

PRIMERA PARTE

AVANCES Y RETOS DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS INTERNACIONALES

CAPÍTULO PRIMERO

EL MEDIO ARBITRAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS COMERCIALES INTERNACIONALES Y SU APLICACIÓN EN MÉXICO

Juan Carlos VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS

I. MARCO INTRODUCTORIO: LA IMPORTANCIA DEL MEDIO ARBITRAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

Las nuevas tendencias de la economía y del tráfico jurídico internacional están dinamizando e incrementando las relaciones privadas comerciales y financieras en el plano mundial, generando una realidad compleja que exige al derecho respuestas claras y ágiles para la solución de controversias económicas internacionales, como lo es el medio arbitral, que llega a convertirse en una necesidad de primer orden para brindar seguridad y certeza jurídica a inversores y empresas que realizan actos de comercio internacional y transnacional; una opción común, principalmente entre las personas morales y sociedades mercantiles de Estados con sistemas jurídicos avanzados, en los cuales el nivel de confianza en sus gobiernos y sistemas de justicia es alto, y la corrupción de las estructuras públicas y privadas es baja o está controlada. Así, el medio arbitral surge a partir de requerimientos concretos y aparece como una manifestación de la “justicia privada”, en cuanto constituye una excepción a la función jurisdiccional que corresponde al Estado, en la medida en que abre una vía alterna para la solución de los conflictos; amén de que, en virtud del creciente proceso de inserción de las economías nacionales en la economía mundial, se ha convertido en un paradigma de la justicia comercial internacional, en el que las leyes y convenios que lo enmarcan responden a las demandas de integración armónica pautadas por el propio fenómeno de la globalización, en un contexto típica y marcadamente neoliberal.

En este mundo de interdependencia globalizada discurre cotidianamente un amplio y complejo intercambio de bienes y servicios, donde las personas físicas y jurídicas o morales buscan conquistar nuevos mercados y espacios propicios para realizar sus negociaciones, dando lugar con ello al surgimiento de diferencias y disputas de toda índole entre ellas y una gran variedad de otras entidades participantes. En el tráfico jurídico internacional comercial los sujetos intervinientes en la concertación de transacciones internacionales, incluyendo al Estado soberano, precisan ser advertidos por quienes los asesoran sobre su postura y respuesta ante eventuales desavenencias, que los podrán obligar a entablar litigios ante una jurisdicción o bajo una ley que no les resulte familiar, en un idioma extranjero, con procedimientos llevados a cabo lejos del centro de sus actividades y conducidos por abogados e instancias mediadores o jurisdiccionales de otros foros. De ahí que requieran conocer con certeza que estos ambientes de desacuerdo y las incertidumbres circunstanciales que traen generalmente aparejadas pueden disiparse si ellos como partes contratantes toman la temprana previsión de acordar la modalidad en que se resolverán las disputas.

Esta posibilidad que se les presenta a las partes desde el inicio mismo de la concertación, si bien no el único, es el momento más propicio, el de plena armonía, el de expectativas recíprocas, el de mayor disposición al diálogo y el que mejor satisface la apertura de los canales de comunicación para la negociación. Empero, resulta casi de toda obviedad destacar que la situación inicial suele cambiar con el tiempo y con la puesta en práctica de lo concertado en un ambiente de entendimiento, y se torna más áspera, hasta encontrar un punto de enrarecimiento al momento de producirse el estallido de la controversia, siendo entonces cuando, aparecida la desafortunada dificultad de la desavenencia, las partes deben buscar el mejor medio de solución a la nueva problemática, recurriendo ante un tribunal internacional competente para dirimir la disputa, o ante los tribunales ordinarios estatales de la jurisdicción de alguna de ellas.

Aquí es donde el medio arbitral comercial se presenta como un procedimiento para la solución de conflictos que hoy en día tiene alto interés y utilidad en las relaciones nacionales e internacionales, y el desarrollo procesal de un convenio privado que, con el apoyo del orden jurídico positivo, encomienda la resolución de controversias mercantiles, entre las partes que lo han celebrado, a un árbitro o a un tribunal arbitral independientes, señalando los términos básicos de su misión, el derecho aplicable al fondo de la controversia y las reglas del procedimiento, y el lugar e idioma a utilizar. En su naturaleza, el acuerdo de voluntades de las partes es elemento sustancial y dinámico del arbitraje, donde el o los árbitros resuelven las cuestiones

planteadas mediante un laudo, pero careciendo del imperio para ejecutar, lo que, en su caso, corresponderá a un juez competente; en otros términos, el compromiso arbitral es un acto privado en el que rige la autonomía de la voluntad, pero por lo mismo está también sujeto a los límites a dicha autonomía, y está caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, y por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir.

En el tráfico mercantil contemporáneo los operadores económicos recurren con frecuencia al arbitraje para resolver diferencias surgidas en la interpretación o ejecución de contratos celebrados con empresas de uno o de diferentes Estados, atraídos por las ventajas que esta institución tiene frente al proceso ante los tribunales estatales, lo cual explica en parte la privilegiada posición que ocupa entre otros métodos de arreglo de controversias en el comercio internacional, amén de que se funda y cuenta con el respaldo, cada vez más claro y preciso, del orden jurídico, cuyos preceptos son en mayor parte supletorios, pero que contienen disposiciones imperativas, como los dos principios fundamentales del medio arbitral reconocidos en la práctica operativa y legislativa, como son el proporcionar a las partes contendientes la máxima igualdad posible, y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Es uno de los métodos alternativos o autocompositivos para la solución de controversias más utilizado en el comercio internacional, pues es moderno, flexible, rápido y especializado, y cuyo auge y amplia difusión en las relaciones privadas internacionales obedece a que muchos de los conflictos que se suscitan entre los comerciantes no llegan a plantearse ante los tribunales de justicia estatales por la problemática que éstos presentan, frente a las múltiples ventajas que un litigio arbitral les ofrece. Es decir, no es un procedimiento para administrar justicia ni una función de la actividad jurisdiccional del Estado que se desempeña por los jueces y tribunales administrativos, sino un método alternativo autónomo y de amplia adaptabilidad.

En décadas anteriores, poco antes de que aparecieran las corrientes unificadoras o armonizadoras, los principios de derecho mercantil y, por ende, del derecho arbitral, estaban aislados y dispersos en la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional y de otros centros administradores, pero a raíz de la promulgación de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1994 se comienza a observar su consideración por todos ellos al momento de dictar sus laudos y su consecuente utilización generalizada en las relaciones privadas comerciales internacionales. Y si bien a partir de este proceso histórico se ha llegado a considerar al medio arbitral como un instrumento idóneo para lograr resultados

correctos y concretos en la solución de problemas comerciales, en ocasiones puede ser recomendable combinarlo con juicios civiles en forma alternativa o acumulativa (medidas provisionales, juicios paralelos, juicios ejecutivos mercantiles).

En México, el desarrollo del medio arbitral se remonta formalmente a la Colonia, donde estuvo regulado por las Leyes de Partidas, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación, aunque su uso era escaso, debido a que las relaciones comerciales con otros países eran mínimas, aunque con un importante papel de los consulados, hasta que en 1842 se eliminó la posibilidad de su utilización con el establecimiento de tribunales mercantiles.¹ Durante el siglo XIX, cuando aún no se podía hablar de soberanía, el monopolio del Estado abarcó la función judicial, de tal manera que no se permitía que ningún otro órgano o institución solucionara los conflictos; el propio Estado se convirtió en empresa, y no era bien visto que participara en litigios. Tiempo después ve la luz un dispositivo en materia de comercio, el Código de Lares de 1854, de inspiración francesa, donde se estableció el arbitraje comercial como medio de resolución de controversias, y que sólo tuvo vigencia en algunas entidades federativas, incluido el Distrito Federal. Con la reforma constitucional de 1883, el arbitraje comercial se federalizó, y más adelante se expidió el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, de abril de 1884, sin prever el procedimiento arbitral sino hasta cinco años más tarde, en 1889, con la promulgación del actual Código de Comercio, que lo estableció en su artículo 1051, al disponer que “el procedimiento mercantil preferente a todos es el convencional. A falta de convenio expreso de las partes interesadas, se observarán las disposiciones de este libro y, en defecto de éstas o de convenio, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva”.

Posteriormente, se modificó esta disposición, al estipularse que el procedimiento mercantil preferente pudiera ser “un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral”; sin embargo, el hecho de que la ley exigiera como requisito de validez para la cláusula compromisoria, que constara en escritura pública ante notario juez, inhibió el desarrollo del arbitraje por su excesiva formalidad;² este requisito se eliminó con la ratificación de la Convención de Nueva York en 1971, y para 1989 se introdujeron algunas disposiciones de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o

¹ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Oscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias. Análisis y práctica en México*, México, Porrúa, 2004, p. 59.

² *Ibidem*, p. 24.

UNCITRAL).³ En 1993, durante la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, hoy T-MEC), Estados Unidos y Canadá, solicitaron a México realizar reformas a algunas leyes internas para la firma del tratado, y es así como se introdujo de forma íntegra la citada Ley Modelo, sin ninguna modificación, en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio.⁴ De ahí hasta la fecha, se puede hablar con propiedad de que México es un Estado partícipe en la doctrina, la práctica y la operación sistemática del medio arbitral comercial internacional; y con ello logró su inserción activa y reconocimiento en las relaciones privadas comerciales internacionales.

II. NATURALEZA, CONCEPTUALIZACIÓN, FUNDAMENTOS, TIPOLOGÍA Y VENTAJAS DEL MEDIO ARBITRAL EN EL TRÁFICO JURÍDICO COMERCIAL INTERNACIONAL

Existe un amplio debate en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, básicamente entre dos posiciones: la contractualista y la jurisdiccionalista. Los contractualistas sostienen que debe analizarse al arbitraje a partir del convenio entre las partes y los efectos de éste, considerando que el contrato se ejecuta por medio del proceso arbitral. Los árbitros conservan su calidad de personas privadas, la fuente normativa del derecho se encuentra en la voluntad de las partes y la elección del derecho de fondo tiene una vinculación con determinado orden jurídico, basado en los usos y prácticas comerciales; en cuanto a la decisión de los árbitros, tiene el valor de un contrato que debe ser respetado por las partes, y en caso contrario se recurrirá a un procedimiento ordinario de incumplimiento contractual para obtener su ejecución forzada.

En contraparte, los jurisdiccionalistas señalan que la presencia en el arbitraje de un tercero extraño que esté a cargo de la resolución permite considerar que en el arbitraje se realiza una función jurisdiccional, destacando la delegación de los árbitros de poder juzgar como jueces, y la sentencia arbitral es el producto de un verdadero juicio:

La autoridad de los árbitros es una concesión y no un derecho. El árbitro se diferencia del juez en que éste obtiene su autoridad directamente de la soberanía, en cambio el primero, si bien su autoridad deriva de la soberanía

³ Siqueiros Prieto, José Luis, “La ley mexicana en materia de arbitraje comercial”, *Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, 1999, núm. 28, p. 28.

⁴ Araujo Valdivia, Luis, “El arbitraje comercial y su regulación legal”, *Colección Jurídica*, UNAM, Facultad de Derecho, vol. 1, núm. 6, septiembre de 1974, p. 214.

estatal, su designación depende de la voluntad de las partes. De tal manera, que” el árbitro está vinculado a un orden jurídico estatal que le confiere los atributos jurisdiccionales previo acuerdo de los interesados.⁵

Ahora bien, desde la perspectiva del acuerdo arbitral se llega a la tesis contractualista; pero si lo visualizamos como un medio solucionador de controversias, el enfoque es hacia la posición jurisdiccionalista, razón por la cual algunos autores creen que es más congruente una visión mixta, es decir, se debe reconocer que el arbitraje surge de un acuerdo de voluntades de las partes en conflicto, pero también sabemos que su finalidad específica es la solución de este último.

En lo que toca a la conceptualización del medio arbitral en el tráfico jurídico comercial internacional, o simplemente arbitraje comercial, se debe entender como un mecanismo de solución de controversias con carácter extrajudicial, y que además se involucra a un tercero (árbitro), designado por las partes para resolver la diferencia. “Las facultades jurisdiccionales del árbitro derivan del consenso acordado por las partes involucradas en la controversia”.⁶ Coincido con el uruguayo Santos Belandro, al destacar tres enfoques básicos sobre el medio arbitral comercial: 1) en ciertos momentos fue considerado como el medio preferido para la solución de conflictos privados frente a la justicia ordinaria; 2) el tratamiento jurídico prevaleció sobre otros enfoques, y sus fundamentos se relacionaban esencialmente con el Estado, y 3) se consideraba como un fenómeno netamente jurídico, ya que la manera de mantener una coexistencia entre las partes no se basaba en criterios jurídicos, es decir, las partes concebían los litigios como una situación transitoria o como una solución rápida para mantener sus relaciones comerciales. Bajo esta perspectiva, es válido sostener que el arbitraje aparece como una institución que ha merecido un tratamiento privilegiado: “El arbitraje comercial internacional moderno, se ha definido como el método alternativo para la solución de controversias más socorrido, flexible, rápido y especializado”.⁷

En igual sentido, el medio o litigio arbitral “es un medio de solución de controversias, producto de un acuerdo entre las partes, por lo que convienen que determinadas disputas se resolverán según determine un tribunal

⁵ Santos Belandro, Rubén, *Arbitraje comercial internacional*, México, Oxford University Press, 2000, pp. 180 y 181.

⁶ Pérezniecto Castro, Leonel, *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Fontamara, 2006, p. 121.

⁷ Santos Belandro, Rubén, *op. cit.*, p. XV.

arbitral, y el procedimiento se seguirá conforme las partes convengan”.⁸ Otras significaciones del mecanismo las puntualiza el también profesor uruguayo Barrios de Angelis: *a)* facultad, poder o derecho de los árbitros de emitir su laudo; *b)* facultad de los sujetos privados de someterse a sujetos privados; *c)* poder encarado como función pública encomendada a los árbitros; *d)* acción o actividad del árbitro efectuada al pronunciarse éste; *e)* juicio, procedimiento o proceso arbitral; *f)* ese juicio, más los actores preliminares del arbitraje, y *g)* institución que comprende todos los aspectos vinculados al juicio referido.⁹ Por su parte, Antonio Boggiano sostiene que teniendo como contexto las relaciones privadas internacionales, en los casos en que las partes tienen sede o domicilio en diferentes países, o cuando la controversia es objetivamente multinacional, esto es, presenta elementos de contacto (puntos de conexión) claros con diferentes sistemas jurídicos, las diferencias comerciales son susceptibles de transacción, y, por ende, son arbitrales o sometidas al medio arbitral, y es necesario no confundirlas con otros mecanismos de solución de controversias.¹⁰ Es un hecho que las múltiples y diferentes acepciones que la doctrina consigna sobre el medio arbitral y la existencia de distintas perspectivas y enfoques, muchas veces imprecisos y aun contradictorios, complica sobremanera la posibilidad de obtener un concepto único de la figura, por lo que es más conveniente generalizarlo simple y llanamente como un mecanismo de solución de controversias de características y procedimientos propios que es cada vez más utilizado en el tráfico jurídico internacional en materia comercial, que, por lo mismo, debe diferenciarse de otras vías de resolución conflictual, como la mediación, la conciliación y la transacción intraprocesal.

Pasaré ahora a plantear algunas reflexiones generales en torno a los fundamentos del arbitraje comercial en México. En nuestro país hay varios organismos públicos que manejan procedimientos arbitrales, pero en realidad sólo son administrativos, como los que lleva a cabo, por ejemplo, la Junta de Conciliación y Arbitraje y la Procuraduría del Consumidor, fuera de lo cual es posible distinguir dos tipos de arbitraje: el arbitraje en derecho y el arbitraje en amigable composición. En cuanto al primero, la legislación mexicana lo estipula como “aquél que para la decisión del negocio cuyo conocimiento se les ha sometido, tiene que sujetarse estrictamente a las

⁸ Abascal, José María, “Panorama del arbitraje comercial”, *World Arbitration & Mediation Review*, Institute for Transnational Arbitration, 2012, p. 28.

⁹ Barrios de Angelis, Dante, *El juicio arbitral*, Montevideo, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo, 1956, p. 182.

