las partes;¹⁹⁹ ii) la presencia de una relación de negocios entre el árbitro y una de las partes;²⁰⁰ iii) la existencia de una relación de parentesco entre el árbitro y una de las partes;²⁰¹ iv) presencia de una relación entre el árbitro y el consejo de una de las partes.²⁰²

Es decir, la independencia es una situación de hecho, *palpable* y comprobable, que genera un vínculo entre árbitro y parte y/o entre árbitro y objeto de la controversia.

ii) Imparcialidad

Por su parte, la imparcialidad se refiere a un elemento subjetivo que involucra el “espíritu” del árbitro con respecto a las partes o al objeto de la controversia.

En el ámbito arbitral, se ha definido a la imparcialidad como:

“[U]n criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 68: “[p]or ejemplo, la presencia de un contrato de trabajo entre una de las partes y un árbitro importa un atentado a la independencia de éste. Asimismo, el árbitro que es habitualmente designado por una de las partes pierde su independencia si la frecuencia de designaciones le asegura a éste una renta, asimilable a verdaderos vínculos económicos, que hagan temer la existencia de una relación de subordinación entre el árbitro y esta parte...”

²⁰⁰ *Ídem*: “se presenta este supuesto cuando el árbitro preside la sociedad que sirvió de intermediaria en la venta litigiosa que es objeto de la controversia [...] En cambio, no se da este supuesto en los casos de arbitraje institucional o en el que partes y árbitros son todos profesionales de la misma especialidad, pues aquellos mantienen necesariamente relaciones habituales de negocios que, en principio, no ponen en duda su independencia...”

²⁰¹ *Ibidem*, p. 69: “[p]or ejemplo, que una de las partes en el proceso arbitral guarde una relación [...] de consanguinidad con uno de los árbitros. Igualmente, sería el caso en que uno de los árbitros sea conyuge de una de las partes o bien tenga con ésta una relación de parentesco -inclusive más allá de cuarto grado de consanguinidad, segundo grado de afinidad o por adopción.”

²⁰² *Ídem*: “[e]l caso en que uno de los árbitros se encuentra asociado al consejero de una de las partes o mantiene relaciones profesionales con éste que impliquen la existencia de intereses comunes. De igual modo, se presenta este supuesto cuando el árbitro, paralelamente al proceso arbitral, mantenga una actividad remunerada de consejo y asistencia técnica con -o conjuntamente una de las partes del arbitraje...”

preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular”²⁰³

Esencialmente, implica la ausencia de “nociones preconcebidas y circunstancias extrañas a las cuestiones planteadas en el proceso arbitral”²⁰⁴ es decir, es la ausencia de prejuicios —positivos o negativos— a favor o en contra de alguna de las partes o de la materia de la controversia,²⁰⁵ que permite la resolución del asunto en forma “justa”, basando su determinación en consideraciones que sean enteramente objetivas y que encuentren soporte en las pruebas y los argumentos aportados por las partes.²⁰⁶

En consecuencia, existirá duda sobre la imparcialidad del árbitro si este dio una consulta sobre el objeto del litigio o expresó una opinión jurídica sobre el caso, de manera previa a la decisión que habrá de rendir sobre la disputa en cuestión.²⁰⁷ Sin embargo, las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses indican que, por el contrario, no habrá conflicto de intereses si el árbitro ha expresado con anterioridad su opinión legal sobre una cuestión materia del arbitraje, pero donde esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión.

Dado el carácter subjetivo de la imparcialidad, esta es difícil de probar, sin embargo, se consideran como indicios fuertes de su existencia “cuando sin

²⁰³ Latorre Boza, Derik, “Mitos y Quimeras: La Neutralidad en el Arbitraje”, *Derecho y Sociedad No. 26*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, p. 357.

²⁰⁴ Matheus López, Carlos Arberto, *op. cit.*, pp. 67 y 69.

²⁰⁵ *Ídem.*

²⁰⁶ Ver, por ejemplo, Latorre Boza, Derik, *op. cit.*, p. 359, *Derecho y Sociedad No. 26*: “...la imparcialidad implica que el árbitro debe actuar libre de cualquier inclinación subjetiva, en favor de una de las partes o en contra de ellas, lo que los autores de lengua inglesa definen como el actuar libre de presiones, lo que se traduce en resolver el asunto en forma justa.”

²⁰⁷ Ver un criterio divergente en Matheus López, Carlos Arberto, *op. cit.*, p. 69; aunque el listado verde de las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses no lo considere una causa que genera conflicto de intereses.

motivación o con una notoriamente insuficiente, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes sobre una evidencia legal incontrovertible o se considera como acreditado un hecho que no ha sido probado ni siquiera de forma indiciaria.”²⁰⁸

iii) Neutralidad

Finalmente, la neutralidad, al igual que la independencia, es un elemento objetivo, que:

“[n]o se refiere a la existencia o inexistencia de prejuicios para con las partes del que decide sino a la distancia objetiva que existe entre él y cada una de las partes. Si así se entiende la neutralidad, el juez nacional de una de las partes no puede ser neutral: los muchos valores comunes que comparte con esta parte le permiten entender fácilmente sus argumentos y sus posiciones procesales. Hablan el mismo idioma, esta observación no es únicamente una observación de índole lingüística, aunque este aspecto sea muy importante. Más que todo, comparten el mismo idioma cultural.”²⁰⁹

En este sentido, la neutralidad se refiere a la equidistancia cultural que existe entre el árbitro y las partes, por lo que un árbitro de “nacionalidad distinta a la de las

²⁰⁸ *Ídem.*

²⁰⁹ Derains, Yves, “La neutralidad cultural del árbitro internacional”, *Lima Arbitration N. 2-2007*, 2007, p. 14.

partes” no es necesariamente neutral, pues “las diversas nacionalidades son mucho más numerosas que las tradiciones jurídicas.”²¹⁰

Para que el árbitro sea realmente neutral —independientemente de su pertenencia a una tradición jurídica similar a la de una parte—, este debe comportarse con “neutralidad cultural”, requisito cuya observancia implica que el árbitro “debe primero llamar la atención sobre las principales diferencias culturales que oponen a las partes de tradiciones jurídicas diversas en un arbitraje internacional (I) y, después, presentar algunas de las medidas a disposición de los árbitros de las relaciones económicas internacionales para limitar los efectos de estas diferencias (II).”²¹¹

Con respecto a las “diferencias culturales”, la doctrina suele identificar las mismas a partir del agrupamiento de los varios sistemas de derecho en dos grandes familias: el *Civil Law* y el *Common Law*. En este sentido, algunas situaciones — muy comunes en la práctica arbitral internacional— que ejemplifican perfectamente las “diferencias culturales” entre dos sistemas jurídicos de *Civil Law* y *Common Law*, son, por ejemplo, la forma de interpretación de las cláusulas contractuales,²¹² la existencia o no del llamado “*issue preclusión*”,²¹³ o el procedimiento para allegarse y presentar pruebas.²¹⁴

²¹⁰ *Ídem*.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 14-15.

²¹² *Ibidem*, p. 17: “[a]unque la voluntad de las partes es la guía dominante tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*, los métodos de interpretación de los contratos son diferentes en cada uno de los sistemas. En los sistemas de *Common Law*, con varios matices en cada uno de los derechos nacionales que la componen, la voluntad de las partes se supone plasmada en el texto del contrato, dentro de sus *four corners*, según la expresión usual. La interpretación restrictiva del contrato es el principio. La solución es totalmente distinta en la familia del *Civil Law*. Si una cláusula contractual es ambigua, el intérprete puede referirse a elementos extraños al contrato para determinar la voluntad de las partes, como, por ejemplo, su conducta antes y después

Ante esta situación, el árbitro debe estar consciente de las diferencias culturales entre las partes del procedimiento y lograr un enfoque neutral que permita la coexistencia de ambas posturas, sin favorecer o perjudicar injustificadamente a una u otra.

de la firma del contrato. Interpretar un contrato sometido al derecho de un país del Civil Law con los cánones de interpretación del Common Law, o viceversa, sería un error de derecho.”

²¹³ En países de Civil Law, *res judicata* o *claim preclusion* sólo impide que una cuestión, efectivamente decidida por el juzgador, se considere final y vinculante, no sujeta a revisión posterior, mientras que cualquier determinación de hecho o razonamiento que no forme parte de la sección dispositiva de la sentencia, no se considera como *res judicata*, sino como *obiter dicta*. Por el contrario, en países de Common Law, determinaciones de hecho realizadas por el juzgador tienen carácter de una decisión final sobre ese punto de hecho, impidiendo que el mismo sea re-litigado (issue preclusion). Ver, por ejemplo, Montero, Félix, “Res judicata and issue preclusion in international arbitration: an ICC case study”, *The Paris Journal of International Arbitration*, 2016; ver también USLegal: “[i]ssue preclusion is a common law doctrine that prevents a party to a lawsuit from re-litigating an issue once it has been decided in a previous case. In other words, a person or party who seeks to re-litigate any already decided issue is collaterally stopped from doing so. Issue preclusion was formerly known as collateral estoppel. The rationale behind the doctrine is prevention of legal harassment and prevention of abuse of legal resources. Three elements must be satisfied in order to apply the doctrine. I) There must be a prior litigation in which the identical issue was brought before the court. II) The issue must be actually litigated in the first judicial proceeding, and the party against whom collateral estoppel is being asserted had a full and fair opportunity to litigate the issue in the first judicial proceeding. III) The issue must necessarily be decided and rendered as a necessary part of the court’s final judgment.”, consultado por última vez el 30 de diciembre de 2018, disponible en <https://civilprocedure.uslegal.com/judgments/effect-of-judgment/issue-preclusion/>

²¹⁴ En países de Civil Law, es obligación de la parte que afirma probar su caso y presentar todas las pruebas que considere necesarias; en países de Common Law, existe un procedimiento llamado “*Discovery*” mediante el cual una parte puede solicitar al juez ordenar la exhibición de documentos en poder de su contraria, que considere esenciales para la presentación de su caso. Ver, por ejemplo, Derains, Yves, *op. cit.*, p. 22: e) En materia de prueba documental, el procedimiento se inspira sobre todo en la tradición del Civil Law. En general, cada parte debe construir su expediente a la luz de los elementos que conoce y de los documentos que están en su posesión. Sin embargo, un procedimiento de «discovery» limitado puede ser aceptado. Las Reglas de la «International Bar Association on the taking of evidence in International Commercial Arbitration», en su versión revisada de 1999, inspiran a muchos árbitros al respecto, por motivo de la neutralidad de esas reglas entre las tradiciones de Civil Law y de Common Law, aunque evitan de declararlas directamente aplicables para conservar una necesaria flexibilidad. Los árbitros suelen declarar que una petición de documentos será desestimada si no se demuestra que los documentos pedidos son relevantes, significativos y necesarios a la solución del litigio. Si se admite hoy que una parte pueda obtener del árbitro que obligue a la otra parte a producir documentos en su posesión, es con la condición que establezca que dichos documentos son necesarios para probar sus alegaciones. El concepto de «disclosure of documents» tal como se conoce en los países del Common Law, desconoce este tipo de restricciones. Así, la neutralidad procesal de los árbitros de las relaciones económicas internacionales se concretizó en una obligación de presentar documentos a solicitud del adversario mucho más frecuente que en los tribunales judiciales de países de Civil Law, pero sin la extensión que le es reconocida en los países de Common Law.”

*iv) La justificación de la independencia, la imparcialidad y la neutralidad
como cualidades esenciales de todo árbitro*

La razón fundamental para la existencia de tales requisitos es evidente: si hay ausencia de estos, la idea de *justicia* se ve puesta en peligro y, con esto, la credibilidad de cualquier sistema de resolución de conflictos sea gubernamental o privado.

Es por esto que, tanto los reglamentos institucionales de arbitraje como las legislaciones nacionales en materia arbitral, establecen la obligación de las personas designadas como árbitros—incluso antes de que su nombramiento haya sido aprobado, por ejemplo, por la institución administradora en caso de existir recusación por la otra parte—, de revelar, desde el momento de su designación y durante todo el procedimiento arbitral, cualquier circunstancia que, a los ojos de las partes, pueda afectar su deber de independencia o imparcialidad.²¹⁵

Sin embargo, ¿qué circunstancias deben revelarse y cuáles no? ¿cuál es el alcance de este deber? En algunos casos la respuesta es bastante sencilla, por ejemplo, donde el árbitro es “juez y parte”, al ser accionista mayoritario de una de las compañías involucradas, es indudable que tendrá que excusarse de conocer

²¹⁵ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 14, vigente a partir del 1 de marzo de 2017: “[r]ecusación de árbitros. 1 La solicitud de recusación de un árbitro, fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia o en cualquier otro motivo, deberá presentarse ante la Secretaría mediante un escrito en donde se precisen los hechos y las circunstancias en que se funda dicha solicitud...”; ver también el artículo 1428 del Código de Comercio mexicano: “[l]a persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento. Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

por un conflicto de intereses. Sin embargo, en otros casos, la respuesta no parece sencilla: ¿debe un árbitro revelar que el bufete de abogados para el que trabaja ha representado a una de las partes involucradas en casos inconexos con la disputa de mérito, incluso cuando él no ha tenido participación alguna en dicha representación? Si es así, ¿cuántos años deben de haber pasado desde la representación de esa parte? ¿10, 5, 3 años a la fecha? ¿qué pasa si al momento de rendir el laudo el árbitro no tenía conocimiento de esta situación? ¿se considera que ha violado su deber de revelación aun cuando dicha “falta” no pudo haber afectado su deber de imparcialidad e independencia, dado que era desconocida? ¿esto volvería al laudo inejecutable?

Para orientar a los árbitros y a las partes involucradas en el arbitraje sobre las circunstancias que generan —objetivamente hablando— conflicto de intereses o bien que *pueden* generar dudas sobre la imparcialidad o independencia de los árbitros —y, en consecuencia, sobre el deber o no de revelarlas—, la comunidad internacional ha recurrido a las Directrices de la IBA (*International Bar Association*) sobre Conflicto de Intereses, en busca de orientación en cuanto al alcance de su deber de revelar determinadas circunstancias, que consideran pueden impactar de manera negativa su deber de independencia o imparcialidad.²¹⁶

²¹⁶ Por ejemplo, los árbitros siempre deben cumplir con su deber de revelación en los siguientes casos, ver *Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses*, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de Octubre de 2014: “[Listado Rojo Irrenunciable] 1.1 Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es representante legal o empleado de una persona jurídica parte en el arbitraje. 1.2 El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control sobre una de las partes en el arbitraje o sobre una entidad que tiene un interés económico directo en el laudo que se emitirá en el arbitraje. [...] 1.4 El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos.”, mientras que las siguientes situaciones, no implican para el árbitro el deber de revelación: “4.3.1. El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social o caritativo, o a través de redes sociales. 4.3.2. Con anterioridad, el

c) Principios rectores del actuar del Tribunal

Como quedo explicado con anterioridad, los árbitros tienen, desde que son designados y hasta que existe un laudo final —que no puede ser modificado ni corregido por el tribunal arbitral— el deber de “ser y permanecer” independientes, imparciales y neutrales.

Adicionalmente a estos principios —y tal vez como consecuencia de los mismos— los árbitros deben observar, invariablemente: i) el debido proceso; y ii) cualquier deber de confidencialidad establecido por las partes, por el reglamento de arbitraje aplicable o por la ley de la sede del arbitraje.

i) *El debido proceso*

El debido proceso consiste, básicamente, en conceder a las partes, durante todo el procedimiento, igualdad de oportunidades para presentar su caso, y que dichas oportunidades sean suficientes y eficaces para obtener la protección, el resarcimiento o la compensación por un bien jurídico afectado (“*balancing fairness and efficiency*”).²¹⁷

Esencialmente, esto implica que tanto los árbitros y las partes observen el principio de debido proceso, definido en la doctrina como “...el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados [...] que garantiza la

árbitro y el abogado de una de las partes han actuado conjuntamente como árbitros. 4.3.3. El árbitro da clases en la misma facultad o escuela que otro árbitro o abogado de una de las partes, o tiene un cargo en una asociación profesional u organización de tipo social o caritativo con otro árbitro o abogado de una de las partes.

²¹⁷ International Bar Association, *12th International Arbitration Day, Due Process in International Arbitration Transcripts*, 2009, p. 13.

correcta aplicación y vigencia del proceso judicial [y de cualquier otro procedimiento]... [texto entre corchetes agregado]”²¹⁸

En este sentido, la doctrina reconoce a los siguientes derechos como parte y/o derivados del derecho al debido proceso, que son igualmente aplicables al arbitraje: i) acción judicial y acceso a tribunales de justicia, ii) tutela jurisdiccional efectiva (asegurar la plena satisfacción de los derechos e intereses que se han hecho valer, ya sea mediante una sentencia declarativa, de condena, constitutiva, cautelar y ejecutiva), iii) derecho a un juicio justo; iv) derecho de contradicción, v) derecho a la prueba y vi) equidad procesal.²¹⁹

Así, el debido proceso en un procedimiento arbitral, se ve reflejado en la igualdad de oportunidades y circunstancias que tienen las partes de presentar sus argumentos por escrito y, la mayoría de las veces, también de manera oral —en una audiencia—; en la posibilidad de allegarse y presentar pruebas diversas (periciales, testimoniales, documentales, etc.) y en el deber del tribunal arbitral de resolver conforme a las pruebas y los argumentos aportados (sin importar si el arbitraje es en derecho o *ex aequo et bono*), de manera independiente, imparcial y neutral.

Generalmente y como manera de proteger el derecho de contradicción, el tribunal arbitral y las partes organizan la presentación de sus escritos en rondas de *memoriales*, en donde exponen los argumentos en los cuales basan su caso;

²¹⁸ Gómez Lara, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, *ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE A MARTA MORINEAU, T. II: SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS. DERECHO COMPARADO. TEMAS DIVERSOS*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F., 2006, p. 345.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 346-349.

dichas rondas son, en la mayoría de los casos, consecutivas y, sólo en casos particulares, simultaneas.²²⁰

ii) Confidencialidad

De acuerdo con Queen Mary University London 2018 International Arbitration Survey, el 87% de los usuarios de procedimientos arbitrales que fueron encuestados (árbitros, abogados y representantes de parte, etc.) consideran que la confidencialidad del procedimiento es de suma importancia y que las reglas sobre confidencialidad deberían ser obligatorias, salvo acuerdo en contrario de las partes.²²¹

No obstante la creencia generalizada de la importancia de la confidencialidad en los procedimientos arbitrales, la doctrina ha reconocido que no hay un enfoque uniforme al respecto en las diferentes reglas que gobiernan al arbitraje, pues en muchas legislaciones nacionales e incluso reglamentos de arbitraje, el deber de confidencialidad: (i) no se regula en lo absoluto, (ii) se menciona de manera muy general y (iii) sólo excepcionalmente se regula de manera específica.²²²

²²⁰ La forma de organización del procedimiento se abordará más adelante, sin embargo, desde este momento es pertinente mencionar que las presentaciones simultaneas de memoriales son generalmente utilizadas para cuestiones muy específicas que surgen a lo largo del arbitraje, por ejemplo, como parte del procedimiento de *discovery* dentro del arbitraje, cuando las partes deben presentar al mismo tiempo cualquier solicitud que tengan para la exhibición de un documento en específico y, después, igualmente de manera simultánea, deben presentar sus objeciones a las solicitudes de la contraparte.

