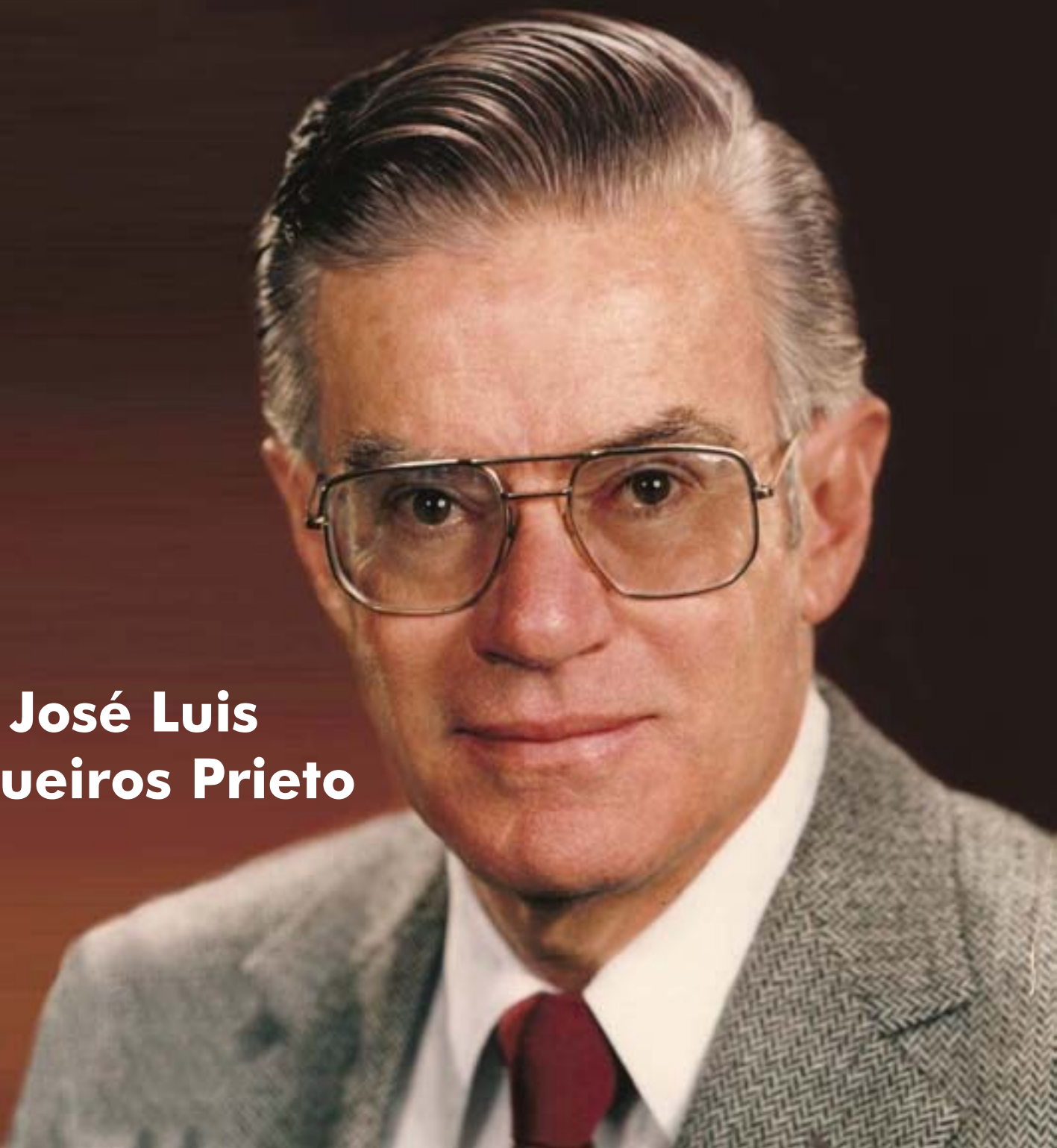


**Dr. José Luis
Siqueiros Prieto**



Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

Consejo Editorial.

Presidente ICC México.
Ing. Pierre Froidevaux Chavan

Vicepresidentes ICC México.
Ing. Ricardo González Sada
Lic. Juan Luis Prieto Jacqué

Tesorero ICC México.
Lic. Jorge Fernández García Travesí

Secretaria General ICC México.
Lic. Yesica González Pérez

Directora Pauta.
Lic. Laura Altamirano López

Creación en formato electrónico.
Lic. Gustavo Manzanilla Méndez



Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. - Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción -sin el permiso escrito de ICC.

Título de la publicación: **ICC Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.**

Editor Responsable. Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Av. Insurgentes Sur 950 1er. piso Colonia Del Valle, C.P. 03100, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321, 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628.

web: www.iccmex.org.mx
e-mail: laura@iccmex.org.mx

En este número: Dr. José Luis Siqueiros Prieto

- 2** Mensaje Ing. Pierre Froidevaux Chavan
- 4** Mensaje Dr. Rodolfo Cruz Miramontes
- 7** Semblanza: Dr. José Luis Siqueiros Prieto
- 10** Acuerdos sobre la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIs) celebrados entre México y Diversos Países
- 19** El arbitraje de naturaleza privada en el marco del NAFTA
- 26** El Arbitraje, marco normativo normativo. Tipos de Arbitraje, Compromiso Arbitral y Cláusula Compromisoria
- 31** El orden público como motivo para denegar el Reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales
- 43** El procedimiento pre-arbitral en casos de emergencia
- 46** La CNUDMI modifica su ley modelo sobre arbitraje internacional
- 51** La jerarquía normativa de los Tratados Internacionales
- 54** La Ley Mexicana en materia de Arbitraje Comercial Internacional
- 57** La persona humana y el arbitraje internacional de naturaleza privada
- 72** Las facultades de los Arbitros no son omnímodas ni inconstitucionales
- 80** La solución de las controversias comerciales en los acuerdos celebrados entre México y la Comunidad Europea
- 91** La solución de controversias en el acuerdo entre los gobiernos de México y el Reino Unido de la Gran Bretaña para la promoción y protección recíproca de las inversiones
- 96** Discurso del Dr. José Luis Siqueiros Prieto

Mensaje del Ing. Pierre Froidevaux Chavan Durante la ceremonia de clausura del homenaje del Dr. Jose Luis Siqueiros Prieto

- Dr. José Luis Siqueiros Prieto. Vicepresidente Comisión Arbitraje ICC México
- Sra. Eugenia Fishbein. Presidente en Funciones de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.
- Dr. Claus Von Wobeser. Vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional
- Lic. José María Abascal Zamora. Presidente Instituto Mexicano de Arbitraje
- Lic. Carlos de Silva Nava. Presidente Centro de Arbitraje de México
- Dr. Rodolfo Cruz Miramontes.
- Lic. Eduardo Siqueiros Twomey.
- Lic. Carlos Loperena Ruiz. Primer Vicepresidente Barra Mexicana Colegio de Abogados.
- Representantes de instituciones y organizaciones empresariales, educativas y sociales que nos acompañan.

Señoras y Señores:

Representa un gran honor para ICC México y para mí participar en este emotivo homenaje a nuestro buen amigo José Luis Siqueiros Prieto.

Lo primero que quiero hacer es felicitar a todas las instituciones aquí representadas por esta iniciativa.

El Doctor Siqueiros ha cumplido una importante misión a lo largo de su vida, es gracias a destacados mexicanos como el, que el arbitraje en México floreció, se consolidó y se proyectó a futuro.

Como ustedes saben, José Luis Siqueiros ha sido un destacado líder de la Comisión de Arbitraje de ICC México, en la cual ha participado activamente por casi dos décadas. Son muchas las acciones que José Luis aportó a este grupo de trabajo y es gracias a su destacada contribución que las puertas de la Corte Internacional de Arbitraje se abrieron para otros mexicanos.

José Luis Siqueiros, lo sabemos todos los que lo conocemos y apreciamos, es un árbitro reconocido mundialmente, pero también como ya se ha señalado, es un destacado catedrático. ICC México reconoce y agradece al Doctor haber sido uno de los fundadores de nuestro prestigiado Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional que organizamos año con año, con la también muy prestigiada Escuela Libre de Derecho.

Muchos de los que están sentados aquí, han tenido el privilegio de ser alumnos de José Luis. Dieciséis generaciones de estudiantes han tenido el honor de recibir conocimientos y experiencias de uno de los hombres más reconocidos a nivel mundial en el ámbito del derecho.

Asimismo a José Luis se le reconoce como un brillante escritor. Su mano estuvo presente en todas y cada una de nuestras Revistas Pauta que versaron sobre arbitraje. Tengo el gusto de anunciarles que con este acervo cultural, ICC México publicará una edición especial de los artículos de Don José Luis Siqueiros.

ICC México reitera su admiración y reconocimiento a la trayectoria del Doctor Siqueiros, quien sin lugar a dudas es el precursor del Arbitraje en México, de los más importantes juristas en nuestro país, entusiasta profesor, excelente abogado y gran amigo de todos nosotros.

Agradecemos a la Cámara de Comercio de la Ciudad de México, al Centro de Arbitraje de México y al Instituto Mexicano de Arbitraje, haberse unido a este homenaje que ICC México ha organizado en coordinación con todos ustedes.

Gracias también a los despachos Von Wobeser y Sierra, Miranda Estavillo y Barrera Siqueiros y Torres Landa, por su generosidad con ICC México para hacer posible este acto.

Como Presidente del Consejo Directivo del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional, es para mi un honor declarar clausurada esta ceremonia, agradecer a cada uno de ustedes su presencia y concluir mi mensaje con la siguiente cita:

“Todo el curso de la historia humana puede resumirse en una incesante lucha por el logro de los valores eternos e inmanentes. En su continuado afán de alcanzarlos, el hombre se ha percatado que la persona es un fin en sí mismo y que como tal, para realizar plenamente su destino, debe serle reconocida una dignidad intrínseca y un conjunto de derechos inalienables desde su origen. Esos derechos y libertades fundamentales, que le son propias no por el hecho de ser ciudadanos de un estado determinado, sino por el de ser miembro de la familia humana, han sido y seguirán siendo el propósito último del derecho natural”. Autor. Doctor José Luis Siqueiros Prieto.

Palabras en Homenaje al Dr. Jose Luis Siqueiros Prieto
Dr. Rodolfo Cruz Miramontes

Estimados José Luis, María y demás miembros de la familia

Distinguidos Integrantes del Presidium

Respetados amigos y colegas

Acudo con gran satisfacción y orgullo a este acto de reconocimiento a la extensa y vasta trayectoria profesional de tan apreciado colega y amigo como es José Luis Siqueiros Prieto.

Hoy se reúnen destacados abogados todos ellos estudiosos y practicantes del arbitraje, en torno de quien ha dedicado gran parte de su quehacer habitual a estudiar, analizar y practicar este medio alternativo de solución de diferencias que tiene como nunca, una gran presencia hoy en día en las actividades comerciales internacionales.

Merced a los esfuerzos ininterrumpidos de José Luis y otros reconocidos colegas hermanados por la misma inquietud así como gracias al apoyo de agrupaciones gremiales y del IMCE, en su momento, se ha venido consolidando un grupo de expertos que ahora conforman una comunidad profesional reconocida y tan necesaria para dar solidez y seguridad al desarrollo del comercio internacional.

A lo largo de poco menos de 50 años se ha preocupado por consolidar y difundir sin tregua, las bondades de este mecanismo de suyo útil y generar tal vez sin pretenderlo, adeptos y amigos que comparten sus mismas preocupaciones.

Entre estos me ubico advirtiéndole sin embargo que nuestra relación personal es más añeja y sin temor a equivocarme puedo asegurar que son más de 50 años los que nos vinculan como amigos.

Por lo tanto formularé una breve semblanza de nuestra relación fraternal.

Evoco con afecto las ocasiones que coincidíamos en los viajes rituales de la época navideña a Chihuahua a visitar a nuestras familias, lo que facilitaba el poder charlar largamente mientras contemplábamos desde la plataforma del tren, el paisaje mexicano que cambiaba según recorríamos el Bajío, el centro y el norte del país tanto en su presencia física como humana.

Aquellos personajes que variaban de atuendos, sobre todo de sombreros y que anunciaban en las estaciones su mercancía, eran siempre objeto de nuestros comentarios.

José Luis en esa época cursaba sus estudios de post-grado en Harvard y yo iniciaría en breve los de preparatoria por lo que estos coloquios revestían una gran importancia pues para quienes aspirábamos a ser abogados, era un

ejemplo a seguir, máxime siendo en su momento, el único mexicano en sus aulas. Sin empacho digo ahora como antaño que nos sentíamos muy orgullosos de contar en las filas chihuahuenses con tan destacado paisano.

Nos reencontramos en Chihuahua en donde José Luis se había convertido transitoriamente en político al haber fungido como Secretario General de Gobierno del Estado de 1956 a 1962.

En esos años regresé de mis estudios de doctorado y desde luego me hice presente con mi estimado amigo José Luis quien con su reconocida bonhomía me recibió afectuosamente y eventualmente, me invitaba a comer a uno de los primeros restaurantes que operaba en la ciudad pues no era acostumbrado que los residentes visitaran entre semana estos sitios, el que si bien recuerdo se llamaba “La Rueda” en donde-por supuesto- sólo se comía carne.

Durante su estadía local colaboró con la recién fundada Universidad Autónoma de Chihuahua, en cuya Escuela de Derecho impartió clases sobre Derecho Internacional Privado y en la revista “Lecturas Jurídicas” que tuve el honor de fundar y dirigir habiendo publicado estudios sobre temas variados de derecho comparado, de derecho civil en su aplicación a los extranjeros, particularmente la ley de divorcio que por esa época existía en Chihuahua, de ingrata memoria por su falta de legitimidad y de otros temas.

Menciono en particular uno de ellos por su alto contenido humanista y jurídico intitulado “Don Quijote y la Justicia” que fue recibido con gran aprecio no sólo en el foro sino también en el medio intelectual.

Participamos así mismo en nuestro carácter de profesores de la UACH, en la recepción y atención a distinguidos invitados por la Universidad, tales como don Luis Jiménez de Asua, David Alfaro Siqueiros y don José Vasconcelos quien fue nombrado doctor “Honoris Causa”.

Al fin de su gestión política volvió a México desarrollando las tareas profesionales habituales pero también a llevar a cabo una labor académica.

Coincidimos de nuevo en esta ciudad a la que me trasladé por razones profesionales habiéndome animado a no vacilar en hacerlo cuando le consulté mi propósito en su oficina que se ubicaba, si mal no recuerdo en la Torre Latinoamericana.

Durante 16 años impartió en la Facultad de Derecho de la UNAM la cátedra de Derecho Internacional Privado y en la Universidad Iberoamericana la de Arbitraje a la que acudió hasta el año 2003, por lo que frecuentemente nos encontrábamos en los pasillos de la misma.

Desde entonces hemos coincidido en diversas tareas profesionales y académicas que no sólo se limitaron a las clases sino también a las conectadas con las revistas especializadas como ya me referí, en Lecturas Jurídicas y luego en El Foro, de la Barra Mexicana Colegio de Abogados cuyas riendas manejó durante 10 años, y en cuya gestión colaboré por invitación que me formuló en su momento.

Los eslabones personales de amistad se fortalecieron al compartir con nuestras esposas intereses comunes en nuestras actividades culturales y coincidir eventualmente en seminarios y congresos nacionales e internacionales. Con agrado recuerdo en particular una reunión de la FIA, cuya sede fue Caracas en donde conocimos y tratamos a un ilustre abogado local que era todo un personaje polifacético y muy respetado cuyo nombre resultó no sólo único sino inolvidable: Lepervanche Parpasén.

A lo largo de estos años también hemos compartido la publicación colegiada en obras jurídicas como son entre otras “Panorama del Arbitraje Comercial, selección de lecturas” (1983), “El Caso Alvarez Machain” (Ars Juris 1993)

el estudio de la "Ley Helms-Burton" (Ars Juris No.16 1966), y más recientemente en la obra que el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la UIA dedicaron a mis tareas académicas.

En algunos otros estudios que he publicado me ha formulado importantes observaciones que mucho le agradezco como por ejemplo el relativo a "La ley Norteamericana de Inmunidad del Estado Soberano de 1976" (IMCE 1981). Asimismo consigo que al entrar a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y legislación, me hizo el honor de contestar mi discurso de adhesión a la misma en el año 2005.

Este andar coincidente también se dio durante las negociaciones del TLCAN al haber aceptado apoyarme en la mesa de revisión legal de textos pues su experiencia en estos temas es única.

Con orgullo añado a lo anterior que durante el mes de marzo del 2006, la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez nos hizo el honor de otorgar un reconocimiento a profesores chihuahuenses radicados fuera del Estado, o sea como lo denominé "en el exilio" y concurrimos entre varios colegas José Luís y yo.

En fin nos ligan múltiples momentos compartidos de muy gratos recuerdos, amalgamados con charlas, comentarios, intercambio de opiniones y muchos de ellos acompañados de buenos alimentos y por supuesto de vinos que bien se dejaban beber. Eventualmente aderezaban estas reuniones, conocedores en la materia como José Fuente Mares quien además sabía no sólo preparar algunas viandas sino inventaba algunos platillos.

Más cosas desde luego podría decir sobre esta larga relación de amistad que pone en evidencia que este vínculo es después de la familia, el valor más importante y más rico de carácter social.

No en vano desde la antigüedad ha sido objeto de atención por pensadores de la talla de Platón¹ y Cicerón² quienes se ocuparon del tema.

Tomamos y hacemos propia la afirmación de este segundo cuando dice:

"Más cuánta es la fuerza de la amistad se puede colegir de que una infinita sociedad que compone la naturaleza, la estrecha la amistad..."

Queridos María, Eduardo, José Luis y demás familiares aquí reunidos; colegas y amigos todos, muchas cosas más podía mencionar pero con lo dicho basta para entender porque nos hemos ocupado el día de hoy de la trayectoria profesional y académica del amigo y colega José Luis Siqueiros objeto de este merecido homenaje que le rinden sus pares.

Agradezco a los organizadores de tan importante acto me hayan invitado a participar en el mismo y dejar testimonio así de mi reconocimiento profesional y fraternal al homenajeado.

Dr. Rodolfo Cruz Miramontes
México D.F. a 28 de enero de 2009

¹ Dialogo de Lysic

² Obras escogidas "-El Ateneo"-buenos aires 1957 p 298

Semblanza

José Luis Siqueiros

I. Resumen General

- Recibió el título de Licenciado en Derecho el 30 de junio de 1947 en la Universidad Nacional Autónoma de México, con mención honorífica, *summa cum laude*.
- Becado por la UNAM, hizo estudios de maestría en la Universidad de Harvard, Estado Unidos de América.
- Secretario General de Gobierno del Estado de Chihuahua y Gobernador Interino por Ministerio de Ley, (1956-1962).
- Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UNAM (1953-1969).
- Ejerció la profesión como socio fundador de la firma Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S.C. desde 1948 y estuvo activo como socio del despacho hasta 1990.
- Consultor Externo de la firma Barrera, Siqueiros y Torres Landa. (1991-).
- Vice-Presidente de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (1971-1975).
- Director de la Revista "EL FORO", órgano de la Barra Mexicana (1965-1975).
- Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado (1972-1974) y Promotor vitalicio de la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C.
- Presidente de la Federación Nacional de Colegio de Abogados de la República Mexicana (1974-1979) y Consejero vitalicio de la misma.
- Presidente de la Academia de Arbitraje Comercial Internacional (1976-1980).
- Presidente del University Club de México (1982-1983)
- Presidente de la *Inter-American Bar Association* (Federación Interamericana de Abogados), (1984-1985).
- Delegado Mexicano en las Conferencias de Derecho Internacional Privado auspiciadas por la Organización de Estados Americanos en Panamá (1975), Montevideo (1979), La Paz (1984), y Montevideo (1989) y Washington (2002). Presidente de la CIDIP-V verificada en México en Marzo de 1994, Delegado a la CIDIP VI verificada en Washington, D.C. (2002).
- Presidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA (1993-1994) Miembro del mismo desde 1990-1998.
- Delegado Permanente de México en la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya. (1984-2005).
- Miembro del Consejo Mundial de Arbitraje Comercial (ICCA). (1985-).
- Miembro de *Advisory Council of the Asia/Pacific Center for the Resolution of International Business Disputes*. (1990-).
- Vice-Presidente del *Institute for Transnational Arbitration*, Dallas, Texas.
- Arbitro de la Cámara Intenacional de Comercio, de la *American Arbitration Association* y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
- Asesor Externo de la Secretaría de Relaciones Exteriores. (1975-).
- Profesor titular de Derecho Arbitral en la Univesidad Iberoamericana (1988-2003).
- Presidente de la Rama Mexicana de *International Law Association*. (1996-2004).

II. Distinciones.

Recipiendario de la Gran Cruz de Honor al Mérito Forense, de la Asociación Nacional de Abogados (1982).
Premio "William R. Vallance", Jurista del Año, de la Inter American Bar Association, Santiago de Chile, 1993.
Premio "Miguel Villoro Toranzo" por excelencia académica en la docencia (2001). (Universidad Iberoamericana).
Annual Award (Premio Anual) otorgado por el U.S.-Mexico Law Institute, con el nombre de "José Luis Siqueiros", al abogado que haya contribuido a mejorar las relaciones jurídicas de ambos países.

III. Membresías y Consejerías.

Miembro de la Barra Mexicana - Colegio de Abogados.
Miembro de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, A.C.
Miembro (Sección extranjera) de la *American Bar Association*.
Miembro de la *International Bar Association*.
Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.
Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.
Miembro de la *American Foreign Law Association*.
Miembro Numerario del Instituto Mexicano de Cultura.
Miembro honorario del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.
Miembro corresponsal del Instituto de Unificación del Derecho Privado, en Roma (UNIDROIT).
Consejero del Directorio de la Academia Interamericana de Derecho Internacional Comparado.
Consejero del *International Council of Commercial Arbitration* (ICCA).
Vice-Presidente del Directorio del *Institute for Transnational Arbitration* (Dallas, Tex.)

IV. Actualmente se desempeña como:

Asesor Externo de la Secretaría de Relaciones Exteriores.
Miembro del Consejo Mundial de Arbitraje Comercial (ICCA).
Árbitro de la Cámara Internacional de Comercio (París), de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (Washington) y de la *American Arbitration Association* (New York). Nominado como árbitro, por México, en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).
Árbitro de la Cámara Internacional de Comercio, de la *American Arbitration Association* y de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y Miembro de Honor en el Club de Arbitraje de Monterrey.
Consultor Externo de la firma de Abogados Barrera, Siqueiros y Torres Landa, S. C. en la Ciudad de México.

V. Conferencias y Coloquios.

Participación en 28 Seminarios de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en diversas ciudades de la República Mexicana.
Conferencista de la Universidad Nacional de México, Universidad Iberoamericana, Universidad Panamericana, Universidad La Salle, Universidad Anáhuac y otras en la Ciudad de México.
Conferencista en las Facultades de Derecho de las Universidades de Chihuahua, Monterrey, Sonora, Baja California, Guerrero, Querétaro y otras en el interior de la República.

Exponente en los Cursos de Derecho Internacional realizados en Río de Janeiro, Buenos Aires, Lima, Caracas, Bogotá, San José de Costa Rica. El Salvador, Panamá, Santiago de Chile y otras Universidades de América Central y América del Sur.

Ponente en Coloquios de Derecho Internacional, en Tokio, La Haya, Madrid, París, Estocolmo, Viena, Bolonia, Ginebra y otras ciudades de Europa

VI. Autoría y labores académicas.

El Lic. Siqueiros, ha publicado siete libros sobre derecho internacional privado, arbitraje y aspectos legales de la inversión extranjera en México y escrito numerosos artículos en revistas de derecho en los Estados Unidos y México. Ha sido conferencista en muchos Simposios, Seminarios y talleres en México y en el extranjero.

Acuerdos sobre la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI)s celebrados entre México y diversos países

Dr. Jose Luis Siqueiros*

1.- Antecedentes.

En un informe que el autor presentó como miembro y relator del Comité Jurídico Interamericano (CJI), órgano de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en Río de Janeiro, durante el período ordinario de sesiones de 1993, y que se intitulaba "*Tratados bilaterales de protección a las inversiones extranjeras*", se hacía una revisión analítica de los instrumentos bilaterales de inversión celebrados entre los gobiernos de países miembros de la OEA y gobiernos del resto del mundo, en vigor hasta 1992 (un total de cien). En el citado trabajo se destacaba que México, siendo un país tradicionalmente receptor de inversión extranjera, no había celebrado hasta entonces ningún acuerdo bilateral en esta materia. En las reflexiones finales del mencionado informe se hacía constar que la posible explicación a tal abstención pudiera obedecer a motivos históricos y a una tradicional actitud restrictiva a los flujos de capital provenientes del exterior.

Esos mismos motivos serían la causa justificante para que el gobierno de México tampoco hubiera suscrito el Convenio que creó el *Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*, auspiciado por el Banco Mundial, conocido universalmente como CIADI o ICSID, ni el *Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones*, conocido como OMGI o como MIGA, por sus iniciales en inglés (*Multilateral Investment Guaranty Agency*).

Hasta esta fecha el gobierno de México continúa sin adherirse ni a CIADI, ni a MIGA, no obstante su casi universal aceptación en el resto del orbe. No obstante ese (casi olímpico) desprecio a los dos convenios, el flujo de inversiones extranjeras hacia nuestro país no ha disminuído. Lo anterior obedece a la flexibilización de la normatividad regulatoria de la inversión extranjera y a la nueva actitud del gobierno en dicho ámbito en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Este último instrumento contiene un capítulo (el XI) relativo a la *Inversión*, y que se aplica a las medidas que adopte o mantenga cualquiera de las tres Partes relativas a inversiones de una de ellas o de inversionistas de una Parte en el territorio de otra. El Capítulo XI está dividido en dos Secciones, la A, que incluye todas las disposiciones que conceden las garantías básicas a los inversionistas de la otra Parte (trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato, requisitos de desempeño, transferencias, expropiaciones y compensación, etc.), y la B, que está referida a la solución de controversias que puedan surgir entre una Parte y un inversionista de otra Parte.

Con posterioridad a la entrada en vigor del TLCAN, el gobierno de México ha suscrito y ratificado siete nuevos tratados de libre comercio (TCLs) y dos Acuerdos con la Comunidad Europea (CE) -que pudieran asemejarse a los

* Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional.

instrumentos tradicionales de libre comercio- en los cuales, con excepción del TLC celebrado con Israel y de los dos Acuerdos con la CE, se inserta un capítulo relativo a inversiones que sigue muy de cerca los parámetros del Capítulo XI del TLCAN.

La razón subyacente para incluir una normatividad favorable a la recepción de la inversión extranjera en los TLCs y Acuerdos celebrados por México y en vigencia desde 1994, obedece a las nuevas tendencias a nivel mundial en torno a los beneficios de aquella en el desarrollo económico.

2.- Las nuevas tendencias en política de inversiones extranjeras.