¹⁰ Boggiano, Antonio, *Curso de derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 932 y 933.

prescripciones de la ley”; es decir, como cualquier juez estatal, en un procedimiento arbitral en derecho, el árbitro que tiene por misión pronunciarse en derecho, hace un silogismo jurídico, donde la premisa menor está constituida por los hechos y la premisa mayor se constituye por la menor regla jurídica, y la conclusión se deduce de la aplicación de la regla a los hechos. La solución es así predeterminada.¹¹

Respecto del segundo tipo, no tiene una noción definida, por lo que es necesario revisar algunas normas que lo regulan en diversas materias; en materia civil las legislaciones locales definen la amigable composición como un método alterno distinto al arbitraje, mientras que por parte de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, considera en sus reglas a la amigable composición como un procedimiento donde se hacen recomendaciones por parte de la Comisión, pero que no vinculan a las partes. En cambio, el Código de Comercio lo visualiza como un verdadero arbitraje que concluye con un laudo definitivo y obligatorio.¹² En efecto, el artículo 1445 del instrumento establece que “El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado a hacerlo”. Y, por otro lado, el artículo 28.3 de la Ley Modelo en la materia preceptúa que se debe distinguir entre la *amiable composition* y el procedimiento *ex a quo et bono*; este último es, en la terminología nacional, el “arbitraje en conciencia”.

Por otra parte, pasaré a señalar las fuentes de derecho del medio arbitral en México; esto es: el derecho convencional (tratados y convenciones internacionales), las normas de derecho interno (leyes y códigos aplicables), y el uso de la autonomía de las partes (con los límites establecidos por la ley). En el rubro de la regulación procedente del derecho convencional internacional, la mayoría de los Estados se han esforzado por codificar diversas reglas sobre arbitraje, entre las que destaca para México la Convención de Nueva York (1958) sobre el enjuiciamiento y reconocimiento del laudo, extendido aun para los países no firmantes, y que da lugar y forma parte de importantes tratados internacionales, como la Convención de Panamá (1975), referente al acuerdo arbitral y a los efectos del reconocimiento en un lugar distinto de donde se dictó; la Convención de Montevideo (1979), sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, en la cual nuestro país presentó una reserva, limitando su aplicación a las sentencias de condena en materia patrimonial; el Convenio Bilateral entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos sobre Reconocimiento

¹¹ Pereznierto Castro, Leonel y Graham, James A., *Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano*, México, Limusa, 2009, p. 59.

¹² *Ibidem*, p. 60.

y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil (1989); el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN (Tratado México, Estados Unidos y Canadá —T-MEC— a partir de 2020), y el Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea, TLCUEM (2000); en ambos instrumentos se estipula la promoción y facilitación del arbitraje como medio alternativo en la solución de controversias comerciales internacionales y se establecen procedimientos que garantizan la ejecución del laudo. Igualmente, se aplica la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNICITRAL, 1985), que no es un convenio o tratado internacional, sino un instrumento modelo dirigido a la formulación de legislación uniforme sobre el medio arbitral por parte de todos los Estados interesados en su aplicación uniforme en las relaciones privadas internacionales.¹³

En el segundo bloque relativo a la codificación interna o regulación procedente del derecho interno legislativo, es un hecho que antes del 18 de junio de 2008 no se menciona expresamente en nuestra Constitución la posibilidad de que los particulares, en atención al principio de autonomía de la voluntad, pactaran renunciar a los órganos judiciales del Estado para someter una controversia determinada al medio arbitral.¹⁴ El hecho de que la posibilidad de acudir al arbitraje no se encontrara contenida en la ley fundamental trajo consigo intensos debates respecto de la constitucionalidad del arbitraje, como antes señalé. Sin embargo, todo cambia al reformarse en esa fecha el artículo 17, que señala, entre otros aspectos, que “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias”,

¹³ Una “ley modelo” no es en términos estrictos un tratado o acuerdo internacional, pero tiene prácticamente los mismos fines y funciones, con un mecanismo de elaboración más expedito. Es un arquetipo de texto legal preparado entre Estados y/o por organizaciones internacionales para que los legisladores nacionales consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna; un instrumento elaborado multilateralmente y tiene por objeto ayudar a los Estados que lo deseen a reformar y modernizar su legislación nacional”. La ley tipo no tiene “signatarios”, ya que al ser un prototipo legal que los gobiernos pueden plasmar o no en el derecho interno, presenta los mismos rasgos que cualquier otra ley aprobada por el Poder Legislativo estatal. No la elaboran partes firmantes o “signatarios” o con base en “listas de partes” como las de los tratados, es decir, no se trata de una convención vinculante con arreglo al derecho internacional. Estas figuras surgen en el tráfico jurídico internacional, muchas son de carácter económico y de uso común en las relaciones privadas internacionales, y se afianzan en la praxis interestatal del mundo de posguerra fría. Véase Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, *El estudio interactivo de los tratados internacionales en México*, México, UNAM, FCPS, 2017, pp. 248 y ss.

¹⁴ Pereznioto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, México, Oxford, 2000, p. 26.

destacando en su párrafo tercero sobre la solución de fondo del conflicto: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.¹⁵

En México, las reglas indican que a falta de tratados o convenciones internacionales, se aplicará la ley interna; no obstante, existen diversas disposiciones de derecho interno que norman el proceso arbitral. En primer término, está el Código de Comercio, que a nivel nacional regula la actividad comercial, y en su título IV se dedica especialmente al arbitraje, destacando el numeral 1051, en el sentido de que “el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral”. Figura en segundo término el Código Federal de Procedimientos Civiles, que aborda principalmente el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros, aunque deja un tanto de lado la regulación del acuerdo y el proceso arbitral. Asimismo, están los códigos locales de procedimientos civiles, en los cuales, a diferencia de otros países, se distingue la actividad comercial de la civil, en términos de que “La legislación en materia civil y de los litigios considerados civiles, corresponde a las entidades federativas, cuyos tribunales resuelven las disputas”.¹⁶ Estos códigos regulan dos temas: la preparación del procedimiento del medio arbitral (elección de los árbitros) y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Son también de mencionar otros instrumentos jurídicos y legislativos, como la Ley sobre Celebración de Tratados, que comprende disposiciones referentes a la elección de los árbitros, regula la actividad del presidente de la República sobre la celebración de los tratados e incluye normas referentes al arbitraje, aunque indica que el reconocimiento de un laudo extranjero debe ajustarse al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Procedimientos Civiles del DF y al Código de Comercio, lo cual provoca confusión, y de alguna manera desplaza inconstitucionalmente a los códigos de procedimientos civiles de cada entidad federativa o al propio Código de Comercio. Por su parte, la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia enmarca la regulación de las cuotas que se pagarán por el servicio de los árbitros, y hace referencia expresa a la lista de árbitros que el Poder Judicial pudiera designar. Considérese también los precedentes judiciales, que no

¹⁵ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, artículo 17, pp. 53 y 54.

¹⁶ Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 29.

son equivalentes a la ley, y, por tanto, no son obligatorios, a menos que se reiteren de forma idéntica “cinco veces y ninguna en contrario”, es decir, para ser jurídicamente vinculantes, lo que en el orden interno se denomina como *jurisprudencia*, la cual, cada vez en más ocasiones puede dar peso al arbitraje comercial.

Por último, es de aludir la regulación que atiende a la autonomía de la voluntad de las partes, bajo cuyo amparo éstas pueden pactar directa o indirectamente el procedimiento a seguir, al igual que los tribunales u órganos que les resolverán las controversias, considerando que de manera indirecta aquéllas confían en las reglas y órganos creados, y en que se han establecido procesos basados en la experiencia aplicativa de las reglas arbitrales que atienden las nuevas necesidades de las relaciones comerciales internas e internacionales. Mis colegas Pereznieto y Silva lo explican claramente, al afirmar:

Las leyes internas y los tratados respetan la autonomía de la voluntad, pues no sólo permiten que las partes designen el derecho aplicable, sino que con el arbitraje y mediante la cláusula arbitral se someten a las reglas conforme a las cuales saben resolver las controversias que surjan en sus relaciones jurídicas, incluso éstas mismas leyes y tratados integran el tribunal que conocerá el litigio correspondiente.¹⁷

Una vez anotadas las fuentes de regulación jurídica del medio arbitral en México, haré un breve llamado a su tipología o caracterización principal, la cual es determinada por las personas que intervienen, la normativa que lo regula, sus formalidades, la manera de resolver, la función de los árbitros, su origen y su formación. Por la calidad de los litigantes, puede ser público o privado; el primero soluciona las controversias entre Estados, mientras que el segundo aplica entre particulares, quienes establecen sus propias reglas, como en el caso del arbitraje comercial y civil. Sin embargo, puede existir un arbitraje mixto, si una de las partes es un particular y la otra es un Estado. Además, conforme a la naturaleza de la materia en litigio, el arbitraje puede ser comercial, civil, laboral, bancario o en materia de seguros. El medio arbitral también puede ser nacional o internacional, según se atienda al cuerpo legal regulatorio, al tipo de litigio que se resolverá o al lugar en el que se actúa.¹⁸ Puede ser asimismo voluntario o forzoso (obligatorio), con

¹⁷ Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 423.

¹⁸ El Código de Comercio, título IV, del libro V, artículo. 1415, establece “que se aplicará al arbitraje comercial nacional, y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo en lo dispuesto en los Tratados Internacionales de los que

base en la voluntad de los sujetos, siendo más común el primero, en donde las partes acuerdan someter sus diferencias a la resolución de un tercero, y en el segundo, las partes forzosamente deben recurrir al proceso arbitral en litigios específicos.¹⁹ Asimismo, el medio arbitral puede ser de derecho o de equidad, y depende de si las partes acordaron que el árbitro en el momento de resolver, se valga de derecho escogido por éstas o solucione con base en lo que dicte su criterio o *ex aequo et bono* (equidad). Está igualmente el denominado arbitraje institucional, que se presenta cuando se inicia, desarrolla y finaliza el proceso de arbitraje bajo la administración de una institución nacional o internacional especializada en la materia, que generalmente está regida por su propio reglamento; es frecuentemente utilizado, debido a la simplicidad de las reglas ya establecidas por las instituciones. En ocasiones, la institución sólo se utiliza para realizar el nombramiento de los árbitros, y las reglas que se aplican son las determinadas por las partes y no las institucionales.²⁰

No puede pasarse por alto el medio arbitral *ad hoc*, conocido por la generalidad o especialidad de las normas utilizadas, y en el cual la conformidad del tribunal la adelantan las partes, nombrando directamente a los árbitros, y una vez integrado el tribunal respectivo se señala el lugar de su funcionamiento. Comúnmente se le utiliza en relaciones jurídicas complejas, en donde intervienen grandes empresas poseedoras de amplio *expertise* en el tráfico jurídico comercial internacional, y que requieren del manejo de elementos muy precisos o reglas calificadas para la solución del conflicto dentro de la mayor brevedad posible. Al respecto, la CNUDMI o UNCTRAL publicó desde 1976 las reglas del medio arbitral, especialmente diseñadas para el arbitraje *ad hoc*, y que son una de las fuentes sobresalientes de

México sea parte, en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles al arbitraje. Se determina la internacionalidad del arbitraje, cuando la sede de éste se encuentra en el extranjero”.

¹⁹ Respecto al arbitraje oficial mexicano, se distinguen tres tipos: cuando las dos partes están obligadas a concurrir y participar por disposición de la ley, como ocurre en las juntas de conciliación y arbitraje en materia laboral; cuando se trata de sujetos de una determinada regulación, como los bancos y las compañías aseguradoras, que deben apegarse a la normatividad de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores por ejemplo; en situación de un particular que solicita un arbitraje contra un banco o compañía de seguros.

²⁰ Las instituciones administradoras de arbitraje más importantes en México son: el Centro de Arbitraje de México (CAM) y la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México; y en el ámbito internacional se encuentran: la Corte Interamericana de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, la Corte de Arbitraje Internacional en Londres, la American Arbitration Association y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, por mencionar las más importantes y de mayor recurrencia.

la Ley Modelo en la materia de 1985. Por cierto, el convenio de arbitraje es el más requerido para utilizarse en el arbitraje *ad hoc*; sin embargo, esto no impide que se hagan referencias a las reglas especiales del arbitraje, incluso las de alguna institución, aunque no sea ésta la que administre el arbitraje; además, este tipo de arbitraje tampoco limita que se pacte en una cláusula del contrato las controversias que se deriven de este último.

Para finalizar este apartado, resta sólo resaltar los beneficios que reporta el medio arbitral en las relaciones privadas comerciales internacionales de las últimas décadas, donde se ha mostrado como un método eficiente de solución de diferencias, caracterizado por la ausencia de rigorismos procesales, por la búsqueda de la celeridad en los resultados, y por la idoneidad de quienes reciben la delicada misión de decidir. Estas características son compartidas por el arbitraje interno y el por arbitraje internacional, pero éste tiene la virtud adicional de constituir, por antonomasia, la vía de solución de las disputas. Las partes tratan de impedir el verse sometidas a tribunales estatales que perciben hostiles o inabordables y se sienten inclinadas a resolver sus diferencias mediante el acatamiento de la decisión de personas de su elección, estar asistidas por abogados reconocidos que hablen su mismo lenguaje, evitando enfrentar los trámites y gastos excesivos, y lo que es muy importante, aliviando la sobrecarga de las abrumadas jurisdicciones estatales.

En casi todos los Estados modernos, incluido México, se han recrudecido las circunstancias acuciantes que atraviesan las cortes estatales, tales como su estancamiento, retroceso, insuficiencia, ineficiencia, o disfuncionalidad notorios, que no solamente dificultan, sino que frecuentemente impiden a los justiciables el acceso efectivo a la jurisdicción.²¹

Al respecto, la argentina Sara Feldstein asegura que “Uno de los mayores beneficios del arbitraje comercial internacional, reside en la posibilidad de elegir un foro neutral”.²² Esta decisión contribuye para que las partes alejen de sus mentes la percepción que les hace creer que si litigan ante los tribunales estatales de la otra parte, se sentirán menos protegidas en sus derechos. La realidad es que las partes en sus transacciones internacionales prefieren elegir una modalidad para la resolución de sus controversias, lo que les permite resolverlas en un ambiente equilibrado y neutral, además de acatar una mejor solución; más aun considerando que las controversias surgidas en las relaciones privadas internacionales tienden a provocar com-

²¹ Texeiro Valladao, Haroldo, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, México, Trillas, EDUVEM, 1987, pp. 237 y ss.

²² Feldstein de Cárdenas, Sara L., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000, p. 344.

plicadas molestias, gastos excesivos, pérdida de tiempo, que no son bien toleradas por quienes operan en el ámbito de los negocios internacionales, y es vital que se reanuden con la mayor rapidez las relaciones interrumpidas por la aparición de alguna disputa y se restablezca la relación armónica entre los intervinientes.

Aunque existen una serie de ventajas del medio arbitral consignadas por doctrinarios y privatistas de varias nacionalidades, considero que son tres las más importantes e interconectadas: confidencialidad, flexibilidad y libertad de las partes. La *confidencialidad* es un elemento nodal para la elección del arbitraje como medio resolutorio, sobre todo en el caso de las diferencias que se presentan en el área de la tecnología o de la propiedad intelectual, donde se intenta proteger los secretos, las fórmulas, los inventos, los diseños industriales, es decir, los conocimientos tecnológicos que se pueden percibir como más vulnerables en otros ámbitos. En cuanto a la *flexibilidad*, Feldstein subraya que el medio arbitral “es una de las modalidades de resolución de las disputas mejor adaptada y mejor dotada de flexibilidad para desenvolverse satisfactoriamente en el área de los negocios internacionales”.²³ En efecto, el arbitraje permite a las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, elegir desde el tipo de arbitraje que prefieran, sea libre o institucionalizado, como a quienes en su calidad de árbitros serán los encargados de decidir las diferencias, así como el procedimiento en que será conducido el método, el lenguaje en que se desarrollarán las instancias, la sede del arbitraje y el derecho sustantivo que se aplicará para resolver la disputa. Por lo que toca a la *libertad de las partes*, se pueden puntualizar algunos argumentos, en el sentido de que abarca, entre otras posibilidades, la elección de la modalidad, de la sede, del derecho procesal y del derecho sustantivo aplicable al medio arbitral. Para la elección de la modalidad del arbitraje comercial, es indispensable considerar la naturaleza del conflicto y elegir por la que mejor se adapte a las relaciones entre las partes, ya que éstas en principio pueden optar por un arbitraje de los denominados *ad hoc* (libre) o por el administrado (institucionalizado).²⁴

²³ Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Hebe, M., *El arbitraje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 47.

