

LOS MÉTODOS ALTERNOS: CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE

José María ABASCAL ZAMORA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los medios alternos, la conciliación y el arbitraje*. III. *El sistema contemporáneo*. IV. *La negociación*. V. *La conciliación*. VI. *El arbitraje*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Tanto en las relaciones comerciales internacionales como en las nacionales, la conciliación¹ y el arbitraje viven gran auge. Difícilmente se puede negar su importancia. De muchas maneras la comunidad internacional se ocupa de su regulación y desarrollo. Los resultados de la jurisprudencia nacional de cada país se monitorean y se usan como jurisprudencia internacional. Así, la comunidad de hombres de negocios, y entre ellos son muy importantes los inversionistas, adquieren conocimiento del nivel de seguridad jurídica y del riesgo legal del país en donde invierten.

I.2. La conciliación y el arbitraje para resolver litigios nacionales es un fenómeno que naturalmente sigue a la recepción interna de la conciliación y el arbitraje internacional. Contribuyen a esto el reconocimiento de sus bondades en los negocios internacionales, la saturación y estratificación de los sistemas judiciales, y el hecho de que cada vez se hace más difícil distinguir un negocio nacional de uno internacional.

I.3. Otra manifestación del auge del arbitraje y de los medios alternativos, es su incorporación a los convenios internacionales sobre libre comercio y recepción de la inversión. Con independencia del recurso al arbitraje para resolver controversias entre los Estados parte del convenio, proliferan

¹ En este artículo uso conciliación y mediación como sinónimos.

los que prevén la resolución de disputas entre un Estado, normalmente receptor de la inversión, y los inversores, nacionales de otros Estados.²

I.4. En el siglo XX, y de manera cada vez más intensa en su segunda mitad, las naciones del mundo se han ocupado de celebrar convenciones internacionales y modificar sus legislaciones internas. De modo similar, las organizaciones internacionales, por ramos de industria o comercio, han desarrollado reglamentos de conciliación y de arbitraje, cláusulas modelo, códigos de conducta y guías legales para la conducción y eficacia de estos procedimientos. Proliferan bases de datos de jurisprudencia y comentarios, seminarios y publicaciones especializadas.

I.5. En resumen, la conciliación y el arbitraje son la carretera por la que corren los negocios internacionales y la inversión. Para recibir la “patente de país seguro”, se necesita una legislación amigable, un foro judicial responsable y una infraestructura eficaz, lo que incluye abogados concedores y con experiencia.

II. LOS MEDIOS ALTERNOS, LA CONCILIACIÓN Y EL ARBITRAJE

II.1. Hay disputas que sólo pueden resolverse por los tribunales o autoridades competentes. Esto ocurre cuando se trata de derechos sobre los que las partes no pueden disponer libremente. Son casos que no pueden terminar por transacción. Pero cuando se trata de derechos disponibles por la autonomía de la voluntad, las disputas pueden resolverse por los tribunales judiciales o por medios convencionales. En materia comercial los métodos convencionales son preferidos a los juicios (artículo 1051, Cco.).³

II.2. En el derecho comercial predomina el principio de la autonomía de la voluntad. Por ello, la mayoría de las disputas comerciales se pueden resolver por transacción y los procedimientos convencionales son preferidos. Se habla de medios alternativos de resolución de disputas; MAR en español, o ADR en inglés en el comercio internacional (Alternative Dispute Resolution). Para unos son alternativos a la justicia ordinaria, por lo que incluyen al arbitraje como otro MAR. Para otros, son alternativos al litigio y

² México es parte de diez tratados de libre comercio y 11 tratados de protección a la inversión, en ellos se conviene el arbitraje para las disputas entre inversores y el Estado mexicano.

³ Abrevio Código de Comercio como Cco.

no comprenden entre ellos al arbitraje, que es un litigio. Esta última opinión prevalece.

II.3. También se hace referencia a los MAR como “justicia alternativa”. Incluso se han promulgado en México leyes de “justicia alternativa”. Hablar de justicia alternativa es un disparate, ya que la justicia es una. A no ser que se adopte un viejo criterio griego, de que la justicia es lo que las partes acuerdan, cuando dos partes conciertan una transacción no hacen justicia, sino que resuelven sus diferencias.

II.4. Los MAR comprenden una gran variedad de métodos. En general, sus características son que: 1) dependen del acuerdo de las partes respecto de una relación determinada, 2) en general, se busca el auxilio de uno o varios terceros imparciales, y 3) la decisión final de aceptar la transacción depende de las partes. Sin embargo, en muchos sistemas la ley, o el juez, pueden remitir a las partes a la mediación o la conciliación previa al juicio. Hay casos en que no se recurre a un tercero; por ejemplo, en el Mini-Trial, los abogados de las partes en una audiencia, como si fuera en un litigio, defienden sus casos ante a los altos ejecutivos de las partes, quienes toman el sitio de los árbitros o jurados. Esto permite a los directivos ponderar las virtudes y debilidades de sus respectivos casos; se trata de una negociación. En este artículo sólo me ocuparé de la negociación, la conciliación y el arbitraje.

