Unidad 9

- Arbitraje internacional

"El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias reconocido tanto por el derecho nacional como el internacional, que permite resolver controversias sin tener que acudir a los tribunales judiciales "

ARBITRAJE Y SU LAUDO

Concepto

El arbitraje viene del latín (arbitrari) que significa juzgar, decidir o enjuiciar una diferencia.

Lo podemos definir como un instrumento de impartición de justicia, acordado por las partes, por regla general, alternativo al proceso judicial.

El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias reconocido tanto por el derecho nacional como el internacional, que permite resolver controversias sin tener que acudir a los tribunales judiciales.

Naturaleza

En el arbitraje voluntario la tesis contractualista es la más aceptada, ya que la voluntad de las partes es fundamental en su aceptación, el procedimiento y resolución de la controversia. Sin embargo, en caso de que el Estado obligue a las partes a someterse al arbitraje (arbitraje forzoso), se plantea la presencia de una institución con naturaleza semijudicial.

Ventajas

El auge del arbitraje se deriva principalmente a que presenta las siguientes ventajas:

1. Agiliza la solución de conflictos. En muchas ocasiones los tribunales locales resultan lentos debido al cúmulo de asuntos que ventilan, por lo que el arbitraje beneficia tanto al órgano jurisdiccional como a los particulares, ya que, por un lado, se aminora el trabajo de los primeros y por el otro, el particular obtiene una solución más expedita. Cabe destacar que la justicia arbitral y la jurisdiccional no están en conflicto, sino en mutua colaboración;
2. Flexibiliza las reglas del procedimiento. En contravención al proceso jurisdiccional que es de orden público y por tanto, las partes no pueden renunciar a su normatividad, en el arbitraje las partes son quienes en principio, respetando los mínimos legales, señalan el procedimiento a seguir y sólo en caso de que así lo convengan las partes, o a falta de estipulación, se aplicarán las disposiciones de ley;
3. Ofrece amplia confidencialidad. Ya que el procedimiento arbitral se lleva a cabo a puerta cerrada, si así lo convienen las partes, en contra del

proceso jurisdiccional que se rige por el principio de publicidad, con las excepciones que la propia ley señala;

4. Permite una mayor especialización. El juez es experto en derecho, pero en otras áreas técnicas o especializadas es necesario que su labor sea auxiliada por peritos en esa materia, y en el arbitraje es posible que la solución del conflicto la emita directamente un experto; y
5. Favorece la imparcialidad. Ya que el árbitro es designado con intervención de las partes en conflicto. En controversias internacionales la presencia de árbitros, que no son dependientes del poder gubernamental, da confiabilidad a los contendientes en la resolución que se dicta.

Clasificación

1. Arbitraje público. Participan los Estados y organismos internacionales como entes de derecho público y ejercitando su *iure imperii*.

Cabe indicar, que este tipo de arbitraje no le interesa al derecho internacional privado, por lo que tan sólo lo menciono.

Ejemplo: Tribunal Permanente de arbitraje, con sede en la Haya y dependiente de la ONU.

2. Arbitraje privado. Participan particulares o entes de derecho público con ese carácter, ejercitando su *iuris gestionis*. En ésta esfera el arbitraje ha alcanzado mayor desarrollo. Para su estudio lo podemos dividir en: oficial, institucional y *ad hoc*.

- a) Oficial. Deriva de la legislación positiva del Estado quien establece el procedimiento arbitral, ya sea de manera forzosa o facultativa, antes de ejercitar su acción ante el órgano judicial.

Ejemplos en México:

- Ley Federal del Trabajo
- Ley Federal de Derechos de autor;
- Ley del Mercado de valores (DO del 2 de Enero de 1975);
- Ley Federal de Instituciones de Fianzas (DO del 20 de Enero de 1986); y
- Ley de Reglamentaria del Servicio Público de banca y crédito (DO del 14 de Enero de 1985).