²²¹ 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, Queen Mary University of London y White & Case LLP: “87% of respondents believe that confidentiality in international commercial arbitration is of importance. Most respondents think that confidentiality should be an opt-out, rather than an opt-in, feature.”

²²² Meza-Salas, Marlon, “Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2018.

Por ejemplo, algunos reglamentos de arbitraje contienen disposiciones que permiten a las partes pactar sobre la confidencialidad del procedimiento y/o de toda la información y argumentos ahí presentados. Tal es el caso de los arbitrajes ICC, donde las partes *pueden* solicitar al tribunal arbitral que dicte ordenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje, que incluye medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.²²³

Sin embargo, no todos los reglamentos ordenan la confidencialidad del procedimiento y en algunas ocasiones la legislación de la sede también es omisa. Ejemplo de esto es nuestro Código de Comercio, que no contiene ninguna disposición que siquiera se refiera vagamente al deber de confidencialidad de partes y de árbitros durante el procedimiento arbitral.

A diferencia del Reglamento de Arbitraje ICC y del Código de Comercio, las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (“Reglamento de Arbitraje CAM”), expresamente establecen que “todos los procedimientos arbitrales administrados por el CAM son totalmente confidenciales”.²²⁴

En este sentido, tanto árbitros como partes deberán observar cualquier deber de confidencialidad que les imponga el propio acuerdo de las partes, el reglamento de arbitraje y/o la legislación nacional.

²²³ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 22(3), vigente a partir del 1 de marzo de 2017: “[a] solicitud de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del proceso arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.”

²²⁴ *Reglas de Arbitraje del CAM*, vigentes a partir del 1º de julio de 2009.

La determinación de si existe o no una violación a dicho deber y de los remedios que existen en contra de tal violación dependerán de la ley aplicable a la fuente de la obligación de confidencialidad, que pueden ser: i) la ley aplicable al contrato, si el deber de confidencialidad deriva de sus cláusulas; ii) reglas sobre confidencialidad de la legislación procesal aplicable; y iii) reglas sobre responsabilidad civil extracontractual de la legislación de fondo que resulte aplicable.²²⁵

d) Organización del procedimiento

Al igual que la confidencialidad, la posibilidad que tienen las partes de participar en el diseño del procedimiento arbitral, es considerada como una razón determinante para optar por el arbitraje como medio de solución de controversias.

Esta posibilidad se encuentra consagrada en reglamentos de arbitraje aplicables tanto a nivel institucional como *ad hoc*, y en legislaciones nacionales. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la ICC establece que el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes.²²⁶

²²⁵ Radjai, Noradéle, “Confidentiality in International Arbitration: Breaches and Remedies”, *ASA (Swiss Arbitration Association) below 40 Conference*, LALIVE, 2008.

²²⁶ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 19, vigente a partir del 1 de marzo de 2017: “Artículo 19. Normas aplicables al procedimiento. El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje. [...] Artículo 22. Conducción del arbitraje. 1. El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia. 2. Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes.”

En consecuencia, las partes tienen una participación activa y determinante en el diseño del procedimiento, de manera que este atienda a las necesidades del caso en particular. En todo momento durante la organización y desarrollo del procedimiento, el tribunal arbitral y las partes tienen el deber de observar el debido proceso, el derecho de contradicción.

Como forma de orientar a las partes y a los tribunales en el diseño del procedimiento, la ICC presentó un modelo de calendario procesal,²²⁷ en el cual se establecen todos los eventos procesales a realizar durante el procedimiento, es decir, las fechas y los plazos para la presentación de los memoriales, para la realización de la audiencia, para la presentación de cualquier otra solicitud, por ejemplo, de exhibición de documentos, etc. Este calendario es simplemente un modelo, que las partes pueden adaptar a las necesidades del caso en específico.

De acuerdo con dicho modelo de calendario procesal, los eventos procesales siguientes a la Contestación de la Solicitud son: i) *escrito de demandada* (demandante); ii) *escrito de contestación y demanda reconvenicional* (demandada); iii) *réplica a la contestación y contestación a la demanda reconvenicional* (demandante); iv) *dúplica y réplica a la demanda reconvenicional* (demandada); v) *dúplica a la demanda reconvenicional*; vi) *conferencia previa a la audiencia* —para acordar con las partes la forma de conducir la audiencia—; vii) *audiencia*; viii)

²²⁷ *Calendario Procesal Modelo de la Cámara de Comercio Internacional*, según lo previsto en el Artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de marzo de 2017: “DECLARACIÓN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD. Este modelo tiene como finalidad servir de ayuda a los árbitros de procedimientos arbitrales de la CCI en la redacción del Calendario Procesal. No constituye un documento exhaustivo, obligatorio o vinculante. Este modelo se facilita a título orientativo únicamente y debe adaptarse a los hechos y circunstancias de cada caso.”

escritos posteriores a la audiencia (en caso de que el tribunal y las partes acuerden que son necesarios); ix) *cierre de instrucción*; x) *dictado laudo*.²²⁸

Adicionalmente a convenir el calendario procesal, las partes y el tribunal arbitral deberán establecer:

- *Las reglas que rigen la presentación de memoriales*: idioma en que deben presentarse, numeración de páginas y párrafos, numeración de pruebas, etc.
- *Las reglas que rigen el ofrecimiento de pruebas*: deber de presentar traducción o posibilidad de presentar estas en idiomas diversos al idioma del procedimiento, numeración de las pruebas, forma de desahogar aquellas pruebas diferentes a las documentales (e.g. testimoniales o periciales; presentación de testimonios o dictámenes por escrito y comparecencia en la audiencia), etc.
- *Las reglas para la conducción de la audiencia*: tiempo asignado a cada parte para realizar sus intervenciones y el orden de estas; orden de presentación de testigos y expertos; utilización de servicios de traducción y estenografía, etc.

²²⁸ Otros eventos procesales contemplados en este modelo de calendario son: [i]ntercambio simultáneo de solicitudes de presentación de documentos, presentación simultánea de documentos y de objeciones a las solicitudes (si hubiere alguna); decisión sobre las peticiones de presentación de documentos; presentación de documentos ordenada por el Tribunal; etc., sin embargo, las partes y el tribunal pueden diseñar libremente el calendario procesal que mejor atienda a las necesidades del caso.

3. El Laudo

i) Naturaleza del laudo arbitral

El laudo arbitral es la forma “natural” —aunque no necesaria—²²⁹ que pone fin al procedimiento arbitral. En este, el tribunal arbitral, tras haber escuchado a las partes y valorado las pruebas, plasma su determinación, final y vinculante, sobre su jurisdicción para conocer del caso —si no lo hizo en un laudo parcial— el fondo del asunto.

Considerando la naturaleza jurídica del arbitraje y de los árbitros involucrados, una pregunta entra en juego: ¿cuál es la naturaleza jurídica del laudo? Esta pregunta resulta sumamente relevante para efectos de su ejecución.

Al respecto, la doctrina ofrece un cuestionamiento bastante acertado: “si el laudo es simplemente la expresión y confirmación del acuerdo entre las partes, uno sólo podría invocar una violación a dicho acuerdo. El laudo, bajo esta teoría contractual clásica, difícilmente podría representar un derecho ejecutable y reconocido por un Estado, un poder público.”²³⁰ Es decir, bajo esta teoría, la fuerza vinculante del laudo deriva simplemente de la voluntad de las partes para obligarse al arbitraje.

Desde nuestro punto de vista, dicho cuestionamiento pierde de vista un aspecto esencial del arbitraje: el árbitro que resuelve la disputa es un tercero imparcial, en donde si bien es cierto que su jurisdicción deriva del acuerdo de las partes, el fondo de la decisión dictada por este es completamente imparcial y no representa

²²⁹ El procedimiento arbitral puede también terminar por transacción entre las partes para poner fin a la disputa.

²³⁰ Belohlavek A., *op. cit.*, p. 19.

el acuerdo entre las partes, no hay coordinación entre partes y árbitro para debatir, sopesar y resolver el fondo del asunto; si la decisión fuera el resultado de un acuerdo entre las partes involucradas, entonces estaríamos hablando de otro tipo de medio alternativo de resolución de controversias como es la mediación y la conciliación, y no de arbitraje. Adicionalmente, se debe considerar que no sólo el acuerdo de las partes para arbitrar reconoce al laudo como vinculante, pues hay instrumentos a nivel internacional y leyes a nivel nacional que le reconocen tal carácter.

La definición comúnmente aceptada de “laudo” es “la decisión final rendida por un árbitro, que resuelve todos o algunos de los puntos en disputa entre las partes en un caso concreto”,²³¹ sin embargo, consideramos que esta definición necesita ser explicada o complementada con ciertas características que hacen de esa decisión, en efecto, un laudo, como es, por ejemplo, su carácter de *res judicata* y la posibilidad de iniciar procedimientos de nulidad en su contra.

Así, coincidimos con la conclusión de Loukas A. Mistelis, en *Award as an investment: the value of an arbitral award or the cost of non-enforcement*, en donde este concluye que “los laudos son, *de facto* y *de iure*, equivalentes funcionales de sentencias judiciales.”²³²

Esta similitud encuentra sustento en la teoría mixta del arbitraje, pues aquí se reconoce que “la segunda etapa [del procedimiento arbitral], la etapa real de resolución de disputas, es cuasi judicial porque las partes entregan el control de

²³¹ Traducción hecha por la autora; ver texto original en L. Moses, Margaret, *op. cit.*, p. 179.

²³² A. Mistelis, Loukas, “Award as an investment: the value of an arbitral award or the cost of non-enforcement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 28, Issue 1, 1 May 2013, pp. 64–87.

los procedimientos al tribunal.”²³³ Algunos defensores de esta teoría sostienen que, no obstante lo anterior, “los laudos no se consideran judiciales a menos que el exequatur sea otorgado”, ²³⁴ estamos en desacuerdo con esta afirmación, ya que desde el momento en que un laudo es emitido por el tribunal arbitral y este cumple con todos los requisitos que impone la ley para poder ser considerado como final y ejecutable, dicho laudo debe cumplirse, pues, tal como si fuera una sentencia dictada por un juez del estado, el sistema judicial bajo el cual fue emitido le reconoce fuerza de decisión vinculante.

En consecuencia, en procedimientos donde se busca el reconocimiento y ejecución de un laudo que no fue cumplido de manera voluntaria por la parte que fue condenada, y dicho cumplimiento es ordenado por la autoridad judicial por considerar que el laudo cumple —desde que fue emitido— con los requisitos de ley, es decir, este sólo reconoce que el laudo debió ser ejecutado desde que fue emitido por el tribunal, por lo que, ante la falta de cumplimiento voluntario, ordena el apoyo de la maquinaria judicial.

ii) Requisitos de forma y contenido de los laudos arbitrales

Los requisitos de forma y de fondo que deben revestir los laudos, dependerán tanto del acuerdo arbitral pactado por las partes, como de las reglas de arbitraje que gobiernen el procedimiento (ya sea el reglamento de una institución o reglas para arbitraje *ad hoc*) y de las disposiciones que sobre esta cuestión establezcan las leyes de la sede.

²³³ Traducción realizada por la autora, ver texto original en Ashraf Al-Feshawi, “The debate on the requirement to issue arbitral awards in the name of the Supreme Authority and its bearing on the legal nature of arbitral awards”, *International Journal of Arab Arbitration*, 2014.

²³⁴ *Ídem*; traducción realizada por la autora.

Los distintos requisitos que puedan pactar las partes en el acuerdo arbitral son innumerables, sin embargo, en la práctica no es común que estas estipulen requisitos adicionales a los establecidos en las reglas que gobiernan el procedimiento. En consecuencia, sólo nos avocaremos a explicar, de manera breve, aquellos requisitos de forma y fondo establecidos generalmente en los reglamentos de arbitraje y en las legislaciones locales.

Forma

Las disposiciones contenidas en reglamentos de arbitraje son generalmente uniformes en este sentido, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje ICC no establece de forma expresa la forma escrita del laudo, sin embargo, una de sus disposiciones ordena que “[a]ntes de firmar un laudo, el tribunal arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte.”;²³⁵ por lo que se puede concluir que el mismo debe emitirse por escrito. A su vez, el Convenio CIADI establece expresamente que el laudo deberá dictarse por escrito y llevar la firma de los miembros del tribunal que hayan votado a su favor.²³⁶

Por cuanto hace a las legislaciones nacionales, de conformidad con el artículo 31 (1) de la Ley Modelo de UNCITRAL —que como ya se ha mencionado fue incorporada por diversas jurisdicciones a su legislación nacional—, los laudos deben cumplir con los siguientes dos requisitos: i) estar por *escrito*; y ii) ser *firmado* por el o los árbitros que lo rindieron (en caso de tratarse de tribunales

²³⁵ *Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Artículo 34, vigente a partir del 1 de marzo de 2017.

²³⁶ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Washington, D.C., 18 de marzo de 1975, D.O.F. 24 de agosto de 2018, Artículo 48.

arbitrales, bastará la firma de la mayoría y dejar constancia de las razones de la falta de una o más firmas.)²³⁷

Sobre el requisito de la firma, la doctrina entiende que este deberá ser cumplido por todos los árbitros parte del tribunal que rindió el laudo, pues el significado de la firma no es la aceptación de lo decidido en el laudo, sino la participación de dicho árbitro en el procedimiento arbitral: colaboración en la elaboración, deliberación y votación del laudo.²³⁸

Contenido

El artículo 31 (1) de la Ley Modelo de UNCITRAL también establece requisitos de contenido del laudo, a saber: i) motivación, salvo pacto expreso de las partes o que se trate de un laudo consentido; y ii) fecha y lugar en que fue dictado (sede del arbitraje).

Con respecto a la motivación, la doctrina explica que existe un consenso general sobre la necesidad de mencionar el precepto legal y las circunstancias fácticas que llevan a y sustentan la conclusión alcanzada por el tribunal. Sin embargo, también reconoce que existen diferencias notables en cuanto a la forma de presentar los argumentos de las partes en los laudos que ayudan a motivar el laudo: algunos consideran que todos los argumentos hechos valer durante el procedimiento deben verse reflejados en el laudo, mientras que para otros el requisito de motivación se encuentra cubierto haciendo una síntesis de la postura

²³⁷ *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*”, Artículo 31(1), aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993.

²³⁸ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, p. 903.

de cada parte.²³⁹ En este sentido, se ha entendido que, mientras en el laudo exista una “conexión razonable entre las bases invocadas por un tribunal y las conclusiones alcanzadas” (“permitir al lector pasar del punto A al B”), entonces el laudo cuenta con motivación suficiente y por lo tanto es válido.²⁴⁰

Tanto las disposiciones de fondo como de forma establecidas en la Ley Modelo de UNCITRAL se encuentran reflejadas en el artículo 1448 del Código de Comercio, donde el legislador estableció que un laudo debía: (i) dictarse por escrito; (ii) estar firmado por los árbitros; (iii) ser motivado, salvo pacto en contrario de las partes; y, finalmente, (iv) contener la fecha en que fue dictado y el lugar del arbitraje.

iii) Tipos de laudos: en derecho, ex aequo et bono, final, parcial, laudo por default, laudo consentido

Todos los laudos comparten la característica de ser “la decisión final rendida por un árbitro, que resuelve todos o algunos de los puntos en disputa entre las partes en un caso concreto”,²⁴¹ sin embargo, se puede distinguir entre los diferentes tipos de laudos, atendiendo: i) al momento en el que son emitidos (durante o al final del procedimiento); ii) al fundamento de la decisión de los árbitros (si sus decisiones se fundan en disposiciones legales o en la equidad); iii) a si la decisión del laudo refleja o no un acuerdo de las partes para poner fin al procedimiento.

Momento de emisión del laudo

²³⁹ *Ibidem*, p. 901.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 908.

²⁴¹ Traducción hecha por la autora; ver texto original en L. Moses, Margaret, *op. cit.*, p. 179.

Bajo esta categoría se ubican los laudos parciales (*interim or partial awards*) y los laudos finales.

Los laudos parciales son definidos como “un laudo final, pero emitido en una etapa interina”,²⁴² es decir, en una etapa intermedia, en donde sólo se resuelven ciertos puntos en disputa, mientras la resolución de otros queda pendiente para el laudo final.

Generalmente, estos laudos parciales son consecuencia de una bifurcación del procedimiento, en donde ciertos aspectos de la disputa son resueltos en una primera etapa —ya sea porque su determinación es necesaria para la segunda etapa del procedimiento, o porque los reclamos son tan numerosos y complejos que, por razones de eficiencia y claridad, conviene dividirlos en dos etapas—; por ejemplo, en una primera etapa se resuelve sobre la responsabilidad por incumplimiento contractual, y en una segunda sobre al monto reclamado por dicho incumplimiento; así, la determinación de la primera etapa —si existió o no incumplimiento contractual por parte de alguno de los contratantes— es necesaria para la existencia de la segunda etapa.

Por cuanto hace al laudo final, este es el que resuelve sobre los reclamos, al final del procedimiento, es decir, es la última determinación sobre el fondo que hace el tribunal arbitral, sobre algunos —los reclamos restantes, en caso de que se haya dictado un laudo parcial— o todos los reclamos hechos valer por las partes.

²⁴² Kumar Yaman, Chhabra Gunjan, “India: interim award on admitted liability in arbitration proceedings”, *Singhania & Partners LLP*, in association with Indian Corporate Counsel Association, 2016, consultado por última vez el 02 de enero de 2019.

Fundamento de la decisión de los árbitros

Los árbitros, dependiendo de las facultades y poderes concedidos a estos por el acuerdo arbitral, pueden fundar las decisiones contenidas en el laudo en el derecho aplicable, o bien, decidir “de acuerdo con lo que es correcto y bueno”, “desde la equidad y la conciencia”.

Los laudos en derecho son los más comunes, y son aquellos cuyas determinaciones encuentran su sustento en la legislación aplicable a la controversia de mérito, ya sea que las partes hayan pactado expresamente la misma, o que dicho derecho aplicable haya sido determinado por el tribunal, a falta de acuerdo de las partes. Por derecho aplicable debe entenderse no sólo las leyes o los códigos, sino la jurisprudencia, la doctrina y los principios de derecho comunes a dicha legislación.

Por el contrario, los laudos en equidad “requiere[n] que las partes otorguen a los árbitros facultades para prescindir de la consideración de la ley y que consideren únicamente lo que consideran justo y equitativo en el caso en cuestión.”²⁴³ es decir, que resuelvan lo que consideran justo en el caso concreto, sin que dicha determinación esté limitada por ninguna disposición legal. De hecho, algunos partidarios del arbitraje en equidad consideran que, a diferencia del arbitraje en derecho, este nunca puede ser arbitrario, pues, en el caso del arbitraje en derecho, dicha arbitrariedad puede ser el resultado de “la aplicación e interpretación estricta de las diversas leyes aplicables al arbitraje.”

²⁴³ Aderemi Adeyinka, “Ex aequo et bono arbitration: to be or not to be”, *Streamsowers & Kohn*, 2016, consultado por última vez el 02 de enero de 2019.