II.5. Las partes recurren a la “negociación” cuando intentan resolver entre ellas su conflicto. El eventual convenio que pone fin al pleito, es un contrato de “transacción” regulado por el Código Civil Federal (artículos 2944-2963). La transacción tiene respecto de las partes la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada. Pero se puede pedir su nulidad o rescisión (artículo 2953).

II.6. Cuando no hay negociación, o si ésta falla, se puede recurrir a la conciliación. En la conciliación las partes solicitan el auxilio de uno o varios terceros, neutrales, para que los ayuden en su intento de llegar a un arreglo amistoso de una controversia que tienen entre sí. El conciliador sugiere soluciones, pero no está facultado para imponer la solución, ya que las partes son libres de convenir la transacción o rechazarla.

II.7. En el arbitraje las partes recurren a uno o varios terceros para que den solución a la controversia. A diferencia de la conciliación, en el arbitraje la resolución del tribunal arbitral vincula a las partes; si una parte no cumple voluntariamente, la otra puede obtener del juez o autoridad que corresponda, el reconocimiento y la ejecución del laudo ante la autoridad competente.

II.8. Los MAR han sido y son el método natural de los comerciantes para entenderse y resolver sus disputas. Aunque en este artículo no puedo ocuparme de la historia de los MAR, caben breves consideraciones. Existieron en la antigüedad, fueron el motor del desarrollo comercial internacional del imperio romano y del desarrollo de derecho comercial en los albores de la era capitalista.⁴ Después de la creación de los Estados nacionales y la legislación, se desarrollaron teorías, especialmente el iluminismo, que pregonaban la virtud absoluta del Estado y de su justicia. El arbitraje y los MAR cayeron en desprestigio o desuso.

II.9. Con el desarrollo del capitalismo el comercio internacional tomó nuevo impulso y, paulatinamente, comenzó a crecer hasta llegar al volumen e intensidad de nuestros días. Por ello, no obstante que a mediados del siglo XIX el arbitraje estaba en desprestigio y se le consideraba justicia de segunda clase, continuó siendo necesario en las relaciones internacionales. En el siglo XX, la expansión del comercio internacional forzó el renacimiento del arbitraje y los MAR.⁵

II.10. Los participantes en las relaciones internacionales rechazan someterse a la jurisdicción de un Estado que no sea el suyo. El recurso a los órganos de autoridad de un Estado significa que una de las partes, por lo menos, litigará en un foro extraño. Esto tiene varios inconvenientes: 1) la necesidad de contratar abogados en el extranjero, a los que no conoce y no les tiene la confianza que a los de casa; 2) someterse a leyes y prácticas del foro desconocidas y, posiblemente, 3) litigar en el idioma de los contrarios.

II.11. La parte ganadora con frecuencia sufre la incertidumbre y los problemas derivados de la necesidad de ejecutar la resolución, en el país del deudor, cuando no se cumple voluntariamente. Tendrá que recurrir a un foro extraño y sufrirá problemas semejantes a los que arriba describí.

II.12. En un mundo ideal, para resolver disputas internacionales se necesitan tribunales y autoridades internacionales. No existen. También se necesitan convenios internacionales que regulen los procedimientos o que, por lo menos, ofrezcan cooperación procesal. Los primeros prácticamente no existen; los segundos son limitados.

II.13. Todos esos inconvenientes los resuelven los ADR, que dependen de la autonomía de la voluntad. Las condiciones para su eficacia legal son

⁴ El concepto de medios alternativos no existía en esos tiempos. Lo uso para englobar la idea.

⁵ El renacimiento es muy relativo porque nunca dejaron de existir.

mínimas: que se reconozca la obligatoriedad de los acuerdos de conciliación y arbitraje, y que las autoridades locales concedan la ejecución forzosa de las transacciones y laudos. El principio de la autonomía de la voluntad exige, además, que la regulación legal imperativa sea mínima; la necesaria para preservar las garantías del proceso legal y el orden público. Cualquier otra regulación debe ser supletoria de las lagunas contractuales.

III. EL SISTEMA CONTEMPORÁNEO

III.1. Reconociendo su importancia, durante el siglo pasado la comunidad internacional creó un marco legal que da certeza a los participantes en el comercio. Se convinieron convenciones internacionales, leyes modelo, reglamentos, clausulados generales y guías prácticas. Se crearon instituciones internacionales de arbitraje y otras, que nacieron con vocación nacional, han ganado prestigio internacional. Para mostrar su importancia a continuación hago una enumeración, que está lejos de ser exhaustiva, de los instrumentos, convenciones e instituciones que se han desarrollado alrededor de la conciliación y el arbitraje.

III.2. En 1923 se convino el Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje y en 1927 la Convención de Ginebra sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Son los dos instrumentos que iniciaron la evolución del derecho convencional sobre el arbitraje que hoy en día priva universalmente. Actualmente son meros antecedentes históricos.

III.3. Las convenciones de Ginebra fueron seguidas por la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958) (Convención de Nueva York o CNY), que es el pilar en el que se sustenta el sistema internacional del arbitraje. La Convención de Nueva York, al igual que las de Ginebra, sólo se ocupa de la obligatoriedad y ejecución de los acuerdos de arbitraje y del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. Fue seguida de otros instrumentos que tienen como objetivo regular el procedimiento arbitral.