²⁴ Quienes intervienen en transacciones internacionales recurren a la vía arbitral, porque desean resolver sus disputas en un clima pacífico, en un ámbito de plena libertad, de asegurada confidencialidad, dentro de un margen limitado de injerencia, pero absolutamente conscientes de la necesaria supervisión de los tribunales estatales. La tendencia de las partes se inclina por las sedes que se encuentren situadas en un Estado que les garantice la ejecución de las decisiones arbitrales mediante el cumplimiento de convenciones internacionales. De tal modo que cuando los profesionales del derecho son consultados para tomar alguna decisión importante, sobre la que conviene detenerse a pensar seriamente para permitir

Cualquiera que sea el tipo de arbitraje elegido, las partes pueden seleccionar las reglas procesales con las que será conducido el desarrollo del proceso arbitral. Esta posibilidad de elección de la ley aplicable al proceso arbitral, que no se presenta cuando se litiga ante los tribunales estatales, les permite a las partes escoger, sin deterioro de las garantías básicas, aquellas normas procesales que consideren apropiadas. Si se decide por un arbitraje *ad hoc*, para evitar complicaciones molestas y para futuras confusiones, se deben pactar las reglas procesales tempranamente.²⁵ Además, como lo indicó el recientemente fallecido (2020) José Luis Siqueiros —llamado mercedidamente “El Árbitro de México”—, es indudable que

El arbitraje comercial internacional les permite a las partes, no solamente escoger la ley procesal, sino el derecho sustantivo a aplicar por los árbitros. Se trata de uno de los rasgos más sobresalientes en el ámbito de los negocios internacionales que nos enfrenta a la posibilidad para las partes de preseleccionar la ley llamada a regular sus pretensiones.²⁶

Sin embargo, en algunas ocasiones los hombres de negocios, cuando pactan el arbitraje suelen dejar en manos de los propios árbitros esta decisión estratégica, mientras que de su lado, los profesionales del derecho, al aconsejar a sus clientes, deben informarles que si no pactan el derecho sustantivo aplicable a sus transacciones internacionales, los árbitros pueden inclinarse por solucionar las desavenencias con arreglo a la *lex mercatoria*.²⁷ Si bien esta modalidad parece identificarse con la dinámica de los negocios

reconocer el lugar que ofrezca mayores garantías y brinde un entorno favorable para el desenvolvimiento del proceso arbitral, deben ponderar que “La elección de la sede se encuentra estrechamente vinculada con la neutralidad que ella promete, que en la mayor parte de las ocasiones recaerá en un lugar distinto al de las operaciones comerciales de las partes”, Feldstein de Cárdenas, Sara L. y Leonardi de Hebe M., *op. cit.*, p. 53.

²⁵ Algunas de estas dificultades pueden llegar a verse disminuidas cuando las partes se deciden por el arbitraje institucionalizado, ya que su principal beneficio consiste en contar desde el primer momento con un cuerpo de normas de procedimiento, con un reglamento especialmente elaborado para ser empleado durante el arbitraje, que está diseñado para superar los inconvenientes planteados por las partes poco dispuestas.

²⁶ Siqueiros Prieto, José Luis, *op. cit.*, p. 28.

²⁷ El método de *lex mercatoria* es definido por su ámbito de aplicación como todas aquellas reglas que gobiernan las transacciones comerciales internacionales, incluyendo convenciones internacionales, usos codificados y no codificados, laudos internacionales, y aun leyes nacionales usadas para dirimir conflictos internacionales. Véase Faya Rodríguez, Alejandro, “La nueva *lex mercatoria*: naturaleza y alcances”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 34, 2004, p. 48. Consultar también a Silva Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 275-335.

internacionales y es preferida por los operadores, debe considerarse que la parte que ha perdido el litigio cuestionará ante los tribunales estatales el laudo dictado.

III. DERECHO CONVENCIONAL INTERNACIONAL Y PRINCIPALES INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

1. *Codificación del arbitraje comercial internacional*

Es a partir de la segunda posguerra cuando el arbitraje comercial internacional ha tenido mayor importancia y difusión, impulsado sobre todo por el desarrollo de la industrialización, el crecimiento de las relaciones comerciales interestatales, el fomento de la interdependencia y la globalización-neoliberalización de los procesos económicos y tecnológicos, haciendo patente la necesidad de formalizar internacionalmente instrumentos jurídico-políticos que permitan tener mayor certeza en el complejo entramado de las relaciones privadas comerciales internacionales. Es así como la naturaleza de este medio ha permitido que las normas que lo regulan hayan sido recogidas en convenios, tratados internacionales o en leyes modelo y numerosos reglamentos, sin olvidar las normas consuetudinarias, siempre tan activas y presentes en el derecho internacional. El instrumento se desarrolla en este contexto dinámico y se afianza en el derecho convencional internacional a través de la negociación y conclusión de grandes convenciones, como la de Nueva York en 1958, la de Panamá en 1975, la de Montevideo en 1979, y en la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985, las cuales pasaré a comentar en su esencia.

La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en 1958, y en vigor desde 1959, tiene alta relevancia en el medio arbitral comercial internacional, y su aplicación se enfoca al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de las sentencias. En esencia, los Estados contratantes están obligados a reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y permitirán su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el Estado donde se solicita su reconocimiento y ejecución. A pesar de algunas opiniones en contrario, este recurso continúa siendo la piedra angular del edificio del medio arbitral moderno, y es sin duda un ejemplo de exitosa producción jurídica en el campo del derecho

de las relaciones privadas internacionales. Su objetivo fue facilitar la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros a través de normas claras y simples, y se aplica a los laudos arbitrales dictados en cualquier Estado ratificante distinto de aquél donde se promueve la ejecución. Una de las reservas, denominada “reserva comercial”, que puede hacerse a la Convención, es que los Estados miembros de pleno derecho pueden declarar que sólo aplicarán la reserva a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. Si un Estado no deposita esta reserva, la Convención se aplicará también a cuestiones no comerciales. En este punto, la Convención de Nueva York es más amplia que la de Panamá, que no ofrece opción y rige exclusivamente para conflictos mercantiles.²⁸

Por su lado, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en 1975 en la Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, en la República de Panamá, es otra de las herramientas en las que se basa el árbitro encargado de la solución del conflicto, debiendo haber un acuerdo entre las partes para someterse a las reglas establecidas, siempre y cuando la relación sea de carácter mercantil, lo cual se llevará a cabo y ratificará por medio de un escrito, firmado por las partes, en donde éstas podrán escoger al árbitro, que podrá ser nacional o extranjero, y el proceso se desarrollará conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Esta convención comprende lo más relevante en materia de proceso del medio arbitral, desde los árbitros y la voluntad de las partes para someterse a las reglas de la convención hasta la forma en que se debe dar a conocer el laudo y las características que éste debe tener, para que no se viole el orden público y las partes estén satisfechas con la resolución final del caso. De igual manera, da a conocer cada una de las características de los puntos anteriormente señalados, de tal forma que no se cometan errores por parte del árbitro al llevar a cabo el proceso arbitral y los Estados puedan estar conformes con el

²⁸ Con base en el artículo 1o., cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito acorde al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias que puedan surgir por su relación comercial, jurídica o contractual. Al hacer referencia a “acuerdo por escrito” indicará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. En suma, el instrumento en comento es la base sobre la que se descarga el éxito del arbitraje comercial internacional como un medio global de solución de controversias, principalmente porque destaca que cualquier tribunal judicial competente de un Estado contratante, ante el que se interponga una acción respecto a una controversia establecida en un acuerdo arbitral, deberá remitir a las partes al arbitraje y por tal motivo también se reconoce y toma fuerza ejecutoria a todo laudo arbitral emitido en algún otro Estado.

laudo o sentencia emitida por el árbitro competente, quien actuará bajo la supervisión del tribunal arbitral.²⁹

En cuanto a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Uruguay en 1979, bajo los auspicios de la OEA, se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados parte, a menos que al momento de la ratificación alguno de éstos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. Advierte que cualquiera de ellos podrá declarar, al momento de ratificarla, que se aplica también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito; en este alcance, las normas convencionales se aplicarán a los laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención de Panamá de 1975, antes referida. En general, la convención establece varios puntos centrales: las condiciones que deben reunir las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros a que se refiere el artículo 1o., para tener eficacia extraterritorial en los Estados parte; los documentos de comprobación indispensables para solicitar la ejecución de las sentencias, laudos y resoluciones jurisdiccionales; la posibilidad de que si una sentencia, laudo y resolución jurisdiccional extranjeros no logran tener eficacia en su totalidad, el juez o tribunal podrá admitir su eficacia parcial mediante petición de parte interesada; los procedimientos, incluso la competencia de los respectivos órganos judiciales, para asegurar la eficacia a las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros, serán regulados por la ley del Estado en que se solicita su ejecución; la situación de que los Estados parte con dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones convencionales contenidas podrán declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas, en el entendido de que tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ul-

²⁹ Una cualidad que observo en el convenio es que promueve la uniformidad del derecho procesal arbitral y la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales que suelen ser inadecuadas para la aplicación del medio arbitral comercial internacional, algo muy necesario si se considera que algunas normativas domésticas son anticuadas y equiparan a menudo el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, en tanto que otras son fragmentarias, porque no regulan todo el proceso, y aun las hay que se redactaron teniendo en vista el arbitraje doméstico, lo que les insta a imponer sus principios al arbitraje comercial internacional, sin satisfacer la práctica ni las necesidades del tráfico moderno.

teriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicarán las normas convencionales.

Por otro lado, conforme a una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que encomienda fomentar la progresiva armonización y unificación del derecho internacional en materia comercial, la CNUDMI o UNCITRAL preparó la precitada Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en 1985,³⁰ un instrumento flexible que reconoce el valor del arbitraje como método de solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, que ha sido aceptado por muchos Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, reconociendo su contribución al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas y, ante todo, que este tipo de textos son más convenientes que varias generaciones de convenios celebrados bilateralmente. Estas disposiciones modelo, además de servir de guía a los Estados para reformar y modernizar sus leyes sobre el medio arbitral, tomando sus peculiaridades y necesidades en los intercambios mundiales, se ajustan a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje y al otorgamiento de medidas cautelares, ya que estas prácticas reflejan el actual actuar de los Estados en la materia de comercio internacional, de tal forma que estos acontecimientos permitan la mejora de la misma ley de forma significativa.³¹

Por lo que concierne al papel de la *costumbre internacional* en el medio arbitral comercial internacional, el reconocimiento de la existencia de una *lex mercatoria* como un verdadero orden jurídico se apoya en las formulaciones autorizadas y maduras a partir de la Segunda Guerra Mundial, en la consideración del consenso común, regla vinculante de la conducta humana, como fuente creadora de derecho. El proceso de elaboración de la *lex mercatoria* está conociendo importantes progresos, especialmente en el ámbito del medio arbitral en las relaciones privadas comerciales internacionales. En el plano institucional corresponde sobre todo al arbitraje la tarea de reconstruir un *ius gentium* o una *lex mercatoria* libres de las contingencias y de los

³⁰ Naciones Unidas, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985. Con las enmiendas aprobadas en 2006*, Nueva York, 2008.

³¹ En añadidura, el dispositivo modelo contiene en cada uno de sus puntos lo que es arbitraje comercial internacional o cuándo es reconocido el arbitraje comercial como internacional, e igualmente marca las características de éste, las etapas del procedimiento que se deben seguir (reglas), la composición del tribunal arbitral, las medidas que se deben tomar, las disposiciones que son aceptadas, las medidas cautelares, junto con el reconocimiento y la ejecución de la sentencia o laudo final.

prejuicios nacionales. En este ámbito institucional, una de las aportaciones más importantes es la que viene realizando la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, tanto en lo que respecta a la integración de su contenido como en su progresiva adaptación a los nuevos hechos. La labor de la CCI es altamente representativa de la presencia del arbitraje en la tarea de formar, consolidar y perfeccionar, y aun de descubrir, la *lex mercatoria*, en el momento decisivo de su aplicación efectiva que, en definitiva, es su verdadero banco de prueba.³²

Por último, me referiré a los Principios del UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (1994),³³ una de las principales soluciones armonizadoras, elaboradas con la pretensión de salvar dificultades prácticas en supuestos de conexión con más de un ordenamiento positivo, o encaminadas a la elaboración de un derecho uniforme, que tienen un claro origen arbitral. La labor que viene realizando eficazmente el UNIDROIT, en su tarea de elaborar proyectos de ley uniformes, está en la misma línea, estableciendo principios y soluciones que se adapten de la mejor manera a los requerimientos especiales del comercio internacional. Los principios sobre contratación internacional son el resultado de un grupo de funcionamiento especial integrado por representantes de los principales sistemas legislativos del mundo, y aunque son aplicados en la práctica, debido a su valor persuasivo tienen un papel muy significativo en muchos contextos, como la preparación de la nueva legislación, y la provisión de reglas y criterios a las cortes de los Estados y árbitros privados para interpretar y suplir los instrumentos internacionales existentes. Más importante aún es que las partes en una transacción comercial internacional pueden pactar que la relación se rija por este conjunto de reglas en vez de elegir un derecho nacional, y sean estos principios la ley apropiada en su contrato, amén de que los árbitros

³² En efecto, con gran frecuencia muchas controversias son resueltas en diversas partes del mundo mediante la vía del arbitraje, aplicando reglas y principios que conocemos como *lex mercatoria*. Pero también la *lex mercatoria* es un punto de referencia obligado al cual acuden los árbitros para fundamentar sus propias decisiones. De esta forma, los laudos arbitrales, sirviéndose de experiencias anteriores, logran con frecuencia un alto grado de equilibrio, y con ello la aceptación generalizada de la utilización combinada de las técnicas arbitrales y los contenidos de la nueva *lex mercatoria*.

³³ El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) fue creado en 1926 bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, y desde entonces ha preparado múltiples convenciones y desarrollado instrumentos de *soft law* como estos Principios, que no son materia de derecho, pero pueden ser invocados por las partes dentro de su régimen contractual.

pueden encontrarlos convenientes cuando están invitados a decidir según “los usos y costumbres del comercio internacional”.³⁴

Para finalizar este apartado, a manera de un balance general del impacto que ha tenido el derecho convencional arbitral en la legislación mexicana, es posible resumir que con la firma de la Convención de Nueva York, México respondió a los retos políticos y económicos que se presentaban en el ámbito internacional, además de la necesidad de incorporarse a la apertura del comercio mundial. Desde el momento en que nuestro país se adhirió a esta Convención, procedió a ratificar la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo, lo que conllevó la regulación del medio arbitral comercial en dos ámbitos; por un lado, el internacional, en el marco convencional referido, y, por otro, el referente a los casos internos o domésticos que eran regidos por el Código de Comercio y los códigos locales. A fin de no contar con dos tipos de regímenes normativos de arbitraje, los legisladores mexicanos efectuaron los ajustes necesarios para no continuar con esta dinámica de régimen realizando las reformas necesarias para llegar a formular una legislación coherente en los planos nacional e internacional. Así, la reforma de 1993, por la que se incorpora al Código de Comercio las disposiciones restantes de la Ley Modelo de CNUDMI y la Convención de Nueva York, junto con el peso que representó la firma del TLCAN, enmarcaron la nueva legislación del medio arbitral comercial internacional que rige en el Estado mexicano hasta la actualidad.

2. *Principales instituciones internacionales sobre el medio arbitral y su influencia en México*

Otro de los elementos relevantes dentro del medio arbitral comercial en los niveles nacional e internacional lo constituyen las instituciones o centros administradores de arbitraje, cuya importancia radica en que los tribunales arbitrales no funcionan por sí solos a menos que haya una institución que los administre. Dichos tribunales se ubican dentro de estas instituciones, de las cuales depende la organización y trámite del proceso arbitral; pero esto no significa en estricto sentido que lo administren o tutelen. Tienen su origen en la Edad Media, con los comerciantes organizados por sí mismos, de ahí que no dependen de los gobiernos y son dirigidas por particulares. “Una institución arbitral debe ser creada no por el Estado sino por los hombres

³⁴ Marzorati, Osvaldo J., *Derecho de los negocios internacionales*, Buenos Aires, Astrea Depalma, t. I., consultar capítulo primero, “Principios generales del derecho internacional privado”, pp. 12-32.

de empresas internacionales, los abogados y los doctrinarios. La iniciativa privada evitará que se extiendan los posibles problemas políticos que tratan inevitablemente de dirigir los esfuerzos”.³⁵ En la actualidad operan un número considerable de estos centros en las relaciones privadas internacionales, principalmente en aquellos Estados que tienen una presencia económica importante.³⁶ Contra lo que pudiera pensarse, no son organizaciones lucrativas, pues no operan como empresas mercantiles vendedoras o prestadoras de servicios. En la esfera internacional existen instituciones arbitrales internacionales importantes, como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Cámara de Comercio Internacional (ICC), la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), y el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA).