Como efecto de la creciente interdependencia comercial y de la globalización económica, bajo el impulso dirigido hacia la obtención de mejores niveles de vida y bienestar económico en los países de menor desarrollo, el enfoque político-jurídico hacia la recepción de la inversión extranjera, incluyendo la transferencia de tecnología, ha tenido un cambio notable. La actitud defensiva y de recelo que en esta materia permeó la década de los años setenta, se ha modificado. La insuficiencia del ahorro interno para mejorar la infraestructura productiva ha propiciado la búsqueda de capitales y tecnologías del exterior que complementen los recursos domésticos. En esa demanda ha surgido la competencia. En efecto, la gran mayoría de los países trata ahora de promover, de alentar y otorgar protección al inversionista extranjero.

En este contexto los países en desarrollo han evaluado la conveniencia de negociar acuerdos, a nivel bilateral o multilateral, con países con mayor grado de industrialización, tendentes a la promoción y protección recíproca de las inversiones. Asimismo han reformado su legislación interna con un espíritu de mayor apertura al capital y tecnología externos. Se han re-examinado los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación para encuadrarlos en un marco multilateral o bilateral más acorde a las nuevas tendencias.

En lo que se refiere a los esfuerzos para regular y fomentar la inversión extranjera dentro de un marco multilateral, debe hacerse una somera alusión a las negociaciones, que aún no fructifican, para la adopción de un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (MAI, por su sigla en inglés), que fué impulsado desde 1995 bajos los auspicios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE); probablemente debido a su extenso y complejo texto, el proyecto no ha cristalizado y tal vez las negociaciones continúen en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Ante la ausencia de un instrumento verdaderamente universal, la promoción y protección de la inversión extranjera se ha enmarcado en un contexto bilateral. Dentro de este último marco existen dos vertientes: a) la de incluir la normatividad atinente en los tratados de libre comercio o, b) la de celebrar acuerdos encaminados a la promoción y protección de dicha inversión, acuerdos que han ido proliferando a nivel mundial y generalmente denominados con las iniciales de su sigla, como APPRI.

Ya nos hemos referido a la primera vertiente, o sea aquella de incluir la normatividad pertinente en los TLCs y que en el caso de México queda plasmada en el Capítulo XI del TLCAN, así como en los demás tratados de libre comercio firmados hasta ahora con otros países del hemisferio occidental. Nos corresponde ahora abordar la segunda corriente, en el contexto exclusivo de los Acuerdos suscritos por nuestro Gobierno para promover y proteger la inversión en forma recíproca.

3.- El cambio de rumbo.

Sería una tarea extremadamente difícil el intentar analizar, aún superficialmente, el cúmulo de tratados bilaterales de inversión suscritos a nivel universal; en tal virtud concentraremos nuestro enfoque en los trece Acuerdos firmados por México a partir de 1995. Una relación de los mismos, indicando lugar y fecha de suscripción, fecha del Decreto

que contiene su aprobación por el Senado de la República y fecha del Decreto Promulgatorio, se agrega como un Anexo a este artículo.

La realidad es que a partir del 10 de Junio de 1995, fecha en que se firma con el Reino de España el primer APPRI, se "abre la compuerta" para este tipo de instrumentos. Además de los trece Acuerdos ya ratificados, se ha difundido que México ha suscrito otro más con Suecia, confiándose que las negociaciones con Gran Bretaña, Irlanda y Grecia culminarían en un futuro próximo. Asimismo se formalizarían los Acuerdos con Corea del Sur y con Japón, cuyas bases estaban ya aceptadas por los plenipotenciarios.

Es de presumirse que la nueva administración federal (1-XII-2000), con una política orientada a la apertura económica en la esfera transnacional, no variará esta tendencia. Todo ello nos parece saludable a la luz de lo expresado en el apartado 2 anterior, no obstante la reticencia de nuestro gobierno para ingresar a la membresía del CIADI y del MIGA, abstención que parece hasta cierto punto paradójica.

El hecho cierto e insoslayable es que estamos en el entorno del derecho convencional que promueve y protege la inversión extranjera, en forma recíproca. De ahí la necesidad de analizar el contexto general de estos Acuerdos y sus aspectos más particulares.

4.- Revisión analítica de los APPRI. Aspectos genéricos.

No existe un texto estandar o modelo único en estos acuerdos. Es cierto que muchos de los países tradicionalmente clasificados como lugar de origen de la inversión, han elaborado ya un prototipo de articulado que someten a la consideración del Estado a donde se proyecta realizar la inversión. Sin embargo, el texto sugerido queda siempre sujeto a la negociación entre las partes. Es cierto también que el poder de negociación, dependiendo del desequilibrio de fuerzas entre los contratantes, se incline en favor del Estado del inversor.

Con independencia de esta situación fáctica, debe reconocerse que muchas de las bases esenciales en este tipo de instrumentos forman ya parte del derecho internacional consuetudinario y no son ni siquiera negociables. Así, por ejemplo, el otorgamiento al inversionista extranjero del mismo trato jurídico que se concede a los inversionistas nacionales, o a los de un tercer Estado (con ciertas excepciones), el pago de una indemnización apropiada en el caso de expropiaciones o medidas equiparables, la libre transferencia de los haberes líquidos al país de origen, la solución de controversias entre el Estado receptor y el inversionista a través de mecanismos neutrales, como el arbitraje, son ya conceptos aceptados como bases mínimas de entendimiento. Podrán existir matices en su reglamentación **ad hoc**, pero siempre se localizarán en el texto final.

La nomenclatura del propio instrumento bilateral es variable. Algunos de ellos son denominados "*tratados*", otro "*convenios*" y los demás "*acuerdos*". Sin perjuicio de la autonomía constitucional de los Estados Parte para someter el instrumento a la ratificación o aceptación del órgano competente de su Poder Legislativo (Congreso, Parlamento, Senado), nos parece que con independencia del nombre que se le dé al instrumento el mismo queda incluido dentro de la denominación de "*tratado*" que emplea la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o sea un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, cualquiera que sea su denominación particular.

En lo que respecta al título del instrumento bilateral, existen ligeras variantes en el encabezado, pero todos coinciden en llamarlos "*para el (fomento), (estímulo) o (promoción) y protección recíproca de la inversión*". Queda claro que el objetivo de los gobiernos contratantes es doble: el estimular el flujo recíproco de las inversiones y el otorgarles la necesaria protección en uno y otro territorio.

En lo que respecta a las Partes Contratantes se ha mencionado ya que normalmente una de ellas es representada por el gobierno de un país con una economía de mayor desarrollo y la otra por el gobierno de un Estado receptor que tiene un grado de desarrollo inferior y que requiere de dichos flujos de inversión. Lo anterior es solo una generalización, pues los acuerdos pueden signarse entre Estados de desarrollo equivalente, sin olvidar que el crecimiento económico no es estático y que un país "importador" de inversiones puede convertirse con el tiempo en uno de "exportación" de capitales y tecnología.

En lo atinente a la redacción estructural del instrumento, la mayor parte de ellos consta de breves "considerandos" y en otros (no en los celebrados por México) de un Preámbulo en el que las Partes Contratantes exponen los objetivos o finalidades de acuerdo, con secuencia de artículos que contienen la regulación internacional de su entendimiento y Capítulos específicos para la solución de controversias entre las Partes Contratantes o entre el Estado Receptor y el inversionista de la otra Parte. En muchos casos, después de la firma de los funcionarios plenipotenciarios, existe un Anexo, un Protocolo Adicional o un Apéndice firmados también por los representantes de Estados Parte, donde se establecen tales mecanismos y aclaran conceptos vertidos en ciertos artículos del texto, se acuerdan excepciones concretas o se establecen plazos o temporalidades para el disfrute de ciertos derechos. Dichos protocolos, apéndices y anexos forman parte integrante del tratado.

Por último, los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones no deben confundirse con otros acuerdos similares, entre otros aquellos que se suscriben sobre la cooperación económica y comercial, para la formación de empresas binacionales, o bien con aquellos acuerdos ejecutivos de incentivo a la inversión, propios al marco procedimental estadounidense, dentro del programa de dicho gobierno para asegurar a los inversionistas contra pérdidas que puedan sufrir por riesgos no-comerciales, programas que han sido administrados desde hace más de veinte años por la Overseas Private Investment Corporation (OPIC) y a Nivel multilateral por el Organismo Multilateral de Garantía a las Inversiones (MIGA).

5.- Disposiciones Generales contenidas en los APPRI.s.

5.1 Definiciones.

Todos y cada uno de los trece Acuerdos aprobados por el Senado de la República se inician con un artículo que definen diversos términos esenciales en el instrumento y le otorgan su significado. Dichos términos son usualmente "inversión", "rentas", "inversionista", "territorio" y "nacional".

Es importante precisar lo que se designa por cada una de estas voces, ya que de su significado se desprenden consecuencias en cuanto al tratamiento que se concede a las inversiones que se realizan en los territorios de ambas Partes Contratantes.

5.2 Ambito de aplicación.

En dos de los APPRI.s ya promulgados se hace referencia a "las medidas que adopte o mantenga una Parte contratante relativas a las inversiones de la otra Parte Contratante. . . . realizadas en el territorio de la otra". En el Acuerdo con Argentina se destaca que las disposiciones del mismo prevalecerán sobre cualquier norma incompatible que pudiere existir en las legislaciones internas de las Partes. El Acuerdo con Francia interpreta el ámbito de su aplicación para concretar las inversiones cubiertas por el mismo a las ya realizadas o por llevarse a cabo después de la entrada en vigor del instrumento.

En cuanto al ámbito territorial ambos acuerdos precisan los límites geográficos de su aplicación, incluyendo las zonas marítimas.

5.3 Promoción y Protección.

Cada Parte promoverá y alentará dentro de su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones realizadas por los inversionistas de la otra, y admitirá dichas inversiones de conformidad con sus leyes y reglamentos; además, deberá otorgarles un trato justo y equitativo, así como plena protección y seguridad.

Las Partes Contratantes podrán elaborar documentos que propicien la inversión, informando a la otra Parte las oportunidades de inversión, la normatividad que regule dicha materia y las estadísticas existentes en tal área. Asimismo, aceptar que las controversias que pudieran surgir por el posible incumplimiento de dichas obligaciones serán solucionadas de conformidad con lo dispuesto en el APPRI.

5.4 Trato Nacional y de Nación más Favorecida.

Si bien es cierto que el tratamiento que debe otorgarse a las inversiones realizadas por los nacionales de una Parte en el territorio de la otra ha ido variando en su contexto, prácticamente todos los autores coinciden en que dicho trato debe ser justo y equitativo. Asimismo, en que dicho tratamiento en ningún caso deberá ser menos favorable al concedido por cada Parte a las inversiones de sus propios nacionales o al otorgado a las realizadas por nacionales de un tercer Estado. Sólo se exceptúan, en el caso de este segundo supuesto, aquellas ventajas especiales concedidas en el marco de un acuerdo internacional específico.

5.5 Expropiación e Indemnización.

Todos los APPRI coinciden en que ninguna de las Partes signatarias de los mismos, podrá nacionalizar, ni expropiar, directa o indirectamente una inversión foránea hecha en su territorio, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego al principio de legalidad y mediante indemnización. Esta última deberá ser al valor de mercado, sin demora y pagada en una divisa de libre convertibilidad, libremente transferible.

5.6 Pérdidas por guerra o conflicto armado.

La mayor parte de los Acuerdos se incluye un dispositivo que otorga a los inversionistas que hayan sufrido pérdidas derivadas de guerra o de cualquier otro conflicto armado que ocurra en su territorio, un trato compensatorio que no será menos favorable que aquel que la Parte afectada conceda a sus propios nacionales o a aquellos de la nación más favorecida.

5.7 Libre transferencia de fondos.

Uno de los derechos de los inversionistas, presente en todos los APPRI, es el garantizarles la libre transferencia, dentro y fuera del territorio de la Parte receptora, de su capital, productos derivados, intereses, dividendos, rentas, regalías, indemnizaciones, etc. En tal virtud, las transferencias se realizarán sin demora, en divisas de libre convertibilidad y al tipo de cambio vigente en el mercado.

Algunos de los Acuerdos prevén que en caso de desequilibrio fundamental de la balanza de pagos, la transferencia podrá ser temporalmente suspendida o sujetarse a ciertas modalidades.

5.8 Subrogación.

Si una Parte Contratante (o una agencia designada por ella) realizara un pago a favor del inversionista en virtud de una garantía o seguro que había obtenido en contra de riesgos no comerciales en el territorio de la Parte receptora

de la inversión, ésta última reconocerá la cesión de cualquier derecho o reclamación del inversionista en favor de la primera Parte o su agencia. Dicho en otras palabras, se subrogarán en los derechos del inversionista asegurado.

No obstante lo anterior, en caso de controversia, solamente el inversionista afectado, o la agencia (si está constituida conforme a derecho privado), podrán participar en procedimientos ante un tribunal nacional o someter el caso al arbitraje internacional de conformidad con el Acuerdo.

6.- Solución de controversias.

En los textos de los APPRI promulgados más recientemente en el Diario Oficial se contiene un Capítulo (Dos) intitulado "*Solución de Controversias*", que está dividido en dos Secciones: la Primera referida a la *Solución de Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante* y la Segunda a *Solución de Controversias entre las Partes Contratantes*.

Los Decretos Promulgatorios de los otros Acuerdos, sin establecer esta convergencia, regulan en su texto los mecanismos para la solución de los diferendos en forma separada. En los APPRI promulgados con anterioridad a los que se indican en la nota 25, los procedimientos referidos a las controversias que se suscitan entre Estado receptor e inversionista, se norman en un Protocolo en un Anexo o en un Apéndice que forman parte integral del APPRI.

6.1 Solución de controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante.

Cuando una controversia no sea factible de resolverse a través de negociación o consulta, el inversionista podrá elegir el someter la misma a resolución de cualquiera de las siguientes vías:

- a) los tribunales jurisdiccionales competentes o tribunales administrativos del Estado receptor;
- b) a cualquier procedimiento de solución de controversias previamente acordado.
- c) al arbitraje, de conformidad con las Reglas de:
 - i) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el Centro de CIADI), cuando las dos Partes Contratantes --la del Estado receptor y la del inversionista-- son Partes del CIADI;
 - ii) del Mecanismo Complementario del CIADI, si sólo una de las Partes involucradas en la controversia, pero no ambas son Parte del CIADI;
 - iii) de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Los propios Acuerdos establecen los períodos de tiempo para someter la controversia al arbitraje y de la notificación escrita indicando la intención del inversionista reclamante para someter la resolución al arbitraje.

Los APPRI más recientemente promulgados establecen la normatividad relativa al consentimiento para someterse al arbitraje internacional, a la integración del tribunal arbitral, a los procedimientos de acumulación de reclamaciones, al lugar donde debe llevarse a cabo el arbitraje, al derecho aplicable, las formas de rendir los laudos y de su ejecución. Se deja claro que los laudos son definitivos y obligatorios y que los mismos no podrán condenar al pago de daños punitivos. Un inversionista podrá recurrir a la ejecución forzosa del laudo conforme al Convenio del CIADI o a la Convención de Nueva York.

6.2 Solución de Controversias entre las Partes Contratantes.

La Segunda Sección del Capítulo genérico en materia de Solución de Controversias está referido a las que se originan entre las mismas Partes Contratantes. En términos generales viene a normar las diferencias que surgen entre ellas sobre la interpretación o aplicación del Acuerdo. En la medida de lo posible deberán ser dirimidas a través de consultas o conciliación.

Si no se obtiene un acuerdo en las negociaciones, la controversia se someterá a la decisión de un tribunal arbitral; éste se constituirá mediante el nombramiento de un miembro designado por cada Parte y el tercero (que actuará como Presidente), por consenso de los árbitros nominados por las Partes. En caso de no hacerse los nombramientos en los plazos previstos en el Acuerdo, se invitará al Presidente la Corte Internacional de Justicia para que los realice. El tribunal arbitral resolverá la controversia de conformidad con el APPRI y las reglas y principios de derecho internacional.

También se establece que el procedimiento establecido en esta Sección no podrá seguirse por ninguna de las Partes cuando la controversia es relativa a la violación de los derechos de un inversionista y la cual se sometió al procedimiento previsto en la Sección Primera, a menos que la Parte condenada en el laudo dictado no lo haya acatado. En tal supuesto la Parte afectada por el incumplimiento podrá solicitar la formación del tribunal arbitral contemplado en la Segunda Sección. En esa hipótesis el tribunal podrá ordenar:

- a) una declaración en el sentido de que el desacato del laudo definitivo está en contravención con las obligaciones de la Parte que incumple con el Acuerdo;
- b) solicitar o "recomendar" que dicha Parte acate el laudo dictado.

7.- Disposiciones Finales en los APPRI.

7.1 Ambito de aplicación.

En casi todos ellos encontramos una disposición relacionada con el ámbito de aplicación. Normalmente se conviene en que el Acuerdo deberá aplicarse a todas las inversiones hechas por inversionistas de cualquiera de las Partes en el territorio de la otra, realizadas antes o después de su entrada en vigor. Sin embargo, también se establece que no se aplicará a ninguna controversia que hubiere surgido antes de su vigencia o a reclamaciones que hubieren sido resueltas con anterioridad a ella.

7.2 Aplicación de otras Reglas.

Los Acuerdos más recientemente promulgados previenen que si las disposiciones legales de cualquiera de las Partes o las obligaciones derivadas del derecho internacional (existentes en el presente o establecidas en lo sucesivo), contienen una regulación general o específica que otorgue a las inversiones un trato más favorable al previsto en el APPRI, dichas disposiciones deberán prevalecer en la medida que sean más favorable al inversionista.

7.3 Consultas y Enmiendas

Se establece que las Partes realizarán entre sí consultas periódicas con el propósito de aclarar cualquier materia relacionada con la interpretación y aplicación del Acuerdo, en el lugar y momento acordados a través de canales diplomáticos. Asimismo y en cualquier momento después de su entrada en vigor las disposiciones del Acuerdo podrán ser modificadas. Dichas modificaciones entrarán en vigor cuando los requisitos constitucionales se hayan cumplido.

7.4 Entrada en vigor, duración y terminación.

Las Partes Contratantes deberán notificarse entre sí el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la entrada en vigor del APPRI. Este último entrará en vigor --respecto de ellas-- treinta días después de la fecha en que se reciba la última notificación. Este intercambio se conoce como Canje de Notas y en México precede al Decreto Promulgatorio. Los APPRIs firmados por México y los gobiernos de otros países cuya lengua oficial no es el castellano, se hacen en el idioma oficial de dicha nación y en español, siendo ambos textos auténticos; en algunos casos, además de ambas versiones, se firma otra en inglés, estipulándose que en caso de divergencia en la interpretación prevalecerá el texto en inglés.

Los APPRIs tienen un período normal de duración de diez años, plazo que se prorrogará (reconducción) hasta que cualquiera de las Partes Contratantes notifique por escrito a la otra su intención de darlo por terminado. El aviso de terminación se hará efectivo un año después de la fecha de notificación. Sin embargo las inversiones realizadas con anterioridad al aviso de terminación seguirán gozando de la protección acordada en el Acuerdo por diez años o más años.

7.5 Protocolo.

Algunos de los APPRIs contienen un Protocolo o intercambio de notas, por el cual los representantes acreditados de las Partes convienen en adicionar, interpretar o delimitar algunos de los artículos o conceptos incluidos en el Acuerdo, permitiendo así a los plenipotenciarios cierta capacidad de negociación después de haberse firmado el Acuerdo.

8.- Últimas Reflexiones.

1.- Ante la creciente interdependencia comercial a nivel regional y universal, inderdependencia que se proyecta hacia una globalización de la economía, se requiere de un mayor flujo de inversiones y tecnología entre todos los países del orbe. Ante el fracaso de las economías centralmente planificadas es imprescindible impulsar las economías de mercado, la libre competencia, el desarrollo del sector privado y la competencia abierta, todo ello en beneficio del bienestar social y del mejoramiento en el nivel de vida.

Debe tomarse conciencia de que con esta nueva tendencia la política de inversiones extranjeras ha tomado otro giro. Existe ahora un clima de mayor apertura para atraer recursos del exterior y complementar el ahorro interno. La mayor parte de los países en vías de desarrollo trata de alentar y promover el flujo de capitales en inversiones directas o indirectas. El concepto mismo se ha despolitizado. Como resultado de todo lo anterior se ha propiciado una fuerte competitividad entre los países receptores. Aquellos que ofrecen un marco de seguridad jurídica a los potenciales inversionistas reciben mayores flujos.

2.- Este marco de certeza legal se descompone en tres vertientes. La primera sería su regulación doméstica; la segunda su adhesión a convenciones multilaterales (CIADI, MIGA y otras) y la tercera la celebración de Acuerdos bilaterales para la promoción y protección recíproca de las inversiones.

Es claro que ninguna de estas vertientes, por sí misma o en conjunto, será una panacea para el flujo de la inversión. Existen otros factores metajurídicos que son determinantes en la selección del inversor y que escapan al ámbito de este estudio. Sin embargo, otros factores socio-económicos deben encuadrarse en el debido marco legal y en el imperio del derecho.

Del análisis hecho en este estudio puede observarse que (salvo diferencias de detalle), todos los APPRI's suscritos por México observan un corte análogo. Su principal acierto es que no definen cual es la Parte Contratante de donde provienen las inversiones, ni cual es la receptora de ellas. La promoción y la protección de la inversión es recíproca. Se respeta el derecho soberano de cada país para regular los aportes de capital y tecnología que provengan de fuera o fluyan al territorio de cualquiera de las Partes sobre bases de paralelismo.

3.- El Gobierno de México, después de muchos años de indiferencia hacia estos Acuerdos bilaterales, finalmente los ha acogido. Sin adherir todavía a los convenios multilaterales con propósitos similares, se ha percatado que los objetivos visualizados en el Capítulo XI del TLCAN en materia de Inversión --incluido también en los otros tratados de libre comercio que ha suscrito a partir de 1994-- pueden lograrse a través de los APPRI's a nivel internacional. Sea bienvenida esta corriente de apertura para complementar el ahorro interno, aumentar la productividad y crear empleos; que todo ello propicie el desarrollo económico de las Partes Contratantes y un trato justo y equitativo a las inversiones que se realicen en sus respectivos territorios.

Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI's) celebrados entre México y diversos países.

Fecha y lugar decreto a decreto de firma aprobatorio promulgatorio por el senado texto

- 1.- Reino de España México, D.F. 22 Junio, 1995 D.O. 20 Dic, 1995 D.O. 19 Marzo, 1997
- 2.- Confederación Suiza México, D.F. 10 Julio, 1995 D.O. 20 Dic, 1995
- 3.- República Argentina Buenos Aires, 13 Nov. 1996 D.O. 30 Oct, 1997 D.O. 28 Agosto, 1998
- 4.- Reino de Países Bajos México, D.F. 13 Mayo, 1998 D.O. 16 Feb, 1999 D.O. 10 Julio, 2000
- 5.- República Austria Viena, 29 Jun. 1998 D.O. 16 Feb, 1999 D.O. 23 Marzo, 2001
- 6.- República Federal Alemania México, D.F. 25 Agosto, 1998 D.O. 16 Feb., 1999 D.O. 20 Marzo, 2001
- 7.- Unión Económica Belgo-Luxemburguesa México, D.F. 27 Agosto, 1998 D.O. 16 Febrero, 1999
- 8.- República Francesa México, D.F. 12 Noviembre, 1998 D.O. 23 Agosto, 2000 D.O. 30 Nov. 2000
- 9.- República de Finlandia México, D.F. 22 Febrero, 1999 D.O. 10 Julio, 2000 D.O. 30 Nov. 2000
- 10.- Reino de Dinamarca México, D.F. 13 Abril, 2000 D.O. 12 Julio, 2000 D.O. 30 Nov. 2000
- 11.- República Oriental del Uruguay Montevideo, 30 Junio, 1999 D.O. 1 Marzo, 2000
- 12.- República Portuguesa México, D.F. 11 Nov. 1999 D.O. 12 Julio, 2000 D.O. 8 Enero, 2000
- 13.- República Italiana Roma, 24, Nov. 1999 D.O. 10 Julio, 2000 s Siquieros Prieto.

El arbitraje de naturaleza privada en el marco del NAFTA*

José Luis Siqueiros**

I. Antecedentes del Tratado.

El Tratado de Libre Comercio para América del Norte, conocido en México por sus siglas en español como el TLCAN y en Estados Unidos y Canadá, así como en la mayoría de los otros países por su sigla inglesa NAFTA, es un instrumento firmado por los tres Estados Partes en 1992 y que entró en vigor el 1º de Enero de 1994, conjuntamente con otros dos Acuerdos llamados "paralelos", sobre cooperación en materias ambiental y laboral.

El instrumento es un documento de extensión significativa. Contiene veintidos Capítulos, múltiples anexos y más de 2000 páginas. Básicamente viene al establecer una zona de libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México inserta en el contexto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Sus objetivos fundamentales son eliminar barreras al comercio, promover condiciones para una competencia justa, incrementar la inversión foránea y proteger la propiedad intelectual, estableciendo para todo lo anterior procedimientos efectivos en la solución de controversias que puedan surgir como resultado de su desempeño.

Si bien es cierto que los negociadores del NAFTA tuvieron muy en cuenta las disposiciones y contexto general del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y los Estados Unidos de América de 1989, también lo es que muchos de sus capítulos fueron modificados y que varios esquemas, incluyendo el relativo a mecanismos para la solución de controversias, adquieren características novedosas. Estas innovaciones, distintivas en la estructura del NAFTA, vendrán después a imprimir su huella en instrumentos posteriores de libre comercio celebrados por México con sus vecinos de Centro y SurAmérica.

Cabe destacar, sin embargo, que los capítulos del Tratado referidos a la solución de controversias, incluyendo los acuerdos paralelos, son esquemas referidos a mecanismos inter-gubernamentales. Cabe decir, estamos frente a métodos adoptados por el derecho público, en que las Partes son estados soberanos. Las técnicas utilizadas para resolver las divergencias pueden variar dependiendo de la naturaleza del esquema, pero en general la legitimación activa en el proceso, el *ius standi*, sólo la tienen los Estados contratantes.

No obstante, en ciertos ámbitos, dependiendo del contenido sectorial, los particulares también pueden ser partes en el diferendo. Esta participación de los particulares, empero, constituye la excepción, no la regla.

Tal es el caso en el Capítulo de Inversión. Cuando el inversionista de una Parte haya realizado inversiones en el territorio de otra, y considere que a su juicio se han incumplido las obligaciones establecidas en la Sección A de dicho Capítulo y que como consecuencia de la violación a esas normas se le hayan causado daños o sufrido pérdidas, tal inversor podrá optar entre recurrir a los tribunales del Estado receptor o de acceder al arbitraje internacional.¹

* Conferencia expuesta por el autor en el Primer Congreso de Administración de Conflictos, auspiciado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires los días 11 al 14 de Agosto de 1998.

** Miembro del Comité Jurídico Interamericano.

¹.- En el Anexo 1120.1 México precisó que la opción entre recurrir a los procedimientos administrativos o judiciales internos y el acudir al arbitraje internacional, son alternativas excluyentes. Cabe decir, intentada una vía no puede ejercitarse la otra.