III.4. Hay otras convenciones que, por diferentes razones, muestran el desarrollo y la importancia del arbitraje comercial. Por ejemplo: la Convención de la Liga Árabe sobre la ejecución de Laudos (1952); el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) (Washington, 1965); la Convención para el arreglo por medio de arbitraje de disputas de derecho civil relativas

a relaciones de cooperación científica-técnica (Convention on the Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes Resulting from Relations of Economic and Scientific-Technical Cooperation) (Moscú, 1972) (CMEA); la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975); la Convención Interamericana sobre la Validez Extraterritorial de Sentencias Extranjeras (Uruguay, 1979). Los Acuerdos de Argel relativos al arreglo de reclamaciones entre los gobiernos de los Estados Unidos de América y la República de Irán (1981); la Convención Árabe sobre el arbitraje comercial (Amman, 1987); el Tratado relativo a la armonización del derecho de los negocios en África (Ohada, 1983); y el Acuerdo sobre el arbitraje Comercial Internacional, de Buenos Aires (julio de 1983) (Mercosur).

III.5. A todos ellos cabría agregar los acuerdos de libre comercio y los de protección de la inversión. En ellos se suele prever el arbitraje para las disputas entre los Estados parte así como entre los estados parte y los particulares extranjeros. En algunos de ellos se estipula el compromiso de los Estados de promover el arbitraje y los ADR, como el medio preferente para resolver las disputas entre particulares de las diferentes naciones; por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (artículo 2022).

III.6. Desde su creación, la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI o Uncitral), concibió el arbitraje como una de sus tareas prioritarias; prioridad que se mantiene hoy en día. La Uncitral elaboró un conjunto de documentos fundamentales. Son:

1. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) (RAU).
2. El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980) (RCU).
3. Las recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitraje sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1982).
4. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA).
5. Las Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral (1996) (Notas de Uncitral), y
6. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) (LMC).

III.7. Las instituciones de conciliación y de arbitraje, internacionales y nacionales, proliferan. Muchas son proyectos fallidos, producto del entu-

siasmo por estos métodos, otras juegan un papel muy importante en el comercio internacional. Algunas tienen como objetivo el arbitraje, otras son instituciones con finalidades determinadas, que les interesa someter al arbitraje. Predominan sus nombres en inglés y las citaré en orden alfabético.

III.8. Entre las que su finalidad es la conciliación y el arbitraje, están:

1. La Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC).
2. El International Centre for Dispute Resolution (ICDR), que es la División Internacional de la American Arbitration Association (AAA).
3. La London Court of International Commercial Arbitration (LCIA), y
4. La Permanent Court of Arbitration (PCA).

III.9. Otras son regionales. Entre las que importan en México, tenemos a la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (CIAC) y al Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA).

III.10. Algunas son especializadas, por ejemplo, el Bank for International Settlements (BIS), el CIADI, la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), el International Maritime Committee (IMC), la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) y la World Intellectual Property Organization (WIPO).

III.11. De especial importancia, por los antecedentes e interpretación del Reglamento de Uncitral, el Iran-US Claims Tribunal que, propiamente, es un tribunal.

III.12. Otras no son organizaciones arbitrales, y sólo se dedican —o tienen secciones— dedicadas al estudio y promoción de la conciliación y el arbitraje. Entre ellas están el Chartered Institute of Arbitrators (Chartered), el Global Center for Dispute Resolution, la International Bar Association (IBA), el International Council for Commercial Arbitration (ICCA), y el Institute for Transnational Arbitration.

III.13. Existen recopilaciones de jurisprudencia, accesibles por Internet. Muchas de ellas son gratuitas; otras por suscripción. Las sentencias y laudos que publican son tanto en materia de acuerdo de arbitraje y procedimiento arbitral, como sobre la sustancia de las controversias. Entre las más importantes está el Sistema de Corresponsales de Jurisprudencia de UNCITRAL, universalmente conocido como CLOUT (Case Law On Uncitral Texts) (www.uncitral.org). También es muy consultado el Year-

book of International Arbitration (con un costo en www.kluwerarbitration.com, con mucha y muy importante documentación).

III.14. Las instituciones no se quedan atrás. La CCI tiene publicados varios tomos de recopilaciones de laudos. ICDR comenzó la publicación de laudos recientemente. Otros organismos como CIADI y el TLCAN, publican sus laudos.

III.15. Finalmente, los reglamentos de conciliación o guías, como las relativas a pruebas y a las declaraciones de los árbitros de la International Bar Association (IBA) (IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration y las IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration). Las publicaciones, congresos, seminarios y talleres son numerosas. Cabe hacer notar, por su especial relevancia internacional, los Congresos de ICCA, que se celebran cada dos años; el taller anual de ITA, el tercer jueves de cada junio, en Dallas; así como el Arbitration Day de la IBA.

IV. LA NEGOCIACIÓN

IV.1. Como se dijo, la negociación se da cuando las partes hacen esfuerzos para evitar una controversia y llegan a una transacción (arriba, párrafo II.5).