La Asociación Americana de Arbitraje (AAA) fue creada en 1926 con la fusión de dos organismos privados: la Arbitration Society of America y la Arbitration Fundation. Es una organización de servicio público sin ánimo de lucro, su sede actual está en Nueva York, y cuenta con 38 sucursales en Estados Unidos. A nivel internacional administra su Reglamento de Arbitraje Internacional, mantiene una lista de alrededor ocho mil árbitros y más de sesenta acuerdos cooperativos con más de cuarenta naciones; además, desarrolla reglas de ética para los árbitros y normas de conducta para los mediadores. Constituye uno de los centros de arbitraje más importantes en el mundo, administra aproximadamente 150 mil litigios anuales y recurren a ella la mayoría de los comerciantes que tienen una participación considerable en la economía estadounidense.³⁷ Tiene como propósito resolver controversias a través de la mediación, el arbitraje u otras formas de solución extrajudiciales, en los planos nacional e internacional de manera destacada, y ofrece asistencia para la concepción y puesta en práctica de alternativas de solución de conflictos a solicitud tanto de sociedades como de organismos gubernamentales, de oficinas de abogados y de tribunales, con la intención

³⁵ Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 103.

³⁶ Las funciones generales que realizan las instituciones administradoras de arbitraje son: 1) administrar tribunales de arbitraje; 2) recabar y actualizar una lista de árbitros; 3) designar árbitros para constituir el tribunal, incluyendo sustituciones; 4) difundir y enseñar la actividad arbitral; 5) expedir el reglamento de procedimientos; 6) facilitar los medios y recursos para que el tribunal arbitral desempeñe sus actividades; 7) calificar causas de impedimento de árbitros; 8) resolver lo relativo a honorarios de árbitros; 9) administrar recursos económicos, incluso en el establecimiento de los aranceles correspondientes, y 10) auxiliar a organismos regionales. *Ibidem*, p. 104.

³⁷ Solano Huerta, Claudia, “Asociación Americana de Arbitraje”, *Prezi.com* (noviembre de 2013), disponible en: www.intracen.org, 25 de abril de 2020.

de solucionar conflictos relacionados con el trabajo, el consumo, la tecnología, la salud pública y el comercio internacional, principalmente.³⁸

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD) es la división internacional de la AAA, que tiene como tarea exclusiva la administración de la totalidad de los asuntos internacionales; su especialización internacional y su personal multilingüe son parte integral del proceso de resolución de disputas, y su sistema se fundamenta en su capacidad para hacer que el proceso arbitral progrese de manera eficiente. Al efecto, facilita las comunicaciones, asegura el nombramiento de árbitros y mediadores adecuados, controla gastos, comprende singularidades culturales, resuelve obstáculos procesales e interpreta y aplica correctamente sus reglamentos internacionales de mediación y arbitraje. Además, el CIRD tiene suscritos numerosos acuerdos de cooperación con instituciones arbitrales de todo el mundo para facilitar la administración de sus casos internacionales.³⁹

La Cámara Internacional de Comercio (ICC) se creó en París, Francia, en 1919, donde continúa teniendo su sede; tiene personalidad propia, y su naturaleza jurídica es asociativa. Sus miembros son empresas que efectúan transacciones internacionales, y también organizaciones empresariales. En la actualidad, las miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países, y se organizan como comités nacionales en más de ochenta de ellos. Es también ente consultivo privilegiado de la Organización Mundial del Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de la

³⁸ También ofrece programas de formación para las personas implicadas en la solución de controversias, en tanto que terceros neutrales o consejeros de las partes. Como la mayoría de las instituciones, tiene dos principios: 1) *Confidencialidad*: el procedimiento del arbitraje es privado, y en ese sentido la AAA es neutral, y tiene una obligación ética de mantener la información confidencial; sin embargo, no toma ninguna posición sobre las partes, y éstas siempre tienen el derecho de revelar los detalles del proceder, a no ser que ellas tengan un acuerdo de confidencialidad separado, y 2) *Imparcialidad*: la AAA no otorga ningún tratamiento especial de cualquier clase, recibe aproximadamente el 95% de sus casos como consecuencia de la designación como la agencia administrativa en una cláusula, y en muchos casos, no ha tenido ningún contacto previo con las partes.

³⁹ La mediación también es administrada por el CIRD conforme a su Reglamento de Mediación Internacional, y no cobra una cuota administrativa adicional cuando las partes de un arbitraje en curso intentan mediar su controversia bajo sus auspicios. Tiene la función nodal de promover la aplicación de las Reglas de Arbitraje Internacional de la AAA, que consta de 36 artículos organizados en tres partes: iniciación del medio arbitral, el tribunal, y las condiciones generales. Este *corpus* reglamentario regirá el arbitraje, excepto cuando cualquier regla esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición; las reglas también especifican los deberes y obligaciones de la AAA, como el que podrá proveer servicios a través de sus propias instalaciones o de instalaciones de instituciones de arbitraje con las cuales tenga acuerdos de cooperación. *Supra*.

OCDE, de la Comisión Europea, entre otras. Incluso el G-8 recibe en cada una de sus reuniones un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del momento, que es entregado en visita *ad hoc* al primer ministro del Estado anfitrión. Su misión es actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten, con la firme convicción de que las relaciones económicas internacionales conducen a una prosperidad general y a la paz entre los países. Crea instrumentos que facilitan el comercio y las inversiones internacionales,⁴⁰ y realiza actividades estratégicas sobre un amplio espectro, que va desde el arbitraje y la resolución de conflictos, hasta la defensa del libre comercio y el sistema de economía de mercado, la autorregulación de empresas, y la lucha contra la corrupción y el crimen comercial.⁴¹

La Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), cuyos antecedentes se remontan a 1883, con el Tribunal de Consejo Común de la Ciudad de Londres, y 1903, con el Tribunal de Londres de Arbitraje, haciéndola probablemente la más veterana de todas las instituciones arbitrales internacionales existentes, proporciona organización, presencia, actividades y servicios en todo el mundo; es decir, administra medios arbitrales internacionales en cualquier sede y bajo cualquier ley aplicable, a costos competitivos de gestión. Aunque radicada en Londres, ofrece un servicio actualizado para satisfacer los requerimientos de la comunidad empresarial internacional, abogados con práctica internacional y árbitros capacitados; además, garantiza flexibilidad y neutralidad a las partes litigantes que aceptan resolver sus diferencias a través del medio arbitral.⁴²

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC o IACAC) se creó en Montevideo en 1933, durante la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos, y sus primeras reglas de procedimiento fueron tomadas de la AAA como respuesta a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación para solucionar de manera especializada y eficaz las controversias comerciales que se susciten dentro de la comunidad empresarial internacional. Fue reestructurada en la Segunda

⁴⁰ En ese sentido, destacan la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales como: Incoterms, reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etcétera, y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional, como la Carta de las empresas para un desarrollo sostenido, el Código de prácticas legales en publicidad, el Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, las Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, y la Guía para el comercio electrónico, entre otros.

⁴¹ Disponible en: www.iccmex.org (fecha de consulta: 20 de abril de 2020).

⁴² Disponible en: www.lcia.arbitration.org (fecha de consulta: 3 de junio de 2013).

Conferencia, que se llevó a cabo en México en 1968, cuando se formuló su propio reglamento (vigente desde 2002), así como otras resoluciones orientadas a fortalecerla. En los últimos años ha contado con el apoyo de los principales centros de métodos alternativos de solución de conflictos de América, España y Portugal, los cuales se han hecho parte de la comisión como sección nacional o sección asociada, lo que permite difundir y consolidar el medio arbitral de solución de controversias.⁴³

El CAMCA fue creado en 1996 de manera conjunta por la Asociación Americana de Arbitraje, el Centro de Arbitraje Comercial British Columbia International, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y el Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Quebec, y ha elaborado reglas de procedimiento destinadas a brindarles seguridad a sus socios comerciales y el acceso a un foro internacional para la solución de controversias comerciales de naturaleza privada, es decir, está gobernado por reglas y procedimientos uniformes. Es administrado por representantes de cada una de las instituciones que lo crearon, de forma que las partes en una controversia pueden acudir a cualquier sede del Centro, que ha reunido una lista multinacional de árbitros y de mediadores.⁴⁴ Como su nombre lo indica, este centro maneja tanto la mediación como el arbitraje, que pueden ser utilizados para la solución de todo tipo de conflictos propios de las relaciones privadas internacionales que surjan de la inversión, el comercio, la construcción, los empleos, los servicios financieros, las franquicias, la propiedad intelectual, manufacturas, petróleo y gas, entre otras.

Por otra parte, en la esfera nacional mexicana destacan básicamente cinco instituciones: la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio (Canaco), el Centro de Arbitraje de México (CAM), la Comisión de Arbitraje Permanente (CAP), la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje (AMMAC) y el Instituto Mexicano de Arbitraje (materia civil), de las cuales me centraré únicamente en las dos primeras, que son las más importantes y especializadas en el medio arbitral comercial. Hasta los años noventa sólo existía en la Ciudad de México la Canaco, y en

⁴³ Disponible en: <http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?conID=7548&catID=805> (fecha de consulta: 25 de abril de 2020). Actualmente son parte de la CIAC: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁴⁴ La administración de procedimientos de arbitraje y de mediación es por intermedio de las cuatro oficinas siguientes: Asociación Americana de Arbitraje, Centro Comercial de Arbitraje British Columbia Internacional, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México y el Centro de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional de Quebec.

realidad no había ningún arbitraje qué administrar, ya que el mercado estaba compartido entre la CCI y la AAA, amén de que los contratos mexicanos no prevenían el arbitraje, y los contratos celebrados con partes extranjeras tendían a apegarse a centros internacionales, dada la falta de confianza en las instituciones nacionales. Este panorama prevaleció prácticamente todo el siglo XX hasta la firma del TLCAN, que en su artículo 2022 promueve el arbitraje como medio de solución de controversias; con ello da pie a la renovación de la actividad mediadora de la Canaco y a la creación del Centro de Arbitraje de México.

Los aspectos más relevantes de las reglas de arbitraje de las instituciones administradoras en México se basan en las dos principales instituciones administradoras de arbitrajes: la Canaco y la ICC, por lo que existen dos tendencias: a) la de las reglas de la Comisión de Arbitraje de la Canaco que siguen de cerca de las reglas del ICDR (el brazo internacional de la AAA), y b) la que se encuentra en las reglas del Centro de Arbitraje de México, que se acerca más a las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, en las que los procedimientos son supervisados de cerca por la Corte, y su actualización se da cada diez años en promedio. Por medio de la Canaco también se puede llevar el arbitraje bajo el reglamento del CAMCA.

Debido a la utilización cada vez más frecuente del medio arbitral comercial, las instituciones administradoras modifican y actualizan sus reglamentos, y el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial no es la excepción, como lo evidencia su nuevo Reglamento adoptado en 2007, y el cual no prevé el recurso de revisión de los proyectos de laudo por parte de la secretaría de dicho centro, ya que se parte del principio de que son los árbitros quienes tienen el contacto más cercano al caso y a las pruebas. Por su lado, el CAM es una institución privada especializada en la prestación de servicios de administración de procedimientos de arbitraje comercial privado que surge en 1997 para llenar un vacío en México: el de la solución de controversias nacionales por la vía del arbitraje administrado. Busca crear las condiciones necesarias para que los empresarios y sus colaboradores conozcan, utilicen y se beneficien de las ventajas del arbitraje comercial, y aunque no resuelve directamente las controversias que le son planteadas, sí propicia las condiciones de actuación del o los árbitros designados. Su funcionamiento está confiado a un Consejo General, el cual interviene fundamentalmente en la designación y remoción de árbitros y en el control de calidad del laudo arbitral (un secretario general se encarga de la administración cotidiana de los procedimientos arbitrales seguidos ante el CAM).

IV. CRITERIOS GENERALES ACERCA DEL ACUERDO, LA CLÁUSULA Y EL TRIBUNAL ARBITRALES

1. *El acuerdo de arbitraje comercial internacional*

Dentro del proceso del arbitraje comercial internacional, sin lugar a dudas el acuerdo es el elemento fundamental, sustancial y dinámico. Su antecedente lo encontramos en el derecho romano, puesto que en Roma era permitido que las controversias surgidas entre las partes se resolvieran por árbitros designados por ellas mismas y no por la autoridad judicial. Sin embargo, esto no obligaba al cumplimiento de la decisión, y para que fuera eficaz se recurría a varios medios, como la promesa mutua de pagar cierta cantidad para quien no acatara la decisión del árbitro, lo que constituía de alguna manera un compromiso para ambas partes.

El acuerdo arbitral se puede definir como un contrato de voluntades de las partes, por medio del cual se acuerda que una controversia presente o futura se resolverá mediante un proceso arbitral, acto que a su vez implica la renuncia del derecho de acudir ante los tribunales jurisdiccionales estatales para dirimir la controversia, lo que en la doctrina se llama “convenio arbitral”.⁴⁵

El Código de Comercio, en el artículo 1416, dispone que “El acuerdo de arbitraje, es un 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”. Esta definición no hace distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, lo que no significa la imposibilidad de convenir un acuerdo arbitral después de que surge un conflicto.⁴⁶ Cabe señalar que también es posible, en cualquier momento, renunciar al arbitraje si las partes así lo desean.

Por su lado, en la Convención de Nueva York, en el artículo II, se establece lo siguiente:

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada

⁴⁵ Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 2008, p. 514.

⁴⁶ Péreznieto Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 81.

relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.⁴⁷

Dada la importancia del medio arbitral comercial internacional, el incumplimiento frecuente y los problemas de la interpretación de los contratos internacionales, actualmente el 80% de estos instrumentos contienen una cláusula compromisoria.⁴⁸ En este sentido, la definición establecida en el Código de Comercio, en el artículo 1416, y en la Ley Modelo de la UNCITRAL, en el artículo 7o. destaca que “El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. De la misma manera, en la Convención de Nueva York se le reconoce al acuerdo arbitral como un acuerdo de efectos legales reales y eficacia extraterritorial, y el artículo 2o. especifica que “la expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en el contrato o un compromiso firmado por las partes o el contenido en un canje de cartas o telegramas”. La exigencia del escrito está impuesta para evitar un litigio que cuestione la presencia del acuerdo, y constituye el arranque del procedimiento arbitral; su función es organizar el marco jurídico para la solución del litigio, y por tanto, es la piedra angular sobre la que hay que poner la máxima atención.⁴⁹

En el caso de México, la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial indica en su reglamento que el acuerdo arbitral puede constar 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. De cualquier modo, parecería que el acuerdo tendría que ser trasladado a un soporte escrito, ya sea mediante una constancia en una audiencia específica o en un acta misión, porque de lo contrario pueden surgir obstáculos para la

⁴⁷ Los procedimientos arbitrales son vistos como una expresión de la voluntad de las partes basada en la autonomía de cada una de ellas, una vez que han dado válidamente su consentimiento para someterse al arbitraje, el cual no puede ser retirado unilateralmente. Aun cuando el acuerdo arbitral forme parte del contrato principal entre las partes y éste llegue a su conclusión, la obligación de someterse al arbitraje subsiste. Es una obligación independiente separable al resto del contrato.

⁴⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, México, Porrúa, 2004, p. 117.

⁴⁹ Cabe señalar que no siempre se requiere la firma del acuerdo arbitral. Ante el otorgamiento de éste, se establecen dos alternativas: a) la redacción de la cláusula compromisoria en el contrato principal, o el otorgamiento de un acuerdo específico separado del mismo (compromiso arbitral), en cuyo caso, el convenio debe ser firmado por las partes, al igual que cuando la cláusula se pacta a través de cartas, y b) consiste en un acuerdo escrito que puede estar contenido en un canje de telegramas, situación en la que es indispensable la firma de las partes. Santos Belandro, Rubén, *op. cit.*, p. 56.

ejecución del laudo en el extranjero ya que el ganador del pleito debe mostrar una copia del acuerdo para que sea efectivo. Además, en cuanto a su validez, el acuerdo arbitral tiene su propio principio de validez y el *pacta sunt servanda* es su fundamento, en la medida en que esté fundamentado en el derecho nacional (las reglas del derecho común mexicano sobre la capacidad y el poder de contratar rigen el acuerdo arbitral). En la esfera internacional, en todo acto jurídico se debe determinar la ley aplicable, ya sea de acuerdo con lo previsto en las convenciones internacionales o en el derecho común, y posteriormente definir las normas sustantivas que rigen la capacidad en el derecho interno estatal de que se trate.