Si el reclamante opta por la vía del arbitraje internacional, su elección es definitiva. Una vez tomada y dependiendo de cuales son los Estados involucrados en la disputa (Estado receptor de la inversión y Estado del que es nacional el inversionista), el arbitraje se realizará conforme al Convenio del CIADI², de su Mecanismo Complementario,³ o de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL⁴.

Haciendo omisión de las controversias suscitadas por inversiones, el único otro caso en que los particulares pueden intervenir como coadyuvantes de los Estados Parte, es en el área de prácticas desleales de comercio. En el Capítulo XIX del NAFTA puede decirse que los particulares tienen *ius standi*. Con el carácter de "parte interesada", los exportadores, importadores o productores de las mercancías cuestionadas, tendrán derecho a comparecer y ser representados por abogados en los procedimientos que se sigan ante los paneles de arbitraje, así como solicitar información y presentar pruebas y alegatos en las audiencias.

II. La solución de controversias comerciales de carácter privado.

Sin embargo, sólo en el NAFTA⁵ y en algunos de los tratados de libre comercio (TLCs) que han recibido su influencia⁶, se alude a métodos diseñados para la solución de controversias comerciales internacionales que sean de naturaleza privada. En dichos instrumentos se establece que en la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias entre particulares; que a tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en estas controversias.

El artículo 2022 del NAFTA dispone que se considerará que las Partes cumplen con este propósito, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

El mismo artículo dispone que se establecerá un Comité Consultivo integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencias en la solución de controversias comerciales internacionales de carácter privado. El Comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio (órgano máximo) sobre cuestiones generales que le sean referidas por dicha Comisión y relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

El Comité Consultivo fue constituido en 1994 y se integra por treinta especialistas. De los diez integrantes de cada país, dos representan al sector público y el resto a la iniciativa privada. El Comité ha celebrado hasta ahora seis reuniones. Dichos encuentros se realizan en diversos lugares de cada uno de los tres países, en forma rotativa. El último se celebró en la Ciudad de Miami, Florida, en Marzo de 1998.

El Comité ha venido desempeñando sus funciones en Grupos de Trabajo (sub-comités) que han dedicado su atención a la compilación de las legislaciones existentes en los tres países en relación con métodos alternativos para la solución de diferendos comerciales, así como de la jurisprudencia creada en esta materia, principalmente en lo atinente a la eficacia de los acuerdos arbitrales y al reconocimiento y ejecución de los laudos. Los sub-comités se

².- Conocido también como ICSID y referido al Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington, D.C. en Marzo de 1965, bajo los auspicios del Banco Mundial.

³.- Autorizado por el CIADI el 27 de Septiembre de 1978 para administrar procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados, cuando alguno de ellos no es parte del Convenio de Washington de 1965.

⁴.- Las Reglas de uso facultativo aprobadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en 1976.

⁵.- Capítulo XX, Sección C. Art. 2022.- Véase Anexo A.

⁶.- Ver TLC-G3, México, Colombia y Venezuela (1994) Capítulo XIX, Art. 19-19; TLC Costa Rica-México, (1994) Capítulo XVII, Art. 17-18. TLC México-Bolivia, (1994) Capítulo XIX, Art. 19-17; TLC México-Nicaragua, (1998) Capítulo XX. Art. 20-18. La redacción del artículo relativo tiene pequeñas variantes en cada uno de los cuatro tratados. Véase Anexo B.

han abogado también a propiciar entre pequeños y medianos empresarios el uso de la mediación y la conciliación como medios preventivos de soluciones heterocompositivas y se ha hecho énfasis en la sinergia que debe existir entre estos mecanismos alternativos (incluido el arbitraje) y el sistema judicial, a nivel local y federal.

Con este mismo enfoque el Comité Consultivo a recomendado a la Comisión de Libre Comercio, la programación de cursos de capacitación y de información recíproca con funcionarios de la judicatura, programas que ya se están instrumentando en los tres países. Se ha convocado a una Conferencia que se realizará en la Ciudad de México a principios de 1999, con la participación de Jueces y Magistrados del más alto nivel en los tres países.

La visión panorámica de estas recomendaciones podría resumirse en una mayor concienciación a nivel empresarial, forense y judicial, de la importancia de estos métodos alternativos diversos a la adjudicación jurisdiccional. Cabría decir, a la creación de una cultura del arbitraje, que aún contando con el apoyo de legislaciones de vanguardia, requiere todavía de mayor raigambre y conocimiento en la negociación comercial.

Con base en la experiencia en los últimos cuatro años estamos persuadidos que los esquemas regionales y subregionales de integración y de libre comercio existentes en el hemisferio, o aquellos que se convengan en el futuro, podrían incluir, además de los mecanismos que auspician la resolución pacífica de los diferendos que surgen en su implementación, con una disposición análoga a la contenida en el Art. 2022 del NAFTA, i.e., para promover y facilitar el uso del arbitraje y otros mecanismos alternativos de solución de controversias que puedan originarse entre los particulares. Cabe decir, en los conflictos de naturaleza privada que se susciten en el área del tratado.

III.- Las Juntas Cumbre de las Américas.

Las experiencias adquiridas en los múltiples esquemas de integración y libre comercio hasta ahora existentes y a la luz de las dos Juntas Cumbre de las Américas --la primera celebrada en Miami, en Diciembre de 1994 y la segunda en Santiago de Chile en Abril de 1998-- pueden inducir ciertas reflexiones.

El proceso de integración económica interamericana ha seguido un curso multiforme. La diversidad geográfica, las asimetrías en el desarrollo y las distintas políticas macroeconómicas en la región, han impreso su huella en el diagrama. La aspiración a una "integración económica", en su sentido más amplio, se ha producido hasta ahora en forma dispersa, con diversos niveles de cohesión. Esta fenomenología, en lugar de orientarse hacia una comunidad hemisférica en forma programática y multilateral, ha proliferado en acuerdos bilaterales y sub-regionales. Lo que se programó como un mercado común latinoamericano, se fragmentó en esquemas parciales en las distintas áreas del continente.

Si deseamos materializar el objetivo original, deberíamos orientarlo hacia una estrategia de tipo multilateral, estrategia que contemple la convergencia de la treintena de acuerdos existentes e intentar un esquema tendente a una mayor homogeneidad en la liberalización comercial; dicho en otras palabras, a una armonización de lo disperso.

En esa dirección deben interpretarse la Declaración y el Plan de Acción aprobados en la Primera Cumbre y en la resolución de crear una Area de Libre Comercio en las Américas (ALCA), cuya negociación culminaría en el año 2005. En la consecución de dicho objetivo los gobiernos de toda la región se han comprometido a "construir sobre los acuerdos bilaterales y subregionales ya existentes, a fin de ampliar y profundizar la integración hemisférica, consolidando así dichos acuerdos".

En la Segunda Cumbre se afirmó que el ALCA "mejorará el bienestar de nuestros pueblos. . . . ya que la globalización ofrece grandes oportunidades para el progreso de nuestros países y abre nuevos campos de cooperación para la cooperación hemisférica. . . . Creemos que la integración económica, la inversión y el libre comercio son factores clave para elevar el nivel de vida, mejorar las condiciones laborales de los pueblos de las Américas y lograr una mayor protección del medio ambiente."

Ante este panorama impregnado de buenos propósitos, donde son actores principales la OEA, el BID y la CEPAL, se pueden sugerir algunos principios rectores, en el área de solución de controversias, que inspirados en la dimensión jurídica de los esquemas bilaterales, trilaterales y subregionales existentes, pueden ser tomados en cuenta al construirse el andamiaje jurídico de la futura Area de Libre Comercio de las Américas.

Tales principios, de orden pragmático, podrían enlucir los siguientes:

- 1) los mecanismos y los procedimientos para la solución de controversias deben diseñarse para responder a las obligaciones de cada esquema. Un sistema adoptado para resolver diferencias en materia de comercio de bienes o servicios en países fronterizos, no sería apropiado para un acuerdo integracionista más amplio y comprensivo. Dicho en otras palabras, un régimen de solución de controversias no puede crearse en abstracto; debe de diseñarse para hacer efectivas las disciplinas pactadas en el esquema;
- 2) el mecanismo seleccionado para el acuerdo integracionista debe estar claramente estructurado. Vale decir, desglosado diáfanoamente. El capítulo correspondiente abarcaría entre otras materias, su ámbito de aplicación; los procedimientos de conciliación, mediación, buenos oficios y arbitraje; la participación de cuerpos consultivos (expertos) y de órganos de revisión extraordinaria; la ley aplicable al fondo de la controversia; si la anulación o menoscabo de beneficios son de considerarse como incumplimiento del instrumento; la obligatoriedad del laudo o decisión; medios para hacerla eficaz (compensación económica, suspensión de beneficios, multas, denuncia del Acuerdo, etc.);
- 3) en todos los esquemas sería también aconsejable permitir una mayor participación o acceso a los particulares afectados por las medidas violatorias a efecto de otorgarles legitimación activa en el proceso; ello independientemente de aquellos derechos que la legislación interna les otorga para impugnar la constitucionalidad de la resolución definitiva dictada por la autoridad nacional responsable en acatamiento del fallo supranacional.
- 4) los instrumentos que establezcan mecanismos de solución de controversias deben precisar si los mismos son opcionales vis à vis aquellos establecidos en la OMC, o si siendo alternativos, ejercida una vía la otra queda automáticamente excluida. Es recomendable hacer un cuidadoso estudio del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, a efecto de precisar si las Partes en el esquema integracionista hemisférico (que son también Partes de la OMC), eligen los procedimientos contemplados en el instrumento regional o aquellos establecidos en el Acuerdo mundial. Una vez elegido el foro, dicha elección será excluyente de la otra opción;
- 5) dentro de la hipótesis indicada en el principio anterior es factible que se planteara una controversia entre un país miembro de un esquema regional o subregional y otro país que no es miembro del mismo. Ante que foro se resolvería? Que ley sería aplicable? Estas interrogantes y otras análogas que no han previsto los instrumentos vigentes son dignas de ser consideradas en un esquema futuro de convergencia; y
- 6) la inclusión de una norma que propicie el arbitraje y otros medios alternativos para la resolución de diferencias en los conflictos que puedan surgir entre particulares en el área de libre comercio hemisférico,

dentro del marco y los lineamientos establecidos en el Art. 2022 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

Anexo A

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994)

Artículo 2022. Medios alternativos para la solución de controversias.

1.- En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros tipos de medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.

2.- A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

4. La Comisión establecerá un Comité consultivo de controversias comerciales privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

Anexo B

Tratado de Libre Comercio del Grupo de los 3.

(Celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Colombia y Venezuela)
(1994).

Artículo 19-19: Medios alternativos para la solución de controversias.

1.- En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares.

2.- A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias. Esos procedimientos tendrán en consideración las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el

Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.

3.- La Comisión podrá establecer un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El Comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias.

**Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica.
(1994)**

Artículo 17-18: Medios alternativos para la solución de controversias entre particulares.

1.- En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares.

2.- Para tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los pactos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

3.- Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.

4.- La Comisión podrá establecer un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales de carácter privado. El Comité presentará informes y recomendaciones de carácter general a la Comisión sobre la existencia, uso y eficacia del arbitraje y de otros procedimientos para la solución de esas controversias.

**Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia.
(1994)**

Artículo 19-17: Medios alternativos para la solución de controversias.

1. En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso de arbitraje y otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares.

2.- Para tal fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los pactos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

3.- La Comisión podrá establecer un Grupo de Trabajo Consultivo de Controversias Comerciales Privadas, integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales de carácter privado. El Grupo de Trabajo presentará informes y recomendaciones de carácter general a la Comisión sobre la existencia, uso y eficacia del arbitraje y de otros procedimientos para la solución de esas controversias.

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Nicaragua.

Artículo 20-18: Medios alternativo para la solución de controversias.

1. En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales entre particulares.

2. Para tal fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los pactos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá).

4.- La Comisión podrá establecer un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales de carácter privado. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre la existencia, uso y eficacia del arbitraje y de otros procedimientos para la solución de tales controversias.

El arbitraje, Marco normativo Tipos de arbitraje Compromiso arbitral y cláusula compromisoria José Luis Siqueiros*

1.- El arbitraje como método para la solución pacífica de las controversias.

El arbitraje es un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades de acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.

Sin perjuicio de las precisiones terminológicas que en seguida haremos, baste afirmar que el arbitraje es un concepto de antigüedad tan venerable como la ciencia de derecho. Carnelutti ha dicho que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial. Sus raíces se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En la Biblia se hace referencia a los árbitros en el Génesis y el Exodo. En Roma las XII Tablas ya mencionan el arbitraje.

2.- El arbitraje y la jurisdicción judicial.

Conviene tener presente que las controversias, los litigios interpartes, se pueden solucionar por las partes mismas, a través de los medios autocompositivos, o por un tercero, que son los medios heterocompositivos.¹ En la primera variante nos estaríamos refiriendo a la negociación, la mediación, la transacción y la conciliación. En la segunda alternativa, aludiríamos al proceso jurisdiccional ante los tribunales y a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, a partir del surgimiento del Estado Moderno, el Estado prácticamente vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de la justicia, relegando a un segundo plano al proceso arbitral.² Así, nuestra constitución de 1917, al igual que la de 1857, estableció que ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar sus derechos, precisándose que los tribunales estarían siempre expeditos para impartir justicia en los plazos y términos que establezcan las leyes.

De este precepto constitucional se ha querido desprender la premisa de que la función jurisdiccional es privativa del Estado y que sólo los funcionarios expresamente autorizados por la ley podrán impartir la justicia; que ningún precepto legal permite a los jueces declinar el conocimiento y solución de controversias privadas en favor de árbitros nombrados por las partes, enfatizando que los funcionarios judiciales no podrán inhibirse en favor de órgano alguno que no forme parte del Poder Judicial. Alguna ejecutoria reciente³ hace hincapié en que los árbitros, como es de explorado derecho, carecen de imperio para hacer cumplir sus propias resoluciones, facultad reservada únicamente a las autoridades judiciales, únicas que tienen plena jurisdicción.

* Aporte del autor a TERRA-LEGAL en Internet, para consulta de datos generales sobre este mecanismo extra-judicial.

¹.- Alcalá-Zamora y Castilla, Niceto *"Proceso, Autocomposición y Autodefensa"*, UNAM, México 1970, pág. 17.

².- Jorge Alberto Silva *"Arbitraje Comercial Internacional en México"*, Pereznielo Editores, México, D.F. 1994, pág. 2.

³.- Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Amparo Directo 2052/95, Quejoso: Alvaro López Castro y otros; pág. 78, 15 de Junio de 1995.

La postura anterior, infortunadamente compartida por muchos jueces, magistrados y abogados postulantes, es producto de una tradición procesalista enraizada no sólo en la cultura jurídica de nuestro país, sino de muchos otros sistemas vigentes en países en vía de desarrollo. En sentido contrario, la cultura del arbitraje privado, notablemente aquella vinculada al arbitraje comercial internacional, va tomando cada vez mayor fuerza en Europa, Estados Unidos, Canadá, Japón y en todas las naciones de la cuenca del Pacífico.

3.- El acuerdo arbitral. Cláusula compromisoria y compromiso.

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, sea o no contractual.

Si el acuerdo se inserta en un contrato para prever desaveniencias futuras entre los contratantes, este acuerdo es denominado cláusula compromisoria. Si el acuerdo se adopta cuando surge el diferendo --sin que antes se hubiese convenido contractualmente-- tal acuerdo se conoce como compromiso independiente.

Siempre, en una u otra forma, debe constar por escrito; vale decir, que esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsimile u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. Para los efectos de nuestra legislación mercantil, inclusive, se considerará que existe acuerdo arbitral cuando en un intercambio de escritos demanda y contestación a la misma, la existencia de dicho acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por la otra.

El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que haya sido objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.⁴

4.- Distintos tipos de arbitraje.

Esta situación obedece a que no existe una exacta comprensión de lo que es el proceso arbitral. Este concepto no es unívoco. Deben entonces precisarse las semejanzas que existen en los distintos tipos de dicho proceso y hacer énfasis en las divergencias entre arbitraje de derecho privado y arbitraje de derecho público; entre arbitraje interno y arbitraje internacional; entre arbitraje comercial y arbitraje civil.

El arbitraje de derecho internacional público tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados como entidades soberanas, mediante árbitros designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas.

El arbitraje privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares y si bien es cierto que los Estados, algunas veces actúan en el comercio sin la investidura de soberanía, participando activamente a través de corporaciones o empresas dominadas por los intereses del sector público, también lo es que en tales circunstancias los diferendos que se susciten con otras empresas de esta naturaleza o con particulares, ya no inciden en la jurisdicción del derecho internacional público, pudiendo ser resueltos a través del arbitraje privado.

Es igualmente útil depurar la nomenclatura en lo que respecta al carácter interno e internacional del arbitraje. La problemática del primero se plantea dentro de un sistema jurídico único. El segundo surge cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir; cuando los efectos del convenio se producen en otra legislación distinta a la interna. En estos casos estamos en presencia del arbitraje internacional como

⁴.- Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, preparado por la UNCITRAL y aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1985. Arts. 7 y 8.

instrumento idóneo para eludir los problemas inherentes a la confrontación del derecho extraño, incluyendo la sumisión a tribunales foráneos.

Por último, es oportuno señalar que dentro del arbitraje privado, ya sea interno o internacional, puede plantearse tanto materias de orden estrictamente mercantil, como conflictos exclusivamente de derecho civil.⁵

5.- Marco normativo en la legislación mexicana.

a) Procedimiento Civil

En lo que respecta a la normatividad adjetiva civil, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF), en su artículo 609 claramente establece que las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral y el artículo 620 del mismo ordenamiento precisa que el compromiso (entendido como cláusula arbitral contenida en el contrato, o como un acuerdo posterior al surgir la controversia), produce las excepciones de incompetencia y de litispendencia, si durante él, es decir estando vigente, se promueve el negocio por una de las partes ante un tribunal ordinario.

La misma Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, establece que la facultad de aplicar las leyes civiles en el citado fuero y en los asuntos del orden federal, cuando las leyes en esta materia expresamente les confieran jurisdicción, se ejerce por los jueces en sus distintas competencias **y por los árbitros**.⁶ Dicha Ley Orgánica aclara que los árbitros voluntarios no ejercen autoridad pública, pero confirma que podrán conocer, según los términos de los compromisos respectivos, de los negocios civiles que les encomienden los interesados.

Es absolutamente cierto que los árbitros carecen de imperio para imponer coercitivamente sus resoluciones, tanto las que dicten en el curso del procedimiento, como el laudo mismo. Sin embargo, es en este punto, donde el legislador establece la compatibilización del proceso arbitral con el mecanismo judicial. El mismo CPCDF establece en su artículo 634, en forma contundente, que los jueces ordinarios están **obligados** a impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros. Es decir, debe existir una sinergia entre el proceso arbitral y el Poder Judicial. Cada jurisdicción tiene su propia competencia y la norma jurídica impide la invasión de facultades de una a otra. El árbitro debe tomar conciencia de su carencia de "imperium"⁷ y acudir al juez para que éste le auxilie en el desempeño de su encargo, fundamentalmente para que el órgano jurisdiccional haga cumplir el laudo cuando éste no se acate voluntariamente.

Sin embargo las facultades del juzgador están también legalmente acotadas. En el caso de que las partes hayan expresamente renunciado a la apelación, el juzgador no puede entrar a revisar el fondo del laudo, convirtiéndose en un tribunal de alzada, debiendo concretarse a examinar si en el procedimiento arbitral se han respetado la garantía de audiencia y las formalidades esenciales del procedimiento; que el árbitro no se haya excedido de los términos fijados en la cláusula o compromiso y que el negocio sometido a su conocimiento no haya sido de aquellos prohibidos por la ley para ser resueltos en arbitraje.⁸

Mas aún, si el juez concede el *exequatur* y reviste la decisión arbitral con fuerza imperativa, convirtiéndola en un acto de autoridad, la parte afectada puede acudir en juicio de amparo indirecto ante la justicia federal y manifestar los

⁵.- Siqueiros, José Luis *"El Arbitraje en los Negocios Internacionales de Naturaleza Privada"*, Miguel Angel Porrúa, Editores. Colección Varia, ELD, México, 1992, pp. 9 y 10.

⁶.- Ley Orgánica, Febrero de 1996. Arts. 2 y 3.

⁷.- Los árbitros gozan de los otros elementos de la función jurisdiccional, como la *notio* la *vocatio* y el *judicium*.

⁸.- Ver Ejecutoria 5432, amparo en revisión 286/77, Quejoso" Etla, S.A., 1977. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del 1er. Circuito, 7ª Época, VI Parte de SJF, pág. 129.

agravios que considere le causa la homologación judicial. Corresponderá al Juez de Distrito y en su caso a los Tribunales Colegiados el determinar si los agravios invocados son o no fundados.

b) El Procedimiento Mercantil

El Código de Comercio, federal en la materia, (Art. 1051) establece que el procedimiento mercantil preferible a todos es el que libremente convengan las partes, con las limitaciones que se precisan en el Libro V del mismo ordenamiento, pudiendo ser un procedimiento convencional ante los tribunales o un procedimiento arbitral.

El propio Código establece que el llamado procedimiento convencional se regirá por lo dispuesto en los artículos 1052 y 1053, y que el procedimiento arbitral se regulará por las disposiciones del Título IV del mismo Libro Quinto, titulado **"De los Juicios Mercantiles"**.

El procedimiento convencional es el que las mismas partes pactan, formalizándolo en escritura pública, póliza ante corredor o ante juez que conozca del negocio. Se trata de un mecanismo privatista y obsoleto, caído en desuso y que prácticamente no utilizan los litigantes. En cambio, el procedimiento arbitral, regulado ahora con una moderna normatividad, está en pleno auge.

En efecto, desde que nuestro país adhirió a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, en 1971,⁹ y posteriormente ratificó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá en 1975,¹⁰ el arbitraje mercantil ha tenido un campo fértil en México y un incremento notable en la contratación internacional.

Al entrar en vigor la nueva legislación regulando el arbitraje mercantil, se dotó a esta materia de un estatuto autónomo, actualizado, que prácticamente adopta en su integridad la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, elaborado por UNCITRAL y aprobada por las Naciones Unidas en 1985. El Art. 1415 del Código de Comercio aclara que las disposiciones del Título Cuarto se aplicarán al arbitraje comercial, nacional e internacional, salvo lo dispuesto en los tratados de que México sea parte. Los laudos no-comerciales dictados en el extranjero no se rigen ya por el ordenamiento mercantil y su ejecución se regulará por el tratado respectivo, si lo hay, o por las disposiciones de los códigos procesales civiles, federal, del Distrito Federal o de las entidades federativas.¹¹

Queremos subrayar la obligación contraída por México al adherir o ratificar las instrumentos internacionales, para asegurar la observancia de los acuerdos por escrito conforme a los cuales las partes interesadas convengan en someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto a un determinada relación jurídica, contractual o no contractual, cuando conciernen a un asunto que puede ser dirimible por esta vía; asimismo, el deber de reconocer y ejecutar de los laudos arbitrales extranjero que se pronuncien en estas controversias. A mayor abundamiento, como nuestro país no hizo la reserva referente a la condición de reciprocidad en la Convención de la ONU, estará también obligado respecto de aquellos convenios y laudos que tengan origen en países no-signatarios del instrumento.

En algunas naciones la adopción de un tratado internacional trae aparejada su aprobación por el Congreso o por el Parlamento, que lo instrumenta a través de legislación especial. Al promulgarse el tratado entra en vigor la nueva legislación que actualiza y adecúa el sistema interno al texto internacional. En otros países, tal es el caso de México, el tratado, después de haber sido aprobado por el Senado de la República, surte sus efectos en forma auto-

⁹.- También conceda como Convención de las Naciones Unidas. Suscrita en Nueva York al 10 de Junio de 1958.

¹⁰.- Este instrumento fué ratificado por México en Abril de 1976. México es parte también de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros. Montevideo, 1º de Julio de 1979.

¹¹.- Ver Artículo Segundo del Decreto publicado en el Diario Oficial del 22 de Julio de 1993, por el que se reforman los Arts.- 569, 570, y 571 del CFPC y Artículo Segundo Transitorio del mismo Decreto.

aplicativa, quedando vigente la legislación secundaria en la materia. Dicha situación propicia frecuentemente una antinomia jurídica; el país se encuentra vinculado a normas internacionales modernas que coexisten en el orden doméstico con preceptos en franca obsolescencia.

No es éste el caso del arbitraje comercial. México está vinculado con ciento veinte países a la Convención de Nueva York y sus disposiciones en el Código de Comercio en dicha temática están actualizadas con los principios más avanzados de la Ley Modelo de UNCITRAL. Hemos incorporado en nuestra legislación, paulatinamente, el derecho convencional.

El orden publico como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales*

José Luis Siqueiros**

Sumario.- Este trabajo se circunscribe a la Resolución adoptada por la International Law Association en su Septuagésima Conferencia verificada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002, en la cual se aprobaron un serie de Recomendaciones elaboradas por su Comité de Arbitraje Comercial Internacional, tendentes a establecer Bases Generales, Principios Fundamentales, Reglas Generales sobre el Concepto de Orden Público y de lo que constituyen en este contexto las Obligaciones Internacionales. No obstante que dichas Recomendaciones no son de carácter vinculante para los tribunales de los Estados, se exhorta su atención a las mismas con el fin de facilitar la consistencia y predicción en lo concerniente a la interpretación y aplicación de este concepto.

I. Introduccion.

La International Law Association (ILA) fue fundada en Londres en 1873 y es una de las instituciones jurídicas más antiguas y de mayor prestigio en el mundo. Su objetivo inicial fue y sigue siendo la promoción y el desarrollo progresivo del derecho internacional. En la actualidad tiene constituídas Ramas en sesenta países y veinticinco Comités especializados en distintas áreas de esta disciplina. Uno de los más activos y eficientes es el Comité de Arbitraje Comercial Internacional.

El Profesor Pierre Mayer es el Presidente de dicho Comité y el Profesor Audley Sheppard su Relator (Rapporteur). Son también miembros del mismo el Dr. Nagla Nassar, el Dr. Bernardo Cremades y otros distinguidos juristas de Europa, Asia y América. El Comité se avocó al estudio del concepto de "orden público", de sí impreciso e intangible, desde la LXVII Conferencia de la ILA en Helsinki en 1996. Su estudio se concretó a determinar el significado de aquél referido a un campo específico: su aplicación como excepción o defensa para poder denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

Sus esfuerzos continuaron en las reuniones celebradas en Taiwan (1998) en Londres (2000), París (2002), para finalmente materializar en la reciente (LXXX) Conferencia de la Asociación verificada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de Abril del año en curso.¹

El Proyecto inicial gradualmente enriquecido por comentarios y adiciones de sus miembros durante esos seis años, cristalizó en el Documento aprobado en la Septuagésima Conferencia de la ILA, bajo el título de **"Recomendaciones de la International Law Association sobre la Aplicación del Orden Público como motivo para Denegar el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales"**.

* Ponencia de José Luis Siqueiros al XXVI Seminario Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C. a celebrarse en la Universidad Iberoamericana, Campus Tijuana, B.C. del 13 al 16 de Noviembre de 2002.