Laudo como reflejo del acuerdo de las partes

Por regla general, el laudo es la decisión alcanzada por los árbitros tras haber escuchado los argumentos y evaluado las pruebas presentadas por cada una de las partes, en la que no influye de ninguna manera la voluntad de estas sobre la manera de resolver el fondo de la disputa.

Sin embargo, hay ocasiones en las que, durante el procedimiento, las partes llegan a un acuerdo para solucionar sus diferencias, y deciden plasmar dicho acuerdo en un laudo, cuya ejecución está *casi* garantizada a nivel mundial, bajo la Convención de Nueva York. Estos laudos son conocidos como *laudos consentidos* (*consent awards*) y en ellos el tribunal no decide sobre el fondo de la disputa, pues sólo refleja en el laudo el acuerdo alcanzado por las partes.

Por otro lado, también hay procedimientos que son seguidos sin la participación de una de las partes —generalmente la demandada—, a pesar de que esta haya sido debidamente notificada de la existencia de un arbitraje en su contra, es decir, son procedimientos en rebeldía, que concluyen con un *laudo por default*, dictado por el tribunal arbitral, en ausencia de una de las partes a lo largo del procedimiento. En estos casos, es de suma importancia que el tribunal cuide sobremanera su deber de velar porque a ambas partes, en igualdad de circunstancias, se les dé oportunidad de presentar su caso y se respete el debido proceso durante el procedimiento pues, de no ser así, incluso cuando resulte evidente que una parte actuaba en rebeldía, el laudo puede correr el riesgo de ser anulado.

Finalmente, todos los laudos pueden o no ser *laudos razonados*, es decir, que proporcionan o contienen declaraciones o explicaciones ofrecidas como

justificación de la decisión del tribunal.²⁴⁴ Así, la doctrina reconoce que “un laudo razonado establece el razonamiento básico del panel arbitral sobre la cuestión central o las cuestiones planteadas ante él. No es necesario profundizar en todos los argumentos de las partes.”²⁴⁵

iv) Requisitos para el reconocimiento y ejecución de los laudos conforme a la Convención de Nueva York y al Código de Comercio

Convención de Nueva York

De conformidad con el artículo III de la Convención de Nueva York:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

²⁴⁴ Volker L. Odean, “What is a ‘reasoned award’ in International Arbitration?”, Haynes and Boone LLP, 2018, consultado por última vez el 03 de enero de 2019, disponible en <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=5a4caa74-721e-4180-bbc7-60d6b57ffdbc>

²⁴⁵ *Idem.*

Por su parte, el artículo V establece las únicas causales bajo las cuales se *puede* denegar el reconocimiento y ejecución del laudo.²⁴⁶ Así, un laudo debe de cumplir con los siguientes requisitos para poder ser reconocido y ejecutado:

- Que las partes del acuerdo arbitral base del procedimiento, no estén sujetas a ninguna incapacidad bajo la ley que les es aplicable.
- Que el acuerdo arbitral sea válido bajo la ley a que las partes lo sometieron, o, a falta de dicha mención, bajo la ley del país en que se haya dictado el laudo.
- Que la parte contra la cual se invoca el laudo arbitral haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje.
- Que la parte contra la cual se invoca el laudo arbitral haya podido hacer valer sus medios de defensa.
- Que el laudo no se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso arbitral o contenga disposiciones que excedan los términos del compromiso o la cláusula arbitral.

²⁴⁶ *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Artículo V, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971: “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 les 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún 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. 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.” De conformidad con el artículo II de la Convención de Nueva York, el acuerdo arbitral es “el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.”

- Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral se haya ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que se haya ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.
- Que, de acuerdo con la ley del país donde se busca el reconocimiento, el objeto de la diferencia es susceptible de solución por vía de arbitraje;
- Que el reconocimiento o la ejecución del laudo no sean contrarios al orden público del país donde se busca el reconocimiento del laudo.
- Que la sentencia sea obligatoria para las partes y que no haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada.

Estas causales son fielmente reflejadas en el artículo 1462 del Código de Comercio.

Sobre las mismas, es necesario mencionar que tanto la redacción del artículo V de la Convención de Nueva York²⁴⁷ como del artículo 1462 del Código de Comercio,²⁴⁸ es permisiva, pues establece que “sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución...”[énfasis añadido], lo anterior ha sido entendido en la práctica como la posibilidad que tienen los Estados de otorgar el reconocimiento y ejecución de un laudo, aun cuando se verifique una causal para negar su reconocimiento y ejecución, incluso la de nulidad en la sede.

v) *Opiniones disidentes*

Cuando los laudos son emitidos por un tribunal arbitral, es decir, por 3 o más árbitros, hay ocasiones en que existe discrepancia entre ellos, tanto de

²⁴⁷ *Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Artículo V, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971: “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...”

²⁴⁸ *Código de Comercio*, Artículo 1462, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[s]ólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando...”

razonamiento como de conclusión, sobre uno o más puntos a resolver en el laudo, y, entonces, la decisión sobre estos puntos específicos debe ser tomada por mayoría (he aquí la importancia de que los tribunales arbitrales sean compuestos por un número impar).

El o los árbitros que no apoyan la decisión de la mayoría, pueden exponer sus argumentos en una *opinión disidente*.

El rol de las opiniones disidentes en los procedimientos arbitrales sigue siendo un tema de debate, pues, en opinión de algunos “en el sistema judicial, las opiniones disidentes juegan un papel importante para los tribunales de apelación en la formación de jurisprudencia. Sin embargo, la situación no es la misma tratándose de un laudo arbitral, cuya determinación de fondo no puede ser revisado.”²⁴⁹

Para arrojar luz sobre dicho debate, la Comisión de la CCI sobre Arbitraje Internacional, elaboró un reporte sobre el rol de las decisiones disidentes en el arbitraje internacional y la forma de lidiar con ellas dentro de arbitrajes CCI. Durante la elaboración de su Reporte Final (1988), dicha comisión preparó reportes preliminares sobre los cuales todas las personas o entidades interesadas podían comentar.

En este sentido, el Comité Nacional Francés —como minoría— manifestó su oposición en contra de estas opiniones, y sostuvo que las reglas de arbitraje de la CCI deberían ser modificadas para prohibir las opiniones disidentes, pues estas

²⁴⁹ Traducción realizada por la autora, ver texto original en International Chamber of Commerce Commission on International Arbitration, “Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards”, 1998, consultado por última vez el 04 de enero de 2019; ver también Di Pietro, Domenico, “The controversial role of dissenting opinions in International Arbitral Awards”, *Transnational Notes*, 2011, consultado por última vez el 04 de enero de 2019.

“a) reafirman el vínculo que existe entre el árbitro y la parte que lo nombra; b) los árbitros ya no se sienten obligados a buscar una decisión unánime después de confrontar las opiniones de los demás [...]”²⁵⁰

De la misma manera, dentro de la comunidad internacional hay quien apoya la postura del Comité Nacional Francés, al sostener que: i) las opiniones disidentes son una forma de violar el carácter secreto de las deliberaciones del tribunal arbitral y de divulgar de manera inapropiada su contenido; ii) la presunción de parcialidad que siempre se atribuye a un árbitro de parte se concreta aún más cuando este emite una opinión disidente a favor de la parte que lo designó;²⁵¹ iii) existe una posibilidad alta de que dichas opiniones “preparen el camino” para combatir el laudo.²⁵²

Tras discutir la postura del Comité Nacional Francés, la Comisión de la CCI si bien reconoció la fuerza de los argumentos presentados por dicho comité, concluyó que la opinión predominante (confirmando la conclusión alcanzada en los reportes preliminares) fue en el sentido de que no era factible ni deseable intentar reprimir las opiniones disidentes, pues debía respetarse el derecho a la libre expresión, y que, en consecuencia, era mejor proporcionar directrices y reglas al tribunal

²⁵⁰ Traducción realizada por la autora, ver texto original en International Chamber of Commerce Commission on International Arbitration, Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards, *op. cit.*

²⁵¹ Mohanty Gautam, *Dissenting opinions in International Commercial Arbitration*, (2017), pp. 2-3, LLM short thesis in International Business Law (IBL), Central European University, Budapest, Hungary: “(de acuerdo con una encuesta realizada; que incluyó 150 procedimientos de arbitraje de inversión bajo las reglas del CIACI, casi la totalidad de las 34 opiniones disidentes fueron hechas por árbitros designados por la parte que perdió el caso, total o parcialmente. [traducción realizada por la autora]”

²⁵² Mohanty Gautam, *op. cit.*, p. 31.

arbitral y a la secretaría de la CCI sobre la manera —meramente administrativa— de tratar dichas decisiones.²⁵³

En este sentido, hay doctrinarios y árbitros que apoyan la postura de la CCI, pues consideran que las opiniones disidentes: i) no suponen la parcialidad de ningún árbitro de parte, pues la afinidad cultural que tiene con la parte que lo designó es la razón de dicho nombramiento, y la razón de que frecuentemente las opiniones disidentes de estos árbitros son similares a la postura de esta parte; ii) pueden resaltar una “injusticia grave” cometida por el tribunal, proporcionando así una causal —justificada— para la nulidad del laudo; y iii) la crítica de supuestas fallas o violaciones durante el procedimiento arbitral, tienden a reforzar la legitimación del procedimiento y llevan al tribunal a realizar un análisis más riguroso sobre los aspectos de la disidencia; por esto, deben darse a conocer al tribunal antes de la emisión del laudo final.²⁵⁴

Compartimos esta última postura. Los árbitros tienen una gran obligación al emitir dichas opiniones: que las mismas atiendan realmente al deber de decidir la controversia de manera justa y aplicando debidamente la legislación aplicable o la equidad (según sean sus deberes de conformidad con el acuerdo arbitral). Si, de acuerdo con el leal saber y entender de un árbitro, la mayoría ha errado en su razonamiento o conclusión, es precisamente su deber de resolver de conformidad con lo ordenado en el acuerdo arbitral, la única motivación que lo debería de llevar a emitir una opinión disidente.

²⁵³ Traducción realizada por la autora, ver texto original en International Chamber of Commerce Commission on International Arbitration, Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards, *op. cit.*; ver también Di Pietro, Domenico, *op. cit.*

²⁵⁴ Mohanty Gautam, *op. cit.*, p. 32.

De esta manera y siempre que la mayoría tenga oportunidad de conocer la opinión disidente del árbitro antes de emitir el laudo final, la crítica constructiva de dicha decisión será un elemento que permitirá al tribunal reevaluar exhaustivamente su razonamiento y decisión sobre el aspecto materia de la disidencia, ahondando en los puntos que considere necesarios reevaluar y/o confirmar.

IV. Nulidad del Laudo Arbitral

“The fact that an arbitration award is equal to a final court judgment is a gift that had to come with a price—control of the judiciary over the awards.”
255

Considerando que el arbitraje es un medio alternativo de solución de controversias, reconocido —y permitido— por los Estados, que implica la renuncia al derecho a acudir a los tribunales locales, es comprensible —y tal vez deseable— que el Estado mantenga cierto deber de supervisión de los laudos, pues “aunque el arbitraje es una creación contractual donde el laudo final resulta ser una proclamación de la ‘justicia privada’, es sólo el Estado el que puede elevar dicho laudo a la posición de una sentencia judicial.”²⁵⁶

Así, existen dos procedimientos —que también resultan ser los únicos dos recursos en contra de un laudo— que funcionan como mecanismos de control de los laudos, para asegurar que “el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley [...] y [...] sean

²⁵⁵ Pavic, Vladimir, *Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration*, INVESTMENT AND COMMERCIAL ARBITRATION - SIMILARITIES AND DIVERGENCES, Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger and August Reinisch, eds., 2010, pp. 131-152.

²⁵⁶ *Idem*.

expedidos de acuerdo con las normas de orden público del debido proceso.”²⁵⁷: i) la nulidad y ii) el reconocimiento y ejecución. A lo largo de los años, dos instrumentos internacionales han servido para estandarizar dichos procedimientos a nivel mundial: i) la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional; y ii) la Convención de Nueva York de 1958.

No obstante la necesidad de supervisar la decisión de los árbitros con el objetivo de garantizar que las mismas sean acorde a la legislación nacional y a su orden público, los Estados y los usuarios del arbitraje (partes, representantes y árbitros) también reconocieron que encontrar “un balance entre finalidad y perfección”²⁵⁸ era indispensable si se quería que el arbitraje fuera eficaz como método de resolución de disputas.

En este sentido, la comunidad internacional pactó, *ex ante*, causales específicas y limitadas para dejar sin o negar los efectos a un laudo arbitral, ya sea por declararse nulo o por denegarse su reconocimiento y ejecución; de esta manera, se buscó el balance entre la posibilidad de los Estados de supervisar los laudos y la finalidad y eficacia de los mismos.

1. Concepto de nulidad

El Código Civil Federal, en su Título Sexto “De la Inexistencia y de la Nulidad”, adoptó la tesis tripartita de las ineficacias estructurales propuesta por Julien

²⁵⁷ Andrade Cadena, Javier, *La Nulidad de Laudos Arbitrales*, p. 1.

²⁵⁸ Pavic, Vladimir, *op. cit.*, pp. 131-152.

Bonnetcase,²⁵⁹ que propugnaba la existencia de tres tipos diferentes: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.²⁶⁰

Bajo esta teoría, las ineficacias estructurales se definieron como “sanciones que el ordenamiento impone al acto que carece de un elemento esencial o de validez.”²⁶¹

De acuerdo con los artículos 2224, 2226 y 2227 del Código Civil Federal,²⁶² la sanción consiste en negar totalmente la producción de efectos al acto (inexistencia) o bien, permitir a este producir provisionalmente sus efectos, hasta en tanto la nulidad (absoluta o relativa) sea declarada por el juez, destruyendo los efectos del acto de manera retroactiva.²⁶³

Por cuanto hace a la nulidad absoluta, esta es definida como “la sanción que la Ley impone a un acto jurídico celebrado en contra de una norma de orden público o de las buenas costumbres y que no desaparece por confirmación, ni por

²⁵⁹ De acuerdo con el Prof. Fausto Rico, las ineficacias estructurales son aquellas que “se verifican a causa de un vicio concomitante a la celebración del acto jurídico”, ver Rico Álvarez, Fausto, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2a. ed., Ed. Porrúa, 2018, pp. 1287.

²⁶⁰ Esta tesis no pretende hacer un análisis exhaustivo de las diferencias entre las causas y efectos de estos tres tipos de ineficacias; con la mención de estas, pretendemos simplemente contextualizar el análisis de la nulidad de laudos arbitrales establecida en el Código de Comercio. Para más información sobre las ineficacias estructurales, ver Rico Álvarez, Fausto, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2a. ed., Ed. Porrúa, 2018, p. 1287.

²⁶¹ Rico Álvarez, Fausto, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2a. ed., Ed. Porrúa, 2018, p. 1287.

²⁶² *Código Civil Federal*, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión, artículos 2224, 2226 y 2227: “[a]rtículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado. [...] Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción. Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.”

²⁶³ Jurisprudencia “NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Sexta Época, Tomo IV, Parte SCJN, 1995, pág. 197.

prescripción y puede ser invocada por todo interesado”.²⁶⁴ A partir de la definición anterior, podemos identificar los elementos que caracterizan a la nulidad absoluta, a saber: a) implica la noción de orden público; b) es impuesta por la ley; c) afecta a un acto celebrado en contra de una norma de orden público o de las buenas costumbres; y d) no desaparece por confirmación, ni por prescripción y puede ser invocada por todo interesado.²⁶⁵

Ahora bien, con referencia a la nulidad relativa, esta ha sido definida por la doctrina como “la sanción que la Ley impone a un acto jurídico que carece de un requisito de validez y que no reúne todos los caracteres de la nulidad absoluta”²⁶⁶ es decir, basta que el supuesto de nulidad “sólo pued[a] hacerl[o] valer la persona a cuyo favor establezca la ley; [...] que sea convalidable, y [...] que sea prescriptible”²⁶⁷

En este sentido, si el artículo 1458 del Código de Comercio establece que la petición de nulidad de laudo deberá formularse dentro de un plazo de 3 meses contados a partir de la fecha de notificación del laudo, podemos concluir que la

²⁶⁴ Rico Álvarez, Fausto, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2a. ed., Ed. Porrúa, 2018, p. 1317.

²⁶⁵ Tesis “INEXISTENCIA DE UN ACTO JURIDICO. PUEDE INVOCARSE POR TODO INTERESADO, ENTENDIDO ESTO COMO AQUEL QUE TIENE UN DERECHO QUE SE VE MENOSCABADO. (LEGISLACION PARA EL ESTADO DE HIDALGO).”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo II, Octubre de 1995, pág. 562: “[l]a posibilidad que el artículo 2206 del Código Civil para el Estado de Hidalgo, estatuye para que todo interesado la invoque, debe entenderse que es previa la satisfacción de los supuestos comprendidos por los artículos 1o., fracciones I y IV del Código de Procedimientos Civiles para la entidad federativa en cita, por tanto, el acto jurídico no puede ser impugnado por cualquier persona, sino por aquella que demuestre su interés y, que con la emisión de determinado acto jurídico, se le causa un perjuicio; pues de admitir lo contrario, traería como consecuencia, que cualquier individuo sin que le asistiera ningún derecho dedujera determinada acción en contra de otro, no obstante que el objeto de la acción no pudiera alcanzarse, aun en el supuesto de que le fuera favorable la sentencia.” [Subrayado agregado]

²⁶⁶ Rico Álvarez, Fausto, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2a. ed., Ed. Porrúa, 2018, p. 1336.

²⁶⁷ Rico Álvarez, Fausto, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2a. ed., Ed. Porrúa, 2018, p. 1338, citando a Ortiz Urquidi,

acción de nulidad de laudos contemplada en el artículo 1457 del mismo ordenamiento es una nulidad relativa, toda vez que la misma es prescriptible.²⁶⁸

Sería interesante ver cómo resuelven los tribunales mexicanos un juicio de nulidad en donde la acción se considere prescrita por no haberse ejercitado dentro de los tres meses concedidos por el Código de Comercio, cuando la causal de nulidad invocada sea la violación al orden público.

2. El procedimiento de nulidad de laudos en México

Si bien las causales de nulidad están establecidas en la Ley Modelo de UNCITRAL, misma que fue adoptada por diferentes jurisdicciones, el procedimiento para analizar si un laudo adolece de alguna o varias de ellas es una cuestión que corresponde determinar a cada uno de los Estados.