- b) Institucional. El arbitraje se realiza por organismos creados por particulares que tienen la finalidad de ser administradores de arbitrajes convenidos, ofreciéndoles un listado de árbitros y proveyéndoles del procedimiento que consideran más adecuado en la solución de los litigios que se les encomiendan.

Ejemplo de organismos creados a nivel internacional:

- American Arbitration Association (AAA), la cual publica desde 1927 el *yearbook of commercial arbitration*;

Corte Internacional de Arbitraje (CIA) de la cámara de comercio internacional (CCI), creada por un grupo de comerciantes en 1926, con sede en París y que expidió un nuevo reglamento de conciliación y arbitraje en 1975;

- El Banco Mundial creó en Octubre de 1966, el Centro Internacional de arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Actualmente su reglamento se basa en la normatividad señalada por Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, emanada de la UNCTAD (Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional) en 1976; y
- Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Fundada en 1934 en Montevideo, producto de la Séptima Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1933. Expidió su reglamento en 1978 y fue recomendado por la asamblea general de la OEA:

A nivel nacional:

- Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México (CANACO), que está acreditada como la Sección Mexicana de la CIAC.
- c) Ad Hoc. Las partes son las que de común acuerdo y, sin auxilio de un tercero, designan árbitros, formulan las reglas del procedimiento y los lineamientos que deberán seguirse en la resolución que se dicte.

ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL

a) Nacional. El conflicto no rebasa las fronteras de un Estado determinado; e

b) Internacional. En el conflicto existen puntos de contacto con diversos Estados, lo que puede dar características peculiares al procedimiento, derecho de fondo aplicable y en su caso, ejecución coactiva.

Estructura

El arbitraje consta de cuatro elementos: acuerdo, procedimiento, laudo y cumplimiento.

1. Acuerdo. Es el fundamento de obligatoriedad mediante el cual se crean o transfieren derechos y obligaciones entre las partes, principalmente de carácter procesal, y puede realizarse en tres formas:

- a) Compromiso arbitral. En el que las partes someten la resolución de un conflicto ya existente al arbitraje, creando formalmente un convenio para solucionarlo;
- b) Cláusula compromisoria. Existe un acuerdo anterior al surgimiento del conflicto en forma de cláusula dentro de un contrato principal; y
- c) Contrato de arbitraje. Que celebran las partes y el árbitro definiendo sus derechos y obligaciones en la solución del litigio.

2. Procedimiento. Son las reglas en base a las cuales el árbitro va a poder allegarse de los elementos probatorios necesarios para dictar su resolución. Atendiendo a sus características lo podemos dividir en:

- a) Oficial. El Estado prevé se agote la vía arbitral o las partes se han abstenido de señalar qué reglas de procedimiento les serán aplicables, la ley se las indica en sus ordenamientos;
- b) Institucional. El arbitraje es administrado por una institución, el procedimiento a seguir será el que la misma haya adoptado; y
- c) Ad Hoc. Las partes ejercitando su autonomía de la voluntad, establecen el procedimiento a seguir, teniendo que observar los límites que la ley impone, o remitiéndose a un procedimiento existente, ya esté contenido en un cuerpo legal o sea utilizado por alguna institución administradora de arbitraje.

3. Laudo. Decisión definitiva dictada por el árbitro y que equivale a la sentencia judicial. Puede ser de dos tipos:

- a) En derecho. El fallo debe apegarse, en cuanto al fondo, a la normatividad sustantiva vigente en algún Estado. A falta de convenio entre las partes, por lo general se aplica en el lugar en donde se realiza el arbitraje; y
- b) Ex aequo et bono. También conocido como amigable composición, en cuyo caso el árbitro fallara en conciencia, sin sujetarse a regla legal alguna. En este caso al árbitro también se le llama arbitrador.