** Fundador y Promotor Vitalicio de la Academia.

¹.- Las Conferencias Plenarias de la International Law Association son actualmente bi-anales. En sus 129 años de existencia la ILA ha celebrado setenta Conferencias, sin perjuicio de frecuentes reuniones de sus distintos Comités.

Las Recomendaciones de la ILA (así como los Informes de su Comité) no están referidas a los complejos problemas que la noción de orden público pueda suscitar en el curso del proceso de arbitraje, orientados a la declinación de competencia del tribunal arbitral. Solo están orientadas a las que se plantean con la posible alegación de dicha excepción (orden público) a la autoridad judicial ante la cual se pide el reconocimiento o ejecución del laudo.

Finalizada esta misión el Comité continúa sus estudios para precisar --y en su caso armonizar-- las doctrinas de "res judicata" y "lis pendens" bajo el prisma del derecho consuetudinario y del derecho de origen romano-germánico.

Las Recomendaciones están contenidas en cuatro capítulos: I. Bases Generales ((ocho recomendaciones); II. Principios Fundamentales (tres); III. Reglas de Orden Público (cuatro) y IV. Obligaciones Internacionales (una).²

Considerando el incremento de litigios arbitrales de carácter comercial internacional que actualmente se advierte, incluyendo los múltiples casos que se plantean ante los tribunales judiciales para reconocer y ejecutar laudos pronunciados fuera de la República, o que deban considerarse "internacionales", porque la sede del arbitraje estuvo situada en nuestro país³, es obvio el interés que debe merecernos el análisis de estas dieciséis recomendaciones a los tribunales estatales, en las que se les exhorta a estudiarlas a fin de facilitar la consistencia y predicibilidad en todo lo concerniente a la interpretación y aplicación de este impreciso concepto.

Procederemos en seguida a analizar las Recomendaciones en cada uno de sus cuatro Capítulos.

II. Bases generales.

1(a) Debe respetarse el principio de finalidad (cosa juzgada) de los laudos dictados en el contexto del arbitraje comercial internacional, a menos que existan circunstancias excepcionales".

En la Convención de Nueva York (1958)⁴, en la de Panamá (1975)⁵, en la de Riyadh (1983)⁶ en la Ley Modelo (1985)⁷ y en otros instrumentos que regulan el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (y en ciertos casos la posibilidad de su anulación), existe una disposición que otorga facultad a la autoridad judicial competente del país donde tal reconocimiento o ejecución se pide, para denegarlos si dicha autoridad comprueba que en una u otra hipótesis, se violaría el orden público de ese país.

Aceptando que los precedentes jurisprudenciales a nivel nacional⁸ y universal, no han sido unánimes en esta materia, puede afirmarse que la tendencia actual favorece la ejecución de la sentencia arbitral. La Corte Europea de Justicia en una sentencia reciente (1999)⁹ decidió:

"... es en el interés de la eficiencia del procedimiento arbitral el que la impugnación de los laudos arbitrales se limite en su alcance y que su nulidad o la denegación para reconocerlos sólo sea posible en circunstancias excepcionales".

²- Ver Resolución No. 2/2002 aprobada por la Septuagésima Conferencia de la ILA celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002; asimismo, el Informe Final del Comité del 10 de mayo de 2002.

³- Artículo 1415 del Código de Comercio.

⁴- Artículo V, 2(b).

⁵- Artículo 5, 2(b).

⁶- Article 37.

⁷- Artículo 36 (1) (b)(iii) .

⁸- Debe destacarse que las Recomendaciones de la ILA sólo se aplicarían a laudos internos que incluyen elementos extranjeros, es decir, cuando son de carácter internacional.

⁹- *Eco Swiss China Ltd. vs Benetton International NV*, Caso c-126/97.

1(b)"Dichas circunstancias excepcionales pueden considerarse que existen si el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral internacional fuera contrario al orden público internacional".

Como anteriormente se expresó la excepción o defensa del orden público está incluida en casi todas las convenciones sobre arbitraje comercial internacional¹⁰ y también en la legislación interna que regula dicha materia.¹¹

Han existido tentativas para definir lo que constituye "orden público". Sin embargo, dicha noción es imprecisa y su connotación puede cambiar en el transcurso del tiempo y en el espacio (país) donde se le conceptúe. Al discutirse en el seno de la CNUDMI (UNCITRAL) la redacción de los artículos 34 (2)(b)(ii)¹² y 36 (1)(b)(2)¹³, algunos de sus autores sugirieron que se excluyera la expresión "orden público" por ser demasiado vago y no constituir un motivo justificado. Al examinar dicho concepto, quedó entendido que el mismo no equivalía a la posición política o a la política internacional de un Estado, sino que abarcaba los conceptos y principios fundamentales de justicia. Se señaló que en algunos ordenamientos de tradición anglosajona ese término podría ser interpretado en el sentido de no incluir los principios de justicia procesal. Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de "derecho civil" están inspirados en el concepto francés de "ordre public", en el que se consideran contenidos los principios de justicia procesal; igualmente que su inserción en muchos tratados abarca los principios de legislación y justicia, tanto sustantivos como de procedimiento¹⁴. Los propios redactores de la CNUDMI consideraron que era conveniente incluir el término "orden público internacional" para precisar que es más estrecho que el de orden público doméstico.

Por otra parte, en el Informe rendido por la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya se indica que en los trabajos de la misma sobre competencia internacional y efectos de las sentencias judiciales en materia civil y comercial (con las que existe analogía), no se consideró necesario incluir el calificativo de "violación manifiesta" del orden público.¹⁵ El Comité de la CNUDMI fue del mismo parecer excluyéndolo de la Recomendación que se analiza.

1(c) La expresión "orden público internacional" se usa en estas Recomendaciones para indicar el conjunto de principios y reglas reconocidas por un determinado Estado, que por su propia naturaleza pueden impedir el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral dictado en el contexto del arbitraje comercial internacional, cuando el reconocimiento y ejecución de dicho laudo entrañe su violación, sea por razón del procedimiento según el cual fue dictado (orden público internacional procedimental), sea por razón de su contenido (orden público internacional sustantivo).

El sistema de principios y reglas que integra el orden público internacional, debe ser aquél que corresponda al Estado donde se solicita la ejecución. Se ha sugerido que también podrían considerarse: el "orden público" correspondiente al Estado donde se pronunció el laudo, el de la ley aplicable a la cuestión en litigio o el del lugar de cumplimiento de la obligación principal. Sin embargo, la opinión prevaleciente favorece a la primeramente expuesta.

¹⁰.- Además de las convenciones citadas en el comentario a la Recomendación anterior, deben citarse la Convención de Bruselas (1968), la de Lugano (1988), el Reglamento del Consejo Económico Europeo (2001) y el Proyecto de (1999) de la Conferencia de La Haya sobre una Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias en materias Civil y Comercial. (Ver art. 28 (1)(f).)

¹¹.- Algunas legislaciones nacionales, especifican que la denegación debe operar si la ejecución (de la sentencia o del laudo) fuera manifiestamente incompatible con el orden público del Estado donde se invoca.

¹².- Petición de nulidad como único recurso en contra del laudo arbitral.

¹³.- Motivo para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo.

¹⁴.- Véase "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional." Labor realizada en el 18º Período de Sesiones". (Junio de 1985), páginas 62 y 68.

¹⁵.- Informe redactado por la Prof. Catherine Kessedjian, para. 32, nota al pie 26.

Dicho enfoque es el que adoptan las Convenciones de Nueva York, de Ginebra, de Panamá, de Riyadh y la Ley Modelo, que específicamente se refieren al orden público de ese Estado, ya que no existe un standard universal de tal concepto, mismo que, como antes se anotó, puede variar de una nación a otra. Expresado lo anterior, la ILA recomienda que paulatinamente y a la luz de estas Recomendaciones el concepto se irá haciendo más consistente y generalizado en su significado; no obstante, en tanto se logre tal armonización futura, debe por ahora adoptarse el criterio tradicional que han adoptado los Estados donde se solicita el reconocimiento y la ejecución del laudo.

1(d) El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales, atinentes a la justicia y la moral, que el Estado desea proteger aún cuando no esté directamente involucrado; (ii) reglas orientadas a sostener los intereses esenciales del Estado en materia política, social o económica, conocidos como "lois de police" o "reglas de orden público"; y (iii) el deber del Estado para respetar las obligaciones contraídas frente a otros Estados u organizaciones internacionales.

De la anterior Recomendación se desprende que el orden público internacional puede segregarse en tres categorías:

- i) principios fundamentales;
- ii) "lois de police"; y
- iii) obligaciones internacionales.

1(e) Un ejemplo de los principios sustantivos fundamentales es la prohibición contra el ejercicio abusivo de derechos. Un ejemplo de los principios procedimentales fundamentales es el requisito de que los tribunales sean imparciales. Otro ejemplo de las reglas de orden público son las leyes anti-monopolio. Un ejemplo más concerniente a obligaciones internacionales lo constituiría una resolución de las Naciones Unidas que impusiera sanciones. Algunas reglas, tales como aquellas que prohíben la corrupción, pueden encuadrarse en más de una sola categoría.

Además del ejemplo propuesto de los principios sustantivos fundamentales, podemos mencionar otros como el de pacta sunt servanda, el principio de buena fe, la prohibición de expropiar sin pago de indemnización. Asimismo la prohibición de crímenes de lesa humanidad (contra bonos mores), incluyendo el terrorismo, la piratería, el genocidio, la esclavitud, el contrabando, tráfico de drogas, etc.

Un ejemplo adicional al propuesto como principios procedimentales fundamentales, sería el que el laudo se hubiese otorgado por fraude o corrupción, la falta de notificación de la demanda a la parte demandada y otros más que atañen a las garantías mínimas en la legal conducción del procedimiento.

1(f) El hecho de que la sede de un arbitraje esté situado dentro del territorio del foro o en el extranjero, no es una razón que deba ser tomada en cuenta por el tribunal que esté examinando la conformidad del laudo con el orden público internacional.

La Recomendación destaca que el orden público internacional no debe ser diferente si la sede del arbitraje está situada dentro del territorio del Estado donde se pide la homologación o en el extranjero; el test debe ser igual en uno u otro caso.

1(g) Si el tribunal deniega el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral, no deberá limitarse a invocar o hacer referencia al Artículo v.2 (b) de la Convención de Nueva York de 1958, o a su propia legislación o precedentes judiciales. Detallar el método de su análisis razonado y las bases para rehusar el reconocimiento y ejecución, ayudará a promover una práctica más coherente y el desarrollo de un consenso sobre los principios y reglas que deben regir el orden público internacional.

La ILA recomienda que los tribunales locales que resuelven sobre la posible ejecución del laudo arbitral, sustentan en sus motivaciones las razones que determinan su decisión; es decir, que analicen los criterios que en otras jurisdicciones se han adoptado en situaciones análogas. A través de este cotejo comparativo se logrará que gradualmente se establezca un consenso internacional sobre las reglas y principios que en forma coherente configuren el concepto en cuestión.

1(h) Si una parte del laudo que es violatorio del orden público internacional puede separarse de la otra parte del mismo laudo que no lo es, esta parte (que no viola el orden público internacional) podrá ser reconocida o ejecutada.

Inspirados los autores de la Comisión de la ILA por el principio del *depeçage* que es una fórmula en favor de reconocer la sentencia arbitral en forma parcial (separando las que no se refieren a controversias imprevistas en el acuerdo arbitral o que se exceden del mismo) y permitiendo su ejecución separada,¹⁶ se propone adoptarla en lo concerniente a no violación del orden público internacional en una parte del laudo, que es separable de la porción que sí es ofensiva.

III. Principios fundamentales.

2(a) Al verificar el tribunal la conformidad del laudo arbitral con los principios fundamentales, sean procedimentales o sustantivos, deberá hacerlo refiriéndose a aquellos principios considerados como fundamentales dentro de su propio sistema jurídico y no en el contexto de la ley que rige el contrato, de la ley del lugar de cumplimiento de aquél, o de la ley vigente en la sede del arbitraje.

Como se indicó anteriormente¹⁷ la autoridad judicial del Estado requerido para reconocer y ejecutar el laudo extranjero, deberá aplicar los principios de orden público internacional tal y como este concepto se concibe en tal Estado. En tal virtud debe ignorar aquellos principios que se estiman como fundamentales en el contexto de la ley que regula el contrato, o de la ley aplicable en el lugar de su cumplimiento; tampoco debe considerar la ley vigente en la sede del arbitraje. Estas tres alternativas estuvieron disponibles para el tribunal arbitral que dictó el laudo, pero no son aacequibles para el juez que analiza su ejecución.

2(b) Sin embargo, a efecto de determinar cuando un principio que forme parte de un sistema jurídico deba ser considerado suficientemente fundamental para justificar la denegación del reconocimiento o ejecución de un laudo, el tribunal deberá tomar en cuenta, por una parte, el carácter internacional del litigio y su conexión con el sistema jurídico del foro, y por otra parte, la existencia o no de un consenso en la comunidad internacional respecto al principio en cuestión (las convenciones internacionales pueden constatar la existencia de dicho consenso). Cuando se determinase la existencia de dicho consenso, el término "orden público transnacional" puede ser utilizado para describirlo.

Sin perjuicio del principio fundamental descrito en la Recomendación 2(a), la ILA reconoce la conveniencia de que la autoridad judicial que examina el laudo observe si las materias que resuelve no violan un principio fundamental de la comunidad internacional. Es decir, la posible existencia de un criterio que forma parte de un "consenso" a nivel universal que se haya reflejado en convenciones multilaterales, como pudieran ser aquellas referidas a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. De ahí que algunos comentaristas aludan a un "orden público transnacional" que capta principios de justicia universal, el *ius cogens* del derecho internacional público, los principios éticos y morales prevaecientes en las "naciones civilizadas".

¹⁶.- Arts. 34 (2)(a)(iii) y Art. 36 (1)(a)(iii) de la Ley Modelo y Arts. 1457 y 1462 (incisos semejantes) del Código de Comercio.

¹⁷.- Ver comentarios a las Recomendaciones 1(b) y 1(c).

Esta corriente, sin embargo, no ha tenido hasta ahora, suficiente apoyo en las cortes judiciales.

2(c) Cuando una de las partes pudiera haberse opuesto al pronunciamiento de un laudo con base en un principio fundamental pero no lo hubiese hecho, no tendrá derecho a invocarlo después como un motivo para que se rehuse el reconocimiento y ejecución del laudo ya dictado.

Esta Recomendación no nos parece muy convincente; pretende desechar cualquier defensa fundada en principios fundamentales de orden público, cuando tal excepción no se hizo valer previamente ante el tribunal arbitral. No se puede castigar a una parte que por alguna razón desconocía los hechos que constituyen la violación de una principio fundamental, y no haya externado los mismos con anterioridad al pronunciamiento del laudo.

Puede darse también el caso que el principio fundamental (supuestamente infringido) sólo se aplica en el país donde se pide la ejecución, por no ser de carácter universal.

IV. Reglas de orden público.

3(a) La violación por un laudo de una mera "norma imperativa" (i.e. una norma que es imperativa, pero que no forma parte del orden público internacional de un Estado, en la medida de que no sea obligatoria su aplicación al caso concreto), no deberá constituir un obstáculo para el reconocimiento y ejecución del laudo, aún cuando tal norma sea parte integrante de: la ley del foro, del derecho que rige el contrato, del derecho vigente en el sitio de cumplimiento del contrato o del derecho que rija en la sede del arbitraje.

Por "norma imperativa" debe entenderse una regla de carácter prohibitivo o mandatorio que no puede ignorarse en el acuerdo de las partes.¹⁸ Algunos comentaristas afirman que sólo aquellas normas que constituyen "normas de aplicación inmediata" deben tomarse en cuenta. En cualquier caso, cuando el laudo ordena a una de las partes que realice un acto que está prohibido por la ley local (la del foro que analiza su ejecución), el juez no debería concederla.

3(b) Un tribunal sólo podrá rehusar el reconocimiento o ejecución de un laudo que produzca efectos prohibidos por una regla de orden público de su propio sistema jurídico, cuando:

(i) el ámbito de dicha regla interna tenga el propósito de abarcar la hipótesis en cuestión; y (ii) que el reconocimiento o ejecución del laudo pudieran quebrantar en forma manifiesta los intereses esenciales de carácter político, social o económico protegidos por la norma interna de orden público.

Esta Recomendación destaca en su primer inciso que la regla de orden público (que forma parte del sistema legal del órgano judicial), incluye la hipótesis que se analiza; además, en el segundo inciso, que el reconocimiento y ejecución del laudo quebrantaría en forma manifiesta los intereses esenciales protegidos por dicha regla.¹⁹

3(c) Cuando la violación del orden público del foro se alegue por una de las partes y tal violación no pueda establecerse de una simple revisión del laudo y sólo pueda determinarse a través de un escrutinio de los antecedentes fácticos del caso, el tribunal podrá llevar a cabo un nuevo examen de los hechos.

¹⁸.- Por ejemplo, el artículo 3.19 de los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, que forma parte del Capítulo Validez de los Contratos y que dispone que las disposiciones del mismo son imperativas, salvo cuando se refieran a la fuerza vinculante del mismo acuerdo, a la imposibilidad inicial de cumplimiento y al error.

¹⁹.- El Comité Redactor de la ILA consideró que el derecho comunitario en materia de competencia que rige a los países de la Unión Europea, forma parte del orden público internacional de todos sus miembros.

Lo anterior debe interpretarse en el sentido de que si de la mera revisión del laudo en escrutinio, no se desprenda claramente la alegada contravención al orden público del foro, el juez podrá examinar los antecedentes o hechos que propiciaron el litigio y así esclarecer su duda.

3(d) Cuando la regla de orden público del foro hubiera entrado en vigencia después del pronunciamiento del laudo y dicha regla prohíba la solución adoptada por aquél, el tribunal sólo podrá denegar el reconocimiento o ejecución del laudo si es evidente que el legislador pretendió que la citada regla tuviese efectos retroactivos sobre sentencias arbitrales dictadas con anterioridad a su promulgación.

El espíritu de esta Recomendación es negar efectos retroactivos a la nueva norma de orden público, a menos que el legislador, en forma evidente o en disposición transitoria, haya pretendido que así fuera.

V. Obligaciones internacionales.

Un tribunal podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando uno u otra pudieran constituir una infracción manifiesta por parte del Estado del foro, a sus obligaciones frente a otros Estados u organizaciones internacionales.

Puede decirse que ya es axiomático el que un Estado y sus tribunales deben acatar las obligaciones que aquél contrae con otros Estados miembros de la comunidad internacional. Muchas de dichas obligaciones sobretodo aquellas que emanan de tratados, prevalecen sobre el derecho interno.²⁰ Dicho criterio puede hacerse extensivo a las obligaciones asumidas por el Estado frente a organizaciones internacionales como las Naciones Unidas.²¹

La Resolución adoptada por la ILA en Nueva Delhi concluye con un exhorto a los tribunales judiciales de los Estados recomendando un criterio tendente a la consistencia en la interpretación y aplicación del "orden público" cuando tal noción se pretenda utilizar como una defensa o motivo para negar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales.²²

VI. La doctrina internacional.

Uno de los más distinguidos especialistas en arbitraje comercial internacional, el Prof Karl-Heinz Böckstiegel, durante el VIII Congreso del International Council for Commercial Arbitration celebrado en Nueva York en 1986²³, subraya la conveniencia de distinguir entre "orden público", "arbitrabilidad" y "leyes imperativas".

La arbitrabilidad de una determinada materia, es decir, que el objeto de la controversia sea o no sea susceptible de ser sometida al proceso arbitral, está incorporada en algunas legislaciones en la misma fracción (II) que también incluye al orden público, como motivos para que el juez competente compruebe si el laudo extranjero debe ser reconocido o ejecutado (o en su caso anulado).²⁴

Böckstiegel estima que las reglas de derecho que restringen la arbitrabilidad no son necesariamente de orden público; ya que en ocasiones derivan de normas de derecho privado del Estado requerido. Es cierto, dice, que

²⁰.- En el caso de México, ver art. 133 de su Constitución Política y especialmente la reciente ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia en el amparo promovido por el *Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo*, Tesis aislada LXXVII/1999 adoptada por el Tribunal Pleno (con unanimidad), que considera la jerarquía superior de los tratados frente al derecho federal y local y sólo debajo de la ley fundamental.

²¹.- Ver Capítulo V, art. 25 de la Carta de la ONU que dispone que los miembros de la Organización convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de conformidad con la Carta.

²².- Informe Final del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la ILA. 20-IV-2002, pp. 15.

²³.- "Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration", Kluwer, ICCA Congress Series. No. 3. pp. 177-204.

²⁴.- Ver Código de Comercio de México, Artículo 1457, fracc. II y Artículo 1462, fracc. II. Las Convenciones de Nueva York y Panamá, así como la Ley Modelo las separan en incisos (a) y (b) de la misma fracc. II.

dichas normas son de carácter imperativo²⁵ y que no pueden ser derogadas por la autonomía de las partes. Las reglas de orden público son siempre imperativas, pero todas las reglas imperativas forman parte del orden público; la misma distinción es aplicable a la arbitrabilidad. El "derecho público", noción también muy similar al orden público, tampoco es un concepto sinónimo del segundo. Este último está referido a principios fundamentales.²⁶ En resumen, afirma el autor, tratándose de laudos arbitrales "extranjeros" (a los que exclusivamente se refiere la Convención de Nueva York), el concepto de orden público debe interpretarse en forma más restrictiva que cuando el mismo se aplica a laudos arbitrales "locales". Sin embargo, la jurisprudencia señala excepciones a este criterio. La Suprema Corte de los Estados Unidos, en el famoso caso *Scherk vs. Alberto-Culver Co*²⁷ estableció que las controversias que surgieran de operaciones bursátiles no son arbitrables si el contrato es doméstico, pero sí lo son, cuando el contrato es internacional.

Por su parte el Juez H. Holtzmann²⁸ afirma que es estimulante ver que la defensa del orden público para desconocer o anular laudos arbitrales tiene cada vez menos éxito, principalmente cuando se invoca en contra de casos internacionales. El decano de los especialistas en arbitraje comercial internacional, Pieter Sanders²⁹ también coincide en que la noción de "orden público internacional" debe ser más restrictiva que la referida al "orden público interno".

Stephen M. Schwebel, anterior Juez de la Corte Internacional de Justicia, nos narra un caso resuelto por la Suprema Corte de Austria³⁰ que revocó una resolución dictada por un tribunal arbitral constituido según el Reglamento de la CCI y que había aplicado la *lex mercatoria* internacional concediendo daños en favor de una de las partes, en vez de aplicar las reglas locales de conflicto de leyes como lo establecía el propio Reglamento de la CCI. La Suprema Corte estimó que los árbitros se habían excedido en su mandato y violado el orden público internacional.

Pierre Lalive, otra autoridad académica en esta materia, hace incapié en que el concepto de orden público puede tener dos tipos de aplicación. En un primer caso la parte que lo invoca, o el juez *ex-officio*, pueden utilizar dicha noción con el objetivo de hacer prevalecer aquellas normas del foro (*lex fori*) que son imperativas y que no fueron consideradas prevalentes por los árbitros que decidieron la controversia. En la segunda hipótesis la parte que la invoca o el juez, también *ex-officio*, utiliza el concepto como defensa o excepción con el fin de rehusar la aplicación del derecho extranjero, para privar de validez el laudo dictado conforme a la "*lex arbitrii*". Estas dos alternativas las ha considerado, aunque no en forma consistente, la Suprema Corte de los Estados Unidos en los litigios *Zapata*³¹ *Scherk*³² y *Mitsubichi*³³. En el primero de los casos resolvió que la tendencia restrictiva del derecho estadounidense en relación a la selección de foro no podría prevalecer ante los requerimientos del comercio internacional. En el segundo, el máximo tribunal aceptó la validez de la cláusula compromisoria sin atender las restricciones impuestas por la *Security Exchange Act* en materia de arbitrabilidad. El caso *Mitsubishi* resuelve que en el área de anti-monopolios la no-arbitrabilidad de la materia no abarca situaciones de carácter internacional.

La Convención de Roma regulando las obligaciones contractuales (1980) en su Art. VII es un reciente ejemplo de la aplicación positiva de disposiciones legales extranjeras internacionalmente imperativas. El Código federal suizo de derecho internacional privado³⁴ acoge la misma jerarquía. Lalive concluye afirmando que gradualmente los jueces nacionales no han vacilado en otorgar prevalencia a una noción más amplia, más internacional y tal vez

²⁵.- "Mandatory rules".

²⁶.- *Ibid*, pp. 183, 184.

²⁷.- 417 US Supreme Court, 56 (1974).

²⁸.- 60 Year On, A Look at the Future 364 (1984).

²⁹.- *Ibid*.

³⁰.- *Norsolor S.A. vs Pabalk Ticaret Ltd.*- Yearbook Vol. IX (1984), p. 159.

³¹.- 47, US Supreme Court 1, p. 1907 (1972).

³².- 417, US Supreme Court, 506, 94 S.Ct. 2449(1974).

³³.- 105, US Supreme Court p. 3346 (1985).

³⁴.- Artículo 18 del Código.

supranacional, del orden público. Tal tendencia se ha ido forjando en los intereses vitales, no sólo de la comunidad local sino en una más general, regional o universal de la comunidad global.³⁵

Los profesores El-Kosheri³⁶, Griguera Naón³⁷, F.S. Nariman³⁸ y K. L. Razumov³⁹ coinciden en que, con diferentes matices, en cada uno de sus países el concepto de orden público está regulado por los principios ya expuestos por los citados especialistas y que la jurisprudencia nacional se orienta a restringir el ámbito de dicho concepto.

VII. Derecho mexicano y jurisprudencia.

Además de las convenciones internacionales de las que México es Estado Parte⁴⁰ en las cuales se precisa que el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales podrá denegarse en caso de que la autoridad competente del Estado donde se pide tal exequatur, compruebe que tales laudos (o sentencias judiciales) son contrarios al orden público del mismo Estado,⁴¹ el derecho mexicano ha incorporado tal hipótesis en su legislación positiva, tanto mercantil como civil.

a) Código de Comercio.

En el caso de sentencias y resoluciones judiciales dictadas en el extranjero, el artículo 1347-A establece que las mismas podrán tener en la República fuerza de ejecución, si cumplen, entre otras, con la siguiente condición: "que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México".

El mismo ordenamiento en su artículo 1462 II, precisa que se podrá negar la homologación, cualquiera que sea el país en que se hubiera dictado el laudo, cuando el juez compruebe que según la legislación mexicana ". el reconocimiento o la ejecución son contrarios al orden público".⁴²

b) Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC).

En el Libro Cuarto, Título Unico, Capítulo VI, de este ordenamiento procesal a nivel federal, se dispone en el artículo 571 que las sentencias, laudos arbitrales privados no comerciales y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las condiciones que fija el mismo precepto en diversas fracciones, en la que se incluye la VII que expresamente dice: "que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contrario al orden público en México".

c) Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF).

En el Capítulo VI del Título Séptimo, de este Código, localizamos el artículo 606 que dispone que las sentencias, laudos y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución en la citada jurisdicción, si se cumplen con las condiciones fijadas en sus distintas fracciones. La VII (siguiendo la terminología del CFPC)

³⁵.- *Ibid* p. 286.