²⁶⁸ Tesis “CONTRATO DE SOCIEDAD. EL TÉRMINO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 1045 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN, SÓLO ES APLICABLE A LAS ACCIONES EN LAS QUE SE RECLAMA LA NULIDAD RELATIVA DE ASPECTOS VINCULADOS CON AQUÉL.”, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo IV, Pág. 2354: “[e]l artículo 1045, fracción I, del Código de Comercio establece que las acciones derivadas del contrato de sociedad, por lo que hace a derechos y obligaciones de la sociedad para con los socios y de los socios para con la sociedad y de los socios entre sí, por razón de la sociedad, prescribirán en cinco años. Por su parte, los artículos 2225, 2226 y 2227 del Código Civil Federal, aplicables supletoriamente al Código de Comercio, conforme a su artículo 2o., distinguen dentro del género de nulidad, dos especies: la absoluta y la relativa, y permiten la identificación de cada una con base en sus elementos característicos. El precepto 2226 establece: “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.”. La nulidad relativa en cambio, se define por oposición de los elementos que caracterizan a la nulidad absoluta, ya que el artículo 2227 señala que la nulidad es relativa cuando no reúne todos los requisitos del numeral 2226, a pesar de que el acto produzca provisionalmente sus efectos. Así, una nota distintiva entre la nulidad absoluta y la relativa es que la primera no desaparece por prescripción o confirmación, es perpetua y su existencia puede ser invocada por todo interesado; mientras que la nulidad relativa sí es susceptible de prescribir. En ese contexto, del análisis armónico y sistemático del señalado artículo 1045, fracción I, del Código de Comercio, en relación con los diversos 2225, 2226 y 2227, conduce a establecer que el primer precepto sólo puede referirse a las acciones en las que existe la posibilidad de que opere la figura de la prescripción, esto es, a aquellas en las que se demanda la nulidad relativa; en tanto que aquellas en las que se reclama la nulidad absoluta quedan excluidas del supuesto de prescripción regulado por el dispositivo en comento, precisamente por ser imprescriptibles.” [énfasis añadido]

Inicialmente, el procedimiento de nulidad en México era de naturaleza incidental y debía sustanciarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Bajo este artículo, la parte que buscara la nulidad tenía 3 meses, contados a partir de la fecha de la notificación del laudo o desde que la petición para corrección, interpretación, o dictado de laudo adicional haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

Una vez promovido el incidente respectivo ante el juez competente mediante una “petición de nulidad”, este daba vista a la contraparte para que dentro del término de 3 días, promoviera pruebas; si la contraparte presentaba pruebas, el juez ordenaba la apertura de un periodo probatorio de 10 días, tras los cuales la audiencia se celebraba de conformidad con las disposiciones del propio código referentes a la audiencia final de juicio;²⁶⁹ por el contrario, si la contraparte no presentaba pruebas y el juez no las considerara necesarias, se citaba a las partes a la audiencia de alegatos dentro de los 3 días siguientes, la cual debía verificarse concurrieran o no las partes. Tras la celebración de la audiencia, en cualquiera de los casos mencionados, el juez debía dictar su resolución dentro de los cinco días siguientes.

Finalmente, la resolución que se emitiera en el incidente no era objeto de recurso alguno, pero procedía el amparo indirecto; abordaremos brevemente este tema más adelante.

²⁶⁹ *Código Federal de Procedimientos Civiles*, Artículos 341-344, D.O.F. 9 de septiembre de 2012, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

El 27 de enero de 2011, mediante reforma a las disposiciones relevantes del Código de Comercio, el procedimiento de nulidad de naturaleza incidental pasó a ser un juicio especial.²⁷⁰ Al igual que en el procedimiento incidental, la parte interesada tiene ahora un plazo de 3 meses para demandar la nulidad, contado a partir de la fecha de notificación del laudo o desde que la petición para corrección, interpretación, o dictado de laudo adicional haya sido resuelta por el tribunal arbitral.²⁷¹

A diferencia del procedimiento incidental, la nulidad como juicio especial no remite al Código Federal de Procedimientos Civiles para regular su sustanciación, sino que establece disposiciones en el mismo capítulo, aplicables a dicho procedimiento.

En este procedimiento, tras admitirse la demanda, el juez debe emplazar a las demandadas, otorgándoles un término de quince días para contestar y presentar pruebas, al término del cual, si la parte no presenta pruebas, se citará, para dentro de los 3 días siguientes, a la audiencia de alegatos. En caso de que se promoviere alguna prueba, al igual que en el procedimiento incidental, el juez debe ordenar la apertura de una dilación probatoria de 10 días y, posteriormente, citará a las Partes a la audiencia; una vez celebrada esta, citará a las partes para oír sentencia. De conformidad con el artículo 1477, los juicios especiales sobre

²⁷⁰ Esto fue así desde 1993 hasta el 27 de enero de 2011, cuando se publicaron en el DOF las reformas al capítulo “De la Intervención Judicial en la Transacción Comercial y el Arbitraje”, mediante las cuales el procedimiento de nulidad de laudo y el de reconocimiento y ejecución pasaron a ser juicios especiales de conformidad con el artículo 1472 del Código de Comercio; ver DOF de esta fecha en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5175835&fecha=27/01/2011

²⁷¹ *Código de Comercio*, Artículo 1458, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión, , disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3_280318.pdf

nulidad o reconocimiento de laudo podrán acumularse, salvo ciertas excepciones.²⁷²

Al igual que en el procedimiento incidental, las resoluciones dictadas en este juicio y la sentencia que lo concluya no son recurribles.

Al respecto, diversos criterios judiciales han confirmado que el carácter irrecurrible de la determinación que haga el juez en el juicio de nulidad atiende a la necesidad de preservar la elección de las partes de resolver sus controversias mediante un mecanismo que brinde mayor celeridad.²⁷³

Estos criterios sostienen que el 1476 del Código de Comercio, al no prever un recurso ordinario contra la resolución dictada en el incidente de nulidad (actualmente juicio especial), no viola la garantía de debido proceso legal, la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional ni la garantía de audiencia, por las siguientes razones.

²⁷² Siempre que no se haya celebrado la audiencia de alegatos ni dichos juicios se ventilen en jurisdicciones territoriales diversas o en el extranjero, ni entre tribunales federales y los de los estados.

²⁷³ Tesis “LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.” Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 423, de texto: “[e]l procedimiento arbitral es un medio alternativo de solución de conflictos suscitados en materia mercantil que consiste en el sometimiento voluntario de las partes a un árbitro, las cuales optan por la no intervención de la autoridad judicial, esencialmente por cuestiones de celeridad, pragmatismo y expeditéz procesal. En ese sentido, el artículo 1460 del Código de Comercio, al prever que la resolución que recaiga al incidente de nulidad del laudo arbitral no será objeto de recurso alguno, no viola la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ello se racionaliza jurídicamente en el hecho de que para la sustanciación de los mencionados incidentes el referido numeral 1460 remite al diverso 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la ley de la materia, y no a los artículos 1353 y 1354 del Código de Comercio o al numeral 574 del ordenamiento procesal civil citado, que aunque también regulan cuestiones incidentales, sus términos son más extensos. Esto es, el legislador dispuso la manera en que los incidentes de nulidad de laudo arbitral no desvirtuaran la naturaleza y celeridad de los procedimientos seguidos en arbitraje, pues el mencionado artículo 360 prevé con mayor premura la tramitación de dichas cuestiones incidentales; de ahí que establezca la señalada irrecurribilidad, pues sería absurdo que se siguieran procedimientos arbitrales ágiles y sencillos y las cuestiones incidentales relativas no se tramitaran con celeridad. Además, el indicado precepto constitucional no se vulnera en tanto que, por un lado, no se imponen requisitos excesivos o innecesarios para acceder a los tribunales y, por otro, el quejoso puede incoar contra la aludida determinación un medio de defensa como el juicio de amparo.”

Por cuanto hace al debido proceso, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia (“SCJN”) resolvió que dicha garantía no requiere que todos los procedimientos deban tener una doble instancia, sino que el legislador respete las garantías de los gobernados durante el procedimiento, además de que estos pueden acudir al juicio de amparo.²⁷⁴

Sobre la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional, la Primera Sala también sostuvo que esta no se violaba por la falta de recursos ordinarios en contra de la sentencia de nulidad, pues no se imponían requisitos excesivos o innecesarios para acceder a los tribunales y, por otro, que el quejoso podía incoar contra dicha determinación el juicio de amparo.²⁷⁵

Finalmente, por cuanto hace a la garantía de audiencia, la Primera Sala concluyó que las disposiciones del capítulo de arbitraje permiten a las partes que intervienen en el compromiso arbitral saber del inicio del procedimiento que tiene por objeto declarar su nulidad, pues el juez tiene que dar vista a las partes con la

²⁷⁴ Tesis “LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL NO PREVER UN RECURSO ORDINARIO CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 424, de texto: “[e]l arbitraje se constituye por un acuerdo de voluntades entre las partes para resolver un conflicto, ya que es un medio alternativo de solución de controversias en el ámbito comercial que surge, entre otras razones, para darles mayor celeridad, en razón de los costos y tiempos que en ocasiones implica la sustanciación del procedimiento judicial, pues mientras en éste las resoluciones dictadas son recurribles, los laudos emitidos en los procedimientos arbitrales no son objeto de recurso alguno, circunstancia que los hace más rápidos y expeditos. Así, en ese contexto de celeridad puede concebirse la racionalidad jurídica del artículo 1460 del Código de Comercio, el cual al no prever un recurso ordinario contra la resolución dictada en el incidente de nulidad de laudo arbitral, no viola la garantía de debido proceso legal contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que éste no dispone que todos los procedimientos deban tener una doble instancia, sino que el legislador respete las garantías de los gobernados; además de que éstos pueden acudir directamente al juicio de amparo y así evitar mayores dilaciones.”

²⁷⁵ Tesis “LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.”, *op. cit.*

promoción del procedimiento, por lo que estas pueden ofrecer pruebas y presentar su caso, así como obtener una determinación que dirima la cuestión debatida.²⁷⁶

a) Juez competente en México para promover la nulidad del laudo

Para conocer del juicio especial de nulidad, del de reconocimiento y ejecución de un laudo, así como en todos aquellos supuestos en que se requiera la intervención judicial, el juez competente para conocer es el de primera instancia federal (juez de distrito mercantil federal)²⁷⁷ o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje (juzgados de lo civil en la Ciudad de México)²⁷⁸, de conformidad con el artículo 1422 del Código de Comercio.²⁷⁹

²⁷⁶ Tesis “LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 423, de texto: “[e]l citado artículo, al establecer que la resolución dictada en un incidente de nulidad de laudo arbitral no será objeto de recurso alguno, no viola la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de que aquel dispositivo legal vincula al juzgador a seguir el procedimiento propio de un incidente, previsto en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria en la materia, con lo cual se respetan las formalidades esenciales del procedimiento, aunque con la celeridad del arbitraje. Lo anterior es así, porque el mencionado artículo 360 ordena dar vista a las partes con la promoción del incidente por el plazo de tres días, y si no se presenta prueba ni se estimaren necesarias, se citará para audiencia de alegatos, dentro de los tres días siguientes, la cual se celebrará aunque no concurran las partes; además de que con posterioridad puede abrirse una dilación probatoria por el término de diez días y después se verificará la audiencia, para concluir con el dictado de una resolución dentro de los siguientes cinco días; de ahí que las partes que intervienen en el compromiso arbitral se hacen sabedoras del inicio del procedimiento que tiene por objeto declarar su nulidad y pueden ofrecer pruebas y alegar en su defensa, así como obtener una determinación que dirima la cuestión debatida.”

²⁷⁷ *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*, Artículo 53bis, fracción VI, D.O.F. 18 de junio de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “Los jueces de distrito mercantiles federales conocerán: [...] Del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales comerciales cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, y de la nulidad de laudos arbitrales comerciales nacionales o internacionales cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional...”

²⁷⁸ *Ibidem*, Artículo 50, fracción IX: “[l]os Juzgados de lo Civil conocerán: [...] IX. De los demás asuntos que les encomienden las leyes.”

²⁷⁹ *Código de Comercio*, Artículo 1422, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1422.- Cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.”

b) El Juicio de amparo (directo) en contra de la resolución dictada en el juicio especial de nulidad

Es importante mencionar que, desde que el procedimiento de nulidad era incidental, hasta ahora, que es un juicio especial, la procedencia del amparo en contra de la sentencia —interlocutoria o final— ha sido reconocida en ambos casos —amparo indirecto o directo, respectivamente—. ²⁸⁰

El lector se puede cuestionar lo siguiente: ¿no se supone que la sentencia que resuelve el juicio especial de nulidad es irrecurrible? ²⁸¹ En efecto, es irrecurrible.

²⁸⁰ Jurisprudencia “LAUDO ARBITRAL. CONTRA LA INTERLOCUTORIA QUE DECLARA SU NULIDAD PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 268, de texto: “[I]a resolución que declara la nulidad del laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva para los efectos de la procedencia del amparo directo ya que no ha sido homologada, sino que en todo caso, se trata de la última resolución dictada en un procedimiento incidental ventilado ante una autoridad jurisdiccional, lo cual se equipara a las hipótesis previstas en la fracción III del artículo 114 de la Ley de Amparo. En esas condiciones, si el laudo arbitral constituye la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, la resolución dictada en el incidente de nulidad relativo debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por tanto, la resolución recaída a dicho incidente, por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento arbitral que culminó con una etapa jurisdiccional en la que se pretende la homologación o la nulidad del laudo. Por todo lo anterior, se actualiza el supuesto de procedencia del amparo indirecto previsto en el mencionado artículo 114, fracción III.”; Jurisprudencia “LAUDO ARBITRAL. LA RESOLUCIÓN TERMINAL SOBRE SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EMITIDA EN EL JUICIO ESPECIAL, ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, PC.I.C. J/23 C (10a.), registro 2010812, Plenos de Circuito, Libro 26, Enero de 2016, Tomo III, pag. 2214, rubro De la interpretación armónica y teleológica de la normativa que regula el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje y de la reforma al Código de Comercio publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011 que le dio origen, se concluye que el legislador pretendió reglamentar la intervención judicial en el arbitraje, así como agilizar los procedimientos de nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. En ese sentido, el citado proceso especial puede considerarse como un juicio autónomo e independiente al arbitraje -en función de la materia que lo integra- del que deriva una sentencia definitiva, en tanto que su creación derogó el sistema de regulación incidental de los procedimientos relacionados con el arbitraje comercial y, en contrapartida, estableció un procedimiento especial que reviste todas las formalidades propias de un juicio principal, estableciendo un medio concreto para dilucidar eficazmente dichas temáticas. Por lo anterior, las resoluciones terminales sobre nulidad o ejecución de laudos dictadas en ese proceso especial, pueden considerarse como sentencias definitivas o resoluciones que ponen fin a un juicio, para efectos de la procedencia del amparo directo, lo que equivale a otorgar el carácter que el legislador quiso darle a dicho proceso, sin desvirtuar el objetivo para el cual fue creado.”

²⁸¹ *Código de Comercio*, Artículo 1476, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[c]elebrada la audiencia el juez citará a las partes para oír sentencia. Las resoluciones intermedias dictadas en este juicio especial y la sentencia que lo resuelva no serán recurribles.”

Sin embargo, como lo explica Ovalle Favela, tradicionalmente, se ha considerado que el juicio de amparo no es un recurso, sino un nuevo proceso.²⁸² En este sentido, la doctrina lo ha definido como “un proceso impugnativo extraordinario de carácter federal, que produce la nulidad del acto reclamado y de los que de él derivan.” pues —se explica— el amparo versa sobre la constitucionalidad de una decisión y no sobre la legalidad de la misma.²⁸³

Por otro lado, la doctrina más reciente define al amparo contra las resoluciones judiciales como “el recurso a través del cual se examina la legalidad de la actividad del juez en el procedimiento y en la sentencia y que, de ser acogido, puede producir el efecto de anular el fallo respectivo, ya sea para reponer el citado procedimiento, o con el propósito de que se pronuncie una nueva sentencia de fondo.”²⁸⁴ Así, los seguidores de esta corriente sostienen que el amparo no es un nuevo proceso, sino un recurso,²⁸⁵ pues: i) no se discute un nuevo litigio; y ii) las partes involucradas siguen siendo las mismas (aunque la Ley de Amparo agregue al juzgador).

Bajo este último supuesto, incluso si el amparo fuera considerado como un recurso extraordinario, el mismo debería ser —y en efecto es— procedente en contra de las resoluciones de los jueces, derivadas del juicio de nulidad, pues, de

²⁸² Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2013, p. 250.

²⁸³ *Ídem*; al respecto, otra corriente considera que, incluso si en principio, el amparo versa sólo sobre la constitucionalidad de una decisión, los artículos 14 y 16 constitucionales abren la puerta para que el amparo analice cuestiones de legalidad.

²⁸⁴ *Ibidem*, citando a Fix Zamudio,

²⁸⁵ Algunos partidarios de esta corriente consideran al amparo como un recurso de casación, los recursos de casación son interpuestos ante el máximo órgano judicial del país, cuando “la propia sentencia [error in iudicando] o el procedimiento [error in procedendo] en el que se funda adolezcan de vicios consignados en la violación de disposiciones legales o constitucionales.” Ver Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, *La casación y el derecho a recurrir*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 56.

lo contrario, cualquier transgresión a derechos procesales quedaría subsistente, en violación perpetua de los derechos de las partes constitucionalmente protegidos, cuando estas decisiones se consideraran por la ley como “irrecurribles.”

Habiendo establecido lo anterior, cabe analizar la incidencia que esta figura puede tener en procedimientos de nulidad o de reconocimiento del laudo arbitral.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Amparo, este juicio tiene por objeto resolver cualquier controversia que se suscite —entre otros supuestos— por “[...] normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado. [énfasis añadido]”²⁸⁶

La propia Ley de Amparo define qué debe entenderse por “autoridad responsable”, a saber: “II. [...] con independencia de su naturaleza formal, [es] la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. [énfasis y texto entre corchetes añadidos]”²⁸⁷

Ese mismo artículo establece la posibilidad de interponer amparo en contra de actos u omisiones de particulares, cuando estos tienen la calidad de autoridad

²⁸⁶ *Ley de Amparo*, Artículo 1, fracción I, D.O.F. 15 de junio de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

²⁸⁷ *Ibidem*, Artículo 5.

responsable, es decir, cuando “realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.”²⁸⁸

Las disposiciones anteriores generaron la convicción en algunos de que el árbitro podría ser considerado como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, dado que este “dicta y ordena” el acto que “crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria” en el laudo, por lo que este tendría carácter de autoridad, lo que significa que el amparo sería procedente en contra de los actos del árbitro,²⁸⁹ incluyendo no sólo laudos sino también decisiones intraprocesales (órdenes procesales).

Sin embargo, en mayo de 2015, una tesis aislada del Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito confirmó el entendimiento de los opositores a esta nueva corriente, al tener por rubro “ÁRBITROS PRIVADOS. NO TIENEN EL CARÁCTER DE AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO.”²⁹⁰

²⁸⁸ *Ibidem*, Artículos 1 y 5: “[a]rtículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite: Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte [...] El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley. [...] Artículo 5o. Son partes en el juicio de amparo: [...] II. [...] Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”

²⁸⁹ González de Cossío, Francisco, Arbitraje, pp. 958 y 1133.

²⁹⁰ Tesis “ÁRBITROS PRIVADOS. NO TIENEN EL CARÁCTER DE AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, pág. 2107, Mayo de 2015: “[l]os artículos 1o. y 5o, fracción II, de la Ley de Amparo establecen que el juicio constitucional es procedente contra actos de particulares y que éstos tienen el carácter de autoridad responsable cuando sus funciones estén determinadas por una norma general y realicen actos equivalentes a los de una autoridad. Ahora bien, el arbitraje privado es el procedimiento basado en la voluntad de las partes, quienes renuncian al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial y confían a uno o más

Así, es indispensable hacer la precisión siguiente: el juicio de amparo directo —así como el indirecto en su momento— procede contra de la sentencia dictada por el juez, que resuelve el juicio especial de nulidad, y no contra el laudo en sí mismo.