IV.2. Aunque la ley sólo requiere la forma escrita para la transacción que previene controversias futuras si pasa de doscientos pesos (artículo 2945), es práctica prudente hacer poner la transacción en un escrito firmado por las partes. Al redactarla conviene tomar en cuenta que sus términos deben interpretarse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles a menos que las partes convengan otras cosas (artículo 2962). Es corriente la opinión de que es necesario ratificarla ante la presencia judicial o fedatario público; no lo necesita para su validez, pero facilita su ejecución judicial en caso de incumplimiento. Si la transacción se produce durante un arbitraje, si todas las partes lo piden y el tribunal arbitral no se opone, puede dársele la forma de laudo (artículo 1447, Cco.).

V. LA CONCILIACIÓN

V.1. La conciliación consiste en un procedimiento —designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equiva-

lente— en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia (artículo 1(3), LMC).

V.2. En general, la conciliación es voluntaria. Pero hay ocasiones en que se ordena a las partes la conciliación; por ejemplo, en la conciliación judicial previa al litigio. Para disputas menores, por ejemplo, de consumidores, es muy útil por ser corta, informal y evita o minimiza la intervención de abogados. También es útil en proyectos largos y complejos, en los que los conflictos no se pueden evitar, pero las partes tienen interés en preservar la relación y no interrumpir la ejecución del proyecto; por ejemplo, de construcción.

V.3. Sin embargo, para conflictos de cierta complejidad y cuantía, por lo menos al principio, no ha mostrado gran eficacia. En esos casos las partes tienen cierta sofisticación, equipos de abogados que, se supone, negociaron extensamente. Es necesario que pase cierto tiempo: que se haya “regado algo de sangre” y gastado algo de dinero en abogados, para que las partes estén listas para transigir. Que adquieran conciencia de que la otra parte también tiene sus argumentos y está dispuesta a mantenerlos. Cuando las partes están preparadas, la negociación suele ser suficiente.

V.4. Sin embargo, la conciliación está de moda y es común encontrar en los contratos cláusulas que sujetan el inicio del arbitraje o juicio, a la previa conciliación. Estas cláusulas pueden generar problemas; es común que las partes, sin cumplir la obligación de conciliar previamente, inicien el litigio. El juez o árbitro se encuentra ante una contradicción: seguir la conciliación será un esfuerzo, dilación y gasto inútil, por otro lado, las obligaciones contractuales deben cumplirse. Si las partes siguen el litigio y se olvidan de la conciliación no hay problema. Pero si una parte invoca la cláusula, lo acostumbrado en el arbitraje es que el árbitro lo suspenda y remita a las partes a la conciliación previa.⁶

V.5. En México la conciliación no está regulada. Todo el procedimiento se basa en la autonomía de la voluntad. La manera usual de someterse a la conciliación es por remisión a un reglamento (por ejemplo, el RCU). En 2002, Uncitral adoptó la LMC y al momento de escribir este artículo, la tie-

⁶ Similares problemas generan ciertas cláusulas de negociación obligatoria previa.

ne puesta en vigor el Canadá. En México existe un proyecto para poner en vigor, también para la conciliación nacional, la LMC.

V.6. La conciliación se inicia a petición de una de las partes. El conciliador recibe de las partes escritos y documentos que exponen su caso y las convoca a una junta. En esa junta el conciliador escucha a las partes y les hace preguntas. El conciliador puede reunirse o comunicarse con las partes en privado para que le expresen, con espontaneidad, sus puntos de vista. La parte puede prohibir al conciliador que manifieste a sus contrarios, toda o parte de la información que le dio en privado. De esa manera, el conciliador está en aptitud de recibir información que le sirva para proponer a las partes una transacción.

V.7. Salvo que otra cosa se haya convenido, la duración del procedimiento es indefinida y puede terminarse con el aviso de una parte de que no desea continuar la conciliación. El conciliador también puede notificar a las partes que considera inútil continuar el procedimiento. El conciliador está obligado a mantener la confidencialidad y no puede ser abogado, árbitro, juez o testigo en un procedimiento futuro entre las partes relativo al negocio que dio lugar a la conciliación.

V.8. Las partes, el conciliador y los terceros, no pueden hacer valer ni presentar pruebas, rendir testimonio en un procedimiento en relación con: 1) la invitación de una de las partes a entablar una conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio; 2) las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia; 3) las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio; 4) las propuestas presentadas por el conciliador; 5) el hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador; ni 6) cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio.

V.9. Si las partes llegan a un acuerdo es conveniente ponerlo por escrito. Si la conciliación tuvo lugar en medio de un arbitraje, si las partes lo piden al árbitro y éste acepta, se le puede dar la forma de laudo; lo que facilita su ejecución (artículo 1447, Cco.).

VI. EL ARBITRAJE

VI.1. El arbitraje es un método, convenido entre las partes, para someter una controversia presente o futura, que provenga de una relación jurídica determinada y que sea susceptible de ser resuelta en arbitraje, a la decisión de un tercero. La decisión del tercero, llamada laudo, es vinculante para las partes; si no se reconoce o cumple voluntariamente, se puede obtener su reconocimiento y ejecución judicial.

VI.2. El arbitraje comparte con la negociación y la conciliación su carácter de método alternativo al judicial; sin embargo, no todos lo consideran un ADR (párrafo II.2). Hoy en día prevalece la teoría que reconoce el carácter contractual y la naturaleza privada del arbitraje comercial.