En lo que respecta a la tipología o clasificación del acuerdo arbitral, conforme a las distintas perspectivas de los juristas, aquél tiene básicamente dos presentaciones: el acuerdo preliminar (de carácter preparatorio y compromisorio o arbitral) y el acuerdo definitivo o compromiso arbitral (para litigios no resueltos, y para litigios que judicialmente ya fueron resueltos). Los tipos de acuerdos se clasifican por el momento en que se concreta el litigio y por el origen del litigio. En el primer caso, puede ser preliminar o definitivo (compromiso arbitral). El acuerdo preliminar prevé la existencia del litigio, se determina de manera genérica el objeto del arbitraje, es anterior al acuerdo definitivo y no se agota en un solo juicio; es decir, subsiste mientras perdure la posibilidad de que surjan litigios futuros; existen dos tipos de acuerdos preliminares: la cláusula, que forma parte física del contrato principal, y el contrato preliminar, que no figura en ningún contrato principal, pues posee autonomía y está documentado por separado.⁵⁰

Conforme al objeto o materia especificada, la cláusula asume dos formas: preparatoria y arbitral o compromisoria. La primera, es simplemente una promesa para celebrar el compromiso arbitral (es una especie de contrato preparatorio preliminar), y está reconocida, pero no tiene “fuerza ejecutiva por los tribunales, a menos que las partes convengan nuevamente someter la controversia al arbitraje, lo cual se haría referencia al compromiso”.⁵¹ La segunda, por el contrario, no es una promesa de celebrar un compromiso arbitral, pues está en el propio acuerdo del arbitraje; se considera como cláusula preliminar con relación al momento en que surge el litigio por resolver, pero es definitiva cuando la diferenciamos de la cláusula

⁵⁰ La cláusula difiere del contrato preliminar, porque en la primera el acuerdo está en una de las cláusulas de un contrato principal, mientras que en la segunda es un acuerdo por separado del contrato principal. Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 62.

⁵¹ Siqueiros Prieto, José Luis, “El arbitraje comercial en Latinoamérica. La perspectiva mexicana”, *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 1989, t. II, p. 1365.

sula preparatoria, y en la actualidad es la de uso más común y frecuente en el medio arbitral comercial internacional. De su lado, en el *acuerdo definitivo* o *compromiso arbitral*, el litigio está presente, ya es un hecho, y por tanto se específica, es posterior al preliminar y se extingue cuando el litigio concreto y específico queda resuelto.⁵²

En cuanto a la clasificación de los acuerdos por el origen del litigio, que puede surgir del cumplimiento de una relación contractual o de otra fuente de las obligaciones, el medio arbitral puede ser *contractual* o *no contractual*. Dentro de la Convención de Nueva York se reconocen ambas relaciones jurídicas, mientras que en la Convención de Panamá la relación contractual es denominada “negocio jurídico”. El arbitraje del primer tipo puede establecerse en un testamento, en las capitulaciones matrimoniales, en los estatutos de una sociedad, en un acuerdo para definir la propiedad de una patente, etcétera, de manera que cuando surja el litigio se dará paso al proceso arbitral. El segundo, no tiene mayor explicación, sólo que en los casos no derivados de una relación contractual no existe aún litigio concreto o específico, limitadamente se ha establecido el arbitraje para un litigio futuro.

Una vez establecida la definición y los tipos de acuerdo arbitral, es necesario conocer en sus rasgos generales los elementos que lo conforman, el cual debe ser examinado por sus *elementos de existencia y validez*, por un lado, y por la *arbitrariedad del litigio*, por el otro. Los elementos de existencia son dos: el *objeto que pueda ser esencia de contrato* y el *consentimiento*, ya que sin éstos el acto jurídico no existiría. El objeto consiste tanto en la expresión del deseo de someterse al proceso arbitral para solucionar la controversia, presente o futura, así como la forma de solucionarlo; el litigio por resolver debe ser posible, además que implica la renuncia del proceso jurisdiccional estatal.⁵³ El consentimiento es el acuerdo de voluntades entre las partes sobre la producción de derechos y/u obligaciones, como el sometimiento al arbitraje de

⁵² Briseño Sierra, Humberto, “Consideraciones sobre el arbitraje”, *Estudios de derecho procesal civil*, México, Cárdenas, 1980, t. II, p. 652.

⁵³ En el acuerdo arbitral entre las partes se designa el negocio que será sometido a juicio arbitral; de lo contrario, el acuerdo arbitral resultará nulo de pleno derecho. Este litigio tiene que ser determinado, así como la constitución del órgano, las normas aplicables y los procedimientos que se atenderán. En este caso no es necesario renunciar expresamente a la participación de los órganos estatales. Hay dos tipos de objetos según el acuerdo: *a)* en la cláusula preparatoria, el objeto se orientará a establecer a futuro el acuerdo para resolver las controversias especificadas mediante el proceso arbitral (el acuerdo no produce sometimiento al tribunal arbitral, pero sí origina el derecho y obligación de cada parte de sujetarse al arbitraje), y *b)* en la cláusula compromisoria o en el acuerdo definitivo, el objeto consiste en señalar el proceso arbitral como el medio de resolución del litigio (pueden establecerse los procedimientos y los órganos por cuyo conducto se resolverá).

una controversia presente o futura; existe cuando aquéllas están conformes con el objeto, además de que debe ser claro, sin suposiciones, debido a que hay una renuncia clara y expresa a los tribunales estatales para la solución de una controversia.⁵⁴ Sobre los elementos de validez, están la forma, el objeto, el motivo o el fin lícito, la ausencia de los vicios de la voluntad y la capacidad de los comprometientes. La forma constituye el conjunto de requisitos que la expresión de la voluntad debe reunir en su manifestación exterior para que el derecho le dé efectos jurídicos (por ejemplo, formulación por escrito, aunque la aceptación pueda ser no escrita).

Según el objeto, motivo o fin lícito, el acuerdo arbitral debe referirse a la legalidad de arbitrar el litigio que *in genere*⁵⁵ se establece en el mismo (en México se adopta el medio arbitral, pero en determinados litigios no se permite su solución por esta vía). La ausencia de vicios de la voluntad implica que al formular el acuerdo arbitral, las partes deben estar conscientes de lo que hacen y pactarlo libremente. La capacidad de las partes implica que el acuerdo arbitral es válido sólo cuando éstas son capaces de pactarlo y poseen facultades para comprometerse sobre la materia u objeto litigioso, entendiendo que en el ámbito objetivo tendrán la capacidad para elaborar un acuerdo arbitral sólo quienes puedan disponer de la materia litigiosa.⁵⁶ También conviene abordar el rol que juega la *autonomía* del acuerdo arbitral, que se puede entender en dos aspectos: la autonomía de la voluntad de los comprometientes frente al Estado y a la autonomía del acuerdo arbitral

⁵⁴ Existen diversas formas de expresar el consentimiento, y como tales son objeto de derechos y obligaciones. En su artículo 1423, el Código de Comercio de México señala: “El acuerdo del arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes... u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo... La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga la cláusula compromisoria constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato”.

⁵⁵ Este principio implica que el Estado, a través de sus distintas autoridades, sólo debe realizar lo que el orden jurídico general le faculta hacer, sin que a ningún funcionario público u órgano con poder autoritario le sea posible llevar a cabo actos cuya comisión no le esté expresamente otorgada por la ley y ésta debe regular el ejercicio de la facultad concedida. Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 204.

⁵⁶ El Código de Comercio, hasta antes de su reforma en 1993, parecía exigir que los comprometientes fueran comerciantes, excluyendo al resto de los involucrados, lo cual, afortunadamente cambió al eliminarse esta restricción. Cabe señalar que la ley aplicable a la validez del acuerdo del arbitraje será la ley a la cual las partes han sometido el arbitraje, y a falta de elección se apegará a la ley del país en la que se haya dictado la sentencia.

frente al contrato principal.⁵⁷ Y en lo tocante a los *efectos* del acuerdo arbitral, el principal es obligar a las partes a recurrir al arbitraje para resolver todas sus diferencias, resaltando dos aspectos: el positivo, en tanto da lugar al diferimiento al arbitraje de la controversia o el litigio dando jurisdicción al tribunal arbitral; y el negativo, en tanto excluye la jurisdicción de los jueces estatales en el tratamiento de dicha controversia, imponiéndoles a éstos el deber de actuar en ausencia del acuerdo arbitral.⁵⁸

2. *La cláusula arbitral*

Ya se dijo que la cláusula arbitral es el elemento más importante dentro del arbitraje comercial, se pacta dentro del acuerdo arbitral y forma parte de éste; facilita el arbitraje en cuanto se forma en el momento más adecuado para convenir, pues las partes no conocen el carácter exacto del litigio futuro, y evita disuadir a los interesados con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias restantes del arbitraje, que en ese momento sólo es una posibilidad.⁵⁹ Las características y los efectos que genera la suscripción de una cláusula arbitral o compromisoria son, *grosso modo*, que es un pacto por el cual las partes acuerdan sustraerse de la intervención del Poder Judicial; en este pacto no se fijan los extremos de la controversia (porque no existe conflicto en este momento), sino que sólo se identifica de manera precisa la relación jurídica respecto de la cual los futuros e inciertos conflictos serán resueltos por la vía arbitral, y su suscripción obliga a las partes a que al surgir la controversia, deban otorgar un nuevo contrato denominado “compromiso arbitral”.

No se olvide que existe una diferencia sustancial entre la cláusula compromisoria y la cláusula de compromiso arbitral, pues mientras que al momento de suscribirse una cláusula compromisoria no existe conflicto, cuando se celebra un compromiso arbitral ya existe una controversia entre las partes.⁶⁰

⁵⁷ El contrato principal puede existir con o sin cláusula arbitral, y, de la misma manera, la cláusula arbitral puede estar dentro del contrato o fuera de él, ya que ésta es independiente. De ahí que, si se alega nulidad del contrato principal, ello no impedirá que el árbitro conozca el asunto y resuelva sobre la existencia o inexistencia, validez o invalidez del contrato.

⁵⁸ Convención de Nueva York, artículo 2o., párrafo 3.

⁵⁹ Briseño Sierra, Humberto, *op. cit.*, p. 43.

⁶⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Arbitraje comercial nacional e internacional*, Bogotá, Legis, 1996, p. 78.

La experiencia demuestra que un buen arbitraje depende de una cláusula arbitral de calidad, la cual debe ser breve para que un procedimiento se desarrolle con fluidez, pues una elaboración compleja por lo general tiene el efecto contrario. Entre los elementos básicos que debe contener están: las reglas aplicables que regirán el procedimiento arbitral; el número de árbitros; el derecho que será aplicado al fondo del litigio; el lugar o la sede del arbitraje, y el idioma del arbitraje. La cláusula modelo del CAM es un claro ejemplo de cómo debe ser redactada una cláusula compromisoria: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del CAM, por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas reglas”.⁶¹ También es importante la elaboración del clausulado del acuerdo arbitral que debe ser muy preciso, medido y lo más claro, de manera que el contenido cubra necesidades pretendidas por las partes contratantes.

Conforme al Código de Comercio de México, existen tres tipos de cláusulas del acuerdo arbitral: *a*) necesarias o indispensables (indican la designación precisa del litigio que será objeto del arbitraje); *b*) opcionales o facultativas,⁶² y *c*) prohibidas o exclusivas (comprende los litigios que la ley considera inarbitrables, los cuales concuerdan con los que sólo los tribunales

⁶¹ Disponible en: www.camex.com.mx (fecha de consulta: 28 de abril de 2019). Conforme a la experiencia del Centro de Arbitraje de México, CAM, hay errores comunes que deben evitarse al momento de redactar una cláusula arbitral: falta de intención clara de someterse al arbitraje; incorrecta identificación del nombre de la institución administradora o las reglas de arbitraje que regirán el procedimiento; señalamiento de excesivos requisitos o calidades de los árbitros o en el procedimiento; pacto de diversos tipos de arbitraje en contratos relacionados, y falta de los elementos esenciales que debe contener toda cláusula, como las reglas, la sede, el idioma o el número de árbitros.

⁶² El artículo 1423 del Código de Comercio establece cuáles son estas cláusulas: 1) nombre del árbitro o árbitros y de sus sustitutos (cuando no se especifica los nombres y/o el número de los árbitros, podrá recurrirse a los tribunales judiciales para su designación; de lo contrario, lo hará el administrador de arbitraje); 2) número de árbitros (uno o tres); 3) procedimientos para la designación de los árbitros, o para su sustitución, incluido el nombramiento del árbitro tercero (a falta del procedimiento convencional, se recurrirá al establecido en la ley interna o si es el caso en las reglas de procedimiento del centro administrador de arbitraje correspondiente); 4) lugar donde se desarrollará el proceso arbitral (sede, incluyendo país y ciudad); 5) idioma o idiomas a utilizar (Si el proceso es en México, el idioma a utilizar será el español, a menos que las partes determinen lo contrario, esto es más claro en el artículo 1432); 6) normas aplicables al fondo del negocio; 7) normas de procedimiento por seguir (tanto las normas aplicables al fondo como al procedimiento puede convenirse que algún organismo encargado de administrar arbitrajes escoja las normas, e incluso que el árbitro o árbitros adopten las más adecuadas); 8) tipos de fallo elegido, y 9) plazo de duración del proceso arbitral.

del Estado pueden resolver y las cláusulas que impiden el derecho de defensa o audiencia).

Asimismo, es interesante la llamada cláusula arbitral tipo o modelo, por su uso cada vez más frecuente en las relaciones privadas internacionales. Con base en la autonomía de la voluntad y las prácticas comerciales nacionales e internacionales, particularmente de la *lex mercatoria*, diversos centros de arbitraje han sugerido la redacción de esta figura, con la idea de reemplazar las cláusulas opcionales o facultativas, ya expuestas por las partes, lo que facilita el medio arbitral. Las cláusulas tipo resultan de la experiencia de las administradoras de arbitraje, por lo que suelen ser bastante efectivas. Con lo antes expuesto, se demuestra el gran peso y la importancia que tiene la cláusula compromisoria en el acuerdo arbitral, ya que de ésta depende el desarrollo del proceso del arbitraje.

3. *Constitución del tribunal arbitral*

El tribunal arbitral es muy distinto al tribunal judicial, tiene carácter autónomo e independiente respecto de éste y capacidad de aplicar las leyes, si bien se le considera parte de los administradores de justicia y no como auxiliar. Para que sus determinaciones no se tomen como opiniones particulares, requieren apoyo y auxilio de la autoridad judicial. De acuerdo con el artículo 5o. de la Convención de Nueva York, la constitución del tribunal arbitral se regula por la ley establecida en el acuerdo arbitral, o, a falta de ella, por la del lugar donde se realiza el arbitraje. Los comprometedores pueden elegir una sola ley aplicable o desmembrarla en secciones o instituciones, con la indicación de diversos ordenamientos para cada etapa. En la formación y funcionamiento del tribunal arbitral, la voluntad de las partes les permite, entre otras acciones, definir el tipo de tribunal arbitral, el número de árbitros, el lugar, los actos por realizar y el plazo. La ley aplicable en su constitución será señalada por las partes o con base en el reglamento de cualquier administradora del arbitraje que ellas elijan. De igual forma, dicha constitución puede dividirse en el nombramiento y sustitución de árbitros y por su independencia, imparcialidad y recusación.⁶³

La competencia del tribunal arbitral está definida en el Código de Comercio, así como en los reglamentos arbitrales de las instituciones de arbitraje. El derecho arbitral mexicano otorga al tribunal arbitral no sólo una competencia obligatoria para las partes, sino también le da la facultad de la

⁶³ Perezniecto Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 35.

kompetenz-kompetenz, es decir, el poder de pronunciarse sobre su propia competencia. En el artículo 1432 del Código de Comercio se le faculta para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.⁶⁴ La competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega la existencia de un vacío de la voluntad en el acto que se otorga competencia al árbitro, la acción de la nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional.⁶⁵ En cuanto a las reglas para la constitución del tribunal arbitral, se hallan establecidas en el título cuarto, libro quinto, del Código de Comercio, el cual está basado en la Ley Modelo de la UNCTRAL y rige a la legislación mexicana; y conforme a las mismas, una de las mejores opciones para dicha constitución es la utilización de una institución administradora; sin embargo, es primordial que las partes tengan plena libertad en la decisión en un árbitro único o en un tribunal arbitral para que el procedimiento se desarrolle con eficiencia.