Ahora bien, por regla general, para la procedencia el amparo directo es necesario haberse agotado previamente todos los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales las sentencias definitivas, laudos o resoluciones puedan ser modificados o revocados. En el caso de la sentencia que pone fin al juicio especial de nulidad, no existe previsto ningún recurso ordinario (pues incluso se dice que la misma es irrecurrible), por lo que el amparo directo sería el siguiente paso para combatir la resolución de mérito.²⁹¹

La demanda de amparo directo se debe interponer dentro del plazo de 15 días ante la autoridad responsable, es decir, ante aquella que dictó la sentencia en el juicio especial de nulidad,²⁹² quien la remitirá al órgano jurisdiccional competente.

particulares (árbitro o árbitros) la decisión de todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual. En ese sentido, debe decirse que aunque los árbitros privados tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, como ello emana de un compromiso formado entre particulares, la función de los árbitros es privada e igual carácter tienen todas las actividades que desarrollan a fin de resolver la controversia de que se trate, esto es, no son funcionarios del Estado ni tienen jurisdicción propia o delegada, dado que sus facultades derivan no de una norma general, sino de la voluntad de los contratantes expresada en el acuerdo que la ley reconoce, y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio no obra en interés público, o sea, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, lógicamente las funciones de esos árbitros no son públicas, sino privadas, lo que significa que carecen de imperio, de suerte que no pueden los mismos árbitros conceptuarse como autoridades del Estado ni sus actos son equivalentes a los de autoridad, por lo que resulta improcedente el juicio de amparo promovido en su contra.”

²⁹¹ *Ley de Amparo*, Artículo 170, D.O.F. 15 de junio de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

²⁹² *Ibidem*, Artículo 176.

3. Distinción entre nulidad y denegación de reconocimiento y ejecución del laudo

Hay una característica esencial que distingue a estos dos procedimientos: la nulidad sólo puede ser intentada en el país sede del arbitraje, mientras que el reconocimiento y ejecución del laudo puede ser concedido o negado en cualquier otro país, sea este el de la sede del arbitraje o en uno diferente.

Por cuanto hace a la nulidad, esta es el único medio —contemplado en la Ley Modelo de UNCITRAL (y por ende en aquellas jurisdicciones que adoptaron dicha Ley, como es el caso de México)— para combatir un laudo arbitral. Esta ha sido definida en la doctrina como: “un control por [...] el órgano jurisdiccional de la actuación de los árbitros *in procedendo*.”²⁹³ Las causales de nulidad se encuentran establecidas en el artículo VII de la Ley Modelo, y fueron recogidas en el artículo 1457 del Código de Comercio.²⁹⁴ En México, la parte interesada en la nulidad tiene un plazo de 3 meses para solicitar la misma, contado a partir de la fecha de la notificación del laudo o de desde la fecha en que la petición para aclaración, interpretación o dictado del laudo adicional haya sido resuelta.²⁹⁵

Por su parte, el reconocimiento y ejecución de laudos es un procedimiento que pretende hacer efectivas las determinaciones alcanzadas por el tribunal arbitral;

²⁹³ Andrade Cadena, Javier, *op. cit.*, p. 4.

²⁹⁴ México incorporó la Ley Modelo mediante reforma al Código de Comercio el 22 de julio de 1993; ver González de Cossío, Francisco, “La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XL, núm. 120, septiembre-diciembre, 2007, pp. 779-799; ver también COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “Situación actual: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006”, www.uncitral.org, consultado por última vez el 04 de enero de 2019.

²⁹⁵ *Código de Comercio*, Artículo 1458, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

sin embargo, dado que la ejecución se puede pedir en un Estado distinto de aquel en el que se emitió el laudo, también corresponde a dicho Estado la oportunidad de verificar que el laudo que se va a ejecutar no adolezca de violaciones procesales. Así, las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos se encuentran establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York, y en el artículo 35 de la Ley Modelo.

En México, el plazo de prescripción negativa para solicitar el reconocimiento y ejecución, a falta de disposición específica, es el plazo general de 10 años, de conformidad con el artículo 1047 del Código de Comercio, que comenzarán a correr desde el día en que la acción pudo ser legalmente ejercitada en juicio.²⁹⁶

Por lo tanto, tanto en los procedimientos de nulidad como en los de reconocimiento y ejecución, los jueces nacionales están impedidos para revisar el fondo del asunto (es decir, posibles errores *in judicando*), sino que su análisis debe limitarse a la determinación de la existencia —o no— de las causales establecidas en las leyes nacionales —específicas y limitadas—.

Adicionalmente, los procedimientos de nulidad y reconocimiento y ejecución del laudo guardan identidad en la mayoría de sus causales, *i.e.* la mayoría de las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo son las mismas que aquellas bajo las cuales se decreta su nulidad.

²⁹⁶ *Código de Comercio*, Artículos 1040 y 1047, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1040.- En la prescripción mercantil negativa, los plazos comenzarán a contarse desde el día en que la acción pudo ser legalmente ejercitada en juicio. [...] Artículo 1047.- En todos los casos en que el presente Código no establezca para la prescripción un plazo más corto, la prescripción ordinaria en materia comercial se completará por el transcurso de diez años.”; ver también González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, p. 948.

En este sentido, las causales, tanto de nulidad como aquellas para negar el reconocimiento, se dividen entre aquellas que deben ser probadas por la parte que la busca, y aquellas que el tribunal ante el que se substancie el procedimiento revisa de oficio.

A continuación, se presenta una tabla comparativa de las causales de nulidad y de denegación del reconocimiento y ejecución de los laudos.

a) Causales de nulidad y causales de denegación de reconocimiento y ejecución

Causales de nulidad (Art. 34 de la Ley Modelo de UNCITRAL)	Causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo (Art. V de la Convención de Nueva York)
<p>2(a) Cuando la parte que interpone la petición pruebe:</p> <p>i) que 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o</p> <p>ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer</p>	<p>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:</p> <p>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 les 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o</p>

<p>sus derechos; o</p> <p>iii) que 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;</p> <p>iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o</p> <p>2(b) Que el tribunal compruebe:</p> <p>i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o</p> <p>ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado</p>	<p>b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o</p> <p>c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o</p> <p>d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o</p> <p>e) Que la sentencia no es aún 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</p>
---	--

	<p>dictada esa sentencia.</p> <p>2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba:</p> <p>a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o</p> <p>b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.</p>
--	---

Como se puede observar de la tabla anteriormente presentada, existe una razón adicional para negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo, no prevista como causal de nulidad, a saber: “[q]ue la sentencia no es aún 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”.

4. Análisis de casos sobre nulidad en México

Tras haber brindado un panorama general sobre la figura del arbitraje, el procedimiento arbitral y las causales que pueden llevar a declarar la nulidad de un laudo, procederemos a analizar sentencias dictadas por los tribunales mexicanos en procedimientos de nulidad principalmente (incidentales y especiales), aunque también se examinarán sentencias de reconocimiento y ejecución, pues, considerando que las causales previstas en uno y otro procedimiento son prácticamente idénticas, la interpretación de las causales durante el procedimiento

de reconocimiento y ejecución también nos sirven para lograr descifrar la tendencia de los tribunales locales en cuanto a la interpretación y aplicación de las causales de nulidad.

Con dicho análisis, pretendemos comprobar nuestra hipótesis de investigación: que México es una jurisdicción amigable al arbitraje en donde la nulidad — contrario a lo que *Commisa* hizo creer al mundo— es la excepción y no la regla. Durante el análisis de mérito, será posible resolver las siguientes preguntas: ¿la mayoría de los casos bajo análisis fueron procedimientos incidentales o juicios especiales? ¿quién es la “contraparte” en la nulidad/amparo? ¿cuál fue el sentido de la mayoría de las resoluciones en donde se demandó la nulidad del laudo?, en la mayoría de los casos en los que se decretó la nulidad, ¿esta fue total o parcial?, ¿cuál es la tendencia en la distribución de costas? ¿cuál es la duración aproximada del procedimiento? ¿cuál es el nombre del juicio? ¿cuáles son las causales más invocadas? Y, finalmente, ¿cuáles son las causales más exitosas?

Como cuestión preliminar, informamos que el análisis de mérito se condujo sobre un total de 12 casos (10 casos de nulidad y 2 de reconocimiento y ejecución),²⁹⁷ entre los que figuran sentencias de primera instancia, sentencias de amparo (directo e indirecto según haya sido la naturaleza del procedimiento) y sentencias de amparo, cuyos datos de identificación fueron obtenidos de libros, revistas, artículos, tesis aisladas y jurisprudencias disponibles en el Semanario Judicial de

²⁹⁷ Si bien el enfoque de este trabajo de investigación se limita a la interpretación de las causales de nulidad, hemos decidido —ante la dificultad manifiesta de allegarnos de más casos de nulidad o de reconocimiento y ejecución— incluir dos casos donde únicamente se solicitó el reconocimiento y ejecución de laudos, puesto que, dada la identidad de las causales de nulidad con aquellas de reconocimiento y ejecución, la interpretación que hagan los tribunales en este último procedimiento también resulta valiosa para analizar la tendencia en procedimientos donde se reclama la nulidad.

la Federación, de la comparación de información encontrada en la internet con las publicaciones en las listas de acuerdos del Poder Judicial Federal, así como de diversas consultas a profesionales y académicos familiarizados con el tema.

Una vez en poder de los datos necesarios, realizamos diversas consultas a expedientes en la página de la Dirección General de Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, donde obtuvimos las versiones públicas de algunas sentencias. En los demás casos, múltiples solicitudes de información fueron realizadas en la Plataforma Nacional de Transparencia y a través del Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México, mediante las cuales se requirieron las versiones públicas de las mismas.

En este orden de ideas, consideramos pertinente hacer la mención siguiente: México no cuenta con una base de datos especializada en materia de nulidad y/o reconocimiento de laudos arbitrales de los cuales conocen los tribunales nacionales, lo cual hizo nuestra búsqueda sumamente difícil y tardada.

La falta de información de fácil acceso en este sentido repercute no sólo en el trabajo de investigadores interesados en la materia, sino en la posible elección de México como sede arbitral o lugar de ejecución, pues impide a los interesados tener por lo menos una visión general de la tendencia de los tribunales mexicanos frente a peticiones de nulidad o reconocimiento, lo cual implica un grado alto de incertidumbre que muchos —con justa razón— no están dispuestos a correr.

Ante tal situación, consideramos que México podría seguir el ejemplo de sus vecinos latinoamericanos, que han realizado grandes esfuerzos para promover el

arbitraje en su país, tales como Perú, en donde el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado, se dio a la tarea de crear un sitio web que publicó — sin exponer los datos confidenciales de las partes— más de 4,400 laudos arbitrales derivados de contratos públicos celebrados bajo la Ley de Contrataciones con el Estado en Perú, desde el año 2003 hasta el año 2018.²⁹⁸

Este sitio contiene también más de 240 sentencias de nulidad dictadas por el poder judicial de Perú, organizadas de tal forma que datos como: el objeto de la controversia, la fecha y el sentido de la sentencia son de fácil identificación.²⁹⁹

Promover en nuestro país el desarrollo progresivo de una base de datos especializada, que recoja todas las decisiones dictadas —y que se dicten a futuro— con motivo de los procedimientos relacionados no sólo con la nulidad o el reconocimiento y ejecución de laudos, sino con todos los procedimientos derivados de la intervención judicial en el arbitraje (como puede ser, por ejemplo, en materia de otorgamiento o ejecución de medidas cautelares en auxilio al arbitraje), sería sumamente favorable para nuestro país, pues la publicidad de estas resoluciones y el fácil acceso a las mismas reforzaría la ventaja geográfica de México en materia de arbitraje, que podría llevarlo a ser la sede preferida para disputas que involucren a una o ambas partes provenientes de o con negocios en América Latina, impactando positivamente áreas como el turismo y el comercio en nuestro país.

²⁹⁸ DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DEL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE Y PROCESOS AD HOC [PERU], “Laudos que han sido remitidos al OSCE por Tribunales Arbitrales AD HOC y otras Instituciones Arbitrales”, disponible en <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/>

²⁹⁹ *Ídem.*

De los casos analizados extraemos los siguientes datos:

- i) *¿La mayoría de los procedimientos de nulidad fueron vía especial o incidental?*

De 10 casos en los que se intentó la nulidad del laudo, 5 se tramitaron vía incidental,³⁰⁰ y 5 vía especial.³⁰¹ La misma proporción se observa en los casos donde sólo se solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo (1 fue vía incidental y el otro vía especial).³⁰²

Esto atendió al año en que se presentaron las demandas de nulidad correspondientes, es decir, antes de enero de 2011, la vía era incidental, y, después de esta fecha, la nulidad se tramita como juicio especial.

Lo anterior también repercutió en el tipo de amparo que resultó procedente en cada caso (indirecto o directo).

- ii) *Duración aproximada del procedimiento*

La duración total de los casos se computó desde la presentación de la demanda de nulidad hasta la última sentencia disponible. En los casos en los que la sentencia analizada fue de primera instancia o de amparo directo o indirecto, la duración es aproximada, pues no se sabe si existieron demandas de amparo o recursos de revisión, respectivamente.

³⁰⁰ Amparo En Revisión 131/2009, Amparo En Revisión 2160/2009, Amparo En Revisión 358/2010, Amparo En Revisión 755/2011, Amparo En Revisión 527/2011.

³⁰¹, Amparo Directo 06/2012, Amparo En Revisión 140/2013, Amparo Directo 71/2014, Amparo Directo En Revisión 2960/2016, Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017.

³⁰² Amparo Indirecto 410/2010-V (incidental) y Amparo Directo En Revisión 232/2015 (especial).

Razonablemente, varios han pensado que los plazos establecidos en ley para que se lleven a cabo las actuaciones procesales en una u otra vía, son determinantes para sostener que, por ejemplo, los juicios especiales siempre duran más que los incidentales, por la simple razón de que su regulación establece mayores plazos para surtir las actuaciones dentro el procedimiento. A continuación, se presenta una pequeña tabla comparativa de los plazos establecidos para una y otra vía.

<p align="center">Procedimiento Incidental</p> <p>Debía sustanciarse de conformidad con las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles.</p>	<p align="center">Procedimiento especial</p> <p>Su sustanciación está regida por disposiciones contenidas en el mismo capítulo</p>
<p>a) 3 meses para promover nulidad. b) 3 días de vista a la contraparte. c) 10 días de periodo probatorio si se presentan pruebas. d) Audiencia a celebrar dentro de los 3 días siguientes al vencimiento del término para contestar o del periodo probatorio. e) Juez podía suspender el procedimiento incidental y dar oportunidad al tribunal arbitral de corregir la posible causal de nulidad.</p>	<p>a) 3 meses para promover nulidad. b) 15 días de vista a la contraparte. c) 10 días de periodo probatorio si se presentan pruebas. d) Audiencia a celebrar dentro de los 3 días siguientes al vencimiento del término para contestar o del periodo probatorio. e) No hay oportunidad de que tribunal arbitral revise de nuevo el laudo.</p>

De los 5 juicios especiales de nulidad estudiados, el más largo duró 4 años, dos tuvieron una duración aproximada de 3 años, uno culminó en 2 años y el más corto en 1 año. Su duración promedio resultó, en consecuencia, en 2,6 años.³⁰³

³⁰³ Procedimiento especial Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017: 1 año (esa fue sentencia de primera instancia, desconocemos si se interpuso amparo y su correspondiente recurso de revisión); Procedimiento especial Amparo en Revisión 2960/2016: 3 años; procedimiento especial Amparo Directo 06/2012: 3 años; procedimiento especial Amparo Directo 71/2014: 4 años; procedimiento especial Amparo en Revisión 143/2013: 2 años.

Por su parte, 3 de los 5 procedimientos incidentales duraron sólo un año, otro llegó a término en 2 años y el más largo duró 6 años. Su duración promedio fue de 2,2 años.³⁰⁴

Por su parte, el procedimiento incidental de reconocimiento duró 1 año, mientras que el especial duró 2 años.³⁰⁵

De lo anterior se puede apreciar que, si bien en la media la diferencia entre la duración de un tipo de procedimiento de nulidad y otro no varía mucho, considerados en lo individual, la “regla” en la vía incidental es que los procedimientos duraran aproximadamente 1 año, mientras que en la vía especial 1 año resultó ser el menor tiempo en que se resolvía el juicio.

Al respecto, sostenemos la idea de que la duración de un procedimiento incidental o especial no es determinada —principalmente— por la vía, pues, a pesar de que el procedimiento incidental y el juicio especial disponen diferentes plazos para la sustanciación de las actuaciones procesales, del análisis de los casos se desprende que lo verdaderamente determinante en la duración es la incidencia de una multiplicidad de otros factores que afectan a ambos procedimientos sin importar la vía, como son: la complejidad del caso, el número de pruebas, argumentos y causales que hagan valer las partes durante el procedimiento en

³⁰⁴ Procedimiento incidental Amparo en Revisión 131/2009: 1 año; procedimiento incidental Amparo en Revisión 2160/2009: 6 años; incidental amparo en revisión 358/2010: 1 año; procedimiento incidental amparo en revisión 755/2011: 1 año; procedimiento incidental Amparo en Revisión 527/2011: 2 años. Sobre el juicio de mayor duración (Amparo En Revisión 2160/2009), de la sentencia se desprende que el incidente de nulidad fue radicado bajo el número 645/04, esto quiere decir que se inició en 2004, después se interpuso amparo el 8 de agosto de 2008 contra la sentencia de nulidad, recayó sentencia y en contra de esta se interpuso recurso de revisión; la sentencia de amparo en revisión fue dictada el 8 de septiembre de 2010.

³⁰⁵ Procedimiento incidental de reconocimiento Amparo Indirecto 410/2010-V: 1 año; procedimiento especial de reconocimiento Amparo en Revisión 232/2015: 2 años.

primera instancia, si durante el procedimiento hubo declaratorias de incompetencia y recursos que las combatieron, si se solicitó la facultad de atracción de la SCJN, y si esta la ejerció o regresó el expediente, etc.

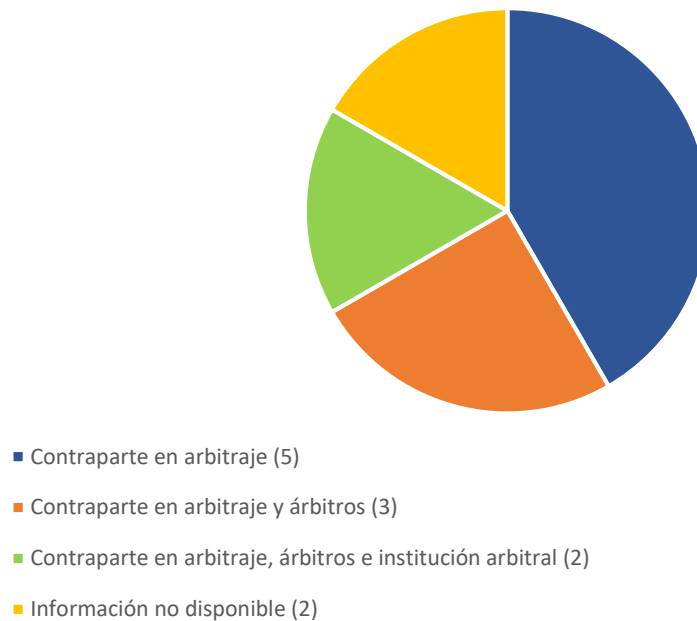
Sobre este particular, podemos mencionar que, en los dos casos de nulidad con mayor duración, se invocó la causal de violación al orden público (artículo 1457, fracción II del Código de Comercio), y la SCJN ejerció su facultad de atracción.³⁰⁶

iii) ¿Quién es la “contraparte” en el juicio especial de nulidad o tercero interesado en el juicio de amparo?