VI.3. El arbitraje es producto de un acuerdo. Los poderes de los árbitros provienen del acuerdo de arbitraje, pero están limitados por el mismo. Los árbitros sólo pueden decidir sobre la disputa que fue objeto del acuerdo de arbitraje, y sólo entre las partes; por ejemplo, en una medida provisional el tribunal arbitral puede ordenar a una parte que no mueva sus fondos de un banco pero, salvo que el banco fuera parte de la disputa, no puede ordenar al banco que congele los fondos. Para ello, será necesaria la colaboración de un juez que, tomando en cuenta la decisión del árbitro, ordene la congelación de los fondos.

VI.4. El arbitraje no puede funcionar en el vacío legal. Necesita, por lo menos, el reconocimiento legislativo de la validez del acuerdo de arbitraje y la posibilidad legal de obtener el reconocimiento y ejecución forzosa de los laudos. Además, conviene que la ley disponga —y la autoridad judicial tenga— la importante función de control, para evitar que se violen los principios fundamentales de justicia o que se atente en contra del orden económico del país. También conviene que la ley colme las lagunas del acuerdo arbitral, estableciendo normas supletorias que impidan que se frustre el arbitraje.

VI.5. Lo ideal es que la reglamentación del arbitraje sea mínima. Las formalidades, los procedimientos y las reglas de fondo que se aplicarán; cuando éstas no las acordaron las partes, las decidirá el tribunal arbitral a su discreción; la esencia del arbitraje está en el convenio de que los árbitros decidan la controversia. La adición de reglas, formalismos e incremento en su complejidad legal puede dar al traste con la eficacia del arbitraje. Desgraciadamente, la tendencia a regular más de lo debido es una obsesión de

legisladores y “expertos”. Corresponde al legislador responsable y los abogados prudentes combatir ese mal.

VI.6. La Convención de Nueva York, desde 1958, resolvió a nivel internacional los dos problemas fundamentales. El artículo II establece la validez del acuerdo arbitral y obliga a los órganos de los Estados contratantes a reconocer el acuerdo de arbitraje, otorgado por escrito, cuando se trate de controversias relativas a una relación jurídica determinada, sobre materias susceptibles de ser sometidas al arbitraje. El mismo artículo vela por el cumplimiento de la cláusula, al determinar que cuando se someta a una autoridad judicial una controversia respecto de una relación que haya sido objeto de un acuerdo arbitral, el juez, a solicitud de una de las partes, debe remitir a las partes al arbitraje.

VI.7. La Convención de Nueva York también provee el reconocimiento y la ejecución de los laudos extranjeros (artículos III, IV y V). Los jueces de los Estados parte están obligados a reconocer y ejecutar los laudos. La Convención de Nueva York invierte la carga de la prueba de las causas que justifican la denegación del reconocimiento y ejecución, que queda a cargo del ejecutado. Sólo se pueden denegar el reconocimiento y la ejecución cuando la parte contra la que se invoca el laudo demuestre la nulidad o incumplimiento de la cláusula arbitral, que la decisión excede al acuerdo de arbitraje, así como a la imposibilidad o denegación del derecho a defenderse y a participar en la formación del tribunal arbitral. De este modo se respeta la voluntad de las partes que quisieron que la controversia la resuelvan los árbitros, los laudos no pueden legalmente ser sujetos a revisión.

VI.8. El juez, de oficio, puede denegar el reconocimiento y ejecución cuando la materia sobre la que se decidió no es arbitrable o la ejecución del laudo violentaría el orden público nacional. La referencia al orden público es de interpretación estricta en la jurisprudencia internacional: sólo se viola el orden público cuando se violan los conceptos fundamentales de justicia del Estado o los principios que sostienen el orden económico del país. Con otra terminología, la jurisprudencia mexicana ha seguido esa línea.

VI.9. La Convención de Nueva York está universalmente adoptada; al redactar este artículo 137 Estados, activos actores en el comercio internacional, son parte de la Convención de Nueva York. México es parte desde 1975. La Convención de Nueva York ha sido calificada, con justicia, como el instrumento más práctico del derecho uniforme del comercio internacional.

VI.10. México también es parte de la Convención de Panamá. En general, la Convención de Panamá sigue las disposiciones de la Convención de

Nueva York. Tiene algunas diferencias que no puedo comentar en este artículo.

VI.11. El Cco. (libro quinto, título cuarto, artículos 1415-1463), contiene la regulación general del arbitraje comercial. También existen leyes especiales de arbitraje; por ejemplo, en materia de protección al consumidor y relaciones bancarias. La dispersión legislativa daña la uniformidad tan necesaria para el desarrollo del comercio; sería muy sano si esas leyes especiales se uniforman con el Cco. Una gran virtud del Cco. es que incorporó, en julio de 1993, la LMA; de modo que goza de la uniformidad universal y de la experiencia de la comunidad internacional en la materia. Una particularidad de la incorporación que hizo México de la LMA es su aplicación también a los arbitrajes nacionales. El ejemplo de México fue seguido por otros países; por ejemplo, Alemania.

VI.12. La Ley Modelo, y por ende el Cco., contienen una regulación completa del arbitraje. En ella recogen, con algunas modificaciones producto de la evolución, los principios de la Convención de Nueva York sobre el acuerdo de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. La LMA refleja los adelantos técnicos y las resoluciones jurisprudenciales que se dieron entre 1958 (fecha de la Convención de Nueva York) y 1985 (fecha de la LMA). En la Ley Modelo los laudos nacionales reciben el mismo tratamiento que los internacionales; por consiguiente, en México, las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos se aplican por igual a los nacionales que a los extranjeros (artículos 1461-1463, Cco.).