En el tópico relativo a la competencia del tribunal arbitral, ésta corresponde al límite en que puede ejercerse su función, y en este sentido no es lo mismo competencia que función jurisdiccional. Dos fuentes delimitan la competencia del tribunal arbitral: por un lado, la que se deriva de la normatividad del tribunal y la convencional internacional, y por el otro, la que proviene de la voluntad de las partes establecida en el acuerdo. De conformidad con las leyes y tratados, la competencia del tribunal arbitral comprende lo siguiente: el reconocimiento y la decisión del juicio o proceso principal; el conocimiento de los incidentes derivados del proceso principal; la capacidad de competencia para dirigirse a los tribunales del Estado, a los cuales se puede pedir o exigir cooperación y auxilio a fin de garantizar el éxito del proceso arbitral; el conocimiento de las excepciones definitivas, menos la recomendación, salvo lo acordado en el acuerdo arbitral, y el conocimiento de los datos que puedan llevar a la condena.⁶⁶

Respecto a la competencia exclusiva del tribunal arbitral, se considera en dos niveles: el establecido en las leyes y en los tratados internacionales, y la competencia señalada por las partes en su laudo arbitral. Las modalidades de la competencia exclusiva establecida en las leyes y tratados interna-

⁶⁴ En ciertas ocasiones, los tribunales federales han llegado a establecer que los árbitros pueden únicamente pronunciarse sobre su competencia si las partes expresamente lo han pactado de esa manera. Boggiano, *op. cit.*, p. 941.

⁶⁵ Perezniето Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 138.

⁶⁶ Por los criterios de atribuciones de competencia del tribunal arbitral, se determina su jerarquía, por lo que los criterios generales de la atribución de competencia, como el territorio o la persona, no poseen importancia vital en el arbitraje internacional. *Ibidem*, p. 114.

cionales son: *a*) la competencia jurisdiccional estatal exclusiva, que implica que únicamente los tribunales jurisdiccionales del Estado podrán conocer de los litigios que ellos atienden, con lo que se excluye que éstos puedan llevarse a un tribunal no judicial del Estado, y *b*) la competencia jurisdiccional que, aun cuando sea exclusiva del Estado, pueda compartirse por los tribunales nacionales, del Poder Judicial o arbitral (exclusiva para un país, pero concurrente o compartida entre los tribunales estatales y los arbitrales del mismo territorio). En México se admite la arbitrabilidad de un litigio en el extranjero, salvo que la ley considere tal asunto competencia exclusiva de las autoridades nacionales; así, el artículo 1347 del Código de Comercio establece que “Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen ciertas condiciones”.⁶⁷ En el caso de la competencia delimitada por el acuerdo entre los comprometedores, también se observan dos modalidades: la competencia negativa y la competencia positiva.

Sobre la materia objeto de la competencia del tribunal arbitral, es sabido que comprende el conocimiento y la resolución del litigio interpartes, propio del proceso arbitral, y ha sido aplicada en las leyes extranjeras, en la jurisprudencia y en los reglamentos de las instituciones administradoras de arbitraje. Esta aplicación comprende el conocimiento y la resolución de objeciones sobre la competencia del tribunal, la existencia o validez del acuerdo. Por lo general, es el propio tribunal arbitral el que decidirá previamente las objeciones de su competencia. En la mayoría de las legislaciones nacionales se asume con frecuencia que sea el propio tribunal de arbitraje el que decida sobre su propia competencia, a menos que se oponga a ello una norma imperativa especial.⁶⁸

V. PROBLEMÁTICA Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DEL MEDIO ARBITRAL INTERNACIONAL

Una de las reglas elementales del proceso arbitral es la igualdad de las partes y que éstas deberán brindar plena oportunidad de hacer valer sus derechos, de tal manera que ni los árbitros ni las partes de común acuerdo pueden invalidarlo.⁶⁹ También es básico que “el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes, ya sea el procedimiento ante

⁶⁷ *Ibidem*, p. 118.

⁶⁸ Boggiano, *op. cit.*, p. 943.

⁶⁹ Código de Comercio, artículo 1434.

tribunales o el procedimiento arbitral”; por lo tanto, el procedimiento arbitral escogido por las partes es excluyente de la jurisdicción judicial.⁷⁰ El que el tribunal otorgue a la partes la plena oportunidad de hacer valer sus derechos, esto no significa que se deba poner en riesgo la eficiencia del procedimiento para dar gusto a las solicitudes procesales que resulten evidentemente improcedentes. En el Código de Comercio se dice que las partes podrán modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente la alteración de que se trate en razón de la demora con que se haya hecho. Esto de alguna manera limita a las partes la posibilidad de interrumpir el procedimiento. El tribunal arbitral debe ajustar sus actuaciones procesales a los términos que convengan las partes, y el procedimiento deberá cumplir con las reglas obligatorias de la ley del lugar de arbitraje, así como con el orden público de dicho lugar.

En el procedimiento arbitral, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes ha sido ampliamente aceptado por la mayoría de las legislaciones nacionales e instituciones internacionales en la materia, pues les brinda a aquéllas la posibilidad de elegir los métodos para conducir el arbitraje de acuerdo con sus necesidades; además, les permite posterior al contrato la ley aplicable que lo regule; sin embargo, también existen restricciones sobre esta autonomía, como la de que las partes deberán ser tratadas con igualdad, y se le debe dar a cada una de ellas la oportunidad de hacer valer sus derechos, y en este sentido el tribunal no debe otorgar privilegios a alguna en particular.

Hoy se sigue considerando el principio de la voluntad de las partes como el más difícil para el derecho internacional, y se ha expresado de diferentes formas, dependiendo del sistema jurídico que lo haya adoptado, lo que demuestra que esta libertad no es independiente, sino que se trata de un poder otorgado que ejerce condiciones y límites que otorgan seguridad jurídica dentro de las propias necesidades de las relaciones privadas internacionales en materia comercial. Si al acuerdo de voluntades se le llama “consentimiento”, la formación de éste se funda en la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la misma, por lo que será un elemento esencial e indispensable de un contrato, y operará como presupuesto de su validez, ya que se entiende que ante la ausencia de consentimiento no habrá contrato, y los actos realizados son considerados nulos de pleno derecho.

Es voluntad de las partes consentir en la designación del árbitro, una persona física sin cuya presencia no puede funcionar el tribunal arbitral, y, en consecuencia, el arbitraje comercial internacional. Para representar a

⁷⁰ *Ibidem*, artículo 1051.

este órgano, el árbitro necesita capacidad personal y adquisición del cargo (capacidad en abstracto), además de tener conciencia del ejercicio de su función sobre el caso específico (capacidad en concreto), lo cual significa que el árbitro debe reunir los requisitos necesarios para representar al tribunal arbitral y resolver sin impedimentos el caso específico.

Sobre la capacidad en abstracto, algunas convenciones internacionales, como las de Nueva York y la de Panamá, prevén algunas disposiciones, como que debe tratarse de un profesional del derecho, contar con determinada experiencia profesional, tener idoneidad y poseer cierta nacionalidad o domicilio.⁷¹ Para la capacidad en concreto, no basta que el árbitro haya reunido todos los requisitos señalados, sino tener la actitud de conocer y resolver sobre un asunto específico, lo cual se logra cuando se es imparcial y hábil, ya que de forma contraria esto representa un grave riesgo para la solución de litigios.⁷²

Otra de las libertades que tienen las partes es la designación de árbitros que integrarán el tribunal arbitral, o simplemente al árbitro, en el caso de que las partes decidieran llevar a cabo el litigio utilizando uno solo; también pueden nombrar a los árbitros de manera directa o pueden delegar su nombramiento a un tercero cuando exista un desacuerdo. En el ámbito internacional se establece que el nombramiento del árbitro se hará en la forma convenida por las partes, y su designación podrá delegarse a un tercero. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad considerarán las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y

⁷¹ Algunas cualidades que deben caracterizar a un árbitro no son del todo sencillas; por ejemplo: *a)* tener cierto sentido de aislamiento en torno de los argumentos emocionales; *b)* pensar lógicamente y poder investigar los hechos que el caso represente para llegar a una conclusión razonable; *c)* ser objetivo y liberarse de prejuicios; *d)* ser receptor de nuevos argumentos; *e)* ser capaz de establecer prioridades sobre la relevancia de la información; *f)* no ser tan firme para dominar el procedimiento, pero ejercerá control sobre la dirección y los actos del mismo; *g)* ser paciente y mantenerse tranquilo en el desahogo de un testimonio; *h)* estar familiarizado con los procedimientos jurídicos; *i)* tener una experiencia sólida; *j)* no depender del arbitraje para subsistir. Señalamientos del profesor James J. Hearly, citado en Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 127.

⁷² Cuando se aplican las reglas de arbitraje de algún centro administrador no se establecen requisitos ni capacidades concretas, sólo se limitan a exigir que el árbitro sea imparcial e independiente. La legislación mexicana no establece ningún requisito para ser árbitro y prevé expresamente la posibilidad para las partes de poder nombrar como árbitro a extranjeros. Sin embargo, la legislación nacional prohíbe a los servidores públicos, en particular a los jueces y magistrados, actuar como árbitros durante el desempeño de sus cargos sin excepción alguna. Artículo 1427 del Código de Comercio y artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Citado en Perezniето Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 149.

tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.⁷³ Cabe destacar que la autoridad del árbitro se deriva del acuerdo arbitral y no es delegable ni transferible, aunado a que sus determinaciones son resoluciones.

Por otro lado, toda vez que en el medio arbitral comercial internacional el lugar del proceso es en la mayoría de los casos un sitio neutral, es frecuente que la ley aplicable al procedimiento arbitral sea diferente a la ley aplicable para la interpretación de las cuestiones de fondo del conflicto. Independientemente de la variación de las legislaciones, es posible que en relación con los arbitrajes las leyes procesales se refieran a cuestiones de indudable interés e importancia. También debe señalarse que la comunicación entre los árbitros y entre las partes no siempre se lleva a cabo en un mismo idioma, por lo que éstas deben elegirlo, aunque en ocasiones se omite tal acuerdo. En algunos reglamentos, como el de la ICC, se establece que si las partes no fijaron el idioma en el acuerdo o al presentar la demanda y contestación, el tribunal lo fijará.⁷⁴ De igual modo, como lo dispone el artículo 1436 del Código de Comercio, los comprometedores pueden definir libremente el lugar del arbitraje, o en su defecto lo hará el tribunal arbitral, atendiendo a las circunstancias del caso, incluso lo que convenga a las partes.⁷⁵

Para elegir o determinar el lugar del arbitraje es necesario tomar en cuenta al menos tres circunstancias: que los tribunales que tengan jurisdicción en ese territorio estén capacitados para llevar adecuadamente el procedimiento; que el Estado que se elija sea parte de la Convención de Nueva York, ya que con base en ésta se dictará el laudo, y que el derecho arbitral

⁷³ Ley Modelo Uncitral, Naciones Unidas, artículo 11, 2008, p. 6.

⁷⁴ Cuando el idioma es establecido por el tribunal, éste debe tener en consideración: a) el idioma con el que se redactó la cláusula arbitral o el convenio arbitral; b) el natal de las partes; c) el del lugar donde se encuentra alguno de los establecimientos que son parte; d) el del lugar o sede del arbitraje; e) el del sitio en donde se realizarán las audiencias arbitrales, y f) el que sea mundialmente aceptado, como el inglés, francés y español. Rodríguez González, Carlos, *México ante el arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 1999, pp. 96 y 97.

⁷⁵ En la práctica, se prevén tres principales factores para fijar la sede: la neutralidad del lugar, la *lex arbitri* que resulta de la elección de la sede, así como la conveniencia en relación con los desplazamientos de las partes y los árbitros, además del acceso a las pruebas, e incluso las facilidades logísticas con que se cuenta en el lugar escogido por las partes, tales como las salas de conferencias, las traducciones simultáneas o la transcripción de las audiencias. CIADI, “Decisión sobre el lugar de arbitraje”, *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, núm. ARB (AF)/00/3, 26/9/01.

de la sede del arbitraje se adapte a las necesidades de las partes y esté actualizado para cumplir con las formalidades del lugar.⁷⁶

Generalmente se ha aceptado que el arbitraje comercial internacional se rija por la ley del lugar donde se lleva a cabo el arbitraje. Pese a que es frecuente que las partes inserten en sus contratos una cláusula que establezca cuál es la ley aplicable para la interpretación del mismo, es poco común encontrar cláusulas en las que se incluya una elección de la ley aplicable al procedimiento o en la que específicamente se adopte la ley procesal del lugar del arbitraje para que rija el procedimiento; bajo estas circunstancias, el árbitro se encuentra en la situación de interpretar la intención de las partes en el sentido de que al haber elegido el lugar del arbitraje han querido elegir la ley de dicho lugar como ley procesal aplicable. En suma, existen varias alternativas para la fijación de las reglas de procedimiento a seguir, entre las que destacan las siguientes:

- a) conforme a las partes: entre las libertades que éstas tienen en el desarrollo del arbitraje comercial está la libertad de determinar las reglas o normas conforme a las cuales se llevará a cabo el procedimiento arbitral (principio se ha incorporado al Código de Comercio dentro del artículo 1435);
- b) conforme al Código: prevé la utilización del Código de Comercio, el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal o de cualquier otro estado;⁷⁷
- c) conforme a reglas de arbitraje previamente establecidas: las partes pueden pactar que el arbitraje se desarrolle conforme a un cuerpo de reglas de arbitraje, como las reglas de la UNCITRAL, elaboradas para llevar a cabo el arbitraje comercial en todo el mundo (muy usuales para los arbitraje *ad hoc*);
- d) conforme a reglas elaboradas para un caso concreto: como las reglas que los abogados redactan para el caso específico de una controversia que se pudiera derivar de la relación contractual (poco conve-

⁷⁶ En el caso del arbitraje *ad hoc*, las partes indican el lugar en el acuerdo arbitral, y cuando esto no sucede, entonces es el tribunal arbitral quien lo decide, siempre considerando las necesidades de las partes. Mientras que en el arbitraje institucional, cuando las partes no establecen el lugar, la institución generalmente designa el lugar de la sede de la institución como lugar donde se lleva a cabo el proceso arbitral. González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia (coords.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 2007, p. 95.

⁷⁷ Este tipo de procedimiento es poco frecuente, debido a que al apegarse a un código de procedimiento ya establecido, lo hace más formal, quitándole esa flexibilidad que proporciona el arbitraje comercial con la elección de otro procedimiento.

- nientes, porque pueden contener errores que deriven en complicaciones en el desarrollo del proceso);
- e) conforme a reglas de una institución arbitral: donde los árbitros deberán manejar el procedimiento conforme a dichas reglas, y en caso de haber lagunas aquéllos se conducirán como lo juzguen pertinente o con base en otro procedimiento;⁷⁸
 - f) conforme a los lineamientos que fije el árbitro: es utilizado en el arbitraje *ad hoc*, donde las partes podrán pactar que el arbitraje se lleve a cabo conforme a lo que determine el propio tribunal arbitral, sin olvidar que la libertad de las partes de establecer el procedimiento del arbitraje comercial también tiene limitantes, como las referentes a las normas de orden público, es decir, no pueden acordar reglas que vayan en contra de dichas normas;⁷⁹
 - g) conforme al propio arbitraje *ad hoc*: cuando las partes determinan el procedimiento del arbitraje, los árbitros se apegan a dichas normas; empero, cuando no existe la determinación de un procedimiento por las partes, los árbitros señalarán el desarrollo del procedimiento, es decir, por las características que tiene esta modalidad, los árbitros, por un lado, se adaptan al deseo de la partes, y, por el otro, toman decisiones con relación al procedimiento de su tradición jurídica, amén de que cuando el arbitraje *ad hoc* se apega a un código de procedimiento no hay otra opción, sólo la de llevar el mismo apegado a las normas de dicho código.

Ahora bien, en relación con el importante aspecto de las *medidas cautelares* o *providencias precautorias*, las partes involucradas en un procedimiento arbitral están facultadas para solicitarlas a un tribunal arbitral o a uno judi-

⁷⁸ Expertos, como el profesor Claus von Wobeser, señalan que esta es sin duda la alternativa más utilizada y la más adecuada, ya que las partes y los árbitros cuentan con reglas elaboradas cuidadosamente por las instituciones y asimismo cuentan con el apoyo de éstas en el desarrollo del procedimiento. Generalmente, las reglas de las instituciones son sencillas y le dan gran importancia a la autonomía de las partes para que pacten lo que juzguen conveniente en relación con el desarrollo del procedimiento, y por otro lado, le dan autoridad al árbitro para que lleve a cabo el procedimiento en la forma que mejor juzgue, salvo que las partes establezcan lo contrario. Pereznieta Castro, Leonel, *op. cit.*, p. 102.

⁷⁹ El artículo 1445 del Código de Comercio prescribe que “El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese país y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indicaran la ley que debe regir el fondo de litigio, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable”.

cial, lo cual es necesario para preservar sus derechos o conservar el objeto de litigio hasta que se dicte una resolución sobre el fondo del asunto. Al respecto, la mayoría de los sistemas procesales han incorporado procedimientos rápidos y eficaces que permiten que antes, al comienzo, o durante el curso del proceso se dicten medidas cautelares por el juzgador que contrarresten actos que se justifiquen como inadecuados, los cuales empero pueden afectar los derechos fundamentales de la contraparte, por lo que los procesos deben ser rigurosos y precisos, solicitando al denunciante pruebas que constituyan la afectación grave del derecho que reclama.