La siguiente gráfica presenta los resultados del análisis de casos respecto de quién o quiénes fueron señaladas por la demandante de nulidad como parte demandada en el juicio de nulidad y como tercero interesado en el juicio de amparo.

³⁰⁶ Amparo en Revisión 2160/2009, vía incidental, que duró 6 años; y el Amparo Directo 71/2014, vía especial, duración 4 años.

Parte Demandada



Consideramos que el señalamiento de la contraparte en el arbitraje como parte demandada en el procedimiento de nulidad es bastante razonable, puesto que esta fue —por lo menos con respecto a algunas pretensiones— vencedora en el arbitraje y se entiende que tiene un interés jurídico en que subsista el fallo a su favor.³⁰⁷

No obstante, de la gráfica anterior también se desprende que, en 5 de los 12 casos analizados, los árbitros fueron señalados por la demandante como parte demandada o terceros interesados en el amparo).³⁰⁸ Por otro lado, en 2 de 12

³⁰⁷ Sobre el interés jurídico, ver los siguientes criterios judiciales: Tesis “INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. IV, Octubre de 2016, pag. 2942; Tesis “INTERÉS JURÍDICO E INTERÉS LEGÍTIMO. SUS DIFERENCIAS EN MATERIA CIVIL.”, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, Mayo de 2014, pág. 2040.

³⁰⁸ Amparo En Revisión 131/2009, Amparo En Revisión 2160/2009, Amparo En Revisión 755/2011, Amparo En Revisión 140/2013, Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017.

casos, la institución que administró el arbitraje también fue señalada como parte demandada.³⁰⁹

Al respecto, es difícil ver cómo, partiendo del supuesto de que los árbitros son independientes e imparciales de las partes y del objeto de la controversia, pueden tener algún tipo de interés en que subsista el laudo materia de la nulidad.

En todos los casos analizados en donde se demandó a los árbitros y/o a la institución administradora, los tribunales mexicanos declararon la improcedencia de la demanda en contra de los mismos, por considerar que ni árbitros ni institución tenían legitimación pasiva en la causa para satisfacer las pretensiones reclamadas,³¹⁰ sustentando su decisión en que ninguno de los dos eran parte de la relación contractual que servía de fundamento a los reclamos exigidos durante el procedimiento. Además, un tribunal en específico hizo la aclaración de que, además, a los árbitros no se les reclamaba una acción directa en su calidad de persona obligada y no de árbitro.³¹¹

Por otro lado, con motivo de esta declaratoria de improcedencia, en uno de los casos que resolvió la Primera Sala de la SCJN, esta aclaró que tampoco podía considerarse que árbitros o institución tuvieran legitimación pasiva cuando la demandante de nulidad exigiera como prestación adicional a la declaratoria de nulidad, la reposición del procedimiento, pues —explicó la Primera Sala— no existe obligación contractual ni legal que los obligue a reponer el procedimiento y a

³⁰⁹ Amparo En Revisión 131/2009 y Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017.

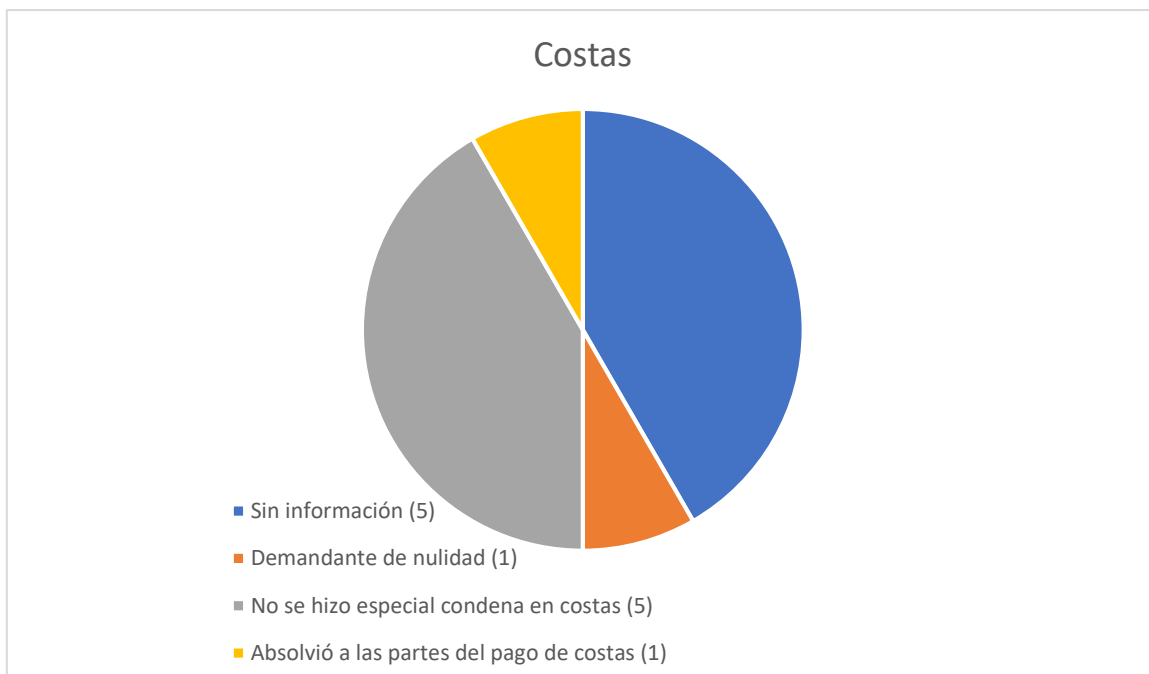
³¹⁰ Entendida como “la calidad de la demandada como persona obligada por la ley para satisfacer un derecho.”

³¹¹ Ver Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017.

emitir un nuevo laudo ante la nulidad del primero, ya que la legislación mercantil sólo contempla la declaración de nulidad —total o parcial—. ³¹²

iv) Tendencia en la determinación de costas ¿igual distribución entre las partes o a cargo de la parte vencida?

A continuación, presentamos una gráfica que ilustra la tendencia en la condena en costas en procedimientos incidentales o juicios especiales de nulidad.



Los razonamientos vertidos por los tribunales en las sentencias analizadas demuestran que estos siempre enfatizaron que la condena en costas procederá contra la parte que inicie demandas “improcedentes” de conformidad con el artículo 1084 del Código de Comercio, pero que esto es distinto a que los reclamos de la demandante, tras haber sido estudiados en el fondo, se declaren

³¹² Amparo en Revisión 755/2011.

“infundados”, determinación que, por sí misma, no actualiza la condena en costas.³¹³

Adicionalmente, en una sentencia de primera instancia, el juez de distrito determinó que no se hacía especial condena en costas, no bajo un criterio de improcedencia de la demanda, sino de ausencia de “temeridad” o “mala fe” en las actuaciones de las partes durante el procedimiento.³¹⁴

Este razonamiento fue utilizado, a su vez, por otro juez de primera instancia —que fue posteriormente confirmado por la Primera Sala de la SCJN—, pero, en este caso, sirvió de fundamento para condenar a la demandante de nulidad al pago de las costas del procedimiento, bajo el argumento de que esta había actuado con temeridad al interponer la demanda de nulidad sin aportar pruebas para respaldar sus reclamos, de conformidad con el artículo 1084 del Código de Comercio.³¹⁵

De los resultados anteriores se desprende que la tendencia de los tribunales mexicanos sobre la asignación de costas del procedimiento de nulidad y/o reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales es condenar a la parte demandante, únicamente cuando se ubique en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 1084 del Código de Comercio.³¹⁶

³¹³ Sin información: Amparo en Revisión 131/2009, Amparo Indirecto 410/2010, Amparo en Revisión 140/2013, Amparo Directo en Revisión 232/2015, Amparo en Revisión 755/2011; Condena a quien promovió incidente o juicio de nulidad: Amparo en Revisión 2160/2009; No se hizo especial condena en costas: Amparo en Revisión 358/2010, Amparo Directo 06/2012, Amparo Directo 71-2014, Amparo Directo en Revisión 2960/2016; Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017; Se absolvió a las partes del pago de costas Amparo en Revisión 527/2011.

³¹⁴ Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017.

³¹⁵ Amparo en Revisión 2160/2009.

³¹⁶ *Código de Comercio*, Artículo 1084, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1084.- La condenación en costas se hará cuando así lo prevenga la ley, o

Coincidimos con el enfoque de los tribunales, pues la condena en costas cuando se actualiza la improcedencia de la demanda tiene como objetivo evitar el abuso de la maquinaria y protección judicial, mientras que, si también se condenara en costas cuando los reclamos resultan infundados, se estaría desincentivando a los particulares a hacer efectivos sus derechos, por miedo a ser condenados en costas en caso de resultar vencidos en juicio, aunque lo “infundado” de sus pretensiones no sea una cuestión evidente, temeraria ni de mala fe.

v) *¿Cuál es el nombre del juicio?*

De las 6 sentencias incidentales analizadas (5 de nulidad y 1 de reconocimiento y ejecución), concluimos que la denominación dada a este procedimiento por los tribunales locales fue homogénea, a saber: “incidente de nulidad de laudo arbitral” o “incidente de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral”, respectivamente.

Por el contrario, en los 6 juicios especiales (5 de nulidad y 1 de reconocimiento), se puede apreciar cierto grado de inconsistencia en el nombre, donde, si bien guardan cierta identidad, esta diferencia puede representar un problema para efectos de su búsqueda o clasificación. Algunos de los nombres que han sido utilizados para referirse al juicio de nulidad son “juicio especial sobre

cuando a juicio del juez se haya procedido con temeridad o mala fe. Siempre serán condenados: I. El que ninguna prueba rinda para justificar su acción o su excepción, si se funda en hechos disputados; II. El que presentase instrumentos o documentos falsos, o testigos falsos o sobornados; III. El que fuese condenado en juicio ejecutivo y el que lo intente si no obtiene sentencia favorable. En este caso la condenación se hará en la primera instancia, observándose en la segunda lo dispuesto en la fracción siguiente; IV. El que fuese condenado por dos sentencias conformes de toda conformidad en su parte resolutive, sin tomar en cuenta la declaración sobre costas. En este caso, la condenación comprenderá las costas de ambas instancias; V. El que intente acciones o haga valer cualquier tipo de defensas o excepciones improcedentes o interponga recursos o incidentes de este tipo a quien no solamente se le condenará respecto de estas acciones, defensas, excepciones, recursos o incidentes improcedentes, sino de las excepciones procesales que sean inoperantes.”

transacciones comerciales y arbitraje”, “juicio especial sobre nulidad de laudo arbitral” y “juicio especial mercantil de nulidad de laudo arbitral”.

No obstante la diferencia en el nombre, el análisis de estas sentencias muestra que la interpretación que se dio a las disposiciones aplicables a los mismos fue consistente. Por ejemplo, en cuanto a la posibilidad de reconvenir en un juicio de nulidad sobre el reconocimiento y ejecución del laudo, o la imposibilidad del juzgador de sustentar su determinación sobre costas sólo en lo infundado del reclamo.

vi) *Sentido de la mayoría de las determinaciones: ¿nulidad? ¿total o parcial?*

De las 10 sentencias de nulidad —tanto incidentales como especiales— se desprende que sólo en 1 caso, el Amparo Indirecto en Revisión 358/2010 (COMMISA), se decretó la nulidad del laudo por violaciones al principio de *res judicata* y de inarbitrabilidad de la rescisión administrativa, como vertientes del orden público.

Esta decisión es considerada como el talón de Aquiles del arbitraje en México, pues fue altamente controvertida —y mundialmente conocida—. Existe la creencia generalizada de que, hasta el caso Commisa, la rescisión administrativa era considerada por muchos como un acto de *iure gestionis*, y, por lo tanto, arbitrable.³¹⁷ Sin embargo, muchos aseguran que este polémico caso motivó la reforma de 2009 a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las

³¹⁷ Herfried Wöss, Dante Figueroa, Jennifer Cabrera, “ICC Mexico: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.”, Pauta 75, Agosto 2015, p. 7.

Mismas, en donde se incluyó expresamente la imposibilidad de arbitrar la rescisión administrativa.

Este caso se originó con motivo de un contrato de obra pública celebrado en 1997 entre Pemex Exploración y Producción (“Pemex”) y Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral (“Commisa”), el cual contenía una cláusula arbitral redactada en términos amplios, que dotaba de competencia al tribunal arbitral para conocer de “cualquier controversia [...] vinculada con este contrato o el incumplimiento del mismo...”.

En diciembre de 2004, Pemex declaró la rescisión administrativa del contrato, alegando (i) abandono de la obra y (ii) no acatamiento del contratista de las instrucciones de la entidad. Inconforme con dicha determinación, Commisa promovió demanda de amparo indirecto, seguido ante el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal, el cual ordenó sobreseer el juicio por considerar que Pemex, al decretar la rescisión administrativa, no había actuado en calidad de autoridad responsable. En contra de dicha resolución, Commisa interpuso recurso de revisión, en el cual, eventualmente, se reconoció que Pemex sí tenía la calidad de autoridad al momento de la rescisión, pero se negó el amparo a la quejosa, bajo argumentos como:

“El reconocimiento de la potestad o facultad de la rescisión administrativa encuentra plena justificación, por la circunstancia de que si en el ámbito civil, donde prevalece como regla general el interés privado, existe la previsión legal de que los contratantes sujetos a este régimen pueden, bajo

determinadas condiciones, rescindir motu proprio los contratos bilaterales en que intervengan, sin necesidad de acudir a los tribunales, es lógico que tratándose de la esfera administrativa, en la cual imperan razones superiores, vinculadas al interés general, esa misma facultad pueda ser ejercida por los órganos de autoridad, cuando celebren contratos con particulares, pues con ello la Administración Pública persigue la posibilidad de actuar con mayor oportunidad y eficiencia. [...] La rescisión constituye un acto de autoridad administrativa ajeno a una mera relación entre particulares, que no impide el acceso a la administración de justicia por parte del gobernado. [...] debe concluirse que el conocimiento de la referida controversia compete al Juez de Distrito especializado en materia administrativa.”

Paralelamente al juicio de amparo, Commisa promovió juicio arbitral de conformidad con la cláusula arbitral del contrato de obra pública, en donde reclamó, entre otras cosas, la ilegalidad de la rescisión decretada. Ante tales reclamos, Pemex opuso la excepción de cosa juzgada, alegando que los tribunales mexicanos ya habían decidido sobre el apego a derecho de la declaratoria de rescisión administrativa.

El tribunal arbitral, en el laudo final, resolvió:

“Desestimar las excepciones de incompetencia y cosa juzgada, así como las demás defensas y argumentos planteados por la entidad para impedir que el tribunal decida el fondo de las controversias sometidas a su consideración, y declarar que dicho tribunal [era] competente para resolver todas las cuestiones debatidas en este arbitraje. [...] La rescisión [carece] de fundamentos fácticos y jurídicos, pues la contratista no incurrió en los incumplimientos que se le imputan y que sirven de fundamento a la declaratoria de rescisión...”

Pemex buscó la nulidad de laudo, la cual fue negada en la primera instancia, entre otras cosas, bajo la consideración de que: “no era obstáculo la existencia de la rescisión administrativa decretada y del finiquito, ya que no tenían el carácter de definitivos, al poder ser anulados, confirmados, modificados o revocados por autoridad competente, ya fuera en una demanda ordinaria administrativa o a través del juicio contencioso administrativo e inclusive, por un tribunal arbitral con motivo de que las partes así lo hubiesen acordado, lo que ocurría en la especie donde los contendientes hicieron tal sustitución.” y que “el pacto arbitral no atentaba contra el orden público ya que en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, anterior a las reformas, no existía norma alguna que prohibiera la exclusión del pacto arbitral las cuestiones relativas a la rescisión administrativa o terminación anticipada de los contratos de obra pública.”.

Contra tal determinación, Pemex promovió juicio de amparo indirecto, alegando la violación al principio de cosa juzgada, institución de orden público, porque “el juez responsable no tomó en consideración que el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito decretó y resolvió que la rescisión era válida, es decir, resolvió el tema de la rescisión que la Contratista planteó simultáneamente ante los tribunales federales como ante el tribunal arbitral.” y que “el juez responsable de forma indebida determin[ó] que la sentencia del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que resuelve el amparo en revisión promovido por la Contratista contra la rescisión administrativa decretada por la Entidad podía ser revocada por el tribunal arbitral en el laudo arbitral.”. Se negó el amparo.

Pemex interpuso recurso de revisión, resuelto por el Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el cual concedió el amparo a Pemex y revocó la sentencia recurrida, implicando que se concediera la nulidad del laudo. Este tribunal colegiado sustentó su decisión en argumentos del siguiente tenor: (i) al dictar la rescisión administrativa, tal acto de autoridad impedía al tribunal arbitral pronunciarse a ese respecto aun cuando lo hiciera de manera indirecta o paralela; (ii) sólo a través del juicio administrativo y, en su caso, posteriormente a través del juicio de amparo directo, podía dejarse sin efectos o modificarse un acto de autoridad como es la rescisión administrativa; (iii) si la Segunda Sala de la SCJN en el amparo que se promovió contra la rescisión administrativa, había determinado que era a través del juicio administrativo federal como se debía impugnar aquélla; tal determinación constituía cosa juzgada refleja

que impedía al tribunal arbitral emitir el laudo relativo; (iv) no se podía resolver el arbitraje sin afectar la rescisión administrativa, por lo que el laudo es contrario al orden público; (v) la rescisión administrativa de un contrato de esta naturaleza, incluidos sus efectos, están enmarcados por disposiciones y procedimientos de orden público, por lo que se trata de una materia inarbitrable.

No obstante la determinación anterior, como se mencionó anteriormente, 9 de 10 sentencias de nulidad negaron esta y sostuvieron la validez del laudo, bajo interpretaciones —desde nuestro punto de vista— bastante atinadas sobre las disposiciones que rigen a este procedimiento.

Por ejemplo, en el Amparo en Revisión 755/2011, decidido tan sólo unos meses después del caso *Commisa*, la Primera Sala de la SCJN negó el amparo a la quejosa que intentaba la nulidad.

Este caso se originó con motivo de un contrato de distribución celebrado en el año 2000, durante la vigencia del cual una de las partes lo dio por terminado unilateralmente. La contraparte inició un procedimiento arbitral ante la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (“CANACO”) buscando, entre otras cosas, la declaración de ilegalidad de la terminación del contrato, la cual, en el laudo de fondo, fue concedida por el tribunal arbitral. Una de las partes promovió nuevamente juicio arbitral, ahora para efectos de que el tribunal declarara si “[X] causó daños y perjuicios a [Y] al haber dado por terminado el Contrato de Distribución Autorizado, sin observar el procedimiento pactado en dicho acuerdo de voluntades.” Y que se pronunciara sobre la procedencia de diversos pagos conforme al contrato.