VI.13. La LMA y el Cco. respetan al máximo el carácter privado del arbitraje y, para evitar que se recurra inútilmente al Poder Judicial, aumentando su carga de trabajo, se limita la intervención de la autoridad judicial a los casos expresamente previstos en ella (artículo 1421, Cco.). Se enuncian disposiciones imperativas que velan por el respeto a la justicia y a la igualdad que debe observarse entre las partes, estableciendo, entre otras, la llamada carta magna del arbitraje. En efecto, salvo el acuerdo de las partes, los árbitros llevarán el procedimiento de la manera que estimen pertinente a condición de que den a las partes trato igual y plena oportunidad de presentar su caso (artículos 1434 y 1435, Cco.). Estas disposiciones completan el panorama legal del arbitraje y su regulación, impidiendo el recurso a códigos procesales supletorios, que son inadecuados para el arbitraje.

VI.14. Con frecuencia, el acuerdo de arbitraje remite a un reglamento. Los reglamentos, para preservar la flexibilidad y mantener un mínimo de certidumbre, contienen pocas normas, pero flexibles. Lo que no está en el Reglamento lo acuerdan las partes o lo deciden los árbitros. Un buen arbitraje es un diálogo continuo entre los interesados. Los árbitros, por lo general, inducen a los litigantes para que se pongan de acuerdo en los aspectos particulares del procedimiento. Cuando no se ponen de acuerdo las partes, a los árbitros les resulta muy útil conocer sus expectativas; así pueden resolver respetando los principios del trato igual y oportunidad de presentar sus casos.

VI.15. Una parte importante del Cco., y de la LMA, es la que regula el procedimiento supletoriamente; sigue las disposiciones usuales de un reglamento. El Cco. establece, de manera imperativa, que siempre debe darse a las partes trato igual y plena oportunidad de presentar su caso. Uno de los grandes beneficios de la adopción de la LMA en el Cco., es que la regulación supletoria llena las lagunas de las partes.

VI.16. Basta con que el acuerdo de arbitraje diga que, respecto de una relación determinada, las partes “convienen el arbitraje”. Es suficiente pero, salvo excepciones, no es recomendable. Por ejemplo, si las partes se limitaron a convenir que una controversia determinada se resolvería por tres árbitros, cada parte nombrando uno y los dos así nombrados designando al tercero, y si una parte no designa al árbitro que le corresponde, se frustraría el procedimiento si no existiera una disposición como la de la LMA (artículo 1437, Cco.) que prevé la intervención del juez para suplir la omisión de la parte remisa.

VI.17. El Cco., a semejanza de la Convención de Nueva York, rechaza la revisión judicial y consagra el carácter definitivo y obligatorio de los laudos, así como la obligatoriedad de su reconocimiento y ejecución (artículo 1461). Dos diferencias importantes son: 1) se aplica a todos los laudos, nacionales o extranjeros, y 2) permite la acción de nulidad (artículo 1457, Cco.). Pero siguiendo los criterios de la Convención de Nueva York, la carga de la prueba de la nulidad está en quien la demanda y las causas de nulidad son limitadas y de aplicación estricta (artículo 1457, Cco.). Básicamente son las mismas que permiten denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo.

VI.18. Al igual que las convenciones internacionales, dado su origen internacional y su vocación de derecho uniforme del comercio, las dispo-

siciones del Cco. que siguen la LMA deben interpretarse a la luz de la jurisprudencia internacional.⁷ Este principio de interpretación no se consagró expresamente en el Cco., pero está implícito: si el gobierno mexicano incorporó la LMA en el Cco., fue para poner en vigor el derecho uniforme internacional del arbitraje. La principal razón surge del hecho de que la interpretación mexicana del Cco. divergente frustraría el anhelo de uniformidad.

VI.19. La cláusula arbitral es el cimiento de todo arbitraje. No obstante todo lo que se ha comentado sobre el tema y las diferentes recomendaciones que hacen las instituciones arbitrales, proliferan las cláusulas que, en la jerga profesional, se conocen como patológicas. Por descuido, falta de experiencia o exceso de celo, son legión las cláusulas con errores que pueden frustrar el arbitraje, sea por defectos en la denominación de la institución arbitral, por imponer modalidades exóticas en el número de árbitros, la forma de seleccionarlos, las cualidades que deben tener. También por invocar reglas procesales como supletorias, imponer algunas tomadas de ordenamientos procesales, limitar el tiempo de duración del arbitraje y otras con parecidas peculiaridades. La organización y la tramitación del procedimiento arbitral han sido experimentadas por las instituciones que, en los reglamentos de arbitraje y sus cláusulas modelo, ofrecen soluciones sencillas y eficaces. No copiarlas, tener la pretensión de inventar, es una peligrosa negligencia.