Otro aspecto que no puede pasarse por alto en el procedimiento arbitral es el relativo a la *recusación* de árbitros, la cual se basa, en primera instancia, en la declaración de independencia que el árbitro debe entregar para ser designado. En este sentido, las partes tienen pleno derecho de recusar a los árbitros; empero, deben señalar objetivamente las causales en el escrito de la misma; para tal efecto, el Código de Comercio menciona en el artículo 1428, que:

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.⁸⁰

También es importante referir al *acta de misión* arbitral, que es un documento en el cual se exponen las pretensiones de las partes, se identifican los puntos sobre los cuales el tribunal tiene que pronunciarse, así como las principales reglas que regirán al procedimiento.⁸¹ Su origen se encuentra en la práctica del compromiso confirmativo, un sistema en el que se requería que el consentimiento fuera expresado en la cláusula compromiso, una vez que el litigio hubiera surgido, pero en virtud de que estos requisitos legales ya no existen, algunos autores afirman que ha perdido su utilidad; sin embargo, otra parte de la doctrina señala que en la práctica se puede constatar que el documento ayuda a clasificar las pretensiones, resolver algunas cuestiones importantes relacionadas con el procedimiento, permite hacer los primeros contactos entre las partes que pueden resultar en una transacción,

⁸⁰ Código de Comercio, México, artículo 1428.

⁸¹ Esta acta fue adoptada por la CCI, y por el CAM; sin embargo, la Canaco prefirió no introducirla en su reglamento, por lo cual, debe analizarse su utilidad y naturaleza jurídica. PERNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James A., *op. cit.*, p. 185.

precisando que el rechazo de una de ellas de participar en la elaboración del acta misión no afecta la validez del laudo.

Por último, respecto a la *intervención de los tribunales estatales* en el procedimiento arbitral, la eficacia de este medio radica por lo habitual en el apoyo de la judicatura. González de Cossío hace referencia a la deslocalización del arbitraje, es decir, que éste debería apegarse a las normas transnacionales con su característica de internacionalización y no mantener una dependencia de legislaciones y tribunales nacionales; sin embargo, también reconoce que el arbitraje necesita determinada intervención de los mismos para lograr sus fines. En términos llanos, coincido con él por cuanto la naturaleza de la intervención judicial en el medio arbitral es una relación tanto de asistencia o cooperación como de control; en el primer caso, para remisión al arbitraje, constitución del tribunal arbitral, y reconocimiento y ejecución del laudo; en el segundo, para recusación, costos y nulidad del laudo.⁸² Igualmente, es claro que esta relación dual complementa la función del arbitraje con el papel que desempeña el juez nacional (quien es parte del orden jurídico interno), lo que le brinda un alto nivel de eficiencia, pues se establece un vínculo de retroalimentación, siempre respetando el principio de no intervención. Con ello, el medio arbitral comercial obtiene fuerza y funcionalidad en los planos nacional e internacional, afianzando las ventajas y beneficios que brinda para la solución de controversias.⁸³

VI. EJECUCIÓN DEL LAUDO O SENTENCIA ARBITRAL EN LAS RELACIONES PRIVADAS NACIONALES E INTERNACIONALES

El laudo arbitral es el producto final, la razón de ser y la decisión que da término al procedimiento de arbitraje; es la decisión terminal que concluye el juicio arbitral, dictada por los árbitros nombrados para casos determinados o

⁸² González de Cossío, Francisco, “Relación entre judicatura y arbitraje”, *Centro de Arbitraje de México*, México, abril de 2009, pp. 8-11.

⁸³ En el artículo 1422 del Código de Comercio se establece la posibilidad para que las partes acudan al juez estatal, con el fin de apoyarles en las dificultades que se presenten en el procedimiento arbitral, condicionando en todo momento su competencia. Tanto este numeral como el 1415 estipulan la competencia del juez mexicano a condición de que la sede jurídica del arbitraje se encuentre en territorio nacional, no permitiendo esta aplicación a los arbitrajes que se encuentren fuera del territorio nacional, de tal forma que los tribunales mexicanos en el extranjero sólo son competentes para la ejecución y reconocimiento del laudo. Sin embargo, afortunadamente, se realizó una importante reforma al título cuarto del libro quinto, en el sentido de que las disposiciones aquí contenidas se aplicarán tanto al medio arbitral nacional como al internacional.

por órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido, si el arbitraje hubiera tenido lugar en otro de los lugares partes.⁸⁴ Formalmente no hay una definición internacionalmente aceptada del laudo arbitral; sin embargo, hay acepciones generales que lo sintetizan como la decisión o fallo que indican los árbitros al resolver una controversia a su consideración,⁸⁵ entendiendo que el proceso arbitral culmina con la decisión de la autoridad que analizó la controversia. En mi opinión, se le puede comprender como una resolución dictada por un árbitro o un amigable componedor que permite dirimir un conflicto entre dos o más partes, que no se fundamenta obligadamente en el derecho, por cuanto los comprometidos pueden acordar previamente que el medio arbitral se centre en criterios de equidad, más allá de lo estrictamente jurídico. En la escuela privatista argentina se le explica como una “resolución de la controversia existente entre las partes por el tribunal arbitral, en virtud del poder de resolución que le ha otorgado la cláusula compromisoria”.⁸⁶ Y es dable encontrar definiciones un tanto más abigarradas como la que proporciona Francisco González de Cossío.⁸⁷

1. Caracterización, principios y recursos aplicables al laudo

A partir de su definición se deducen algunas particularidades del laudo: está hecho por árbitros, resuelve una controversia, es una decisión vinculatoria, y puede ser parcial; además de tener algunas consecuencias: tienen que respetarse las formalidades aplicables a la emisión del laudo, tienen que seguirse los pasos que el reglamento arbitral establezca como necesaria para su emisión, es obligatorio a las partes, tiene la fuerza de cosa juzgada, empieza a correr el tiempo para su impugnación, y sólo un laudo puede

⁸⁴ Silva, Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 21.

⁸⁵ Palomar de Miguel, citado por Rodríguez González, Carlos, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶ Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1995, p. 613. Este civilista argentino señala que el equivalente al laudo es el poder de jurisdicción de la sentencia que dicta un juez, y cuya diferencia radica en que, mientras que la jurisdicción del juez viene marcada por la ley, la jurisdicción del árbitro viene dictada por la autonomía de la voluntad de las partes. Por lo tanto, el arbitraje debe ser aceptado por éstas, ya sea de forma previa a través de un contrato o de posteriormente, cuando ya ha surgido el conflicto como forma de resolver el litigio.

⁸⁷ “Es una resolución final que dispone de todos los puntos legales controvertidos sometidos al tribunal arbitral y cualquier otra decisión del tribunal que determine en forma definitiva cualquier cuestión, sustancia de su competencia o procesal, siempre y cuando en el último caso, el tribunal arbitral califique su decisión como laudo”. González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Jus, 2001, p. 179.

ser reconocido y ejecutado bajo las convenciones internacionales.⁸⁸ Adicionalmente, el laudo se caracteriza por la definitividad y la ejecutoriedad: la primera se refiere a que se trata de una decisión final y obligatoria, donde las partes decidieron su controversia por medio del arbitraje renunciando a cualquier otro medio de solución (empero, se puede declarar la ilegalidad del acuerdo arbitral si éste no se llevó a cabo conforme a los lineamientos en él convenidos); la segunda significa que las partes se obligan a ejecutar y cumplir sin demoras el laudo o sentencia, ya que la demora puede considerarse como pretexto de una de las partes para prolongar en demasía el cumplimiento del laudo o no cumplirlo.⁸⁹

En otra arista, existen varios tipos de laudo, según se atenga a sus particularidades y características, siendo los más comunes: *a)* el laudo sobre competencia, donde el tribunal admite o rechaza su competencia; *b)* laudo incidental, cuando gira sobre un punto que no pone fin al procedimiento, también llamado preliminar, cuando aborda aspectos sustantivos del caso; *c)* laudo parcial, que aborda una parte del litigio, es decir, sobre un punto de la demanda; *d)* laudo final, el que decide, por un lado, sobre todas las pretensiones sometidas por las partes, finalizando el procedimiento arbitral, y, por el otro, sobre el final del asunto en la medida en que tiene fuerza de cosa juzgada y vincula a los árbitros y a las partes (aspecto que distingue al laudo de la orden procesal que es revocable); *e)* laudo en rebeldía, aquel en que una de las partes se rehúsa a participar en el procedimiento y el tribunal arbitral se ve en la necesidad de proseguir sin la participación activa de una de las partes en rebeldía, y *f)* laudo consentido, que tiene por objetivo elevar a laudo una transacción en donde intervienen las partes, para brindar a ésta un título ejecutivo bajo las leyes arbitrales,⁹⁰ pero condicionado a que sea una solicitud conjunta por ambas partes. El árbitro no está obligado a controlar el contenido de la transacción sometida a su elevación a laudo, pero le permite el no presentarse a formalizar acuerdos abusivos e ilegales. En el caso de México, no se hace mención más que para el laudo definitivo,

⁸⁸ González de Cossío, Francisco, “Relación entre...”, *cit.*, pp. 283 y 284.

⁸⁹ Desde la adopción de la Convención de Nueva York se evitó la confirmación del laudo ante los tribunales estatales para darle el valor de “definitivo”. Sólo los laudos extranjeros tienen que pasar por la homologación, para ser ejecutados, es decir, que en el procedimiento de *exequátur* el juez tiene que aprobar la decisión extranjera en vista de las normas mexicanas antes de ordenar su ejecución.

⁹⁰ Ley Modelo Uncitral, artículo 34, párrafo 1: “Si antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o, si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado”.

que da por concluido el procedimiento arbitral; ante la omisión, los árbitros pueden emitir laudos incidentales, preliminares o parciales si las partes no lo han excluido.

En el mismo orden, el laudo arbitral debe regirse por *principios*, los cuales le brindan mayor peso tanto en esencia como para su ejecución. La *congruencia* exige que las pretensiones que se resuelvan en el laudo sean las planteadas en el enjuiciamiento, pues es un tanto ilógico pretender resolver algo no planteado; comprende la correlación entre las pretensiones deducidas en el juicio y el laudo, como entre el acuerdo arbitral y el laudo (artículo 1457 del Código de Comercio). La *exhaustividad* consiste en la resolución en el laudo de todas las pretensiones planteadas en el enjuiciamiento; el litigio debe resolverse tanto en la demanda como en la contestación.⁹¹ La *fundamentación* y *motivación*, refiriéndose la primera a las normas legales de sustentación, y la segunda, a los elementos reales (en el derecho arbitral se manejan los dos principios como motivación o razonamiento). La motivación del laudo se recomienda en dos casos: a) cuando no se renunció a los recursos contra el laudo, y b) cuando el Estado correspondiente al territorio donde se pretenda que se reconozca y ejecute el laudo disponga la revisión del fondo de éste.⁹²

Por cuanto corresponde a la *revisión* del laudo, varias instituciones observan la práctica de revisar el proyecto de laudo antes de que los árbitros lo firmen y rindan, con la idea de tener la certeza de que no existe ninguna falla, ya sea de forma o de fondo en el documento, y así garantizar su mejor calidad y ejecución. El proceso de revisión tiene el apoyo de los tribunales estatales, y en el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, ésta no tiene ningún poder jurisdiccional, y en ese sentido sus decisiones tienen un carácter administrativo. Al contrario del reglamento de la CCI, la práctica de la revisión del laudo en la CAM es sólo facultativa, por lo que tiene la posibilidad de excluir el procedimiento si tal es su deseo. En lo relativo a las observaciones sobre la *forma*, pueden corresponder a errores tipográficos o de cálculo, elementos que faltan, pero que deben ser incluidos en el laudo según la *lex sitae arbitri*; y respecto al *fondo*, si es cierto que el reglamento de la CCI enuncia: “respecto a la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar la atención sobre puntos relacionados con el fondo de la

⁹¹ Este principio no figura literalmente en las convenciones, pero subyace en el artículo 37 de la Ley Modelo, y hace referencia al laudo adicional, permitiendo rectificar cualquier reclamación durante el procedimiento. Un laudo incompleto puede ser ejecutable pero sólo en la porción resuelta, hasta que se solucione la omitida, y si está incompleto deberá pedirse al tribunal arbitral que lo complete con un *laudo adicional*.

⁹² Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 219.

controversia”,⁹³ un centro de arbitraje puede revisar aspectos de fondo del laudo que considere confusos, insuficientemente razonados, incoherentes o contrarios a las disposiciones de la ley aplicable.

Otra parte importante en el tema corresponde a los *recursos* aplicables al laudo. Al respecto, por lo habitual los litigantes acuerdan que el laudo final tenga un carácter de “definitivo, inapelable y obligatorio para las partes”; sin embargo, aun cuando se haya firmado este pacto, el fallo puede ser objeto de recursos: nulidad, reconocimiento y ejecución, los cuales son diferentes a la apelación y al amparo por su naturaleza,⁹⁴ y son cada vez más utilizados, con el fin de retrasar la ejecución del laudo. En este sentido, los tribunales mexicanos han decidido que un recurso abusivo puede ser considerado como una violación al principio de confidencialidad que las partes han pactado al inicio del procedimiento arbitral, abriendo así la posibilidad de que la contraparte inicie una demanda de indemnización por daños en contra de la parte que haya intentado el recurso en esos términos expuestos.⁹⁵

Ante todo, el laudo es una resolución dictada por el árbitro que dirime la diferencia suscitada entre las partes, con calidad de cosa juzgada, y por tanto motiva ejecución, teniendo además atributos como inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad, mismos que buscan evitar la utilización del recurso de apelación; sin embargo, se puede impugnar en cuanto a su reconocimiento y ejecución, observando las causas que están definidas en la legislación mexicana y que están consignadas en la Convención de Nueva York y en la Ley Modelo de la CNUDMI.⁹⁶ En el derecho positivo mexicano los laudos de árbitros privados son considerados en la actualidad como actos de particulares.

En cuanto a los recursos de nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada, ya que sólo le corresponde analizar la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución, es decir, sólo determina si se ha presentado un vicio en la manifestación del laudo

⁹³ Deranis, Yves y Schwartz, Eric A., *El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, México, Oxford, 2001, p. 354.

⁹⁴ La apelación y el amparo son dos recursos que no son considerados dentro del derecho del medio arbitral, es decir, son inexistentes. Sánchez, Maldonado, *op. cit.*, p. 142.

⁹⁵ Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 269.

⁹⁶ El laudo arbitral no se encuentra sujeto a revisión constitucional; empero, ésta puede tener lugar respecto a la resolución de homologación emitida por un órgano judicial estatal, la que se limita al resultado del análisis de la debida composición del tribunal del arbitraje, del debido procedimiento, de la manifestación de la voluntad de las partes, de la materia del mismo y de los demás elementos establecidos en el artículo 1462 del Código de Comercio, supuestos que sólo contemplan cuestiones de forma y no de fondo, por lo que por vía del amparo sólo podrán alegarse esas cuestiones.

que justifique su invalidez. Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad, cuyo objetivo es precisamente anular el laudo cuando existe una de las causales de ley, y que de proceder, harían que el laudo quedara sin ningún efecto a partir de la fecha declarada por el juez competente, sujeto a los términos de la resolución de nulidad.⁹⁷ Respecto al reconocimiento, que se entiende como el acto formal de declarar que un laudo es final y obligatorio sobre todos los puntos de controversia entre las partes, consiste en darle efectos jurídicos a los resolutivos de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa; sin dejar de advertir que es diferente a la ejecución, y de ahí que un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado.

2. Ejecución, reconocimiento y homologación del laudo arbitral

En la *ejecución* de un laudo, se le da efectos a lo resuelto en este mismo, aun en contra de la voluntad de una de las partes, y constituye el mecanismo por virtud del cual, mediante la intervención judicial y con el posible uso de la fuerza pública, se cumplen coactivamente los resolutivos del laudo arbitral. Cuando un laudo es ejecutado, necesariamente se tuvo que reconocer. Sin embargo, constituyen actos separados; esto es, para obtener la ejecución de un fallo que determina la jurisdicción competente, los litigantes tendrán que sujetarse a los procedimientos previstos y, si fuera necesario, utilizar los recursos disponibles contra la decisión de ejecución.⁹⁸ La finalidad de la ejecución es darle fuerza ejecutoria de la que carece la sentencia por su doble calidad extranjera y arbitral. En México, el juez competente para reconocer o ejecutar es el juez de primera instancia federal o del orden común del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.⁹⁹

Ahora bien, el procedimiento o procedimientos orientados a que se reconozca el laudo extranjero para que, tras esto, se ordene la ejecución, se conoce como *exequatur*; y la vía necesaria para hacer cumplir y ejecutar el fallo se conoce como “procedimiento de ejecución”. La mayoría de los

⁹⁷ Según la doctrina actual, el laudo puede ser *ineficaz* o *inaplicable*. En el primer supuesto, existe algún motivo por el que el laudo no puede producir efectos; en el segundo, porque es imposible aplicar el convenio de arbitraje cuando su redacción es errónea o no clara, de tal suerte que no sea posible extraer de él ninguna directiva consecuente con su finalidad. Gómez Jene, Miguel, *Arbitraje comercial internacional*, Navarra, Civitas, 2018, p. 345.