³⁶.- Egipto.

³⁷.- Argentina.

³⁸.- India.

³⁹.- Rusia.

⁴⁰.- Convención de Nueva York (Naciones Unidas, 1958; art. V, 2(b); Convención Interamericana de Panamá (1975) art. V, 2(b); Convención Interamericana de Montevideo (1979) art. 2(h). Además de estas convenciones multilaterales México tiene celebrado un Convenio bilateral con el Reino de España sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil. En sus artículos 10 y 11(i) se establece que no se concederá la homologación cuando unas y otros sean contrarios al orden público del Estado requerido.

⁴¹.- En la Convención de Montevideo se dispone "que no contraríen *manifiestamente* los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pide el reconocimiento y ejecución".

⁴².- Idéntica disposición se encuentra en el artículo 1457, II, como motivo para que los laudos arbitrales puedan ser anulados por el juez competente.

establece que la obligación para cuyo cumplimiento, se haya procedido no sea contraria al orden público en México.

En otro dispositivo (Art. 605), al referirse a los efectos que pueden producir en el Distrito Federal las sentencias o laudos extranjeros, se dice que aquellos (los efectos) estarán regidos por el Código Civil, por el propio CPCDF, por el CFPC y demás leyes aplicables.

d) Código Civil para el Distrito Federal (CCDF).

Este ordenamiento que rige en sus disposiciones en el Distrito Federal en asuntos del orden común y en toda la República en asuntos del orden federal (que es el caso en estudio), establece en su artículo 15, fracción II, que **no** se aplicará el derecho extranjero ".....cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano".⁴³

Por otra parte, el citado Código, al legislar sobre el objeto y motivo de los contratos, dispone que el fin determinante de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.⁴⁴

e) Jurisprudencia.

Es desconcertante que en una materia que es tan importante como lo que se analiza, la jurisprudencia mexicana sea tan escasa. Si bien es cierto que la Suprema Corte de Justicia y algunos de los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Civil han sustentado tesis aisladas o ejecutorias en esta temática, también lo es que la mayor parte de ellas está referida a juicios de garantías promovidos para que la autoridad judicial (juez de distrito) ampare al quejoso cuando presuntamente se han conculcado garantías individuales en su perjuicio.

Se argumenta que el acto que se reclama de la autoridad responsable, i.e., el juez que homologa el laudo arbitral extranjero y concede su reconocimiento o ejecución, no advirtió que el tribunal arbitral se apartó ostensiblemente de los requisitos procesales de todo juicio; cabe decir, que por dicha violación a las normas esenciales del procedimiento no procede el exequatur. Generalmente se esgrimen como defensas la falta de un debido emplazamiento al juicio arbitral, que la parte contra la que se invoca el laudo extranjero no fue notificada del nombramiento del árbitro, que no pudo hacer valer sus medios de defensa o cualquier otra comprendida dentro de los cinco incisos de la fracción I del artículo 1462 del Código de Comercio.⁴⁵

Sin embargo, los Tribunales Colegiados de Circuito han considerado que tales violaciones a las formalidades esenciales del procedimiento **son materia de orden público** o equivalentes a este último. En otras palabras, deniegan la homologación del laudo arbitral por razones diferentes al propio concepto de "orden público", noción independiente a las formalidades procesales y comprendida en la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio.⁴⁶

Para ilustrar lo anterior transcribiremos dos de ellas:

"LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSAR LA EJECUCION DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE EL ARBITRO NO CUMPLIO LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTION ES DE ORDEN PUBLICO.

⁴³.- La sentencia o el laudo extranjeros pueden ser el resultado de la aplicación de un derecho externo.

⁴⁴.- Artículo 1831, en el Título correspondiente a las fuentes de las obligaciones.

⁴⁵.- Mismas que recogen las condiciones que fijan las Convenciones de Nueva York y Panamá dentro de sus Artículo V, fracción I, incisos a), b), c), d) y e).

⁴⁶.- Misma que es igual a la fracción II inciso (b) de los Artículos V de las Convenciones de Nueva York y Panamá.

Aunque los Jueces del orden común carecen de facultades para revisar la legalidad del laudo arbitral, en cuanto al fondo, lo que es propio en el supuesto de que tal recurso no haya sido renunciado por las partes, si pueden, en cambio, rehusar la ejecución del laudo, cuando adviertan que el árbitro se ha apartado ostensiblemente de los requisitos procesales estipulados en el respectivo compromiso o cláusula compromisoria, **con evidente violación a las normas esenciales de todo juicio, que son de orden público.**

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 286/77. Etlá, S.A. 23 de septiembre de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos."

"ARBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCION LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES.

..... El Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, para decretar el requerimiento de pago, únicamente debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un procedimiento en el que se han respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y **que no sea contrario a una materia de orden público.**

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 1303/2001. Constructora Aboumrand Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez."

VIII. Reflexiones Finales.

1.- No cabe duda que la Resolución 2/2002 adoptada por la International Law Association durante su LXX Conferencia Bienal celebrada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002 ha venido a despejar muchas dudas sobre lo que debe interpretarse como "orden público" en el contexto de esta noción como motivo o defensa para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales mercantiles de carácter internacional.

No obstante de que dicha Resolución sólo adopta Recomendaciones sobre la aplicación de dicho concepto y que las mismas están dirigidas a los tribunales de los Estados, exhortándolos a que las atiendan cuando confronten dicha defensa (el orden público) en casos de homologación de dichos laudos, su prestigiosa autoría deberá persuadir a los jueces a su seguimiento, facilitando así la consistencia en la aplicación de tan impreciso concepto.

2.- La mayor parte de los especialistas coinciden en la necesidad de acotar esta noción, limitando su ámbito a los principios fundamentales atinentes a la justicia y la moral, a los intereses esenciales del Estado requerido en materia política, social y económica. Dichos principios e intereses esenciales no pueden ser violados por la sentencia arbitral, sea por el procedimiento según el cual la última fue dictada, sea por su contenido sustantivo.

3.- La legislación mexicana en materia civil y mercantil ha adoptado una pauta análoga.⁴⁷ Puede afirmarse que nuestros ordenamientos procesales, a nivel federal y local, están con los países vanguardistas en lo concerniente al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales procedentes del exterior, cuando unas y otros han alcanzado fuerza ejecutoria.

Nuestra jurisprudencia, aún reducida a tesis aisladas, va orientada a una visión más liberal y más proclive a la cooperación internacional. El Senado de la República no formuló (aún cuando tenía el derecho a hacerlo) ninguna

⁴⁷.- Principalmente después de las reformas al Código de Comercio (en 1989 y 1993) y al Código Federal de Procedimientos Civiles en 1993. Asimismo al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en materia de cooperación procesal internacional, en 1993.

de las reservas permitidas por la Convención de Nueva York de 1958. En tal virtud para reconocer o ejecutar en México laudos arbitrales extranjeros, no se requiere que los mismos provengan de un Estado Parte del citado tratado o se condicionen a la reciprocidad.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, tanto las leyes mexicanas como los precedentes judiciales a nivel federal, conservan la noción de orden público como motivo para denegar la ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales extranjeros cuando unas y otros sean contrarios al orden público. Dicha violación puede ser de carácter procesal o sustantivo. Hasta ahora no hemos encontrado ninguna tesis que utilice este concepto como excepción o defensa para aplicarlo al fondo del asunto resuelto en el exterior.

Cuales son las facultades del árbitro Tercero? Entre otras, la de ordenar las medidas conservatorias o de restauración que se estimen necesarias para prevenir cualquier daño inmediato o pérdidas irreparable, resguardando los derechos o propiedades de las partes; asimismo, la de ordenar a una de ellas el pago de una obligación adquirida, el cumplir con otra establecida contractualmente (firma o entrega de documentos), o cualquiera otra medida que fuera necesaria para preservar o establecer pruebas.⁶

Los poderes del *referee* pueden ser modificados por el consenso expreso de las partes expresado en forma escrita; asimismo, a menos que las partes lo autorizaran expresamente por escrito, el *referee* no podrá actuar como árbitro en procedimientos posteriores entre dichas partes o en cualquier otro procedimiento en el que existiera un vínculo o cuestión que estuviera relacionada con su intervención en dicha capacidad.

El tribunal arbitral o el juez competente, que en su oportunidad conozcan del arbitraje, podrán también ordenar otras medidas provisionales o de conservación que consideren necesarias. A tal efecto, el tribunal arbitral y el juez competente, si el ordenamiento legal lo permite, se considerarán autorizados por las partes para ejercer las facultades otorgadas al árbitro Tercero (*referee*).⁷

Una vez que el *referee* haya sido nombrado, el Secretariado le transmitirá el expediente y lo notificará a las partes. A partir de ese momento toda la documentación deberá remitirse al citado árbitro Tercero con copia para el Secretariado. Cualquier recusación de una parte respecto del árbitro Tercero será resuelta por el Presidente de la CCI después de oír los comentarios de la otra parte y del *Referee*. La resolución del Presidente será discrecional e inapelable.⁸

Las resoluciones que dicte el árbitro Tercero se enviarán al Secretariado; tendrán el carácter de órdenes y cada una se sustentará con los razonamientos que procedan. Las partes convienen en acatar las órdenes del *referee* y renuncian al recurso de apelación ante el juez en caso de que el último las instrumente. Sin embargo, las citadas órdenes no son definitivas del fondo de la disputa, ni obligan a la autoridad que sea competente. No debe olvidarse que las mismas se emiten con anterioridad a que el tribunal arbitral o el juez conozcan del caso concreto.

3.- Las reglas de la AAA.

Anteriormente se precisó que el Centro Internacional para la Resolución de Controversias – conocida como la ICDR por sus siglas en inglés – es una institución que forma parte de la American Arbitration Association (AAA) que sus Reglas Opcionales para Medidas Emergentes de Protección (*las Reglas Opcionales*) forman parte de sus Reglas Generales de Arbitraje Comercial. Estas *Reglas Opcionales* contienen un nuevo artículo 37 que aplica a todos los arbitrajes que se manejan de conformidad con cláusulas arbitrales o a arbitrajes *ad hoc* convenidos por las partes a partir del 1 de mayo de 2006.⁹ El citado artículo 37 de las *Reglas Opcionales* previene que cualquiera de las partes que requiriera el otorgamiento de una de dichas medidas, con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral notificará su intención a la institución administradora del arbitraje y a todas las partes involucradas. En dicha notificación deberá consignar la clase de protección que pretende y las razones por las que las requiere con emergencia. Dentro de un día hábil siguiente a la fecha de recepción de tal notificación la institución administradora designará a un árbitro emergente del padrón correspondiente a este tipo de árbitros.

El árbitro seleccionado, en un plazo que no excederá de dos días hábiles al de su nombramiento, establecerá las posibilidades para el otorgamiento de las medidas de protección, dando oportunidad a todas las partes para que

⁶ Artículo 2 de las mismas Reglas.

⁷ Artículo 2.4.1 de las mismas Reglas.

⁸ Artículo 4.3 de las Reglas.

⁹ *Emergency Measures of Protection*. Ver nuevo Artículo 37 de las Reglas ICDR que esta vigente a partir de mayo 1, 2006. En la preparación de este apartado el autor consultó un artículo publicado en el *Dispute Resolution Journal* Vol. 61 No. 2 (mayo-julio, 2006) de la AAA, escrito por Ben H. Sheppard y John M. Townsend.

El procedimiento pre-arbitral en casos de emergencia

Dr. Jose Luis Siqueiros

1.- La designación de árbitros temporales en casos de emergencia.

En el curso de muchas relaciones contractuales, particularmente en el caso de aquellas que tengan una duración prolongada, pueden presentarse conflictos entre las partes que requieren de respuestas urgentes, que no pueden esperar hasta la decisión del árbitro designado o del tribunal judicial. Por tal motivo la Cámara Internacional de Comercio (la CCI) ha establecido las Reglas de Procedimiento Pre-arbitral¹, a fin de que las partes que así lo hubieran convenido puedan tener acceso a un procedimiento rápido ante una persona designada al efecto como Tercero² (*referee*); este último está facultado para expedir órdenes de emergencia con antelación a la formación del tribunal arbitral o a la intervención del juez competente que en su oportunidad conocerán del asunto. Tales órdenes pueden referirse a la conservación o registro de pruebas o bien para prevenir daños o pérdida de los derechos de una de las partes. Es conveniente apuntar que estas reglas de procedimiento pre-arbitral y el nombramiento del árbitro Tercero, de ninguna manera usurpan las facultades de otras entidades como pueden ser el tribunal arbitral o el juez nacional, las que resolverían en última instancia el fondo de la disputa.

Las mencionadas Reglas de la CCI fueron establecidas en 1990. Nueve años después, en 1999, la American Arbitration Association (la AAA) emitió unas disposiciones similares al promulgar sus *Reglas Opcionales para Medidas Emergentes de Protección*³. Si bien es cierto que las últimas forman parte de las Reglas Generales de Arbitraje Comercial de la AAA⁴, las *Reglas Opcionales* pueden aplicarse conjuntamente con cualquiera de las Reglas Generales. De conformidad con sus *Reglas Opcionales*, la Asociación, después de notificarlo a las partes, designará a un árbitro Tercero (*referee*). Este último tendría competencia para resolver sobre medidas urgentes de protección a fin de prevenir “daños o pérdidas irreparables” a cualquiera de las partes, con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral.

Las medidas urgentes de protección tanto de la CCI como de la AAA, solo se aplican cuando las partes expresamente optaron por ellas en su compromiso arbitral, i.e., antes de que surja la controversia. A continuación examinaremos, con mayor detalle la reglamentación de la CCI y de la AAA.

2.- Las reglas de la CCI.

Como anteriormente se indicó las partes pueden convenir, con anterioridad al surgimiento de la disputa, en la designación de una persona – el Tercero o “*referee*” – quien estará facultado para emitir ciertas órdenes en un procedimiento preliminar, antes de que se forme el tribunal arbitral o exista un órgano judicial que sea competente en el caso. En tal hipótesis el Secretariado de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI actuará también como Secretariado del procedimiento pre-arbitral.⁵

¹ *Pre – Arbitral Referee Procedure Rules*.

² La oficina de la CCI ha empleado este término como traducción al español del vocablo “*referee*”. Para mayor claridad emplearemos indistintamente los términos “Tercero” o “árbitro Tercero”.

³ *Optional Rules for Emergency Measures of Protection (1999)*.

⁴ Consultar los Capítulos 0-1 al 0-8 de las Reglas Generales.

⁵ Artículo 1.2 de las Reglas de Procedimiento Pre – Arbitral.

puedan ser oídas y alegar su derecho. El árbitro emergente estará también facultado para ordenar las medidas de carácter provisional o de conservación que estime convenientes; dichas medidas podrán hacerse efectivas a través de un laudo o de una orden manifestándose las razones que se tuvieron para emitir uno u otra. Cualquier laudo provisional u orden de emergencia pueden condicionarse al otorgamiento de una garantía por parte del peticionario

Las peticiones de las partes a una autoridad judicial para el otorgamiento de medidas de protección no se considerarán incompatibles con lo dispuesto en el artículo 37 de las *Reglas Opcionales* o con el acuerdo de las partes para llevar el asunto al arbitraje.

Una vez que se forme el tribunal arbitral cesarán las facultades del árbitro emergente. No obstante, si las partes así lo acordaran, podrá ser nombrado como uno de los integrantes del tribunal arbitral. Las costas y gastos incurridos por el otorgamiento de una medida de emergencia serán fijados por el árbitro emergente, pero quedarán sujetos a la decisión final del tribunal arbitral una vez designado. El mismo artículo 37 de las *Reglas Opcionales* le otorga al árbitro emergente el derecho para pronunciarse sobre su propia competencia en el arbitraje. Una vez constituido el tribunal arbitral cesarán las facultades del árbitro emergente. No obstante, si las partes lo acordaran, el último podrá ser nombrado como uno de los integrantes del tribunal arbitral.

4.- La legislación mexicana.

El Código de Comercio en su Título Cuarto (Del arbitraje comercial) dispone que las disposiciones del mismo se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje. Por lo que respecta al acuerdo de arbitraje el mismo deberá constar por escrito y consignarse en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.¹⁰

El mismo ordenamiento dispone que aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales.¹¹ A que “medidas cautelares provisionales” se refiere el Código de Comercio? Se trata de una de las “providencias precautorias” que se dictan por el juez en los procedimientos mercantiles. . . ? Debemos recordar que las últimas están referidas a las medidas precautorias que pueden dictarse por el juzgador, tanto como actos prejudiciales, como después de iniciado el juicio. El Código de Comercio dispone que la providencia precautoria podrá dictarse “. . . cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha practicado la diligencia y se tema que los oculte o enajene”¹²

Sin embargo no creemos que la designación de un árbitro temporal para casos de emergencia pueda considerarse como una medida cautelar, medida que como se indicó, está referida a circunstancias específicas o para conservar la materia del litigio; por ejemplo, del arraigo el demandado o el secuestro de bienes cuando la parte demandada no disponga de aquellos o por cualquier otro motivo quedara insolvente.

En resumen, no pensamos que el nombramiento de un árbitro temporal - un “referee” en la terminología inglesa- pueda considerarse en nuestra legislación como una medida cautelar provisional. El artículo 1426 del Código es suficientemente claro; nos precisa que las partes podrán designar libremente el número de árbitros y que a falta de tal acuerdo será solo un árbitro. La posibilidad de reformar en un futuro la legislación existente o de revisar las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México para incorporar a un árbitro Tercero o “referee” antes de la designación del tribunal, merecería la reflexión de los especialistas.

¹⁰ Artículo 1423 del Código de Comercio.

¹¹ Artículo 1425 del mismo Código.

¹² Artículo 1168, fracción III, del Código de Comercio.

La CNUDMI Modifica su ley modelo sobre arbitraje comercial internacional*

José Luis Siqueiros**

I.-El mandato de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Conforme a una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas,¹ encomendándole fomentar la progresiva armonización y unificación del derecho comercial internacional, en beneficio de todos los pueblos y para un amplio desarrollo del comercio universal, la CNUDMI preparó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional ("Ley Modelo") en 1985.

Asimismo, la Asamblea General recomendó² que todos los Estados la examinaran debidamente, teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional; lo anterior sin perjuicio de que la propia Comisión pudiera, con posterioridad a la aprobación de dicha Ley Modelo, el revisar y modificar el texto de sus artículos a la luz de las experiencias que se fueran obteniendo durante su funcionamiento.

En el ejercicio de sus facultades, la CNUDMI, durante las dos décadas siguientes la ha venido revisando, i.e., introduciendo reformas a su articulado. En fecha reciente³ ha reconocido la necesidad de que incluya aquellas disposiciones ajustadas a las actuales prácticas del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos, con respecto al requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje y al otorgamiento de medidas cautelares. Después de concluir las deliberaciones apropiadas y extensas consultas con los gobiernos y círculos interesados, se han aprobado reformas y adiciones a la citada Ley Modelo.

Las últimas, de julio de 2006, están relacionadas con la definición y forma del acuerdo de arbitraje, con las medidas cautelares y las órdenes preliminares. En forma simultánea la CNUDMI ha auspiciado una recomendación relativa a la interpretación del párrafo(2) del Artículo II y del párrafo(1) del Artículo VII de la Convención de Nueva York (1958) sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.⁴

II.-Disposiciones generales de la Ley Modelo modificadas o adicionadas en 2006.

Los artículos de la Ley Modelo que fueron revisados por la CNUDMI en el primer semestre de 2006, están relacionados con:

La aplicación de las disposiciones de la Ley;⁵
Origen internacional y principios generales;⁶

* Para su publicación en el Boletín Informativo de PAUTA.

** Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional.

¹ Resolución 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966.

² Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985.

³ De enero a julio de 2006. Documentos A/CN.9/605; A/CN.9/606 y A/CN.9/607.

⁴ Sesión de la CNUDMI del 6 de julio de 2006.

⁵ Artículo 1, párrafo 2.

⁶ Artículo 2 bis.

Definición y forma del acuerdo de arbitraje⁷

Medidas cautelares y órdenes preliminares⁸ y

Reconocimiento y ejecución de laudos pronunciados en otro país (idioma en que fueron redactados)⁹

En lo que se refiere al inciso (a), el nuevo párrafo 2) del artículo 1 (ámbito de aplicación), precisa que las disposiciones de la Ley Modelo se aplicarán solamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado, salvo lo previsto en ciertos artículos de la misma Ley. Estos últimos están referidos al acuerdo arbitral, a las reclamaciones sustantivas y a las medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral o por el foro judicial, al reconocimiento y ejecución de las últimas, así como a los motivos para denegarlas.

Por lo que toca al inciso (b), o sea al origen internacional y principios generales, la Comisión quiso subrayar que en la interpretación de la Ley Modelo deberá tenerse en cuenta su origen internacional, así como la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación; todo lo anterior dentro de un marco de buena fe. Las cuestiones relacionadas con el arbitraje comercial internacional, que no estuvieran expresamente resueltas en la Ley, se dirimirán de acuerdo con los principios generales en que esta última se funda.

En lo que concierne al inciso (c), relativo a la definición y forma del acuerdo de arbitraje, la Ley establece¹⁰ que por “acuerdo de arbitraje” debe entenderse un acuerdo escrito, por el que las partes deciden someter a arbitraje cualesquiera controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria (incluida en el contrato) o la forma de un acuerdo independiente.

Se considerará que el acuerdo consta por escrito, si queda constancia de sus términos en cualquier forma.

En el caso de que el acuerdo o el contrato se hubieran concertado en forma verbal se estimará que dicho acuerdo o contrato fueron confirmados mediante la ejecución posterior de ciertos actos o por cualquier otro medio.

El Artículo 7, en su primera variante (que es la que se analiza), dispone que el requisito de forma escrita en el acuerdo de arbitraje se cumple con una comunicación electrónica, si la información que en ella consigna es accesible para ulteriores consultas. Por “comunicación electrónica” se entenderá aquella que las partes hagan por medio de mensajes de datos, o sea la información generada o recibida por medios electrónicos¹¹, i.e., intercambio electrónico de datos, correo electrónico, telegramas, telex o telefax. Además, si el acuerdo está consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación, cuando la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

De igual manera, la remisión hecha en un contrato a un texto que contenga una cláusula compromisoria, constituirá un acuerdo de arbitraje si dicha remisión implica que esa cláusula forma parte del contrato.

La segunda variante del artículo 7 sólo define lo que es un “acuerdo de arbitraje”; precisa que el último es aquél 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.¹²

⁷ Artículo 7.

⁸ Capítulo IV bis.

⁹ Artículo 35, párrafo 2.

¹⁰ El artículo 7 tiene dos variantes. La primera, con seis incisos, la define y precisa cuando el acuerdo de arbitraje cumple con el requisito de la forma escrita. La segunda sólo lo define.

¹¹ También magnéticos, ópticos o similares.

¹² Básicamente, el inciso (1) en la primera opción de este dispositivo.

III.-Artículos modificados de la Ley Modelo en materia de medidas cautelares y órdenes preliminares. (Capítulo IV bis) de la Ley Modelo.

En lo que respecta al inciso (d), la Comisión, tomando en cuenta las deliberaciones de su Grupo de Trabajo, y relacionadas con la práctica eficiente del arbitraje comercial a nivel internacional, concluyó que salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá – a instancia de cualquiera de ellas – otorgar medidas cautelares. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que el tribunal arbitral ordene a una de las partes: (a) mantenga el “status quo” antes de que se dirima la controversia; (b) adopte medidas para impedir daños inminentes al procedimiento arbitral o menoscabo del mismo; (c) proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar el laudo; y (d) preserve ciertos elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia. Cualquier parte podrá solicitar una orden preliminar del tribunal arbitral, cuando se intente adoptar una medida cautelar sin dar aviso a la otra parte y le pida (al tribunal) que ordene a la otra parte que no frustre la finalidad de aquella.¹³

Después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar el tribunal arbitral deberá notificar a todas las partes la solicitud respectiva, en caso de haberla otorgado, así como de todas las comunicaciones al respecto; simultáneamente concederá a la parte afectada por la orden preliminar la oportunidad de hacer valer sus derechos. Las órdenes preliminares son vinculantes para las partes, pero no son susceptibles de ejecución judicial; tampoco constituyen un laudo.¹⁴

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, así como exigir al solicitante de una medida cautelar que otorgue una garantía adecuada; asimismo, podrá exigirla al peticionario de una orden preliminar, si lo considera apropiado. Los solicitantes y peticionarios de una medida cautelar o de órdenes preliminares serán responsables de las costas y de los daños y perjuicios que una y otras puedan ocasionar a la parte contra las que sean aplicables.

El Artículo 17 decies enumera los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de medidas cautelares, en el caso de que el foro judicial esté convencido de que dicha denegación se justifica, así como cuando el propio foro resuelva que dichas medidas sean incompatibles con sus facultades, o existan algunos de los motivos de denegación previstos en el Artículo 36 de la Ley Modelo para la ejecución de laudos arbitrales.¹⁵

Por último, el inciso (e) del Capítulo II, está relacionada con la última de las modificaciones aprobada por la CNUDMI al texto de la Ley Modelo, y referida a su artículo 35, segundo párrafo. Dicho dispositivo en su versión original previene que para al reconocimiento y ejecución de los laudos, la parte que la solicite deberá suministrar el laudo original o una copia certificada del mismo, así como del acuerdo original de arbitraje. La versión reformada en 2006 elimina la referencia al “acuerdo original de arbitraje”¹⁶ conservando sólo el requisito de presentar una traducción del laudo al idioma oficial del Estado en que se presenta la solicitud de ejecución, en caso de no estar redactado en dicho idioma.

¹³ Ver Art. 17 ter.(1). El solicitante deberá apartar pruebas convenientes de los daños o perjuicios (no resarcibles), que sufriría en caso de no concederse la medida.

¹⁴ Artículo 17 quater, párrafo (5).

¹⁵ El Artículo 36 de la Ley Modelo establece los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, independientemente del país en que fueron dictados.

¹⁶ El referido en el Artículo 7 de la Ley. (definición y forma del acuerdo de arbitraje).

IV.- Recomendación sobre la interpretación de los artículos II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York (1958) sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

La CNUDMI, en su sesión celebrada en el mes de julio de 2006, examinó también el texto de recomendación acerca de la interpretación que debe darse al párrafo (2) del artículo II y al párrafo (1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, considerando que al llevar a cabo dicha interpretación debe de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, así como el asegurar la aplicación uniforme de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional.

En tal virtud, dice la CNUDMI, teniendo en cuenta la existencia de ciertos instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la misma Comisión sobre Firmas Electrónicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales; habida cuenta también de que en los últimos años se han promulgado leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige a) los acuerdos de arbitraje, b) los procedimientos arbitrales y c) la ejecución de las sentencias arbitrales, mismas que han dado origen a una amplia jurisprudencia, recomienda: que el párrafo 2) del artículo II de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas,¹⁷ y que el párrafo 1) del artículo VII de la citada Convención, se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de las leyes o tratados del país en donde se invoque el acuerdo de arbitraje, a fin de obtener el reconocimiento de la validez de dicho acuerdo.¹⁸

Otros temas que ocuparon la atención de la CNUDMI, en su última Sesión, fueron: el problema del arbitraje en materia de insolvencia, los efectos de las órdenes judiciales para dar prioridad a resoluciones arbitrales y la posibilidad de aclarar algunos conceptos utilizados en el artículo I de la Convención de Nueva York. Tras un debate entre sus integrantes, la Comisión resolvió que su Grupo de Trabajo diera cierta prioridad al examen de una posible revisión del Reglamento de Arbitraje de la propia CNUDMI.