4. Cumplimiento. Puede presentar diversos aspectos:

- a) Cumplimiento voluntario. Debido a que el fundamento del arbitraje deriva de la voluntad de las partes, el cumplimiento del laudo debe ser espontáneo, sin que sea necesario la ejecución coactiva; y
- b) Ejecución forzosa. Puede suceder que la parte perdedora se niegue a realizar lo que el laudo indica y, por tanto, éste tenga que ser ejecutado forzosamente. Los árbitros no son funcionarios del Estado y no tienen poder para ejecutar por sí mismos sus decisiones, ya que sus facultades dependen de la voluntad de las partes, expresada de conformidad con la ley, por lo que es necesario que éstos soliciten el auxilio del órgano jurisdiccional para la ejecución coactiva de sus resoluciones (autos, decretos o laudos).

ARBITRAJE PRIVADO EN MÉXICO

Durante la colonia el arbitraje estuvo regulado por las siete partidas, la nueva y la novísima recopilación, pero en el terreno práctico su actividad fue escasa. En los inicios del México independiente, el proceso arbitral regulado aún por la legislación colonial, tampoco cobra importancia.

Los códigos de procedimientos civiles de fines del siglo pasado y los de la primera mitad de éste, contienen normas relativas al juicio arbitral, aunque no especialmente enfocadas al arbitraje internacional.

En el año de 1971, México se adhirió a la convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, conocida también como “Convención de la ONU” o “Convención de Nueva York”; igualmente, en 1979 entró en vigor la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, conocida como “Convención de la OEA” o “Convención de Panamá”.

El Código de Comercio, introdujo el proceso arbitral con elementos internacionales en 1989, ya que por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 4 de Enero de ese año, se adiciona el título denominado “Del procedimiento arbitral”, con el que la legislación mercantil mexicana logra un gran avance importante en la regulación del arbitraje comercial. Posteriormente, por Reforma al código de comercio publicada en el Diario Oficial de la Federación del 22 de Julio de 1993, se incorpora, con una deficiente traducción, la ley modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL o CNUDMI en su Título Cuarto, el cual quedó denominado “Del Arbitraje Comercial”, situando a nuestra legislación mercantil al nivel de las más progresistas del mundo.

Las reformas y adiciones están contenidas en el Libro Quinto, Título Cuarto, correspondiente a los arts. Del 1415 a 1463 y que por su importancia entró al estudio de sus disposiciones:

Ámbito de aplicación de normas y competencia judicial auxiliar. El art. 1415 señala que las normas contenidas en el código se aplican al arbitraje comercial nacional, y al internacional cuando éste se lleve a cabo en nuestro territorio, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por México o cuando las leyes excluyan a la controversia como susceptible de ser sometida al arbitraje.

Si el arbitraje se realiza fuera del territorio nacional, se emplearán las normas contenidas en el código de comercio para la aplicación de medidas cautelares o el reconocimiento de validez y ejecución de laudos extranjeros en el país.

Asimismo, los arts. 1421 y 1422 señalan que, salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el título analizado del Código de Comercio, no se requerirá la intervención judicial y que cuando sea necesaria, será competente el juez de primera instancia federal o del orden común, según el caso del lugar donde se practique el arbitraje.

Cuando el arbitraje se lleve a cabo fuera del territorio nacional, el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero será conocido por el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado o, en su defecto, de la ubicación de los bienes.

Definición de términos. El art. 1416 señala que para los efectos del código, se entenderá por:

1. Acuerdo de Arbitraje. El convenio por el que las partes deciden someter al arbitraje todas o ciertas controversias que hayan o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación contractual o no, y podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o constar en un instrumento independiente;
2. Arbitraje. Cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, independientemente de que sea o no una institución permanente la que lo lleve a cabo;
3. Arbitraje Internacional. Aquel en el que las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje determinado en el acuerdo, el sitio de cumplimiento de una parte sustancial de la obligación comercial, o el lugar en donde se lleve a cabo el litigio, esté ubicado fuera del país en que las partes tengan su establecimiento.
Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, se elegirá a aquél que guarde la relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje
Y si no tiene, se tomará en cuenta su residencia habitual;
4. Costas. Son los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros, el costo de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida; viáticos y demás expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobadas por el tribunal; gastos de representación y asesoría legal de la parte vencedora, si se reclamaron durante el procedimiento y en la medida en que el tribunal lo considere razonable; y honorarios y gastos de la institución que haya designado a los árbitros; y
5. Tribunal Arbitral. Está integrado por el o los árbitros designados para decidir una controversia.