VI.20. Se acostumbra distinguir entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc*. En el primero se recurre a una institución arbitral, que normalmente ofrece al público un reglamento de arbitraje y colaborar en la administración. Algunas instituciones ofrecen reglas adicionales u opcionales; por ejemplo, para arbitrajes rápidos, de construcción, grandes arbitrajes complejos, etcétera. El arbitraje institucional facilita a las partes y a los árbitros el tratamiento de ciertos problemas mayores, como lo son el de con-

⁷ Han adoptado legislación basada en la LMA: Alemania, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Dinamarca, Egipto, España, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, Perú, Polonia, la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Ucrania; los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Oregón y Texas; Zambia y Zimbabwe.

tar con un reglamento de eficacia comprobada por la experiencia, la constitución del tribunal arbitral, la determinación de los honorarios de los árbitros, su depósito en la institución, el de los gastos administrativos y su manejo, así como el auxilio y, en algunos casos, el control del procedimiento y la conducción del arbitraje. Todo ello en aras de preservar la validez y posibilidad legal del reconocimiento y ejecución de los laudos.

VI.21. Se habla de arbitraje *ad hoc* cuando las partes no se someten a una institución. Normalmente tampoco lo hacen a un reglamento. Por ejemplo, una cláusula que dijera “arbitraje en la ciudad de México”, sería *ad hoc* y se llevaría conforme a las disposiciones supletorias del Cco. arriba comentadas. En la práctica, las cláusulas *ad hoc* suelen ser más elaboradas. La experiencia muestra que, en su mayoría, están mal hechas y los arbitrajes se frustran. Para reducir el número de arbitrajes *ad hoc* frustrados, la Uncitral elaboró el RAU, que permite participar en un arbitraje *ad hoc* (sin participación de una institución arbitral), pero bajo un reglamento que garantiza contra la frustración del arbitraje.

VI.22. El arbitraje *ad hoc* es más rápido y barato; la confidencialidad está mejor resguardada, pero se necesita pericia para llevarlo adelante. Las cláusulas patológicas y los arbitrajes frustrados son comunes, lo que puede evitarse recurriendo a la cláusula modelo y al RAU, completado con la selección de una autoridad nominadora. Si se seleccionan buenos árbitros, en muchos casos puede ser la mejor solución. Si no se tiene mucha experiencia, es mejor acogerse a una institución arbitral.

VI.23. En general los reglamentos siguen uno de dos modelos: 1) los que se inspiran en el RAU, más flexible, intervención limitada de la institución y mayores poderes para el tribunal arbitral, y 2) los que siguen el Reglamento de la CCI, que es con más mayor intervención a la institución arbitral.

VI.24. Un tema cuya importancia no puede desdeñarse es el de la integración del tribunal. Es lugar común afirmar que un arbitraje es tan bueno como el árbitro o los árbitros; y nada puede ser más cierto. Pero yo agregaría que un arbitraje será tan bueno como los abogados de las partes, ya que éstos pueden ser determinantes en la integración del tribunal o de la autoridad nominadora. Es fundamental escoger buenos árbitros y olvidarse de los amigos o las buenas relaciones comerciales. Es tan importante que se debe repetir: buenos árbitros. Uno de los mayores atractivos del arbitraje es la opción de que la disputa se resuelva por la persona o personas que escogen las partes; hay que aprovecharlo y escoger buenos árbitros.

VI.25. Es muy bueno que las partes seleccionen al tribunal cuando ya surgió el pleito. Es cualidad de personas maduras e inteligentes, la capacidad de ponerse de acuerdo con su contrario sobre la formación del tribunal. Pero es un gran error nombrar a los árbitros en la cláusula de arbitraje, antes de tener la disputa, ya que pudiera ser que, para entonces, hubieran muerto, fueran abogados de una de las partes, o por cualquier causa se negaran a participar, creando serios problemas al arbitraje.

VI.26. Lo mejor es una buena cláusula que prevea la intervención activa de las partes; por ejemplo, el sistema en que las partes reciben una lista de candidatos, tachan a los que objetan y ponen en el orden de preferencia a los que aceptan. Lo que facilita escoger a quien tenga el mejor rango de los que no fueron rechazados.

VI.27. Las cuestiones procesales a menudo enredan y complican los litigantes primerizos en el arbitraje; que tienden a transplantar, casi a la letra, sus prácticas judiciales. La flexibilidad de la institución permite adecuar, con gran creatividad, los trámites a las circunstancias. Todo lo que se necesita es tratar a las partes con igualdad, darles plena oportunidad de presentar el caso, conocer los hechos y resolver conforme al contrato, los usos y el derecho aplicable. Las disposiciones procesales rígidas son obstáculos, estorban. En un buen arbitraje se construye el procedimiento a través de una etapa sucesiva de acuerdos entre las partes y los árbitros, tomados en audiencias o conferencias destinadas a ese efecto.

VI.28. Las conferencias o reuniones suelen llamarse preparatorias o administrativas. En ellas participan las partes y los árbitros; a veces basta con la participación del presidente del tribunal. Pero se han de evitar comunicaciones unilaterales, que darían lugar a la nulidad. No siempre es necesaria la presencia física y son frecuentes las conferencias telefónicas. Los buenos árbitros guían a las partes hacia acuerdos convenientes y, si no hay acuerdo, el tribunal toma la determinación que considera apropiada, respetando los principios de igualdad de trato y plena oportunidad de defensa.