Pensamos que las recomendaciones hechas por la Comisión sobre la interpretación que debe hacerse de los artículos II (2) y VII (1) de la Convención de Nueva York, son oportunas y ponen énfasis en la necesidad de promover el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales en los países extranjeros donde se invoquen.

V.- Las modificaciones a Ley Modelo y la legislación mexicana.

La Ley Modelo de la CNUDMI (LM) fue formulada como un esquema para modernizar y, en lo posible, para uniformar las legislaciones nacionales en su enfoque hacia la esfera internacional. Si bien es cierto que su objetivo no está orientado a la actualización de la normativa interna, en la Nota Introdutoria de la LM la CNUDMI indica que “haciendo algunas adaptaciones técnicas de su texto, la misma puede ser usada también en el arbitraje doméstico”.

Dichas “adaptaciones técnicas” constituyeron un problema para la Comisión Redactora que proyectó al texto del nuevo Título Cuarto, Libro Quinto, de nuestro ordenamiento mercantil. El problema, básicamente, consistía en adaptar la estructura normativa de la LM a la técnica legislativa del Código de Comercio. No obstante, y admitiendo

¹⁷ El artículo II, (2) de la Convención de Nueva York solo hace referencia a un canje de cartas o telegramas.

¹⁸ Ver Anexo II del Informe de la CNUDMI (A/7CN.9 XXXIX/CRP. 1/Add.10). Obviamente la CNUDMI solo puede “recomendar” que ciertos dispositivos de la Convención de Nueva York se “interpreten” en determinada forma. Las modificaciones o adiciones a su texto original implicarían la suscripción de un nuevo instrumento convencional.

que existen diferencias entre ambas normatividades, pensamos que nuestro ordenamiento mercantil recogió los principios y espíritu de su fuente, sin incorporarla literalmente.

Ahora bien, hasta que punto las recientes reformas a la LM pueden tener repercusión en la legislación mexicana vigente? Creemos que de tenerlo será de poco trascendencia. En realidad, algunas de las variantes introducidas al instrumento de la CNUDMI ya están incluidas en nuestro Código de Comercio. Así, por ejemplo, la definición y forma del acuerdo de arbitraje que contempla el artículo 7 revisado, es sólo una versión ampliada del texto del artículo 1423 de nuestro ordenamiento mercantil. Este último al referirse en su texto a otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, ya contiene una referencia a las “comunicaciones electrónicas” como un medio para comprobar de que el acuerdo consta por escrito.

En lo que respecta a la reforma al Artículo 35, párrafo 2 de la LM, que elimina de su texto la referencia al original del acuerdo de arbitraje (dentro de la documentación que debe presentar la parte que invoque un laudo para su ejecución), pensamos que si bien reduce la carga probatoria del interesado, no amerita una futura reforma al Artículo 1461, segundo párrafo, del Código de Comercio cuyo texto contiene el resto del citado artículo de LM.

En lo que concierne al nuevo Capítulo IV bis de la LM, referente a medidas cautelares y órdenes preliminares – que tiene una normatividad más extensa – quizá sería aconsejable el meditar la conveniencia de una adición a la legislación vigente. El Artículo 1425 del Código de Comercio dispone que “las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales”. Ningún otro artículo del ordenamiento hace referencia a las mismas, ni a las órdenes preliminares.¹⁹

Sería tal vez aconsejable el considerar si el citado precepto (artículo 1425) pudiera adicionarse para incluir la facultad del tribunal arbitral para otorgar las mencionadas medidas, las condiciones para su otorgamiento, su reconocimiento y ejecución, así como la inclusión de las órdenes preliminares con su régimen específico. Se trataría pues de una ampliación del mismo artículo 1425, a fin de no aumentar la numeración progresiva del articulado del Capítulo II del Título Cuarto (arbitraje comercial).

La posible justificación lógica a esta hipotética reforma al dispositivo que se analiza, sería que la vigente normatividad mexicana fue inspirada en la LM de la CNUDMI y que si su fuente se modifica para adecuarla a las prácticas modernas del comercio internacional, el legislador mexicano podría también actualizar su derecho positivo en las materias que ameritaron las modificaciones o adiciones. Debemos ponderarlo a la luz de las experiencias prácticas en nuestro medio mercantil.

¹⁹ En tanto que la LM les consagra once dispositivos.

La Jerarquía Normativa de los Tratados Internacionales.

Dr. Jose Luis Siqueiros*

1.- Reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En una importante resolución dictada en febrero de 2007, el pleno de la Suprema Corte de Justicia nuevamente determinó que los tratados internacionales celebrados por México y aprobados por el Senado son, junto con la Constitución y las leyes del Congreso que emanen de ella, la ley suprema de la Unión.

La importancia de esta tesis, que aparentemente solo confirma el texto del Artículo 133 de la Constitución, es que, a juicio de muchos juristas la misma viene a establecer el principio de que los tratados tienen una jerarquía –solo por debajo de la Constitución– superior a las leyes federales estatales y del Distrito Federal. En otras palabras, que los tratados son la “ley suprema” de la Unión. Lo anterior, según lo explicó el Presidente de nuestro máximo tribunal, Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, significa que “si en un juicio de amparo se declara que una ley es contraria al tratado internacional, el efecto debe ser que dicha ley no se aplique al quejoso”.¹

La Dirección General de Comunicación Social de la Suprema Corte, expresó que la tesis solamente viene a ratificar que los tratados internacionales están jerárquicamente por debajo de la Constitución Política, pero arriba de las leyes federales estatales y del Distrito Federal. Asimismo, confirma que dichos tratados tienen la misma jerarquía de las denominadas “leyes de carácter general”.

¿Que debemos entender por estas últimas? Pensamos que están referidas a la legislación aprobada por el Congreso de la Unión para reglamentar dispositivos de la propia ley fundamental, es decir, a preceptos que vienen a detallar y regular uno o varios artículos de la Constitución con el fin de precisar los conceptos y los medios que sean necesarios para su aplicación. Resulta pues es interesante el que la reciente decisión de la Suprema Corte determine que los tratados tienen una jerarquía superior a otros ordenamientos, entre ellos las leyes federales, estatales y del Distrito Federal.

Recordemos que de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), por estos últimos debe entenderse “los acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya sea que consten en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.² En relación con la última parte de la definición anterior, la práctica brinda una nomenclatura muy variada para la denominación de los acuerdos internacionales; así encontramos diversas denominaciones en las que pudiera existir semejanza con el mismo término tales como: convención, convenio, acuerdo, pacto, protocolo, etc. Sin embargo, al margen del título que se les asigne, los citados acuerdos serán internacionalmente vinculantes.

De la definición que nos da la Convención de Viena pueden derivarse algunos comentarios. En primer lugar, pueden existir otro tipo de acuerdos que no están cubiertos en la definición y que pueden considerarse tratados internacionales. Tal es el caso de los acuerdos que celebran las organizaciones internacionales que ofrecen

* Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional.

¹ Así lo determinó en sus comentarios a la prensa “Reforma”, 14 de febrero, 2007.

² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pág. 3149.

particularidades propias en sus mecanismos de concertación. Es interesante destacar que la definición antes transcrita, (adoptada en 1969), alude a la celebración por escrito de los referidos instrumentos. Sin embargo, casi cuarenta años después, y con los avances tecnológicos en materia de comunicación, es posible que los acuerdos se obtengan por grabaciones electrónicas o por otros medios más modernos que acrediten la manifestación de la voluntad de los Estados involucrados.

Por otra parte, en la definición se precisa que los tratados deben ser regidos por el derecho internacional. Sin embargo, puede darse el caso de que los Estados puedan convenir que el acuerdo se rija por el derecho interno de uno de ellos o por la reglamentación de una organización interestatal.

2.- La jerarquía de los tratados.

Al discutirse en la Corte los catorce amparos en revisión en contra de diversos impuestos de importación aplicados a mercancías provenientes del exterior, el Pleno de ministros determinó avocarse solamente al tema de la jerarquía normativa que los tratados internacionales tienen en nuestro sistema jurídico.

En este sentido, los ministros confirmaron que los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano tienen la misma jerarquía de las denominadas “leyes de carácter general”, es decir, aquella legislación que esta por encima de las leyes federales, estatales o del Distrito Federal, solo con una prioridad inferior a la Constitución Política.³ En virtud de dicha resolución, los amparos en revisión fueron devueltos a distintas salas de la Suprema Corte, a fin de que sus Ministros determinen si hay o no un “desajuste” entre la ley ordinaria y los tratados internacionales, sin discutir sobre la llamada jerarquía normativa de los tratados temática que fue analizada por el Pleno y que fue resuelta como antes se anotó.

Es de interés señalar que en la Convención de Viena se advierte una tendencia que apunta a favor de la primacía de los tratados sobre el derecho interno. En el art. 27 del instrumento se hace hincapié que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, estableciéndose que esta normativa se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el art. 46 de la misma Convención. En este último, se contempla el caso de las ratificaciones de tratados considerados irregulares. Así, la violación de una disposición del derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados, no podrá ser alegada por dicho Estado como vicio de su consentimiento a menos que tal violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de dicho derecho. Se considerará que una violación es manifiesta cuando así resultara objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Creemos que la referencia a la Convención de Viena es oportuna, pues viene a confirmar la primacía de los tratados internacionales sobre las normas de derecho interno; en el caso de nuestro país, con la única excepción de la Constitución y de sus diversas leyes reglamentarias, (aquellas que la Suprema Corte ha denominado “leyes de carácter general”), con las que los tratados mantienen la misma jerarquía.

Como anteriormente se indicó, los tratados que estén de acuerdo con la Constitución, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Tienen también una jerarquía superior a las leyes generales que expide el Congreso Federal.

En relación con estas últimas, la teoría general en materia de tratados establece que el régimen para la celebración de los mismos debe definirse de acuerdo con la soberanía de los Estados y que toca las constituciones internas el regular los mecanismos internos por los cuales un Estado adquiere compromisos en el exterior, vía de las convenciones internacionales.⁴

³ Comunicado de prensa de la SCJN del 13 de febrero de 2007.

⁴ Ricardo Méndez Silva, Diccionario Jurídico Mexicano. Obra citada.

En resumen, pensamos que la reciente resolución de la Suprema Corte viene a confirmar la postura jurisprudencial en el sentido de que los tratados son, junto con la Constitución y las leyes del Congreso que emanen de ella, la ley suprema de la Unión.

La ley mexicana en materia de Arbitraje Comercial¹

José Luís Siqueiros²

1.- Introducción.

México es una república federal. La materia mercantil, incluyendo los juicios mercantiles y el arbitraje son normados por un ordenamiento federal, el Código de Comercio³, que rige en los treinta y un estados y en el Distrito Federal⁴. Inversamente, la materia civil, incluyendo el procedimiento y el arbitraje, son regidas por los treinta y un Códigos Civiles y Códigos de Procedimientos Civiles de cada uno de los respectivos estados y aquellos en vigor en el Distrito Federal. Existe también el Código Federal de Procedimientos Civiles⁵, que aplica el Poder Judicial de la Federación.

Como en la mayor parte de los países de tradición románica, existe una diferencia entre arbitraje mercantil y arbitraje civil; el primero es regulado por el Código de Comercio⁶ y el segundo por los Códigos de Procedimientos Civiles de cada una de las entidades federativas, incluyendo el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (C.P.C.D.F.)⁷.

En virtud de que este último ordenamiento ha sido fuente de inspiración para la mayor parte de los códigos estatales de procedimientos civiles, la referencia que este artículo haga a los ordenamientos estatales estarán dirigidas al CPCDF: sin embargo, es factible que algunos procedimientos civiles puedan variar de un estado a otro en materia de detalle. Los Códigos Civiles y el Código Federal de Procedimientos Civiles no contienen disposiciones que regulen la institución del arbitraje.⁸

De conformidad con una disposición específica del Código de Comercio, cuando este último es omiso respecto a cualquiera cuestión, el Código Civil en materia federal, será supletorio⁹. Asimismo en materias de procedimiento arbitral, cuando las partes no hayan convenido en un procedimiento específico, el Código de Procedimientos Civiles del estado respectivo (aquel en donde se lleve a cabo el arbitraje), será aplicable en forma supletoria.¹⁰

El Código de Comercio entro en vigor el 1º de Enero de 1890.¹¹ Durante los primeros noventa y nueve años dicho ordenamiento fue prácticamente omiso en relación con la materia de arbitraje. Afortunadamente, el panorama ha tenido dos cambios recientes. Primeramente, el Código fue reformado el 4 de Enero de 1989¹² y nuevamente

¹ Artículo presentado por el autor en la Conferencia "El Arbitraje Comercial Internacional en América Latina" realizada bajo los auspicios de The Chartered Institute of Arbitrators, celebrada en Cancún, México, 17/20 de febrero de 1999.

² Miembro Consultor del Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA).

³ Código de Comercio (Cód.Com) (Mex). La traducción inglesa del Código esta disponible en Commercial Laws of the World, que publica Foreign Tax Law Publishers. Esta publicación se mantiene al día con remesas periódicas.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ar. 73(x). En adelante la Const. Méx.

⁵ Código Federal de Procedimientos Civiles (C.F.P.C) (Méx).

⁶ Cód. Com. Art. 1415

⁷ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (C.P.C.D.F.) arts. 609-636

⁸ La única excepción es la mención general que el CFPC hace del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en la República.

⁹ Ver Cód.Com. Art 2 reformado en 1996.

¹⁰ Ver Cód. Com. Art. 1054 y Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, que reconoce la competencia a los árbitros Arts. 2(XI) y 3, publicada en el Diario Oficial de la Federación (D.O.) del 7 de febrero de 1996.

¹¹ El instrumento general cubría una amplia gama de temas que gradualmente han sido eliminadas de su texto, incluyendo sociedades mercantiles, quiebras y suspensión de pagos, seguros, banca y derecho marítimo.

¹² El Decreto reformó el Código de Comercio, adicionando los artículos 1415 a 1437. D.O. 4 de Enero de 1989.

modificado el 23 de Julio de 1993,¹³ a efecto de adicionarle y perfeccionar un título totalmente nuevo que moderniza y pone al día el área arbitral. En forma adicional, la antigua normatividad del Código que regulaba los “procedimientos comerciales especiales”, ha sido igualmente reformada a efecto de diferenciar entre el procedimiento convencionalmente convenido por las partes, mismo que debe seguirse ante los tribunales y aquél que debe regir el proceso arbitral.¹⁴

El Decreto de 1993 aprobado por el Congreso de la Unión, modificó el libro V, Título Cuarto del Código de Comercio titulado “Arbitraje Comercial” incorporando en forma sustancial la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional¹⁵ y ciertos principios tomados del Reglamento de Procedimiento Arbitral de la propia UNCITRAL¹⁶, principalmente en materia de procedimiento y costas del arbitraje.

Como se indicó antes, aquellas materias que no están expresamente reguladas en el Código de Comercio reformado y referidas a la tramitación de procedimientos específicos en el ámbito arbitral, quedan normadas por las reglas aplicables de los respectivos Códigos de Procedimientos Civiles del lugar en que se realiza el Arbitraje.¹⁷

Como se expone en la Exposición Motivos presentada por el Presidente de la República al Congreso, el propósito principal de la nueva legislación es la de modernizar y actualizar el marco legal del arbitraje comercial mediante la incorporación de la normatividad más adelantada en esta área, obteniendo así la armonización de las reglas de procedimiento arbitral orientadas a las necesidades específicas de la resolución de controversias en las prácticas comerciales internacionales¹⁸.

La versión anterior del Título Cuarto del Código de Comercio (ahora abrogado) ya incorporaba algunos de los principios de la Ley Modelo de UNCITRAL, así como otras normas tomadas de las Convenciones de Nueva York¹⁹ y Panamá²⁰. No obstante, las reformas de 1989 fueron insuficientes, en virtud de que el Código de Comercio continuó conservando una serie de preceptos que ya contenía el CPCDF²¹ (y que agregó a las modificaciones de 1989), preceptos que eran evidentemente obsoletos e inconsistentes con los principios adoptados de una fuente más avanzada en esta materia.

Las recientes reformas fueron impulsadas también por una aparente dicotomía que venía prevaleciendo en la legislación mexicana arbitral. Desde el momento en que el país adhirió a la convención de Nueva York²² ratificó la Convención de Panamá²³ e igualmente ratificó la Convención Interamericana en la Eficacia Extraterritorial de Sentencias Extranjeras y Laudos Extranjeros²⁴, el arbitraje comercial había estado normado por dos conjuntos de reglas diferentes. En aquellos casos que tenían un componente internacional, los mismos quedaban regulados (por

¹³ El Decreto reformó el Código de Comercio y diversos artículos del C.F.P.C., a fin de establecer consistencia en materias relacionadas con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales D.O. 22 de Julio, 1993.

¹⁴ Cód. Com. Arts. 1052, 1053 y 1054.

¹⁵ U.N. GAOR, 40th session, sup No. 17, pag 81-93 U.N. Doc A/40/17 (1985). En adelante la Ley Modelo.

¹⁶ UNCITRAL Arbitrations Rules, U.N. GAOR, sesión 31, supl. Num. 17 en pags 34-50 U.N. Doc A/31/17

¹⁷ Cód. Com. Art 2

¹⁸ La Exposición de motivos contiene los razonamientos que sustentan la iniciativa de reformas en la legislación mercantil. El Ejecutivo hizo énfasis en las virtudes de la legislación propuesta en la “iniciativa” presentada a las Cámaras el 1º de Junio de 1993 (no ha sido publicada). Ver el estudio de Julio C Treviño “The New Mexican Legislation on commercial Arbitration”, J. int’l Arb Dic. 1994 pag. 5. Ver también Jeffrey J Meyer “Recent Mexican Arbitration Reform : The Continued influenced of the Publicistas” U. Miami L. Review (1993) pag. 913

¹⁹ Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Junio 10, 1958-21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S.-3 (La Convención de Nueva York)

²⁰ Convención interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional Enero 30, 1975, pag 104 (L a Convención de Panamá)

²¹ CPCDF Artículos 609-636 (aun en vigor)

²² D.O. 22 de Junio de 1991.

²³ D.O. 27 de Abril de 1978.

²⁴ La Convención Interamericana sobre la Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada el 8 de Mayo de 1979, 18 I.M.L 1224 (La Convención de Montevideo) D.O. 20 de Agosto de 1987.

lo que se refería a la sustancia y al procedimiento) por el derecho internacional vigente en México²⁵ en tanto que los casos internos (domésticos) eran aún regidos por las antiguas disposiciones del Código de Comercio y de los Códigos Locales de Procedimientos Civiles.

Si bien la Ley Modelo fue concebida para la regulación de arbitraje internacional, a fin de no contar con dos regímenes locales normativos del arbitraje, los legisladores efectuaron los ajustes necesarios al texto modelo con el propósito de que la nueva normatividad se aplicara tanto a controversias de carácter interno como a casos internacionales cuando en los últimos el procedimiento se llevará a cabo en el territorio nacional²⁶

El nuevo Título Cuarto del libro V. del Código de Comercio sigue muy cerca de los lineamientos de la Ley Modelo. No siendo una adopción textual de su articulado, el cotejo revela algunas discrepancias. Los legisladores consideraron pertinente adoptar la terminología de aquella a la técnica legislativa que permea el Código Mercantil. Sin embargo, la esencia de los principios básicos de la Ley Modelo permaneció inalterada, no obstante, además de modificaciones de tipo meramente cosmético, existen ciertas desviaciones del texto modelo, incluyendo cambios en las disposiciones relacionadas con la designación de árbitros cuando las partes no han nombrado²⁷ y con la ley aplicable a fondo cuando las partes no hayan elegido expresamente alguna.²⁸

Adicionalmente, si bien es cierto que la nueva ley mexicana incorpora las reglas básicas de los Capítulos VII y VIII de la Ley Modelo en todo lo concerniente a la nulidad y el reconocimiento y ejecución de laudos, el Código de Comercio establece un procedimiento sumario, de carácter incidental, para el caso de una y otro, es decir, en caso de impugnar la nulidad del laudo²⁹ o de oponerse a su ejecución.³⁰

²⁵ De acuerdo con la Constitución Mexicana, los tratados internacionales que hayan sido firmados por el Ejecutivo Federal y Ratificados por el Senado y que estén de acuerdo con la Constitución son la "Ley Suprema de Unión" Const. Mex. Art 133.

²⁶ Cód. Com. Art 1415 Este precepto dispone que ciertas disposiciones del Título Cuarto se aplicarán necesariamente (aún cuando el arbitraje se realice fuera de México). Específicamente los artículos 1424-1425 y los artículos 1461-1462.

²⁷ Ver. Cód. Com. Art. 1426 que establece que en caso de que las partes no hubiesen determinado el número de árbitros, se nombrará un árbitro único. La Ley Modelo (supra Nota 13, Art 10(2)) previene que en tal hipótesis el tribunal se integrara por tres árbitros.

²⁸ Cód. Com. Art. 1445 que otorga facultades al tribunal, tomando en cuenta las conexiones y características del caso concreto, para determinar, la ley sustantiva aplicable, en vez de acudir a la regla de conflicto de leyes.

²⁹ Cód Com. Art. 1457

³⁰ Cód. Com. Art. 1463

**La persona humana
y el arbitraje internacional
de naturaleza privada ***

José Luis Siqueiros **

**"Todos los seres humanos nacen libres e iguales
en dignidad y derechos y, dotados como están
de razón y conciencia, deben comportarse fra-
ternalmente los unos con los otros".**

Art. 1º. de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

1.- La persona humana.

Todo el curso de la historia humana puede resumirse en una incesante lucha por el logro de los valores eternos e inmanentes. En su continuado afán de alcanzarlos el hombre se ha percatado que la persona es un fin en sí mismo y que como tal, para realizar plenamente su destino, debe serle reconocida una dignidad intrínseca y un conjunto de derechos inalienables desde su origen. Esos derechos y libertades fundamentales, que le son propias no por el hecho de ser ciudadanos de un Estado determinado, sino por el de ser miembro de la familia humana, han sido y seguirán siendo el propósito último del derecho natural.

"Individuo humano" y "persona humana" son expresiones semejantes, pero no equivalentes. El primero, unidad biológica, es un concepto cuantitativo. La segunda, concepto abstracto, es una entidad cualitativa. El hombre, en esta última acepción, es decir, como persona humana, no es una creación de la Edad Contemporánea, de la Edad Moderna, ni de la Edad Media. Su idea se remonta a la antigüedad. Así lo encontramos ya en las leyes de Manú, como una fragancia que se exhala en cualquiera de sus máximas; también lo advertimos en muchos pasajes de la biblia hebrea; en la espiritualidad del budismo; en la literatura griega; en la filosofía estoica y en el evangelio cristiano. El mismo Jesús explica su presencia en la tierra como "El Hijo del Hombre" y Diógenes con su linterna legendaria, no buscaba a un hombre, como suele afirmarse; buscaba al "hombre".

Es hasta después de la Revolución Francesa de 1789 cuando definitivamente se institucionaliza el concepto "hombre" como fruto de un largo proceso de maduración de los principios del derecho natural, que se confunden con el humanismo en la historia de la cultura. Ya nos dice Jacques Maritain; ". . . la persona humana tiene derechos por el hecho de ser persona, un todo dueño de sí y de sus actos; por consiguiente, no es solo un medio, sino un fin; un fin que debe ser tratado como tal. Cosas hay que son debidas al hombre por el solo hecho de ser hombre..."

Debemos pues precisar los conceptos. El hombre había existido desde la antigüedad como entidad de derecho privado; era sujeto de derechos y obligaciones. También había existido el ciudadano, como individuo humano en la

* Conferencia dictada por el autor en el Curso de Derecho Internacional auspiciado por el Comité Jurídico Interamericano (CJI) en Río de Janeiro, Brasil, los días 2 y 3 de Agosto de 2001.

** Ex-Presidente y miembro (1990-1998) del CJI.

convivencia política. Sin embargo, faltaba el hombre como persona a la que corresponde un ámbito propio de actividad material, intelectual y protegido frente al Estado.

En realidad se trataba del problema de la personalidad humana y de su manifestación, que es, en síntesis el problema de la libertad. La filosofía estoica, el cristianismo, el renacimiento, el humanismo, el derecho natural que hace del hombre el protagonista de todo el problema jurídico, y la Reforma que plantea el problema de la conciencia, fueron elaborando esta nueva concepción del hombre como persona, superando al concepto del individualismo puramente físico y con exigencias solamente materiales y orgánicas.

Por todos estos caminos ideológicos se llegó a la Declaración de los Derechos del Hombre en las Colonias Inglesas de América y posteriormente en la Asamblea Nacional Francesa. Antes de llegar a su institucionalización definitiva, el proceso de libertad evolucionó, casi en forma simultánea, en España y en Inglaterra. Las cartas medievales concedidas por el Señor a sus vasallos, esbozan los primeros derechos del hombre en forma de limitaciones al poder público. Las libertades proclamadas y protegidas por la "Carta Magna", el "Bill of Rights" y el "Habeas Corpus" expedidas por soberanos ingleses, así como el Fuero Juzgo promulgado en España en la Edad Media, hicieron comprender al soberano que por encima de su autoridad está el Derecho, la dignidad humana y las libertades fundamentales de los súbditos.

Al redactar Tomás Jefferson la Declaración de Independencia proclamada en Filadelfia en 1776, afirma que el Gobierno es un simple instrumento de los gobernados; que los gobernantes deben seguir el bien común y cuando no lo hacen, los gobernados tienen el derecho a la rebelión.

La influencia filosófica de las doctrinas de Montesquieu, de Juan Jacobo Rousseau y del Abate Sieyes, aunada al influjo que tuvo en Francia la emancipación norteamericana, y la presencia de Lafayette en la Asamblea Nacional Francesa, impulsó la proclamación de ese trascendental documento histórico que es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que vino a dar universalidad a los principios de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos.

"... Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en su Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. . . " . . . así principiaba el Preámbulo de este magnífico documento, que en forma romántica pretendió ser la panacea de todos los males humanos, confirmando además que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre y que esos derechos son: La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. El texto de la Declaración encierra el propósito de universalidad y fué una caja de resonancia para los principios proclamados por los anglosajones. Los difundió y les inspiró un espíritu de rebeldía, comunicándoles fervor revolucionario, heroico y contagioso.

Es indiscutible la influencia de esta Declaración para la cultura occidental y en particular para el continente americano, ya que hizo germinar en la Nueva España y en el resto de las colonias hispánicas, un sentimiento de libertad y de revalorización de los principios morales, entre ellos, el de la dignidad humana. Constituyó durante nuestras guerras libertarias un ideario político nunca olvidado por la posteridad.¹

Como dice Jesús Rodríguez y Rodríguez² la noción de los derechos humanos es de gran parte, producto de la historia y de la civilización y, por tanto, sujeta a evolución y modificación.