En el segundo procedimiento arbitral, el tribunal resolvió absolver a la demandada del pago por concepto de daños y perjuicios; sin embargo, la condenó a pagar otras cantidades derivadas del contrato; y resolvió no admitir una supuesta prueba superveniente ofrecida por las demandadas.

En contra de este laudo, la demandada en el arbitraje inició el incidente de nulidad correspondiente, alegando “que el tribunal arbitral transgredió el pacto arbitral convenido por las partes y el orden público al negarse a recibir la prueba superveniente ofrecida” “que el tribunal arbitral se excedió en sus facultades y prerrogativas, con violación al orden público y al pacto arbitral, al no apegarse a lo decidido en el [primer laudo], que constituye cosa juzgada.” y “la emisión de un nuevo laudo apegado a la sentencia que se dicte en el juicio.”

En primera instancia, el Juez Primero de lo Civil del Distrito Federal concedió la nulidad por considerar que el laudo no se había ajustado al acuerdo de las Partes ni a la legislación mexicana al no admitir la prueba superveniente ofrecida y al no ordenar la designación de perito tercero ante la existencia de dictámenes contradictorios en la prueba pericial ofrecida durante el arbitraje, lo cual infringía el orden público y el principio de cosa juzgada. Así, el juez condenó al tribunal arbitral reponer el procedimiento de arbitraje, de acuerdo con la sentencia de mérito.

La parte interesada en la subsistencia del laudo interpuso amparo indirecto en contra de dicha resolución, argumentando que la no admisión de la prueba superveniente no podía ser considerada como una causal de nulidad, porque,

primero, en una orden procesal dictada durante el arbitraje las partes habían pactado las reglas para la presentación de pruebas supervenientes, mismas que no habían sido observadas por la demandante de nulidad; que el tribunal no estaba obligado a designar a un perito tercero y, finalmente, que el tribunal no violaba el principio de cosa juzgada, pues lo pedido y resuelto por este era distinto de lo resuelto en el primer laudo.

El amparo fue negado, por lo que la quejosa interpuso recurso de revisión, sobre el cual la Primera Sala de la SCJN ejerció su facultad de atracción, resolviendo que: (i) las causas de nulidad son limitativas, lo que implica que distinto supuesto o incluso alguno análogo a las dos fracciones del transcrito artículo 1457 del Código de Comercio, no puede ser considerado como causa o supuesto para decretar la nulidad; (ii) una cosa es que, en efecto, la prueba pueda ser relevante para demostrar los hechos relatados por una de las partes y otra que esa situación le exceptúe de cumplir con las reglas del procedimiento pactado, en el entendido de que la actualización del primer supuesto no lleva necesariamente al segundo, por lo que ese concepto de violación se declaró infundado; (iii) la cosa juzgada constituye un principio de derecho útil a la sociedad por la seguridad jurídica que genera; pero se parte de la base de que se atenta contra el principio de cosa juzgada cuando el juez es llamado a decidir la misma cuestión resuelta en un juicio anterior esto es, cuando en ambos juicios se está en presencia de estas tres identidades: sujetos, objeto y causa. Además, la Primera Sala sostuvo que la determinación de si existe o no cosa juzgada no es un tema que se encuentre

reservado para su resolución a los órganos del Estado, sino que es susceptible de someterse a la consideración del o de los árbitros que designen las partes.

En este sentido, explicó que, mientras que en el primer arbitraje se demandó la determinación de si una parte había cumplido con el procedimiento pactado en el contrato para la realización de determinadas obligaciones, y no así la declaratoria de si las partes, con su conducta, habían modificado las estipulaciones pactadas, como se hacía en el segundo arbitraje, por lo que no se actualizaba la cosa juzgada. Finalmente, la Primera Sala se pronunció sobre la designación de un perito tercero, afirmando que, de conformidad con el Código de Comercio, esta es potestativa, aunque en disputas de naturaleza judicial el juez tenga, de oficio, que designar a alguno.

Este razonamiento nos parece adecuado, pues la Primera Sala logra distinguir claramente entre aquellos principios de derecho considerados como esenciales por el ordenamiento jurídico mexicano (*i.e.* la cosa juzgada), de aquellas disposiciones que, si bien son obligatorias para los juzgadores, no necesariamente recogen principios elementales de justicia procesal o sustantiva (*i.e.* la designación de un perito tercero).

Al considerar que los árbitros no están obligados a solicitar el dictamen de un perito tercero cuando hay dictámenes contradictorios, la SCJN también está preservando la libertad de valoración de las pruebas que tienen los árbitros durante el procedimiento, facultad reconocida en el artículo 1435 del Código de Comercio, que establece lo siguiente: “[a] falta de acuerdo, el tribunal arbitral

podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.”

Otra sentencia que vale la pena mencionar, es la dictada en el Amparo 71/2014, en donde la Primera Sala de la SCJN negó el amparo a la quejosa que buscaba la nulidad y reconoció la validez del laudo arbitral.

En este caso, una entidad pública firmó con un particular un contrato de compromiso de generación de energía eléctrica, derivado de una licitación pública internacional. Dicho contrato contenía una cláusula de resolución de disputas que, por un lado, dotaba de competencia a un experto para resolver cuestiones técnicas, y, por otro lado, reservaba para el tribunal arbitral las disputas de carácter legal.

Durante el desarrollo del contrato, discrepancias entre las partes respecto a la ocurrencia de situaciones que una de ellas afirmaba ser un caso fortuito, llevaron a las partes a someter dicha controversia a un perito independiente, el cual rindió su dictamen concluyendo que no se actualizaba caso fortuito alguno.

La parte inconforme inició un procedimiento arbitral, afirmando que el tribunal tenía la facultad de revisar la determinación del perito, pues el “caso fortuito” era un concepto legal y no técnico. En el laudo final, el tribunal arbitral confirmó —a partir de la interpretación de las cláusulas del contrato— tener competencia para resolver en definitiva sobre el dictamen del perito, y concluyó que se actualizaba el caso fortuito.

La parte vencida en el arbitraje inicio el juicio especial de nulidad, argumentando que: (i) el tribunal había decidido una controversia que no se encontraba dentro de su competencia de acuerdo con el acuerdo arbitral ((1457, fracción I, inciso c)); (ii) que el procedimiento arbitral no se había ajustado al acuerdo celebrado entre las partes (1457, fracción I, inciso d)), pues el tribunal había decidido sobre una disputa técnica que las partes habían asignado específicamente al perito; y (iii) violación al orden público derivado de la violación al principio de equidad procesal, pues el tribunal arbitral había relevado a la contraparte de la carga de la prueba de acreditar la existencia del caso fortuito. La nulidad fue negada. La demandante de nulidad interpuso amparo directo, que fue atraído por la SCJN.

Al respecto, la Primera Sala resolvió confirmar la sentencia recurrida, bajo las siguientes consideraciones: (i) para determinar si el tribunal arbitral se excedió en su determinación, es necesario interpretar los contratos, lo cual no implica sustituir la interpretación del tribunal arbitral, pues la revisión en la instancia judicial busca únicamente verificar que la interpretación dada por el tribunal arbitral haya sido alcanzada a partir de un método interpretativo razonable; y (ii) el tribunal resolvió tener competencia a partir de la interpretación de las cláusulas del contrato, y dio una explicación razonable.

Por cuanto hace a la supuesta violación al orden público, la Primera Sala enfatizó que el orden público no sólo se ve afectado cuando se detecta una afectación a la colectividad o a un bien público del que todos se benefician, sino también se viola cuando se afectan los principios objetivos del ordenamiento jurídico, entre los que

se encuentran determinados derechos constitucionales. En este sentido, continuó la Primera Sala indicando que:

“Esta Sala observa que el defecto de la argumentación de la quejosa radica en suponer que el tribunal arbitral debe cumplir con todas las formalidades esenciales del procedimiento, de manera idéntica a la forma en que un tribunal del Estado queda vinculado a respetar del debido proceso, lo que no puede compartirse, por las mismas razones que esta Suprema Corte ha concluido reiteradamente que un tribunal arbitral no debe cumplir con las exigencias de fundamentación y motivación. [...] Lo concluido no implica que esta Corte disocie del orden público al debido proceso como parámetro de control de un arbitraje; lo que se niegue es que se deba entender sobre la base de las mismas exigencias aplicables a los tribunales del Estado. [...] Al debido proceso subyace el principio de audiencia o de defensa, el cual exige que una persona sea oída antes de resolver sobre alguna cuestión que le afecte, lo que se logra claramente cuando se constata (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas; tomando ello como mínimo, debe concluirse que

en el caso concreto, como se concluye en la sentencia reclamada, no se violó el referido debido proceso. [énfasis añadido]”

Así, la Primera Sala declaró infundado este concepto de violación, al concluir que el tribunal arbitral nunca relevó de la carga de la prueba a la parte que invocaba el caso fortuito, sino que, por el contrario, lo que hizo fue una valoración de las pruebas aportadas por la mismas —facultad que le está reconocida—, a partir de la cual consideró probada la existencia del caso fortuito. Por lo tanto, la Sala concluyó que el concepto de violación iba dirigido a combatir el criterio interpretativo del tribunal, y no, por ejemplo, la falta de motivación.

Por otro lado, la Sala rechazó el argumento de violación al orden público basado en que el laudo impacta las condiciones de generación de energía eléctrica, repercutiendo en la prestación de un servicio público. Al respecto, la Sala sostuvo que “al decidir que las controversias sobre contratos públicos se resuelvan a través de árbitros, la Administración Pública razonablemente pudo anticipar que las indeterminaciones semánticas del contrato y la resolución de las interrogantes interpretativas sobre la aplicación de las cláusulas a cada caso concreto por parte de los árbitros, tendrían impacto, de una u otra forma, en la operación de la generación de energía eléctrica.” Y, finalmente, que “[l]os jueces constitucionales no deben valorar los méritos de política pública de las decisiones tomadas por los árbitros, cuando resuelvan una controversia sobre un contrato público; ello no está permitido por la causal de nulidad relativa a la violación al orden público...”

La determinación anterior nos parece, en general, atinada.

Nos merece el comentario de atinada, pues elimina la posibilidad de que cualquier laudo que impacte la prestación de un servicio público o el presupuesto asignado a esa autoridad, pueda considerarse que contraviene el orden público.

Lo anterior no deja de considerar que, evidentemente, cualquier pago a cargo de la entidad se tomará del presupuesto que anualmente se le asigna, pero, por otro lado, la justificación de sostener tal determinación es congruente, primero, porque la violación al orden público no radica en que se condene a la autoridad a realizar algún pago —lo cual podría hacerse incluso en una instancia judicial—, sino en la violación a principios elementales que sustentan el ordenamiento mexicano (por ejemplo, respecto de aquellas cuestiones que no son disponibles para las partes a través de arbitraje); y segundo, porque se reconoce y garantiza el ejercicio de libertades con relevancia constitucional, como es pactar el arbitraje como medio alternativo de solución de controversias.

Adicionalmente, desde nuestro punto de vista, la aclaración que hace la Sala en esta sentencia sobre el orden público: que el mismo no sólo se ve afectado cuando se detecta una afectación a la colectividad o a un bien público del que todos se benefician, sino también se viola cuando se afectan los principios objetivos del ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran determinados derechos constitucionales, supera criterios anteriores en donde sólo se consideró por algunos tribunales como una violación al orden público cuando impactaba negativamente en la colectividad, sin considerar si a nivel individual se violaban derechos constitucionalmente protegidos.

No obstante, consideramos necesario mencionar que, si bien en esta sentencia se indicó que el estándar de revisión de los laudos en la instancia judicial debe limitarse a corroborar la existencia de un “método interpretativo razonable” en el cual se funden las determinaciones de los árbitros, lo cierto es que el término “razonable” resulta sumamente subjetivo, abriendo la puerta a la existencia de un amplio abanico de posibilidades entre lo “razonable” y lo que no lo es, permitiendo, en el mejor de los casos, la aceptación de muchos y muy variados métodos de interpretación como “razonables” pero, en el peor de los casos, la exclusión de métodos que, por no ser comúnmente usados, puedan ser considerados como “irrazonables”.

Finalmente, las sentencias en el Amparo en Revisión 2160/2009 y en el Amparo en Revisión 140/2013 merecen también ser mencionadas.

En la primera de ellas, el juez de primera instancia se pronunció sobre el reconocimiento y ejecución hecho valer como defensa ante la nulidad solicitada, sentencia contra la cual se concedió el amparo por considerar que el juez únicamente podía pronunciarse sobre la procedencia de la nulidad.

Por cuanto hace al segundo caso, el juez de primera instancia negó a la parte demandada en el juicio de nulidad la posibilidad de reconvenir el reconocimiento y ejecución del laudo, argumentando que:

“...El reconocimiento y ejecución solicitados deben ser planteados en juicios separados, porque el juicio de nulidad sólo puede tener como finalidad resolver sobre tal aspecto y no

es dable que tenga el alcance de ordenar la ejecución del laudo arbitral. A partir de la hipótesis, que la petición de ejecución constituye un procedimiento destacado que no puede ser substanciado dentro del juicio de transacciones comerciales relativo a la nulidad del laudo. [...] Lo anterior, tiene como sustento jurídico el hecho de que la resolución que declara improcedente la nulidad solicitada en contra de un laudo arbitral, si bien es cierto implica su validez también lo es que se trata de una determinación meramente declarativa que no lleva implícito un principio de ejecución en este propio procedimiento al reconocer únicamente una situación jurídica preexistente. [...] Si el Código de Comercio contiene un capítulo expreso que trata de la nulidad del laudo arbitral y otro relativo a su ejecución, es claro que no es a través de este juicio cuya litis es la nulidad o validez del laudo arbitral, por medio del cual pueda solicitarse su ejecución, sino a través del procedimiento expresamente establecido por el legislador para tal efecto.”

Afortunadamente, la sentencia de amparo y la de primera instancia fueron eventualmente dejadas sin efectos por los tribunales de amparo, por considerar que: (i) se violaban los principios de expedites en la impartición de justicia; (ii) si bien en el Código de Comercio la nulidad y el reconocimiento se prevén como figuras distintas, las causales para una y otra son prácticamente idénticas; (iii) al dictarse sentencia —firme— que niegue la nulidad, se entiende que la misma tiene carácter de cosa juzgada, por lo que al haberse solicitado por la parte demandada

en vía de defensa la ejecución del laudo arbitral, se considera que debe ordenarse su ejecución, al haber obtenido sentencia favorable a sus intereses en el juicio especial sobre nulidad de laudo arbitral.

Este razonamiento nos parece completamente acertado, pues, de sostener que nulidad y reconocimiento y ejecución deben ser tramitados en procedimientos distintos, se estaría, primero y como fue afirmado por los tribunales que revocaron estas sentencias, violando el principio de celeridad en la impartición de justicia y, segundo, abriendo la puerta a que la parte que no logró la nulidad pueda oponerse, en un procedimiento posterior, al reconocimiento y ejecución del laudo bajo prácticamente las mismas causales, que implicarían un segundo análisis sobre la existencia o no de estas (las cuales son prácticamente idénticas), determinación que ya sería cosa juzgada por haber sido motivo de un procedimiento anterior.

Ahora bien, por cuanto hace al reconocimiento y ejecución de las 2 sentencias discutidas, se negó el reconocimiento y ejecución sólo en 1 (Amparo Indirecto 410/2010—V).

En este caso, relacionado con un contrato de construcción, el reconocimiento y ejecución del laudo fue negado por considerar que se habían violado garantías del debido proceso (orden público), tales como el derecho de contradicción, al comprobarse que el árbitro no corrió traslado de los escritos presentados por las partes a su contraria, ni les concedió una audiencia de pruebas y alegatos para que contradijeran los argumentos de su contraparte.

Al respecto, el juzgador que resolvió consideró que el hecho de que la parte vencida en el arbitraje no haya objetado durante el procedimiento arbitral por las omisiones del árbitro, no significaba que aplicara la renuncia prevista en el artículo 1420 del Código de Comercio,³¹⁸ pues las omisiones consistían en hechos negativos contra los cuales las partes no pudieron inconformarse hasta que mediara una notificación de cierre de procedimiento, lo cual tampoco ocurrió, por lo que fue hasta el dictado del laudo final que las partes pudieron reclamar dichas violaciones.

La denegación de reconocimiento de este laudo nos parece adecuada, pues, al impedir el derecho de contradicción, dicha determinación impacta directamente en la capacidad de las partes para hacer valer sus derechos (artículo 1462, fracción I, inciso b), referente a las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral).

vii) Causales más invocadas y causales más exitosas

La siguiente gráfica presenta los resultados obtenidos de las sentencias de nulidad y reconocimiento analizadas, con respecto a las causales invocadas en cada una (ya sea para lograr la nulidad o para resistir el reconocimiento y ejecución del laudo) y cuáles de estas fueron las más exitosas.

³¹⁸ *Código de Comercio*, Artículo 1420, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión: “[a]rtículo 1420.- Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición del presente título de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo y no lo hace, se entenderá renunciado su derecho a impugnar”



Como puede verse, las causales más invocadas es la prevista en el inciso d) de la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, referente a que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento no se ajustaron al acuerdo de las partes, y violación al orden público, seguidas de: la controversia no esté prevista en el acuerdo arbitral o el laudo contiene decisiones que lo exceden.

Sobre la primera, en casi todos los casos analizados, dicha causal se invocó para hacer valer supuestas violaciones durante el procedimiento —y no se refirió realmente a la composición del tribunal—, ya que se alegaban transgresiones a disposiciones del reglamento de arbitraje o del código de comercio, que equivaldría a violación del acuerdo arbitral porque las partes sometieron el

procedimiento a las leyes procesales e incluso sustantivas de la sede, es decir, de México.

Ahora bien, por cuanto hace a las causales más exitosas, debe recordarse que, en el único caso en el que se decretó la nulidad del laudo (caso Commisa), fue por considerarse que el objeto de la controversia era inarbitrable y que se violaban principios de orden público (cosa juzgada).

Por cuanto hace a la única sentencia que negó el reconocimiento y ejecución del laudo (Amparo Indirecto 410/2010-V), esta determinación se fundó en tres diferentes causales: la decisión excedía el acuerdo arbitral (1457, fracción I, inciso c)); el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo de las partes (1457, fracción I, inciso d)); y, el laudo es contrario al orden público, por violar el debido proceso (1457, fracción II).

Derivado de lo anterior, podemos concluir que las causales más exitosas —pese a que dicho éxito es excepcional— es: la violación al orden público (1457, fracción II), invocada en 8 y exitosa en 2, y el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo de las partes (1457, fracción I, inciso d)), invocada en 8 casos y exitosa sólo en 1.

Al respecto, cabe mencionar que ciertas violaciones durante el procedimiento pueden configurar también violaciones al orden público. Por ejemplo, en el Amparo Indirecto 410/2010-V, se consideró que el laudo atentaba en contra del orden público por violaciones al debido proceso, que también fueron encuadradas bajo la fracción I, inciso d) del artículo 1457 del Código de Comercio.

En nuestra opinión, cuando se pretende la nulidad por violaciones durante el procedimiento, dado el carácter indefinido del orden público, es más sencillo demostrar que el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo de las partes, que probar que el laudo transgrede el orden público.