VI.29. En esas audiencias se suelen establecer calendarios procesales y reglas para el intercambio de escritos y documentos, para el ofrecimiento y desahogo de las pruebas. Otros aspectos que se ventilan en ellas son los relativos al lugar y al idioma del arbitraje, así como a la determinación de la ley aplicable a la sustancia del negocio. Para ahorro de tiempo y esfuerzos se recurre frecuentemente a la división o, como ahora se dice, la bifurcación del arbitraje; es muy común que se convenga, o que el tribunal decida,

que primero se resolverán unas cuestiones y luego, si es necesario, las demás. Por ejemplo, que en un primer laudo se decida si hubo incumplimiento y hay obligación de pagar daños y perjuicios. Posteriormente, si es necesario, en una segunda etapa se determinará el monto de los daños y perjuicios. Las ventajas son evidentes; a veces basta un primer laudo para que las partes terminen la controversia con una transacción.

VI.30. En el arbitraje internacional es recurrente discutir sobre la conveniencia de adoptar el procedimiento escrito sobre el oral, o viceversa, según la cultura de los litigantes; lo que incluye la manera de ofrecer y desahogar las pruebas. Esto es producto de las diferentes expectativas de los abogados de las partes y de las diversas tradiciones en que se educaron y practican. Esta circunstancia, junto con la necesidad de tratar a las partes con igualdad y darles oportunidad de presentar su caso, excita la creatividad de árbitros y partes. A menudo la concepción e implementación del proceso arbitral, convierte lo que se inició como un litigio, en una interesante tarea de equipo, que las partes y árbitros realizan con gusto e interés. En relación con estos y otros interesantes problemas de la organización del arbitraje, el autor comenta y recomienda las Notas de Uncitral (párrafo III.6).

VI.31. El arbitraje termina con el laudo y su ejecución. Salvo cuando las partes antes llegan a una transacción, en cuyo caso el procedimiento puede terminarse por una simple orden procesal (artículo 1449, Cco.). Pero si las partes lo piden y los árbitros están de acuerdo, se puede dar a la transacción la forma de laudo dictado por acuerdo de las partes y así lograr las ventajas relativas a la ejecución de los laudos, para el caso de que una de las partes no cumpla (artículo 1447, párrafo IV.2, Cco.).

VI.32. El laudo debe darse por escrito y estar firmado. En el laudo deben constar su fecha y el lugar del arbitraje; se considerará dictado en ese lugar aunque los árbitros no se hayan reunido o lo hayan firmado en dicho lugar (artículo 1448, Cco.). Debe fundarse en las normas de derecho que las partes hayan convenido y, en ausencia de convenio, el que los árbitros decidan. Dependiendo del convenio entre las partes, el laudo puede fundarse en normas de derecho que no sean derecho positivo en ningún Estado. También puede basarse en la equidad, cuando las partes autorizan así a los árbitros, usando expresiones como las de actuar en cuanto amigables compondores o *et aequo et bono* (artículo 1445, Cco.). También pueden, los árbitros, cuando así lo solicitan las partes, omitir las razones que lo fundan; lo cual

es buena técnica para evitar revisiones de la decisión arbitral (artículo 1448, Cco.).

VI.33. Una vez dictado el laudo final, el arbitraje termina, salvo para hacer aclaraciones o resolver cuestiones omitidas, que las partes deben solicitar al tribunal dentro de un breve periodo (artículos 1449-1452, Cco.). También se provee el juicio de nulidad, que procede cuando se demuestran causas de anulación semejantes a las que justifican la denegación de reconocimiento y ejecución, y que parten del principio de que la decisión del tribunal arbitral no debe ser objeto de revisión en cuanto al fondo; pero que el laudo debe ser producto de lo acordado válidamente.

VI.34. Sorprende la frecuencia con que se da cumplimiento voluntario al laudo. Pero si no ocurre así, se puede solicitar su ejecución dentro de un procedimiento rápido, pero que respeta las formalidades esenciales del procedimiento (artículo 1462, Cco.). La regla universal da competencia al juez del lugar en donde hay bienes en que ejecutar; los laudos deben ser portátiles.

VI.35. Respecto del procedimiento en México, es una pena que en la etapa de redacción legislativa se haya cambiado el texto original propuesto, según el cual el juicio de ejecución debería seguirse conforme a las reglas que, para los incidentes, manda el Código Federal de Procedimientos Civiles, con un texto que califica a dicho juicio de incidente, en los términos de ese Código (artículo 1462, Cco.).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AZAR, Cecilia (comp.), *Manual de arbitraje comercial*, México, Porrúa, 2004.
- CRAIG, W. et al., *International Chamber of Commerce Arbitration*, Jan Paulsson, 2000.
- GAILLAR, Emmanuel y SAVAGE, John (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Netherlands, 1999.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.
- GRAHAM, Luis Enrique, *El arbitraje comercial*, México, Themis, 2000.
- HOLTZMANN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph, *A guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration*, The Netherlands, 1989.

- LIEBSCHER, Christopher, *The Healthy Award*, s.p.i., 2003.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, 2005.
- NEWMAN, Lawrence W. y DILL, Richard (eds.), *The Leading Arbitrators Guide to International Arbitration*, La Haya, 2003.
- REDFERN, Alan *et al.*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres, 2004.