¹.- Ver "Lecturas Jurídicas", Universidad de Chihuahua, No. 2, 1960, pp. 25-27

².- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Sexta Edición (1993) pp. 1064-1065.

De hecho, también la concepción de los derechos humanos ha conocido varias etapas. Así, el concepto de los derechos humanos fue en su origen un concepto político que se traducía en el respeto por parte del Estado de una esfera de libertad y autonomía de la persona humana. En otros términos, el Estado estaba obligado a no intervenir en esta esfera de los "derechos civiles", o sea, de los derechos que miran a la protección de la vida, libertad, seguridad e integridad física y moral de la persona humana. Estos derechos provienen, en su conjunto, de una concepción individualista.

En la etapa siguiente, el hombre no está opuesto ya al Estado, sino que participa en la estructuración política de la sociedad a que pertenece, ejerciendo sus derechos políticos dentro del Estado.

Finalmente, la aparición de la noción de derechos económicos, sociales y culturales formando una categoría distinta, es un fenómeno más reciente. El goce efectivo de estos derechos debe ser asegurado por el Estado o por su intermediación. En esta perspectiva, el Estado es el promotor y garante del bienestar económico y social. Mientras que con anterioridad el Estado representaba ante todo la autoridad responsable de la protección y del mantenimiento del orden público y de la seguridad de todos, el Estado moderno es o debería ser, un instrumento al servicio de todas las personas que dependan de su jurisdicción, que les permita el pleno desarrollo de sus facultades tanto a nivel individual como colectivo.

El papel del Estado en materia de derechos humanos, por lo tanto, también ha evolucionado considerablemente; y hay que percatarse bien que esta ampliación de su función no se refiere solamente a los derechos económicos, sociales y culturales, sino al conjunto de los derechos humanos, en la medida en que los poderes públicos tienen también el deber de asegurar los derechos civiles y políticos contra todo ataque o conculcación por parte de aquellos sectores sociales que disponen de un mayor poder económico, tecnológico o científico.

Desde el punto de vista del objeto y contenido de los derechos humanos, éstos comprenden tres grandes tipos o grupos de derechos expresa y generalmente reconocidos por las constituciones de la gran mayoría de países, así como por los más importantes instrumentos internacionales de carácter general sobre la materia. Tales grupos son: uno, los derechos civiles; dos, los derechos políticos, y, tres, los derechos económicos, sociales y culturales.

2.- Los derechos humanos y las garantías judiciales.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, incluye en su Artículo 8 las "Garantías Judiciales". El citado precepto establece "que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York, E.U.A. el 19 de Diciembre de 1966, también establece en su Artículo 14, que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley"

Si bien es cierto que ninguno de los dos instrumentos hace referencia al derecho de las personas para pactar la resolución de sus diferendos en forma extra-judicial, el intérprete de tales preceptos debe considerar que el consenso mutuo de las partes para someter a un tribunal arbitral las controversias que puedan surgir o hayan surgido entre ellas, debe quedar implícito dentro de lo que Convención y el Pacto definen como "garantías judiciales"; por lo tanto, que en el curso del proceso arbitral las personas involucradas tendrán derecho a ser oídas y a gozar de las debidas garantías por el tribunal arbitral, que deberá ser competente, independiente e imparcial.

En los Acuerdos recientemente suscritos entre México y la Comunidad Europea³ instrumentos que establecen como mecanismo de solución de controversias el procedimiento arbitral, precisan que uno y otro están fundados en el respeto recíproco a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal y como éstos se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, constituyendo tales derechos humanos un elemento esencial de dichos Acuerdos.⁴

3.- El arbitraje como método para la solución pacífica de controversias.

El arbitraje es un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros) los cuales derivan sus facultades de acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.

Sin perjuicio de las precisiones terminológicas que en seguida haremos, baste afirmar que el arbitraje es un concepto de antigüedad tan venerable como la ciencia de derecho. Carnelutti ha dicho que el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial. Sus raíces se encuentran en forma incipiente desde los tiempos más remotos. En la Biblia se hace referencia a los árbitros, así como en el Génesis y el Exodo⁵. En Roma las XII Tablas ya mencionan el arbitraje.⁶

En un principio, los árbitros sólo atendían a los conflictos surgidos entre ciudadanos romanos, pero ya para la época del procedimiento formulario se incluyeron los conflictos entre extranjeros o entre ciudadanos y éstos. Hacia finales del siglo III de nuestra era desaparece la institución de los árbitros oficiales, pero no la de los árbitros particulares, institución en la que las partes tienen una libertad de nombrarlos para resolver sus controversias; Justiniano en el Digesto se refiere a los árbitros, indicando que había libertad para acatar o no la decisión arbitral, pero en una constitución del año 529 de este emperador se ordenó que cuando hubiere juramento de acatar la sentencia por cualquiera de las partes, y siempre que fuere un fallo con verdad, aquéllos deberían de cumplir su laudo.

Los principios y las normas del Derecho Romano se transplantaron al Sacro Imperio Germánico y de ahí pasaron a España. El Fuero Juzgo, el Fuero Real, Las Siete Partidas, la Nueva y la Novísima Recopilación contenían dispositivos referentes a la designación de "avenidores", de "árbitros" (letrados) y de "arbitradores" (no letrados). Se regulaban también el compromiso arbitral y otros pormenores en relación con el laudo y la ejecución del mismo.

La Leyes de Indias, juntamente con la legislación de la Metrópoli, formaban prácticamente el derecho positivo de las colonias españolas en América. Apreciación similar puede hacerse de la legislación portuguesa en Brasil, La mayor parte de las naciones latinoamericanas obtuvieron su independencia política de España en la primera o segunda década del siglo XIX. Sin embargo, en la generalidad de los países ya emancipados continuó aplicándose la legislación española en materias civiles y comerciales; en esa virtud, las Leyes de Indias, las Ordenanzas de Bilbao y los principios generales contenidos en las Siete Partidas y en la Nueva y Novísima Recopilación continuaron regulando las operaciones de derecho privado en tanto que las mismas no infringieran el nuevo orden y estructura política.

Incluido dentro de los antiguos principios jurídicos españoles, las legislaturas latinoamericanas importaron el concepto de la solución pacífica de las controversias por medio de árbitros terceros; así, el uso del arbitraje para

³.- Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación (Acuerdo Global) y Acuerdo Interino sobre Comercio y Cuestiones relacionadas con el Comercio (Acuerdo Interino) de 8 de Diciembre de 1997, Bruselas, Belgica, ambos ya en vigor.

⁴.- Artículo 1 de ambos Acuerdos.

⁵.- *Enciclopedia Universal Ilustrada Europea-Americana*, v.5, Madrid. Espasa-Calpe, p. 1245.

⁶.- Tablas II y XII.

resolver diferendos comerciales fue gradualmente adquiriendo carta de naturaleza en los códigos de comercio y en los ordenamientos de procedimiento civil de todas las naciones latinoamericanas. Cuando el derecho español y la legislación portuguesa (en el caso de Brasil) dejaron de ser aplicables en las legislaciones internas, los nuevos ordenamientos mantuvieron la vigencia de los viejos principios y la antigua tradición de permitir a las partes el comprometer en árbitros las disputas iniciadas ante tribunales. La mayor parte de los códigos de procedimientos civiles promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX regulaban el arbitraje permitiendo que los negocios civiles y mercantiles, con pocas excepciones, se resolvieran a través del compromiso arbitral y que el laudo pudiera dictarse conforme a derecho o en equidad. En la segunda alternativa, los árbitros-arbitradores quedaban sólo vinculados por dispositivos procesales irrenunciables, gozando de amplia discreción en la dirección de los procedimientos relativos, y facultados para resolver las contiendas *ex aequo et bono*.

4. Distintos tipos de arbitraje.

Es conveniente establecer ciertas precisiones terminológicas en el contexto de esta materia; es decir, deben advertirse las semejanzas que existen en los distintos tipos de arbitraje y hacer énfasis en las divergencias entre arbitraje de derecho privado y arbitraje de derecho público; entre arbitraje interno y arbitraje internacional; entre arbitraje comercial y arbitraje civil.

El arbitraje de derecho internacional público tiene por objeto el arreglo de los litigios entre los Estados como entidades soberanas, mediante árbitros designados libremente y sobre la base del respeto a las instituciones jurídicas. El arbitraje privado, en cambio, trata de resolver las controversias suscitadas entre particulares y si bien es cierto que los Estados, algunas veces actúan en el comercio sin la investidura de soberanía, participando activamente a través de corporaciones o empresas dominadas por los intereses del sector público, también lo es que en tales circunstancias los diferendos que se suscitan con otras empresas de esta naturaleza o con particulares, ya no inciden en la jurisdicción del derecho internacional público, pudiendo ser resueltos a través del arbitraje privado.

Es igualmente útil depurar la nomenclatura en lo que respecta al carácter interno e internacional del arbitraje. La problemática del primero se plantea dentro de un sistema jurídico único. El segundo surge cuando existe un elemento extraño, ajeno al carácter local de la controversia; es decir, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el exterior; en fin, cuando surge cualquier conexión con otra legislación distinta a la interna. En estos casos estamos en presencia del arbitraje internacional como instrumento idóneo para eludir los problemas inherentes a la confrontación del derecho extraño, incluyendo la sumisión a tribunales foráneos.

Por último, es oportuno señalar que dentro del arbitraje privado, ya sea interno o internacional, pueden plantearse tanto materias de orden estrictamente mercantil, como conflictos exclusivamente de derecho civil.

5.- El Arbitraje y la Jurisdicción Judicial.

Ahora bien, conviene tener presente que las controversias se pueden solucionar por las partes mismas a través de los medios autocompositivos, o bien por un tercero i.e., lo medios heterocompositivos.⁷ En la primera variante nos estaríamos refiriendo a la negociación, la mediación, la transacción y la conciliación. En la segunda alternativa, aludiríamos al proceso jurisdiccional ante los tribunales y a la jurisdicción arbitral. Sin embargo, a partir del surgimiento del Estado Moderno, este último vino a ejercer un monopolio sobre la impartición de la justicia relegando a un segundo plano al proceso arbitral.⁸ Así, las constituciones latinoamericanas en los siglos XIX y XX, establecieron que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar sus

⁷.- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto "Proceso, autocomposición y autodefensa", UNAM, México, 1970.

⁸.- Jorge Alberto Silva. "Arbitraje Comercial Internacional en México", Perezniato Editores, México, D.F. 1994. pág. 2.

derechos, precisándose que los tribunales estarían siempre expeditos para impartir justicia en los plazos y términos que establecieran las leyes.

De estos preceptos constitucionales se ha querido desprender la premisa de que la función jurisdiccional es privativa del Estado y que sólo los funcionarios expresamente autorizados por la ley podrán impartir la justicia; que ningún precepto legal permite a los jueces declinar el conocimiento y solución de controversias privadas en favor de árbitros nombrados por las partes, enfatizando que los funcionarios judiciales no podrán inhibirse en favor de órgano alguno que no forme parte del Poder Judicial. Alguna ejecutoria mexicana reciente hace hincapié en que los árbitros, como es de explorado derecho, carecen de imperio para hacer cumplir sus propias resoluciones, facultad reservada únicamente a las autoridades judiciales, únicas que tienen plena jurisdicción.

La postura anterior, infortunadamente todavía compartida por muchos jueces, magistrados y abogados postulantes, es producto de una tradición procesalista enraizada no sólo en la cultura jurídica de nuestros países sino de muchos otros sistemas vigentes en países que están en vía de desarrollo. En sentido contrario, la cultura del arbitraje privado, notablemente aquella vinculada al arbitraje comercial internacional, va tomando cada vez mayor fuerza en Europa, Estados Unidos, Canadá, Japón y en todas las naciones de la cuenca del Pacífico.⁹

6.- El Arbitraje entre Estados respecto de Negocios Jurídicos Internacionales de Naturaleza Privada.

Hemos ya precisado que el Estado puede actuar investido de su potestad de soberanía en el ejercicio de su poder estatal y que en tal carácter goza de inmunidad respecto de la jurisdicción de cualquier otro Estado.

Dentro del concepto de "Estado" se hallan comprendidos el gobierno y sus departamentos o secretarías, sus organismos descentralizados, así como sus entidades paraestatales, autónomas o autárquicas.

Sin embargo, el Estado tiene una doble capacidad; además de actuar *jure imperii* puede accionar en el campo del derecho privado, dentro del desarrollo ordinario del comercio. En esta última hipótesis, actuando *jure gestionis*, el Estado no puede invocar inmunidad de jurisdicción en el territorio del Estado del foro. Sin perjuicio de lo anterior, el Estado puede renunciar en forma expresa, o implícita, a su inmunidad jurisdiccional.

También hemos ya comentado que vivimos en un mundo económicamente interdependiente. En un entorno de apertura comercial en que la economía de libre mercado ha desplazado a la centralmente planificada, es lógico que los Estados se esfuercen en ser competitivos; para lograrlo, y al mismo tiempo elevar el nivel de vida de sus gobernados, su actividad debe proyectarse hacia la obtención de nuevos flujos de inversión foránea cuando el ahorro interno es insuficiente para incrementar la productividad nacional, para así crear empleos, mejorar su estructura tecnológica, etcétera.

Con esa orientación el Estado tiende a promover tanto la inversión nacional como la extranjera, sea a través de empréstitos o de inversión directa para mantenerse competitivo en un mercado en mayor oferta; con esta orientación se muestra anuente en otorgar incentivos, en disminuir sus barreras arancelarias y a formar parte de acuerdos multilaterales y bilaterales que permitan al país integrarse en mercados mundiales, regionales y subregionales. Esta apertura puede materializarse a través de reformas a su legislación interna --tendente a una mayor liberalización-- o mediante la suscripción de convenios internacionales proclives a un "clima" de confianza por parte de los

⁹.- Algunos datos estadísticos de las instituciones administradoras de arbitraje nos pueden dar idea de este incremento. La *London Court of International Arbitration* trata actualmente unos 90 asuntos internacionales. La *American Arbitration Association* (New York) administró 98,000 casos en 1999, de los cuales 305 eran arbitrajes internacionales. La Cámara de Comercio de Estocolmo lleva 40 casos en 1999 y el Centro de Arbitraje de Viena administró 95 demandas de arbitraje internacional en 2000. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en París, ha recibido más de 10,500 casos desde su creación (1923). Alain Plantel *"El Arbitraje Internacional en un Mundo en Cambio"*. Boletín de la Cámara Internacional de Comercio, París.

inversionistas de países que han alcanzado un nivel de desarrollo económicamente superior y que a su vez desean abrir nuevos mercados para generar beneficios.

Estas estrategias de apertura cristalizan en acuerdos internacionales que tienen como objetivo atraer capitales del exterior, concederles seguridades en su tratamiento doméstico, obtener nuevas tecnologías e integrarse en un mercado complementario o de libre comercio. En la etapa histórica que ahora presenciamos, dichos mercados tienden a la regionalización y a la suma de esfuerzos para enfrentar otros mercados. Una etapa posterior tal vez nos conduzca a una completa globalización.

En esta postura es explicable que los Estados puedan convenir que cualquier controversia que surja con motivo de su apertura económica se resuelva mediante procedimientos pacíficos y no en litigios judiciales. En estos casos se acepta, como un medio idóneo para tal solución, el procedimiento arbitral. En el contexto de este análisis, debemos aclarar que el arbitraje de Estados soberanos, entre sí, en negocios de naturaleza privada, sólo se presenta en el derecho convencional; es decir, como resultado de su sometimiento a tal procedimiento en un convenio bilateral o multilateral.

Este tipo de convenios internacionales se pactan entre los Estados con el propósito de estimular y conceder protección recíproca a las inversiones que hacen los nacionales de un Estado contratante en el territorio del otro; asimismo, cuando los Estados son parte de acuerdos multilaterales en materia de comercio internacional. Mención especial merecen los convenios universales, regionales y subregionales de integración económica, de aranceles aduaneros y comercio, de zonas de libre comercio y otros que en esta área facilitan el desarrollo mercantil internacional.

Dentro de los límites de este estudio procuraremos destacar aquellos instrumentos que inciden en el hemisferio americano, con énfasis en las disposiciones que se refieren al arbitraje como método para resolver posibles controversias.

7.- Los regímenes de solución de controversias en el ámbito interamericano.

La mayor parte de los acuerdos internacionales creando áreas de integración económica, a niveles regional y subregional, han incluido disposiciones relativas a la resolución de controversias. Soslayando de momento el régimen previsto en la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea), que instaura mecanismos propios a un sistema efectivamente comunitario, y enfocando nuestra atención al continente americano, advertimos la regulación de posibles controversias a nivel regional y subregional, tanto en la esfera de integración como en áreas de libre comercio. A continuación, en forma sinóptica, mencionaremos algunos de dichos esquemas.

7.1. Tratado de Integración Económica Centroamericana.

Suscrito en Managua el 13 de diciembre de 1960. El instrumento aborda en su texto la temática relativa a la solución de controversias, estableciendo que cualesquiera diferencias que llegaren a surgir en la interpretación y aplicación del instrumento, los Estados signatarios procurarán resolverlos amistosamente y sólo en caso de que no se obtuviera avenimiento, la cuestión se someterá a arbitraje.

El 13 de diciembre de 1991 fue creado el Sistema de Integración SICA, mediante el Protocolo de Tegucigalpa. El artículo 12 de este instrumento establece la Corte Centroamericana de Justicia. La última tiene su propio Estatuto, el cual regula su integración, funcionamiento y atribuciones, con jurisdicción contenciosa de carácter obligatorio para los Estados. Puede también actuar, si así lo solicitan las partes, como árbitro de derecho o en equidad.

7.2. Tratado que establece la Comunidad del Caribe (CARICOM).

Este convenio fue suscrito en Trinidad y Tobago el 4 de Julio de 1973.

Conforme al artículo 19 del instrumento, cualquier controversia derivada de la interpretación o aplicación del mismo será referida a un tribunal de arbitraje ad hoc, de acuerdo con las reglas en los artículos 11 y 12 del anexo al Tratado. El tribunal se integra de una lista de árbitros que deben ser juristas debidamente calificados, lista que formará el secretario general de aquellos candidatos nominados, dos por cada Estado parte. Los dos primeros árbitros son designados por las partes en el conflicto. El árbitro tercero (Chairman) lo eligen dichos dos árbitros, preferiblemente de una nacionalidad distinta; si no existiera acuerdo, el secretario general hará el nombramiento.

7.3. Acuerdo de Cartagena. Mercado Común Andino.

Este acuerdo, originalmente suscrito en Bogotá, Colombia, el 26 de mayo de 1969, constituyó el grupo regional conocido como Pacto Andino. El Acuerdo lo firmaron originalmente Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú. Venezuela se adhirió en 1974, pero Chile se retiró en 1976.

El Pacto Andino fue modificado por el Protocolo de Quito (Decisión 217) en 1987, en un espíritu de renovación integracionista. El Tribunal Andino se constituyó en 1979, pero no principió a funcionar hasta 1983. Su sede está en Quito. Lo forman cinco magistrados, cada uno designado por los respectivos Estados parte. El Tribunal es la suprema autoridad jurisdiccional en cuestiones legales de la subregión y tiene competencia para resolver todas las controversias que surjan de la interpretación y aplicación del Acuerdo.

7.4. Convención Interamericana sobre arbitraje Comercial Internacional.

En la primera Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-I) verificada en Panamá en 1975 y auspiciada por la Organización de los Estados Americanos (OEA), se firmó la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

De conformidad con la misma es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El nombramiento de árbitros se hará en la forma convenida por las partes, ya sea en arbitraje ad-hoc o administrado por un Centro. Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros. A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Los laudos arbitrales no impugnables tendrán fuerza de sentencia judicial y ejecutoriada y su reconocimiento y ejecución podrá exigirse de acuerdo con las leyes del país donde se ejecuten y lo que establezcan los tratados internacionales.

Los negociadores de este instrumento tuvieron como fuente de inspiración la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, y al discutirse el texto de los artículos 5 y 6, relacionados con las causas invocables para oponerse al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales o de su anulación o suspensión, prefirieron copiar literalmente los artículos V y VI de la Convención de las Naciones Unidas suscrita en Nueva York.

La Convención Interamericana que comentamos ha sido una de las más exitosas de aquellas suscritas en el marco de las CIDIPs. Lleva hasta ahora 17 ratificaciones.

7.5. El Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

Esta Comisión, mejor conocida por sus siglas CIAC fue creada en Montevideo en 1933 durante la VII Conferencia Internacional de los Estados Americanos, bajos los auspicios de la American Arbitration Association. Su último Reglamento de Procedimientos fue aprobado en México, D.F. en 1968 y está prácticamente copiado del elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) sobre la misma materia en 1976. Sin embargo, la CIAC modificó su Reglamento en una sesión realizada en Leon, España, en Noviembre de 1995. Dichas modificaciones han sido criticadas por los especialistas.

7.6. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros.

En Mayo de 1979, en el curso de la CIDIP-II que se llevó a cabo en Montevideo se discutió y negoció una convención que originalmente estaba diseñada para darle eficacia en el ámbito interamericano a las sentencias judiciales pronunciadas en foros extranjeros. No obstante, durante la discusión del artículo 1º del instrumento los plenipotenciarios adicionaron un segundo párrafo al mismo que dice:

"Las normas de la presente Convención se aplicarán en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de Enero de 1975."

Los artículos 2, 3 4 y 6 del Proyecto de origen también fueron adicionados con la inclusión de "laudos arbitrales". Esta convención cuenta hasta ahora con nueve ratificaciones y tiene a su favor su instrumentación supletoria a todo lo no previsto en esta materia por el convenio "hermano" de Panamá firmado en 1975.

7.7. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En Junio de 1985 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó una Ley Modelo, es decir no un instrumento vinculatorio, sino un "modelo de ley" que tiende a buscar cierta homogeneidad entre los países, con un deseo de uniformar los procedimientos legales en el arbitraje y las específicas necesidades del arbitraje comercial internacional.

La Ley Modelo ha sido fuente de inspiración para muchas legislaturas a nivel nacional o estatal (en los sistema de tipo federal). Muchos países en el mundo, incluyendo a los latinoamericanos, la han adoptado en sus códigos mercantiles o en legislación especial.

7.8. Tratado que crea el Mercado Común del Sur (MERCOSUR).

Los gobiernos de las repúblicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, lo firman en Asunción el 26 de marzo de 1991.

Durante el régimen de transición, los Estados parte adoptaron un Sistema de Solución de Controversias (anexo III del Tratado). El 17 de diciembre de 1991 el grupo ad hoc terminó la elaboración de un sistema de solución de controversias, que una vez firmado en el capital de Brasil, se denominó Protocolo de Brasilia. Este instrumento estaría vigente hasta que entrará en vigor el Sistema Permanente previsto en el Tratado de Asunción.

El Protocolo contempla, en el caso de controversias sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Mercosur y de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, una serie de mecanismos que van desde las negociaciones directas y la intervención del Grupo Mercado Común, hasta el procedimiento arbitral descrito en el capítulo IV del Protocolo.

En 1997 se celebró la Primera Reunión Regional que propició la elaboración de un nuevo documento sobre solución de controversias en el contexto de MERCOSUR. A dicha reunión siguieron otras dos que crearon el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional de dicha área sudamericana, que señala como aplicables al mismo la Convención de Panamá (1975), el Protocolo de Las Leñas (1992) y la Convención de Montevideo (1979).

7.9. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA).

Este Tratado, suscrito entre Canadá, Estados Unidos y México, entró en vigor el 1º de enero de 1994. Simultáneamente con el instrumento original suscrito en diciembre de 1992, entraron en vigencia los Acuerdos Paralelos en Materia de Cooperación Ambiental y Laboral, firmados en septiembre de 1993. Los capítulos XI, XIX, y XX del TLCN son los más significativos en materia de solución de controversias en el Tratado original, principalmente el último de ellos por ser de carácter genérico.

En síntesis, considerando que el instrumento regula procedimientos y mecanismos de solución de controversias en varios de sus capítulos, podemos afirmar que las disputas entre las partes contratantes sobre la interpretación y aplicación del convenio se regulan en el capítulo XX, las relativas a inversión en el XI, las concernientes a prácticas desleales de comercio en el XIX, las referentes a servicios financieros en el XIV y las originadas en el sector agrícola en el VII.

Los Acuerdos Paralelos contienen sendos capítulos relacionados con las consultas y solución de controversias tanto en materia ambiental como laboral.

La característica distintiva de estos mecanismos es la amigable concertación a efecto de que, mediante la cooperación y consultas bipartitas o tripartitas, se pueda alcanzar una solución mutuamente satisfactoria. Sin embargo, si dicha solución no se obtiene en un plazo razonable, se inician los mecanismos alternativos que pueden culminar con el procedimiento arbitral. Este último adopta diversas modalidades, según el sector afectado por las medidas que pueden implicar la anulación o menoscabo de los derechos consignados en el TLCAN o en sus Acuerdos paralelos.

Difícilmente podríamos encontrar en el sistema del comercio internacional un instrumento que contenga una regulación tan extensa y pormenorizada en materia de solución de controversias como la pactada en el TLCAN (NAFTA).

7.10. Regimen de Solución de Controversias en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) fue creada por el Tratado de Montevideo 1980, concluido en la ciudad capital de la República Oriental del Uruguay el 12 de agosto de 1980. Fueron signatarios los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Entró en vigor treinta días después del depósito del tercer instrumento de ratificación el 18 de marzo de 1981, y el trigésimo día posterior a su ratificación, para cada uno de los otros ocho signatarios.

El Tratado vino a reemplazar a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) establecida por el instrumento similar hecho en Montevideo en 1960, cuya personalidad jurídica fue incorporada a la nueva estructura (ALADI), en todos los derechos y obligaciones que correspondían a la primera.

Es interesante advertir que no obstante las diferencias que eventualmente pudieran surgir como resultado de los compromisos adquiridos en el Tratado, los países signatarios no previeron un capítulo especial para dirimir las potenciales controversias. Tal vez se consideró que tales mecanismos de solución podrían insertarse en un protocolo posterior, en un esquema subsiguiente al instrumento suscrito en Asunción en 1967.

Si bien es cierto que los mecanismos de solución de controversias pueden regularse mediante protocolos o acuerdos posteriores a la suscripción del Tratado, la técnica moderna en instrumentos bilaterales o multilaterales que crean áreas de libre comercio o de integración económica, es la de prever el esquema apropiado en su propio texto.

7.11. Protocolo Adicional al Tratado de Montevideo (ALADI) 1980.

Como ya se apuntó, el Tratado constitutivo de ALADI de 1980 es omiso en cuanto a normatividad concerniente al régimen legal para dirimir controversias que pudieran surgir entre los Estados parte. El Protocolo que ahora está en consideración contiene distintos capítulos con el siguiente enunciado: ámbito de aplicación; negociaciones directas; procedimiento de conciliación; procedimiento arbitral; solicitudes de particulares; vigencia y duración; denuncia y disposiciones finales.