⁹⁸ Perezniato Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 311.

⁹⁹ Este dispositivo consigna que “Conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado, en su defecto, el de la ubicación de los bienes”. Código de Comercio, artículo 1422.

privatistas internacionales identifican el *exequatur* con la homologación; por ejemplo, José Luis Siqueiros lo define como las formalidades exigidas para otorgar fuerza de ejecución al fallo, mientras que Adolfo Miaja de la Muela lo explica como la resolución que atribuye fuerza a la sentencia. Otros autores, como Silva Silva, Gómez Jene, Sánchez Maldonado y quien esto escribe, entendemos *exequatur* y homologación como dos conceptos distintos, es decir, el primero es el procedimiento de reconocimiento, mientras que la segunda viene a ser el resultado. En ese contexto, el principio de *exequatur* se refiere al conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un país extranjero reúne o no los requisitos que permiten su homologación en tal Estado. Así, laudo y *exequatur* son complementarios, dos aspectos de un sólo acto jurídico, donde uno es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro consiste en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción.

En México, la ejecución de un laudo en territorio extranjero tiene que pasar por el procedimiento del *exequatur* y ser homologado conforme a las formalidades establecidas en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual se refiere a los incidentes. Dentro de la tramitación de este incidente no deberá admitirse ningún recurso de apelación, en virtud de que la resolución final del incidente no es apelable, por lo cual tampoco deben serlo las resoluciones que se dicten en el transcurso del mismo. El juez para resolver sobre la ejecución o no ejecución del laudo, debe evitar entrar a juzgar sobre el fondo de la controversia, sino únicamente deberá revisar de manera estricta si se dan las causas de no ejecución que limitativamente establece el Código, y en caso de que no se den, ordenar la ejecución del mismo laudo sin ulterior recurso. Por lo que concierne al laudo privado o a la sentencia judicial pronunciada en un país o foro distinto, el procedimiento de ejecución no se produce de inmediato, sino que deben realizarse algunos trámites que permitan que la sentencia o laudo extranjero se reconozcan por la autoridad judicial que los ejecutará.

Es de hacer notar que el derecho mexicano no define el concepto de homologación, pero se puede inferir que homologar significa refrendar el valor de un documento, que puede ser una sentencia o un laudo, para darle efectos dentro del sistema judicial nacional.¹⁰⁰ Dentro de las convenciones internacionales en la materia no se habla de homologación, sólo de ejecución del laudo; sin embargo, en nuestra legislación la homologación se da en dos casos distintos: por un lado, los laudos pronunciados en el país, y

¹⁰⁰ Pereznieto Castro, Leonel y Graham, James A., *op. cit.*, p. 315.

por el otro, los pronunciados en el exterior. En el caso de los primeros, se entiende que un laudo rendido en territorio nacional tiene carácter de cosa juzgada, por lo que no requiere homologación para tener efectos jurídicos, y generalmente todos los reglamentos arbitrales establecen el carácter de definitivo, final y obligatorio del laudo; y en los segundos, se requiere de un procedimiento de homologación, de acuerdo con las normas que lo regulan, a saber: los artículos 1461, 1416, 1423 y 1463 del Código de Comercio sobre la ejecución, además del artículo 360 de Código Federal de Procedimientos Cíviles. Con estas bases es imposible confundir la homologación como la revisión del laudo.¹⁰¹

Para finalizar este apartado y el capítulo, es conveniente hacer algunas reflexiones en torno a la experiencia del Estado mexicano en el ámbito arbitral internacional. En primer término, así como se han reconocido logros en este medio, también se ha puesto en tela de juicio su eficacia, sobre todo por la forma en que se ha utilizado, entendido esto en dos sentidos: por la participación del autor y por la objetividad que brinda el despersonalizar un problema. En efecto, algunos de los casos dentro de la experiencia nacional han presentado algunos inconvenientes, como: 1) laudo anulado o una cláusula arbitral que no probó ser efectiva al no lograr canalizar todas las controversias de una relación jurídica determinada al foro arbitral, y 2) intervenciones judiciales que han entorpecido el procedimiento arbitral. Y aunque también existe la posibilidad de que otras áreas del proceso arbitral generen problemas, es evidente la necesidad de sopesar los resultados del caso para determinar si realmente son eficaces o deficientes. En varios casos que han devenido fracasos, por lo general se han presentado dos circunstancias: el acuerdo arbitral no tuvo efectos, o bien fue imposible obligar a la parte a quien el laudo hace una condena, a que la cumpliera.

En tal virtud, es presumible que el cuestionamiento sobre la eficacia del arbitraje se basa en la existencia de fracasos; sin embargo, hay otros criterios, como el que expresa el jurista Zepeda Lecuona, en el sentido de que debido al análisis de los principios del derecho tanto nacional como internacional y sus obligaciones, los Estados tienden a juzgar la efectividad jurídica, y en esa lógica se afirma que el derecho arbitral mexicano es efi-

¹⁰¹ El juez tiene sólo la facultad de analizar la legalidad de laudo con respecto a los puntos mencionados en la legislación aplicable; de ninguna manera puede operar *ex officio* o a solicitud de una parte aceptar otras causas de nulidad que las previstas, así como una revisión sobre el fondo del asunto (es decir, juzgar si el tribunal arbitral trabajó bien o mal el caso). Las causas para denegar el reconocimiento (homologación) de un laudo son las mismas que para oponerse a la ejecución de la sentencia arbitral. *Idem*.

caz y útil.¹⁰² La evidencia real apunta a que, por un lado, la mayoría de las personas que acuden al medio arbitral obedecen por lo general casi todas las obligaciones derivadas de un acuerdo o laudo arbitral, mientras que los casos desafortunados siguen siendo excepcionales, y por el otro, el arbitraje ha sido utilizado con frecuencia en la práctica mexicana en diferentes materias, lo cual también comprueba su funcionamiento, amén de que su evolución se ha plasmado en la legislación nacional, cimentando las bases para que el país tenga una mayor proyección y participación en la esfera arbitral internacional.

El recordado maestro José Luis Siqueiros realizó un interesante estudio sobre los primeros fallos favorables y desfavorables que había emitido el Poder Judicial de México en torno al arbitraje a partir de la reforma del Código de Comercio en 1993,¹⁰³ donde advierte que, en ocasiones, el desconocimiento o falta de información sobre la naturaleza del arbitraje ha propiciado ejecutorias de los tribunales colegiados que han recogido la errónea premisa de que la función jurisdiccional es privativa del Estado, y que sólo los funcionarios expresamente autorizados por la ley, es decir, los jueces y magistrados judiciales, pueden impartir la justicia, y agrega, con razón, que esta situación se presentaba debido a la poca experiencia del país en el medio arbitral comercial, pues es a partir de 1993, cuando despega en serio y muestra una mayor operatividad en los planos nacional e internacional. En las casi tres décadas transcurridas, se observa que varios tribunales colegiados de circuito han sido bastante más proclives a sustentar la validez del procedimiento arbitral,¹⁰⁴ y que en resoluciones posteriores a la reforma de 1993, han sido cada vez más acertados en cuanto al análisis y estudio de los casos arbitrales.¹⁰⁵

¹⁰² Zepeda Lecuona, Guillermo, *Crimen sin castigo. Procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDAC, 2002, p. 281.

¹⁰³ Siqueiros Prieto, José Luis, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁴ Uno de los casos favorables que Siqueiros menciona es el de una sentencia de marzo de 1996 dictada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la que se resolvió: “los jueces no están autorizados para revisar los laudos de manera completa, pues equivaldría a revisar si en las cuestiones de fondo el árbitro aplicó correctamente el Derecho en el caso sometido a su decisión, por lo que, al no vulnerarse ningún precepto de orden público, no había razón legal para que el *ad quem* no otorgara al laudo arbitral el carácter de ejecutivo”, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, tomo V (mayo de 1997). Quejosa, Magaluf, S. A. de C. V. DC-1664/96, amparo directo.

¹⁰⁵ Para que el medio arbitral tenga una resolución útil y eficiente, se deben considerar los siguientes puntos: una buena cláusula arbitral, un buen laudo, y un buen tribunal arbitral. Carter lo resume así: “Tanto vale el arbitraje como el árbitro, y los tres temas más importantes en el medio arbitral internacional son los árbitros, los árbitros y los árbitros”. Carter,

VII. REFLEXIONES FINALES

En las relaciones privadas internacionales de la actualidad, el medio arbitral comercial internacional constituye un mecanismo alternativo para la solución de controversias, caracterizado por su flexibilidad, rapidez y especialización, donde las partes tienen la opción de elegir y controlar al tribunal arbitral, seleccionar el lugar del arbitraje, el derecho aplicable, además de garantizar confidencialidad, imparcialidad, buena administración económica y la posibilidad de obligar coercitivamente al cumplimiento del laudo, lo que lo diferencia de la mediación y la conciliación, y permite tener mayores ventajas frente a otros sistemas de solución controversial. Su naturaleza se orienta hacia dos vertientes: la contractual y la jurisdiccional, aunque en la práctica se ha demostrado que lo correcto es visualizarlo de forma mixta o dual, es decir, contractual desde la perspectiva del acuerdo arbitral y jurisdiccional por su finalidad de resolver las diferencias con un grado de obligatoriedad.

México ha fundamentado el medio arbitral comercial internacional en tres niveles: el del derecho convencional, integrado por convenios y tratados internacionales de los que el país forma parte, el de la codificación, que agrupa los códigos que plasman el marco regulatorio del arbitraje comercial de forma interna o local, y el de la autonomía de la voluntad de las partes, que determina el procedimiento del arbitraje y las reglas conforme a las cuales se resolverán las controversias.

El desarrollo de este mecanismo se concretiza con su codificación a nivel nacional e internacional a través de la adopción de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, y cobra fuerza con la Convención de Panamá y la Convención de Montevideo y logra su mayor avance con la recepción de la Ley Modelo de la UNCITRAL y su implementación por el orden jurídico interno, abriendo así un campo de acción relevante del medio arbitral que afianzará su práctica y actualización a partir de las reformas al Código de Comercio de 1993. Asimismo, las instituciones arbitrales administradoras, creadas por empresas nacionales e internacionales de la iniciativa privada, han jugado un papel destacable en su impulso como un medio idóneo y reconocido para la solución útil, pronta y eficaz de las desavenencias, lo que permite una adecuada dinámica regulatoria bajo sus propias normas enmarcadas en la legislación interna e internacional.

J. H., "The Selection of Arbitrators", *The American Review of International Arbitration*, vol. 5, núms.1-4, 1994, p. 84.

Con esta base, y conforme a las características del medio arbitral comercial se establece la tipología de éste, lo cual se determina específicamente por las partes intervinientes, por su normatividad, origen, formación, o incluso por las particularidades de los árbitros. Es un hecho que el medio acelera los resultados de resolución de disputas, además de permitir la posibilidad de elegir un espacio neutro para ello, haciendo prevalecer en todo momento la autonomía de la voluntad de las partes, quienes marcan el camino a seguir en el proceso arbitral, siempre que se mantengan apegadas a la legislación elegida.

El acuerdo arbitral es el fundamento del procedimiento en la materia, ya que en él las partes tienen la oportunidad de diseñarlo y señalar las leyes que intervendrán, de tal manera que excluye la jurisdicción estatal para la solución de controversias. Además, el acuerdo debe cumplir con dos elementos indisociables: el objetivo o esencia del contrato, que consiste en establecer el deseo y la forma de solucionar la diferencia, renunciando al proceso jurisdiccional estatal, y el consentimiento, que es la parte donde se producen los derechos y obligaciones de las partes de someter al arbitraje cualquier desencuentro que surja entre ellas. La cláusula arbitral es otro elemento importante, donde específicamente se renuncia a la intervención del Poder Judicial estatal, y contiene las reglas aplicables del procedimiento arbitral, el número de árbitros, derecho aplicable, lugar o sede del arbitraje e idioma. El tribunal arbitral es autónomo e independiente del Poder Judicial, está conformado por las partes y se conducirá bajo las reglas orientadoras de la Ley Modelo de la UNCITRAL, considerando que las partes pueden recurrir a las instituciones administradoras de arbitraje que cuentan con propuestas ya definidas.

Otro de los elementos de mucho peso en el medio lo constituye el laudo arbitral, que debe ser reconocido y ejecutado en el Estado donde se debe llevar a cabo, y para ello se requiere de dos procedimientos: la homologación, que se refiere al reconocimiento de la autoridad judicial de la sentencia extranjera, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos de la ley, y el *exequatur*, que es el mandato que hace la autoridad para hacer cumplir la sentencia. Cuando se dicta ésta, se puede interponer algún recurso contra la misma sentencia, sólo si las partes acordaron esa posibilidad, en cuyo caso el juicio de amparo no procede contra el laudo arbitral, puesto que tiene carácter definitivo; sin embargo, sólo será determinado como fallo judicial hasta que es reconocido por los tribunales judiciales nacionales. Sólo en el caso que se demuestre que durante el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral se cometieron violaciones que afecten a alguna de las partes puede interponerse el juicio de amparo, debiendo señalarse que en este caso

se obstaculizan los beneficios del arbitraje al someter la controversia a un juicio arbitral.

Como la mayor parte de las legislaciones de los Estados que contienen *corpus* normativos elaborados para garantizar tanto el cumplimiento del acuerdo celebrado entre las partes como el carácter definitivo de los laudos arbitrales, México se ha preocupado por reglamentar el procedimiento de arbitraje y unificarlo en lo posible conforme al marco regulatorio internacional vigente, por lo que a partir de la adopción de las convenciones internacionales sustantivas, la Ley Modelo de la UNCITRAL y la firma de varios tratados internacionales, como el TLCAN (hoy T-MEC) o el mismo TLCUEM (recientemente ajustado), nuestro país cuenta con una legislación completa y moderna sobre el medio arbitral comercial internacional, mientras en el plano interno tiene las disposiciones específicas contenidas en la Constitución Política, el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles, todas de buen peso, que le han ganado reconocimiento en los ambientes interno y externo.

En los círculos de expertos hay plena certeza en que el derecho arbitral mexicano es actual, eficaz y útil, pues la mayoría de los casos resueltos hasta ahora son afortunados, y los dudosos, realmente excepcionales, amén de que el medio arbitral ha sido utilizado con frecuencia en la práctica mexicana en diferentes materias, lo cual también comprueba su funcionamiento.

Con el paso del tiempo, a lo largo de las tres últimas décadas, México ha logrado experiencia con la aplicación sistemática del método, logrando con ello posicionarse como un centro importante de arbitraje en América Latina, una posición lograda gracias al respeto de los acuerdos arbitrales y al buen entendimiento y ejecución de las normas jurídicas aplicables, y aunque no todo el panorama ha sido del todo positivo, la balanza se inclina a favor de la confianza internacional hacia el marco jurídico mexicano y sus instituciones especializadas, que han demostrado apego, apertura y conocimiento del medio arbitral y han otorgado seguridad jurídica a las partes en conflicto.

En añadidura, la apertura comercial del Estado mexicano ha obligado a estudiar y desarrollar la legislación nacional e internacional sobre el medio arbitral comercial, no sólo como una herramienta eficaz en la solución de controversias, sino complementaria y necesaria para la modernización de la economía y la inserción soberana en los mercados y las relaciones privadas comerciales internacionales.

En estos momentos, el compromiso es continuar difundiendo las bondades que aportan los métodos alternativos o autocompositivos de solución de controversias, con objeto de que empresarios, comerciantes, legisladores,

juristas y abogados, y los internacionalistas, tomemos conciencia de los beneficios del medio arbitral, y se afiance la resolución de las desavenencias comerciales fuera de los tribunales judiciales. Para ello es importante que se continúe ampliando y especializando la legislación nacional e internacional en el rubro, junto con su aplicación y experiencia operativa, ya que de ello depende la participación eficiente de los sectores comerciales privados nacionales y extranjeros, ofreciendo así una buena alternativa de inversión y comercialización para fortalecer el desarrollo económico nacional.