V. Conclusión³¹⁹

PRIMERA. México es una jurisdicción amigable al arbitraje como sede del procedimiento y, también, como lugar de ejecución, en donde la nulidad y/o denegación de reconocimiento de laudos arbitrales es la excepción y no la regla.

SEGUNDA. El sentido de la mayoría de las sentencias analizadas fue favorable al arbitraje, pues del total de sentencias de juicios de nulidad y reconocimiento analizadas, sólo en el 8.3% de los casos se decretó la nulidad del laudo o se negó el reconocimiento y ejecución.

TERCERA. En el 83% de las sentencias analizadas, la contraparte en el juicio de nulidad/amparo es la contraparte en el arbitraje.

CUARTA. En los casos en los que se designó a los árbitros y/o a la institución administradora como parte demandada, los tribunales mexicanos declararon la improcedencia de la demanda respecto de estos, pues resolvieron que ni los árbitros ni la institución administradora tienen legitimación pasiva en el juicio de nulidad.

³¹⁹ A menos que se mencione explícitamente “juicio especial de nulidad”, las conclusiones presentadas en este capítulo comprenden los datos obtenidos tanto de las sentencias de juicios especiales de nulidad, como de los incidentales.

QUINTA. La tendencia en la distribución de costas en el juicio de nulidad es condenar a la parte demandante, únicamente cuando se ubique en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 1084 del Código de Comercio.

SEXTA. Los tribunales mexicanos no condenan en costas si la acción de nulidad se declara “infundada”, pero sí cuando la demanda de nulidad haya sido declarada “improcedente”.

SÉPTIMA. La duración promedio del juicio especial de nulidad es de 2.6 años, mientras que la del incidente de nulidad es de 2.2 años.

OCTAVA. La duración de un procedimiento incidental o especial es principalmente determinada por: i) las causales que hagan valer las partes durante el procedimiento en primera instancia; ii) si durante el procedimiento hubo declaratorias de incompetencia y recursos que las combatieron; iii) si se solicitó la facultad de atracción de la SCJN, y iv) si esta la ejerció o no.

NOVENA. Las dos causales de nulidad más invocadas fueron: i) el procedimiento no se ajustó al acuerdo de las partes (artículo 1457 del Código de Comercio, fracción I, inciso d)); y ii) el laudo es contrario al orden público (artículo 1457 del Código de Comercio, fracción II).

DÉCIMA. La causal de nulidad más exitosa fue la violación al orden público, prevista en el artículo 1457 del Código de Comercio, fracción II, invocada en 66.67% de los casos y exitosa en el 25% de estos; seguida de “el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo de las partes”, invocada en el 66.67% de los casos y exitosa sólo en el 12.50%.

DÉCIMO PRIMERA. El 83.33% de los casos analizados fueron iniciados en juzgados de distrito en materia civil del Distrito Federal (competencia federal). El 16.67% de las sentencias resueltas por tribunales locales fueron emitidas por jueces de lo civil del Distrito Federal.

DÉCIMO SEGUNDA. En el 58.33% de las sentencias analizadas, la autoridad que resolvió en última instancia fue la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

DÉCIMO TERCERA. Los tribunales mexicanos reconocieron que el deber de motivar los laudos, salvo acuerdo en contrario de las partes, no deriva de la observancia de disposiciones constitucionales aplicables a las autoridades judiciales, sino del pacto entre las partes, por lo cual dicho deber se desliga de los artículos 14 y 16 constitucional y se entiende renunciable.

DÉCIMO CUARTA. El estándar de revisión en la instancia judicial de la motivación en los laudos arbitrales se limita a comprobar si existe una explicación fundada en un “método interpretativo razonable” para arribar a la decisión contenida en el laudo.

DÉCIMO QUINTA. Los tribunales mexicanos reconocen la posibilidad de reconvenir el reconocimiento y ejecución del laudo en un juicio de nulidad, como expresión del principio de expedita y eficaz administración de justicia, consagrado en el artículo 17 constitucional.

DÉCIMO SEXTA. Al interpretar la causal de violación al orden público, prevista en el artículo 1457, fracción II del Código de Comercio, los tribunales mexicanos han distinguido entre aquellos principios de derecho considerados como esenciales por el ordenamiento jurídico mexicano (orden público), de aquellas disposiciones que, si bien son obligatorias para los juzgadores, no necesariamente recogen principios elementales del orden jurídico.

VI. Bibliografía

A

2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, publicado por Queen Mary University of London y White & Case LLP.

A. Mistelis, Loukas, “Award as an investment: the value of an arbitral award or the cost of non-enforcement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 28, Issue 1, 1 May 2013.

Aderemi Adeyinka, “Ex aequo et bono arbitration: to be or not to be”, *Streamsowers & Kohn*, 2016, consultado por última vez el 02 de enero de 2019.

Andrade Cadena, Javier, *La Nulidad de Laudos Arbitrales*.

Ashraf Al-Feshawi, “The debate on the requirement to issue arbitral awards in the name of the Supreme Authority and its bearing on the legal nature of arbitral awards”, *International Journal of Arab Arbitration*, 2014.

B

Baltag Jan et al., *ICSID Convention after 50 Years; Unsettled Issues*, Kluwer Law International, 2016.

Belohlavek Alexander, “The Legal Nature of International Commercial Arbitration and the Effects of Conflicts Between Legal Cultures”, *Law of Ukraine Legal Journal*, Ukraine, 2011.

Blackaby, Nigel, Partasides, Redfern, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6a. ed., Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015.

Böckstiegel, Karl-Heinz, “Commercial and Investment Arbitration: How different are they today? The Lalive Lecture 2012”, *Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 28, No. 4, 2012.

Born, Gary, *International Arbitration: Cases and Materials*, 2a. ed., Kluwer Law International, 2015.

-----*International Arbitration: Law and Practice*, 2a. ed., Kluwer Law International, 2016.

-----*International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Kluwer Law International, 2014.

Burlington Resources Inc v. Republic of Ecuador (Decision on Reconsideration and Award), ICSID Case No. ARB/08/5, 07 February 2017; *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, 10 April 2015.

C

Calendario Procesal Modelo de la Cámara de Comercio Internacional, según lo previsto en el Artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente a partir del 1 de marzo de 2017:

CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO, “Cláusula Arbitral modelo de la CCI”, www.iccwbo.org

Cano, Emma, Cohen E., Darci, Green-Kelly Diane, “Unsigned obligations: when are non-signatories bound?”, *American Bar Association, 37th Annual Forum on Franchising*, Seattle WA, 2014.

Code de Procédure Civile Francaise, versión consolidada al 29 de enero de 2019.

Código Civil Federal, D.O.F. 9 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

Código de Comercio, D.O.F. 28 de marzo de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

Código Federal de Procedimientos Civiles, D.O.F. 9 de septiembre de 2012, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, Artículo 737, Texto Actualizado de la Ley N° 17.454 (t.o. 1981).

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “*Situación actual Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958)*”, www.uncitral.org

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, “*Situación actual: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006*”, www.uncitral.org

ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela (Decision on Respondent’s Request for Reconsideration of the Tribunal’s Decision of 10 March 2014 and Dissenting Opinion of Andreas Bucher), ICSID Case No. ARB/07/30, 09 February 2016.

D

DECRETO por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, D.O.F. de 22 de julio de 1993.

Dejan Janičević, “Delocalization in International Commercial Arbitration”, *Law and Politics Vol. 3, No. 1*, Faculty of Law, University of Nis, Facta Universitatis, 2005.

Derains, Yves, “La neutralidad cultural del árbitro internacional”, *Lima Arbitration N. 2-2007*, 2007.

Di Pietro, Domenico, “The controversial role of dissenting opinions in International Arbitral Awards”, *Transnational Notes*, 2011.

Diehl Alexandra, *The Core Standard of International Investment Protection*, International Arbitration Law Library, Vol. 26, Kluwer Law International, 2012.

DIRECCIÓN DE ARBITRAJE DEL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE Y PROCESOS AD HOC [PERU], “Laudos que han sido remitidos al OSCE por Tribunales Arbitrales AD HOC y otras Instituciones Arbitrales”, disponible en <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/>

Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de Octubre de 2014.

G

Gómez Lara, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, *ESTUDIOS JURÍDICOS EN HOMENAJE A MARTA MORINEAU, T. II: SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS. DERECHO COMPARADO. TEMAS DIVERSOS*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México – México D.F., 2006.

González de Cossío, Francisco, “La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico”, *Lima Arbitration. N° 2-2007*, Lima, 2018.

----- *Arbitraje*, 5ta Ed., México, Porrúa, 2018, 5ta Edición.

H

Herfried Wöss, Dante Figueroa, Jennifer Cabrera, “ICC Mexico: Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.”, Pauta 75, Agosto 2015.

Hodges Paula, et. al., “The Law of the Arbitration Agreement-Which Law Applies and Why does it matter?”, *Herbert Smith Freehills*, 2012.

Hong-Lin, Yu, “A Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration”, *1(2) CONTEMP. ASIA ARB. J.* 255, 2008.

Howard M., Holtzmann and Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989.

Hubbuck Nadia, “Validity of notices and request for arbitration: when context and rules are key factors”, *Thomson Reuters, Practical Law, Arbitration Blog*, (2018), consultado por última vez el 12 de octubre de 2018.

I

International Bar Association, *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators 1987*.

International Bar Association, *12th International Arbitration Day, Due Process in International Arbitration Transcripts*, 2009.

International Centre For Settlement of Investment Disputes, “The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2018-1)”, 2018.

International Chamber of Commerce Commission on International Arbitration, “Final Report on Dissenting and Separate Opinions of the Working Party on Dissenting Opinions and Interim and Partial Awards”, 1998.

J

J. Rubellin-Devichi, *L'arbitrage, Nature Juridique*, LGDJ, 1965, Jurisclasseur de procedure civile, fascicule 1005. («*l'arbitre, juge privé, est investi d'une mission juridictionnelle d'origine contractuelle*»), citada por González de Cossío, Francisco, “La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico”, *Lima Arbitration. N° 2-2007*, Lima, 2018, p. 203, nota al pie 17.

Jarrosson, Charles, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, n° 785, citado por Marquis, Louis, “La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois”, *Revue de Droit de McGill, Vol. 37*, McGill Law Journal, 1992, p. 454, nota al pie 26.

Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

Jurisprudencia “LAUDO ARBITRAL. CONTRA LA INTERLOCUTORIA QUE DECLARA SU NULIDAD PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 268.

Jurisprudencia “NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Sexta Época, Tomo IV, Parte SCJN, 1995, pág. 197.

K

Kumar Yaman, Chhabra Gunjan, “India: interam award on admitted liability in arbitration proceedings”, *Singhania & Partners LLP*, in association with Indian Corporate Counsel Association, 2016.

L

L. Moses, Margaret, *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, 1a. ed., Estados Unidos de América, Cambridge University Press, 2008, p. 1.

L. Moses, Margaret, *The principles and practice of International Commercial Arbitration*, 3a ed., United Kingdom, Cambridge University Press, 2017, p. 93.

Latorre Boza, Derik, “Mitos y Quimeras: La Neutralidad en el Arbitraje”, *Derecho y Sociedad No. 26*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Ley 9.307 del 23 de septiembre de 1996 (Brasil)

Ley de Amparo, D.O.F. 15 de junio de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, aprobada el 21 de junio de 1985, reformada en 2006, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, D.O.F. 22 de septiembre de 1993.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Artículo 53bis, fracción VI, D.O.F. 18 de junio de 2018, Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión:

López, Matheus, Arberto, Carlos, “La independencia e imparcialidad del árbitro”, *Foro Jurídico 7*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/viewFile/18458/18698>

M

McIlwrath Michael, Savage John, “International Arbitration and Mediation: A Practical Guide”, *Kluwer Arbitration Blog*, Kluwer Law International, 2010, p. 112, párrafo 2-051.

Meza-Salas, Marlon, “Confidentiality in International Commercial Arbitration: Truth or Fiction?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2018.

Mohanty Gautam, *Dissenting opinions in International Commercial Arbitration*, LLM short thesis in International Business Law (IBL), Central European University, Budapest, Hungary, 2017,

Montero, Félix, “Res judicata and issue preclusion in international arbitration: an ICC case study”, *The Paris Journal of International Arbitration*, 2016

N

Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, Anuario de la CNUDMI, vol. XVI: 1985.

O

Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., México, Oxford University Press, 2013.

P

Paulsson, Jan, “Arbitration without Privity”, *ICSID Rev.-Foreign Investment Law Journal* 10, 1995; see, Veenstra-Kjos, Hege Elisabeth, ‘Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration’, TDM 4(4) (2007) on the subject of counterclaims, citado por Diehl, Alexandra, *op. cit.*, p. 5, nota al pie 19.

Pavic, Vladimir, *Annulment of Arbitral Awards in International Commercial Arbitration*, INVESTMENT AND COMMERCIAL ARBITRATION - SIMILARITIES AND DIVERGENCES, Christina Knahr, Christian Koller, Walter Rechberger and August Reinisch, eds., 2010, pp. 131-152.

Petit Sherina, Edge Marion, “The governing law of the arbitration agreement Q&A”, *Norton Rose Fulbright, International Arbitration Report*, Issue 2, 2014, p. 17, disponible en <http://www.nortonrosefulbright.com/files/the-governing-law-of-the-arbitration-agreement-qa-115916.pdf>

Plantey, Alain, “L'arbitrage dans le Commerce International“, *Annuaire Français De Droit International XXXVI -1990*, Editions Du CNRS, Paris, 1990.

Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial; firmado en Ginebra el 24 de septiembre de 1923, en “Registro de Textos de Convenciones y Otros Instrumentos Relativos al Derecho Mercantil Internacional”, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York 1973.

R

Radjai, Noradéle, “Confidentiality in International Arbitration: Breaches and Remedies”, *ASA (Swiss Arbitration Association) below 40 Conference*, LALIVE, 2008.

Recomendación Relativa a la Interpretación del Párrafo 2 del Artículo II y del Párrafo 1 del Artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, vigente a partir del 1 de marzo de 2017.

Reglas de Arbitraje del CAM vigentes a partir del 1º de julio de 2009.

Rico Álvarez, Fausto, *Tratado teórico-práctico de derecho de obligaciones*, 2a. ed., Ed. Porrúa, 2018,

Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, *La casación y el derecho a recurrir*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

Rubellin-Devichi, Jaqueline, “L'arbitrag: Nature Juridique: Droit Interne et Droit International Privé”, Paris *Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence* 365, 1965; citado por Hong-Lin, Yu, *op. cit.* p. 279.

S

Sadafi Chaghooshi, Farshad, “Is International Commercial Arbitration an Autonomous Legal System?”, Thesis submitted to *McGill University*, Faculty of Law, 2013, p. 1.

Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A., v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 31, 2001.

Sulamerica CIA Nacional de Seguros SA and others v Enesa Engenharia SA and others [2012] EWCA Civ 638.

T

Tesis “LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.” *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 423.

Tesis “LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL NO PREVER UN RECURSO ORDINARIO CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 424.

Tesis “LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, Enero de 2008, pág. 423.

Tesis “INEXISTENCIA DE UN ACTO JURIDICO. PUEDE INVOCARSE POR TODO INTERESADO, ENTENDIDO ESTO COMO AQUEL QUE TIENE UN DERECHO QUE SE VE MENOSCABADO. (LEGISLACION PARA EL ESTADO DE HIDALGO).”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo II, Octubre de 1995, pág. 562.

Tesis “CONTRATO DE SOCIEDAD. EL TÉRMINO PREVISTO EN LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 1045 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA QUE OPERE LA PRESCRIPCIÓN, SÓLO ES APLICABLE A LAS ACCIONES EN LAS QUE SE RECLAMA LA NULIDAD RELATIVA DE ASPECTOS VINCULADOS CON AQUÉL.”, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo IV, Pág. 2354.

The In-House Lawyer, « *What are the validity requirements for an arbitration agreement under the laws of your country*», consultado por última vez el 13 de septiembre de 2018.

U

United Nations Conference on Trade and Development, *The Arbitration Agreement*, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 2005.

V

Van den Berg Albert J., “The New York Convention of 1958: An Overview”, *Yearbook: Commercial Arbitration*, 2008, p. 3.

Volker L. Odean, “What is a ‘reasoned award’ in International Arbitration?”, Haynes and Boone LLP, 2018, consultado por última vez el 03 de enero de 2019,

W

W. Park, William, “Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma”, *Multiple Parties in International Arbitration*, Oxford, 2009.

Warren Laura, “The Seat of Arbitration-Why is it so important)”, *Clyde &Co Online Publication*, 2011.

Welser Irene, Molitoris Susanne, The Scope of Arbitration Clauses or “All Disputes Arising out of or in Connection with this Contract”, *Austrian Yearbook of International Arbitration*, 2012.

Y

Yannaca-Small, Catherine, Liberti, Lahra, “Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements”, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, OECD, 2008.

Yukio Gotanda, John, “Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations”, *Michigan Journal of International Law: 21 Mich. J. Int'l L. 1*, 1999, p. 6.

CONVENCIONES Y TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Internacional Para la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmado en Ginebra el 26 de septiembre de 1927, en “Registro de Textos de Convenciones y Otros Instrumentos Relativos al Derecho Mercantil Internacional”, Vol. II, Naciones Unidas, Nueva York 1973.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, Estados Unidos el 20 de marzo al 10 de junio de 1958, D.O.F. 22 de junio de 1971.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, Washington, D.C., 18 de marzo de 1975, D.O.F. 24 de agosto de 2018.

VII. Lista de Casos

NÚMERO	EXPEDIENTE	AUTORIDAD QUE RESOLVIÓ	FECHA DE RESOLUCIÓN	TIPO DE CASO
1	Amparo en Revisión 131/2009	Primera Sala de la SCJN	27 de mayo de 2009	Incidente de nulidad
2	Amparo en Revisión 2160/2009	Primera Sala de la SCJN	8 de septiembre de 2010	Incidente de nulidad
3	Amparo Indirecto 410/2010-V	Juzgado Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal	27 de julio de 2010	Incidente de reconocimiento y ejecución
4	Amparo Indirecto en Revisión 358/2010	Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.	25 de agosto de 2011	Incidente de nulidad
5	Amparo en Revisión 755/2011	Primera Sala de la SCJN	13 de junio de 2011	Incidente de nulidad
6	Amparo en Revisión 527/2011	Primera Sala de la SCJN	30 de noviembre de 2011	Incidente de nulidad
7	Amparo Directo 06/2012	Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito	19 de abril de 2012	Juicio especial de nulidad
8	Amparo en Revisión 140/2013	Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito	2 de septiembre de 2013	Juicio especial de nulidad
9	Amparo Directo 71/2014	Primera Sala de la SCJN	18 de mayo de 2016	Juicio especial de nulidad
10	Amparo Directo en Revisión 232/2015	Primera Sala de la SCJN	30 de septiembre de 2015	Juicio especial de reconocimiento y ejecución
11	Amparo Directo en Revisión 2960/2016	Primera Sala de la	15 de febrero de	Juicio especial de

		SCJN	2017	nulidad
12	Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral 333/2017	Juez Octavo de Distrito en Materia Civil en la Ciudad de México	30 de octubre de 2018	Juicio especial de nulidad