Acuerdo de Arbitraje. El art. 1423 señala que deberá constar por escrito, y consignarse en un documento firmado por las partes; en un intercambio de cartas, teles, telegramas, facsímiles u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del mismo; o en un intercambio de escritos en los que la existencia del acuerdo sea aceptada por una, sin que sea negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituye un acuerdo de arbitraje, siempre que conste por escrito.

Asimismo el art. 1424 indica que el juez que conozca de un litigio sobre un acuerdo de arbitraje, obligará a las partes a sujetarse al mismo, en el momento en el que algunas de ellas lo solicite, salvo que se demuestre una nulidad, ineficacia o imposible ejecución.

No obstante haberse entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá iniciar, continuar las actuaciones o dictar un laudo, mientras la cuestión esté pendiente ante el juez.

Medidas Cautelares. El art. 1425 establece que aún cuando exista un acuerdo de arbitraje, las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones o durante ellas, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.

Composición del Tribunal Arbitral. El art. 1426 establece que las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, y a falta de acuerdo, será uno solo.

El art. 1427 indica que para el nombramiento de árbitros se estará a lo siguiente:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad no es obstáculo para actuar como árbitro;
2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de árbitros, y a falta de éste:
 - a) En el arbitraje con árbitro único. Si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre su designación, será nombrado por el juez; y
 - b) En el arbitraje con tres árbitros. Cada parte nombrará uno, y estos dos al tercero; si una parte no nombra árbitro dentro de los treinta días siguientes al requerimiento de la otra, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercero, dentro de los treinta días siguientes a su nombramiento, la designación será hecha por el juez, a petición de cualquiera de las partes;
3. Cuando el procedimiento de nombramiento del tercer árbitro es convenido por las partes, si una de ellas o ambas, los dos árbitros, o un tercero, incluida una institución, no cumplan con alguna de las obligaciones que se les confieren, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las medidas necesarias, a menos que en dicho procedimiento se prevean otros mecanismos para conseguirlo; y

Arbitraje comercial internacional

Hasta hace unos años, en México era poco común que las grandes empresas se sometieran al arbitraje para solucionar sus diferencias y, en esos casos, a falta de una institución que en México les brindara el grado de certidumbre que buscaban, se veían forzados a acudir a instituciones extranjeras como son la American Arbitration Association (AAA) o la CCI (Cámara de Comercio Internacional)

Al paso de los años se fueron creando las condiciones suficientes para el desarrollo del arbitraje en México. La ratificación de la Convención de las Naciones Unidas para el Reconocimiento de Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Nueva York) y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), así como las reformas realizadas a nuestro Código de Comercio en 1993, terminaron por crear un marco jurídico moderno para el arbitraje en México.

El ambiente fue entonces propicio para que en 1997 surgiera el Centro de Arbitraje de México (CAM), institución privada dedicada a la administración de procedimientos arbitrales que con el respaldo de los miembros que ahora integran

su Consejo General (Ulises Schmill, Guillermo Aguilar Alvarez, Carlos de Silva Nava, José Ramón Cossío y Luis Alberto Aziz Checa), ha logrado dar a los empresarios mexicanos una verdadera opción de solución alterna a sus controversias.

El Centro de Arbitraje de México cuenta también con la figura del Secretario General, quien está en constante comunicación con las partes, los árbitros y el Consejo General velando por el correcto desarrollo del procedimiento.

CAM ofrece un reglamento de arbitraje probado internacionalmente, que las partes al firmar un contrato, pueden incorporar por referencia y así, en caso de controversia, beneficiarse de un procedimiento ágil, confidencial, así como de la vigilancia y administración del proceso por una institución especializada.

Los creadores del CAM, quienes cuentan con una amplia trayectoria y experiencia tanto en el Poder Judicial como en arbitraje internacional, vieron en la creación de CAM la oportunidad de contribuir con México creando una nueva opción de solución de controversias, y tienen muy en claro que la permanencia del centro de arbitraje no es una opción sino una responsabilidad con quienes les han dado su confianza.

En estos ya casi cuatro años, la respuesta al ofrecimiento de servicios del CAM ha sido sorprendente, empresas como Alestra, ya incluyen en muchos de sus contratos cláusulas donde se someten al arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje de CAM.

Por otra parte, el CAM se ha encargado de la administración de cuatro procedimientos, entre personas físicas y morales tanto mexicanas como extranjeras, con un monto en litigio promedio de 55 millones de pesos.

La intervención de una institución especializada en un arbitraje es indispensable para que exista una administración profesional del procedimiento, que brinde a las partes el apoyo, asesoría y la intermediación necesaria, y que ponga al servicio de las partes reglas de arbitraje redactadas por expertos en la materia.

Es importante destacar que los asuntos presentados en una institución no son resueltos por ésta, ni por sus órganos internos, como sería el Consejo General en el caso de CAM, sino por uno o tres árbitros que por escrito deben manifestar su independencia y cumplir con los requisitos que las partes hayan establecido en su compromiso arbitral.

Por todo lo anterior, someterse a un arbitraje institucional es muy recomendable, siempre y cuando se elija a la institución arbitral cuidadosamente.

Para elegir correctamente una institución arbitral deberá tomarse en cuenta:

- (I) el tipo de administración que ofrece. Existen algunas instituciones como en México el CAM, que conforme a sus reglas de arbitraje son verdaderos vigilantes del procedimiento, y otras que enfocan su función a la constitución del Tribunal Arbitral;
- (II) la autonomía de la Institución,
- (III) la permanencia que pueda ofrecer la institución,
- (IV) las personas que la integran, y por último

(V) los costos, mismos que deberán tomarse en cuenta como parte de los puntos anteriores y nunca de manera aislada lo que podría llevar a caer en manos de una institución inexperta.

Al ofrecer el arbitraje tantas ventajas a los empresarios, muy probablemente veremos surgir en los próximos años muchas nuevas instituciones administradoras de procedimientos arbitrales, y no se debe perder de vista que los beneficios del arbitraje dependerán en gran medida de los árbitros y de la institución arbitral que se elija.

DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

La codificación de esta esfera es sumamente importante para facilitar el comercio internacional por medio de convenciones, leyes modelo, normas y guías jurídicas.

El trabajo en esta rama del derecho internacional corre a cargo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), establecida en 1966 por la Asamblea General. Cuenta con 36 naciones que representan a los principales sistemas económicos y jurídicos.

La Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas funge como secretaria de la Comisión.

Dentro de la labor de la CNUDMI ha sido relevante la elaboración de textos que incluso han sido pilares en diversas esferas. Entre los que se mencionan algunos a continuación:

- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de Mercaderías (1980)
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (1985)
- Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (1976)
- Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional
- Convenio de las Naciones Unidas para el Transporte Marítimo de Mercaderías ("Reglas de Hamburgo", 1978)
- Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de contratos internacionales de construcción de obras industriales (1988)
- Guía Jurídica para las operaciones de comercio compensatorio internacional (1992)
- Convención de las Naciones Unidas sobre las Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995)
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza (1997)

Actualmente se encuentra trabajando en la preparación de una guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, que orientará a los Estados para legislar sobre este tema; la preparación de un reglamento en relación con aspectos específicos de las firmas numéricas y las entidades certificadoras; la compilación y publicación de la jurisprudencia de los textos de la CNUDMI; y un proyecto de convención sobre el financiamiento mediante efectivos a cobrar, que facilitará la disponibilidad de créditos a menor costo.