Las disputas que se originan en un instrumento de esta naturaleza son de diversa índole. Normalmente los diferendos están referidos a la interpretación y aplicación del tratado; en otros casos a una alegada acción de incumplimiento que según la parte agraviada trae implícita la nulidad o menoscabo de las obligaciones pactadas en el instrumento. En los acuerdos de libre comercio es frecuente establecer mecanismos para resolver sobre daños causados por prácticas desleales de comercio (dumping y cuotas compensatorias).

Cuando las partes involucradas son también miembros del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), estas controversias pueden encauzarse en los mecanismos previstos en su artículo XXIII. En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) las controversias que surjan en relación con el mismo, que estén también contempladas en el GATT, podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la parte reclamante (con ciertas salvedades, según la materia controvertida); sin embargo, una vez iniciado el procedimiento en uno y otro foro, el seleccionado será excluyente del otro.

La inclusión de un capítulo sobre inversiones, donde se contempla la participación de particulares en el mecanismo de solución de controversias, no es usual en los esquemas de integración o de libre comercio. La legitimación de los particulares en la disputa, personas naturales o jurídicas, es más bien heterodoxa. En el NAFTA la resolución de tales diferendos se ventila en un procedimiento arbitral conforme a las reglas del CIADI, su Mecanismo Complementario o al Reglamento de la UNCITRAL.

Con la excepción anteriormente expuesta, los contendientes son normalmente los Estados parte en el Acuerdo o Tratado. Los particulares afectados en prácticas desleales de comercio pueden impugnar una "resolución definitiva"¹⁰ que les afecte y solicitar la revisión judicial conforme a los procedimientos judiciales internos. Oportivamente, y esta es la orientación de los instrumentos más modernos, acuden el órgano nacional establecido en el convenio internacional, para que dicho órgano canalice el reclamo a través del mecanismo previsto (negociaciones, consultas, conciliación, arbitraje).

El Protocolo de ALADI se ajusta al marco normativo tradicional, estableciendo que el ámbito de aplicación se limita a las controversias que se susciten sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas del Tratado de Montevideo (1980) y de las resoluciones, decisiones o acuerdos adoptados por los órganos de la Asociación. Asimismo, de aquellas que se originen de los compromisos concertados en el marco del mismo, siempre que dichos compromisos no tengan previsto expresamente otro mecanismo de solución de controversias, cuyos resultados (resoluciones) sean inapelables y obligatorios.

¹⁰.- Cuando es dictada por una autoridad administrativa interna de máximo nivel.

Interpretando a contrario sensu esta disposición, cualquier acuerdo de libre comercio a nivel bilateral o subregional de países miembros de ALADI, que contenga procedimientos de solución cuyo resultado final no conduzca a un fallo vinculatorio e inapelable, los mecanismos previstos en el Acuerdo Regional o Protocolo Adicional en comentario podrían ser aplicables a la controversia en cuestión.

7.12. Los Acuerdos celebrados entre México y la Comunidad Europea.

El 8 de Diciembre de 1997 se firmaron en Bruselas dos Acuerdos, de suma importancia cada uno, entre los Estados Unidos Mexicanos ("México") y la Comunidad Europea ("la Comunidad"). Dichos Acuerdos son:

- 1.- El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación ("Acuerdo Global"), y
- 2.- El Acuerdo Interino sobre Comercio y cuestiones relacionadas con el Comercio ("Acuerdo Interino").

El primero de dichos Acuerdos tuvo como finalidad fortalecer y ampliar las relaciones entre México y la Comunidad y sus Estados miembros, establecidas entre ambas Partes en el Acuerdo Marco de Cooperación ("Acuerdo Marco") suscrito por ellas en Luxemburgo el 26 de Abril de 1991.¹¹

México y la Comunidad, conscientes de dar a su relación bilateral una perspectiva a largo plazo y considerando su adhesión a los principios de economía de mercado y su compromiso con el libre comercio internacional, de conformidad con las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y como miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con especial énfasis en la importancia de un regionalismo abierto, resolvieron celebrar el Acuerdo Global.¹² Su finalidad es fortalecer las relaciones entre las Partes sobre la base de la reciprocidad e interés común; a tal fin se institucionalizará el diálogo político y se reforzarán las relaciones comerciales y económicas.

Se trata de dos instrumentos distintos debido a que las materias sobre los que versan y las competencias sobre las mismas son diversas. El Acuerdo Interino abarca materias que son competencia exclusiva de los órganos comunitarios (específicamente, la Comisión Europea); por el contrario, el Acuerdo Global versa sobre materias en las que la Comisión y los Estados Unidos miembros de ella tiene facultades concurrentes (vrg. servicios, inversión y propiedad intelectual). El segundo de los Acuerdos se firma en la misma fecha y lugar, presumiblemente momentos después de la suscripción del primero. La motivación de este instrumento "interino" fue el mutuo interés en aplicar lo antes posible las disposiciones del Acuerdo Global sobre comercio y cuestiones relacionadas con el último. Es importante destacar que el "Global" está referido a fortalecer: a) las relaciones comerciales; b) la concertación política y c) la cooperación económica.

El Consejo Conjunto, o sea el órgano encargado de la aplicación de los dos Acuerdos, adoptó en Bruselas y Lisboa, los días 23 y 24 de Febrero de 2000, las Decisiones 1/2000 y 2/2000, relacionadas con los Acuerdos Global e Interino, respectivamente. Una vez cumplidas las formalidades necesarias en el orden constitucional de las Partes signatarias, tanto los Acuerdos Global e Interino, como las Decisiones del Consejo Conjunto, entraron en vigor el 1 de Julio de 2000.

En lo que respecta a los procedimientos para la solución de controversias que pueden surgir en materias relacionadas con el Comercio los dos Acuerdos contienen un dispositivo idéntico en esta cuestión:

¹¹.- De conformidad con el Art. 60, apartado 4, del Acuerdo Global, éste sustituirá al Acuerdo Marco, tan pronto como los Títulos II y III del primero sean aplicables por Decisión del Consejo Conjunto.

¹².- Penúltimo Considerando del Acuerdo Global.

"El Consejo Conjunto decidirá sobre el establecimiento de un procedimiento específico para la solución de las controversias comerciales y relacionadas con el comercio, compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia."

Lo más interesante de estos artículos es el énfasis que hace en que "el procedimiento específico" sea compatible con las disposiciones -- en materia de solución de controversias-- previsto en el Anexo 2 de la OMC. Esta "compatibilidad" con los Acuerdos de Marrakech no es visible en los múltiples Tratados de Libre Comercio celebrados entre México y otros países del hemisferio occidental (incluyendo el TLCAN), tratados que sólo aluden al GATT.¹³ En cambio en el Tratado de Libre Comercio México-Israel, firmado recientemente, sí establece que las diferencias que surjan en relación con dicho instrumento y en el Acuerdo sobre la OMC podrán resolverse en uno u otro foro, siendo el seleccionado por la reclamante, excluyente del otro.¹⁴ La alternativa de selección entre los procedimientos previstos en la OMC y los que contemplan los Acuerdos celebrados por México con la Comunidad Europea, tratándose de controversias comerciales, también se incluye en las Decisiones del Consejo Conjunto.

A menos que las Partes acuerden otra cosa los procedimientos ante el panel arbitral seguirán las Reglas Modelo de Procedimiento establecidas en el Anexo III.¹⁵ El Comité Conjunto podrá modificar dichas Reglas.

Los procedimientos arbitrales establecidos en el Título V no considerarán "asuntos relacionados con los derechos y obligaciones de las Partes en el marco del Acuerdo que establece la OMC".¹⁶ Esta breve disposición significa que el recurso a los procedimientos arbitrales establecidos en este Título V, será sin perjuicio de cualquiera acción posible en el Anexo 2 de la OMC (el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Controversias). Sin embargo, cuando una Parte haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme a este Título de la Decisión o conforme al Acuerdo que crea la OMC, en relación con un asunto particular, dicha Parte no podrá iniciar un procedimiento de esta misma clase con respecto a la misma materia en el otro foro, hasta que el primer procedimiento haya concluido. Se considerará que un procedimiento de solución de controversias se ha iniciado en el marco de la OMC, cuando una Parte haya presentado una solicitud para el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el Artículo 6 del Entendimiento antes mencionado.

Esta disposición indica la importancia que la Comunidad Europea y sus Estados miembros atribuyen al Acuerdo por el que se establece la OMC y su compatibilidad con el Acuerdo Global y la Decisión 1/2000 del Consejo Conjunto. Se sugiere compararla con el contenido del Art. 2005 del TLCAN, en el que la selección de un foro --ante el GATT o ante el TLCAN-- es excluyente del otro, con las limitaciones que fija el propio dispositivo. En el caso de esta Decisión (Art. 43) los procedimientos de solución de controversias pueden iniciarse y decidirse en uno u otro foro, bastando que la Parte que reclama espere hasta que el otro procedimiento haya concluido. Esta duplicidad de instancias puede propiciar resoluciones contradictorias.

El nuevo tratado de libre comercio celebrado entre los Estados Unidos Mexicanos y los cuatro países que integran la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) países que no son miembros de la Comunidad Europea, pero que sí son Parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC), tiene también un paralelismo sustancial con el contexto de aquella, particularmente con su Anexo 2 (Entendimiento sobre las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Controversias).

Como resultado de lo anterior, ciertas materias incluidas en el ámbito del TLCAN, en las que puedan surgir controversias, concretamente aquellas referentes a la inversión y al antidumping (incluyendo cuotas compensatorias)

¹³.- Con excepción del celebrado con Nicaragua (Diario Oficial del 1 de Julio de 1998), que dispone también la alternativa para seleccionar como foro para dirimir la controversia el propio TLC o la OMC.

¹⁴.- Artículo 10-04, Capítulo X del TLC entre México e Israel.

¹⁵.- Existe además un Código de Conducta para los árbitros miembros del panel (Apéndice I).

¹⁶.- Art. 43 (3).

no son resueltas a través de paneles constituidos según las normas del Tratado, sino mediante compromisos internacionales adquiridos por las Partes en instrumentos multilaterales de los que son signatarios. En materia de inversión los diferendos entre los Estados de la AELC y México serán resueltos mediante la aplicación de los Códigos de Liberalización y el Instrumento de Trato Nacional de la OCDE. En lo tocante a antidumping, las Partes aplicarán el artículo VI del GATT de 1994 y el Acuerdo relativo a la Aplicación de dicho Artículo que regula las medidas conducentes.

8.- La solución de controversias de carácter privado en los acuerdos regionales.

Sólo en el TLCAN¹⁷ y en algunos de los tratados que han recibido su influencia,¹⁸ se alude a métodos alternativos para la solución de controversias de naturaleza privada. En dichos instrumentos se establece que en la medida de lo posible, cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias entre particulares; que a tal fin, cada parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en estas controversias.

Agrega el artículo 2022 del TLCAN que se considerará que las partes cumplen con este propósito, si son parte y se ajustan a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

El mismo artículo dispone que se establecerá un comité consultivo integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales de carácter privado. El comité presentará informes y recomendaciones a la comisión sobre cuestiones generales que le sean referidas por la comisión y relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

El Comité Consultivo fue constituido en 1994 y se integra por treinta especialistas. De los diez integrantes de cada país, dos representan al sector público y el resto a la iniciativa privada. El comité ha celebrado hasta ahora diez reuniones. Dichos encuentros se realizan en diversos lugares de cada uno de los tres países en forma rotativa.

El comité ha venido desempeñando sus funciones en grupos de trabajo que han dedicado su atención a la compilación de las legislaciones existentes en los tres países en relación con métodos alternativos para la solución de diferendos comerciales, así como de la jurisprudencia creada en esta materia, principalmente en lo atinente a la eficacia de los acuerdos arbitrales y al reconocimiento y ejecución de los laudos. Los subcomités se han abocado también a propiciar entre pequeños y medianos empresarios el uso de la mediación y la conciliación como medios preventivos de soluciones heterocompositivas y se ha hecho énfasis en la sinergia que debe existir entre estos mecanismo alternativos, incluido el arbitraje, y el sistema judicial, a nivel local y federal.

Con este mismo enfoque el Comité Consultivo ha recomendado a la Comisión de Libre Comercio, órgano máximo en el Tratado, la programación de cursos de capacitación y de información recíproca con funcionarios de la judicatura, programas que ya se están instrumentando en los tres países. La visión panorámica de estas recomendaciones podría resumirse en una mayor concienciación a nívnsarial, forense y judicial, de la importancia de estos métodos alternativos diversos a la adjudicación jurisdiccional. Cabría decir, a la creación de una cultura del arbitraje, que aún contando con el apoyo de legislaciones de vanguardia, requiere aún de mayor raigambre y conocimiento en la negociación comercial. Estamos convencidos que todos los esquemas regionales y subregionales

¹⁷.- Capítulo XIX. Sección C. Art. 2022

¹⁸.- Ver. TLC-G3. Capítulo XIX. Art. 19-19: TLC Costa Rica-México, Capítulo XVII, Art. 17-18.

de integración y de libre comercio en el hemisferio, deben contar con mecanismos que auspicien la resolución pacífica de los diferendos que lleguen a surgir entre particulares, es decir, de naturaleza privada.

9.- Conclusiones.

9.1. El derecho de todas las personas para ser oídas, con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley aplicable, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter, es parte de los derechos humanos.

Si bien es cierto que tal derecho aparece consagrado tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), así como en la Declaración Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969), bajo el rubro de las "garantías judiciales", creemos que dicho derecho se extiende también a la resolución de las controversias que las personas involucradas quieran dirimir en la vía extra-judicial, es decir, ante tribunales arbitrales. En el fondo el derecho humano es el mismo. La substancia en que se fundamenta (órgano imparcial competente, derecho de audiencia a ambas partes, determinación de sus derechos y obligaciones en una resolución correctamente motivada), es semejante en un juicio ante tribunales judiciales y en un procedimiento de arbitraje.

El hecho de que la sentencia arbitral no tenga fuerza coercitiva y requiera del auxilio de la jurisdicción judicial para ejecutarse, no precluye el derecho de las personas para resolver sus diferendos consensualmente, por la vía del arbitraje. La obligación de los jueces para impartir el auxilio de su jurisdicción a los árbitros comprueba la convergencia de ambas vías.

9.2. Es interesante y concluyente que los Acuerdos (Global e Interino) recientemente celebrados entre México y la Comunidad (actualmente Unión) Europea, instrumentos que establecen como mecanismos de solución de las controversias (que llegaren a suscitarse en el marco de los mismos), el procedimiento arbitral, precisan que ambos están fundados en el respeto recíproco a los derechos humanos fundamentales, tal y como estos se enuncian en la Declaración Universal de las Naciones Unidas, constituyendo tales derechos humanos un elemento esencial de dichos Acuerdos.

Rio de Janeiro, Brasil, 31 de Julio de 2001.

Las facultades de los árbitros no son omnímodas, ni inconstitucionales

Dr. Jose Luis Siqueiros*

I.- Reciente resolución del máximo tribunal que favorece al arbitraje comercial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por sentencia fechada el 30 de junio de 2004, según Acuerdo de su Primera Sala, dictado en el amparo en revisión 759/2003 en que fue quejoso Teléfonos de México, Sociedad Anónima de Capital Variable (En adelante TELMEX) y tercero perjudicado Megacable Comunicaciones de México, Sociedad Anónima de Capital Variable (en adelante MEGACABLE), resolvió por unanimidad de sus integrantes que la Justicia de la Unión no ampara ni protege a TELMEX respecto de los actos que reclamó del Congreso de la Unión, Presidente de la República, Secretario de Gobernación y Director del Diario Oficial de la Federación, consistentes en la expedición, promulgación, refrendo y publicación del Artículo 1435 del Código de Comercio.

La importancia de la tesis de la Suprema Corte debe resaltarse y difundirse en México y en el extranjero ante el auge en el uso del arbitraje comercial (nacional e internacional) como un mecanismo idóneo para resolver controversias en forma extra-judicial. El punto crucial del amparo era determinar si el Art. 1435 del Código de Comercio es inconstitucional porque omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento relativo a la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, estableciendo plazos y formas para ello, así como y del periodo de alegatos; asimismo porque se alegaba que dicho precepto faculta al tribunal para actuar de manera omnímoda para establecer las reglas atinentes y dirigir el arbitraje en el modo que estime apropiado.

La resolución del alto tribunal que por primera vez decide en tal instancia sobre la constitucionalidad del procedimiento arbitral tal y como éste se regula en el ordenamiento mercantil mexicano, viene a establecer un precedente de singular importancia. No obstante que los Tribunales Colegiados de Circuito habían confirmado que la autoridad jurisdiccional, que es propia del Estado, se puede ejercer también por los árbitros, no fue hasta ahora cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) "avala" la constitucionalidad de la legislación normativa de este mecanismo; por ello pensamos que dicha resolución debe ser analizada y difundida.

II.- Antecedentes

i) El 5 de diciembre de 2001 un tribunal arbitral constituido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM), institución que administró el procedimiento, emitió laudo en el caso 5/2001, instaurado por MEGACABLE en contra de TELMEX. La parte demandada, no obstante que fue debidamente emplazada y notificada de todas las actuaciones del procedimiento, actuó en rebeldía. Al no presentar contestación a la demanda de arbitraje, el Consejo General del CAM de conformidad con las citadas Reglas resolvió que correspondía al tribunal arbitral decidir sobre su propia competencia. A dicho efecto los tres árbitros examinaron el Convenio Marco de Prestación de Servicios de Interconexión celebrado por las partes en 1999 y llevado a escritura pública,¹ en cuyo clausulado dichas partes acordaron expresamente que en caso de surgir una controversia serían competentes, a elección de la parte actora: (i) la jurisdicción de los tribunales federales de la Ciudad de México, o (ii) un procedimiento arbitral de estricto derecho.

* Profesor de Derecho Arbitral. Universidad Iberoamericana.

¹ Escritura pública No. 67,338 ante la fe del Notario Público No. 103 del Distrito Federal, Lic. Armando Galvez Pérez, fechada el 8 de abril de 1999.

Al surgir el diferendo MEGACABLE optó por la segunda alternativa. Es de interés apuntar que en una controversia anterior suscitada entre las mismas partes y relacionada con el mismo Convenio Marco, TELMEX se había sometido a la competencia de un tribunal arbitral integrado bajo las Reglas del CAM; (Exp. 3/2001). En tal virtud y de conformidad con tales antecedentes, los árbitros se declararon competentes para conocer el caso. El laudo fue dictado en diciembre de 2001. Los árbitros aplicaron en cuanto al fondo el derecho elegido por las partes, y con fundamento en lo preceptuado en el artículo 1441 fracción III del Código de Comercio² emitieron aquél basándose en las pruebas que tuvieron disponibles. Se condenó a TELMEX a pagar la suerte principal y otras prestaciones.

ii) MEGACABLE inició procedimientos de homologación del laudo arbitral ante el Juez Sexto del Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal en 2002 y el juzgador dictó sentencia ordenando el reconocimiento y ejecución del laudo en el mes de junio del mismo año.

iii) Inconforme con la sentencia del Juez de Distrito, TELMEX solicitó el amparo y la protección de la justicia federal en contra de diversas autoridades responsables, incluyendo entre ellas al Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, al Congreso de la Unión, al Secretario de Gobernación, al Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, al Actuario adscrito al mismo y al Director del Diario Oficial de la Federación.

De las tres primeras autoridades y de la última, la quejosa reclamó la expedición, promulgación, refrendo y publicación del Código de Comercio, específicamente la inconstitucionalidad del artículo 1435 de dicho ordenamiento en su texto actual. Del Juez Sexto de Distrito y del Actuario del mismo se reclamaron la sentencia dictada por el primero fechada el 21 de junio de 2002 en los autos del incidente de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral a que se ha hecho mérito, así como la notificación de dicha sentencia por el segundo.

El Juez Décimo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, a quién por razón de turno le tocó conocer del asunto, admitió la demanda y celebrada la audiencia constitucional dictó sentencia en marzo de 2003 negando el amparo de la quejosa en contra de los actos que reclamó de todas las autoridades responsables. En el considerando quinto de la sentencia, al analizar el primer concepto de violación, en el cual la quejosa sostiene la inconstitucionalidad del Artículo 1435 del Código de Comercio, el Juez de amparo definió lo que debe conceptuarse como “proceso” desde el punto de vista doctrinal e hizo constar resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a las formalidades esenciales del procedimiento, citando la jurisprudencia respectiva. Desarrolló el tema relativo a lo que constituye el procedimiento arbitral enfocándolo también, en el ámbito doctrinario, para resolver que la quejosa realizó una inexacta interpretación del ordenamiento mercantil, ya que a juicio del juzgador el Título Cuarto del Libro Quinto de aquél contiene una regulación en la que se consagran las formalidades esenciales del procedimiento.

Con fundamento en la anteriormente expuesto concluye que el concepto de violación resulta infundado, en virtud de que el citado artículo 1435 no es violatorio del artículo 14 constitucional, en tanto que constriñe a las partes como al tribunal de arbitraje —en la sustanciación del procedimiento arbitral— a ajustarse a las disposiciones contenidas en el mencionado Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio; el articulado relativo prevé las formalidades esenciales del procedimiento exigidas por el citado artículo de la Carta Magna, agregando que de ninguna manera el tribunal cuenta con facultades omnímodas para conducir el procedimiento, ya que tiene que ajustarse en sus actuaciones al procedimiento pactado por las partes o en su defecto a “*dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado*”;³ no obstante, concluye, en una u otra alternativa, el tribunal arbitral quedará sujeto a las disposiciones procesales del Título Cuarto (*del arbitraje comercial*) del Libro Quinto (*de los juicios mercantiles*).

² Art. 1441.- “Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa justificada:

III.- Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

³ El texto del artículo 1435 es el siguiente: “Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán la libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo

Dicho en otras palabras, el Código de Comercio faculta a los árbitros a conducir el arbitraje en la forma que consideren apropiada, incluyendo la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, siempre y cuando se respeten las formalidades que son esenciales en todo proceso.

iv) Inconforme con la sentencia, la quejosa interpuso recurso de revisión ante el propio Juez de Distrito; este último acordó remitir los autos al Tribunal Colegiado en Materia Civil en turno del Primer Circuito para la substanciación del mismo. El Décimo Cuarto Tribunal Colegiado admitió dicho recurso en abril de 2003. Previo dictamen del Magistrado Ponente y en virtud de que la demanda de amparo impugnaba una ley federal (Código de Comercio) por estimarla inconstitucional, la Magistrado Presidente del citado tribunal determinó remitir el expediente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) con apoyo en el Artículo 84,I,a) de la Ley de Amparo y en el Acuerdo General 5/2001.

v) En mayo de 2003 el Presidente del máximo tribunal admitió el toca en revisión, notificando al Procurador General de la República para que si estimara pertinente formulara pedimento en los términos de ley. Los autos se remitieron a la Primera Sala por tratarse de un asunto de su especialidad y su Presidente determinó el avocamiento de dicha Sala al conocimiento de la revisión, turnándose los autos al Ministro Humberto Román Palacios para elaborar el proyecto de sentencia. Debido a la enfermedad y posterior deceso del Ministro designado, un año después, en junio de 2004, el asunto fue returnado al Ministro Juan N. Silva Meza para proyectar la resolución correspondiente.

III.- La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Nuestro máximo tribunal, con el voto unánime de los cuatro ministros que integran su Primera Sala, consideraron que la Suprema Corte era competente para conocer del recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, Ley de Amparo, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y del Acuerdo Plenario 5/2001, toda vez que en el caso subsiste la materia de constitucionalidad del Artículo 1435 del Código de Comercio. No obstante, debe quedar claro que la SCJN se abstuvo de analizar los agravios expuestos por la quejosa (segundo, tercero, cuarto y quinto de su demanda de amparo) relativos a los actos reclamados al Juez Sexto de Distrito en Materia Civil, consistentes en la sentencia dictada en el incidente de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, así como de su ejecución que se atribuye al actuario de la adscripción.

El máximo tribunal hace un resumen de los agravios hechos valer por la quejosa y que reduce a dos inconformidades. La primera y más importante es en la que la que aduce su discordancia con las consideraciones de fondo que sustentó el Juez de Distrito para establecer que el citado artículo 1435 no es contrario a la Carta Magna. La otra consiste en que el mismo juzgador omitió indicar el fundamento legal en el que se basó para establecer las etapas que constituyen el procedimiento arbitral de estricto derecho. La Corte resuelve que las que los dos agravios son infundados.⁴ Procederemos a analizar la resolución de la SCJN para conocer cual fue su criterio respecto a ambas inconformidades.

i) *Que el Artículo 1435 es inconstitucional al omitir consigna las formalidades esenciales del procedimiento.*

TELMEX alega como premisa básica que el multicitado precepto es inconstitucional porque omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento relativas a la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, establecer los plazos y formas para ello, así como del período de alegatos; o bien porque faculta al tribunal arbitral de “manera omnímoda” a establecer lo anterior.

Con respecto a tal agravio, la SCJN precisa que el precepto supuestamente contrario a la Constitución forma parte integrante de un sistema procesal y que en tal virtud debe analizarse coherentemente con los numerales del cuerpo

dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de pruebas.”

⁴ Ver copia certificada de la resolución, firmado por el Secretario de acuerdos de la Primera Sala, el 20 de agosto de 2004.

jurídico que lo contiene. En esa virtud el artículo en cuestión debe complementarse e interpretarse con los otros que conforman el sistema procesal y que tampoco lo contradigan; incluso, ante un posible vacío legal puede acudir a fuentes de supletoriedad o a su integración en los términos del último párrafo del artículo 14 constitucional.⁵ En tal forma puede determinarse si el precepto impugnado satisface o no la garantía de seguridad jurídica, o sea el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento y para tal efecto, dice nuestro alto tribunal, es menester “desentrañar” el verdadero alcance del Título Cuarto del ordenamiento mercantil (del arbitraje comercial), del cual forma parte el multicitado numeral.

Para dilucidar dicho alcance es necesario advertir que el referido Título forma parte del Libro Quinto del Código y que este último establece la regulación de los juicios mercantiles, i.e., las controversias que se deriven de los actos comerciales. En su Capítulo I (*Del procedimiento especial*) se prevé que el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes — con las limitaciones que se señalan— pudiendo ser un “procedimiento convencional ante tribunales” o un procedimiento arbitral. (artículo 1051).

La primera de las dos variantes se rige por los artículos 1052 y 1053 y la segunda por las disposiciones del Título Cuarto. Brevemente expuesto, el llamado procedimiento convencional ante tribunales es aquel que las mismas partes pactan y que formalizan en escritura pública, póliza ante corredor o ante juez que conozca del negocio. Se trata de un mecanismo privatista y ya obsoleto, que en la práctica ya no utilizan los litigantes. La segunda variante del género, i.e., el procedimiento arbitral, regido ahora por una moderna normatividad, está en pleno auge.⁶ Desde que México adhirió a la Convención de Nueva York⁷ y ratificó lo de Panamá⁸ el arbitraje ha tenido un campo fértil y un incremento notable en los contratos internacionales que consignan cláusulas compromisorias.

Sin perjuicio de los anteriores señalamientos y retomando las consideraciones de la Suprema Corte para esclarecer el alcance “del arbitraje comercial” que regula el Título Cuarto, el alto tribunal precisa que de no existir convenio entre las partes sobre el procedimiento en los términos previstos por el Artículo 1051 del Código, y salvo que las leyes mercantiles establezcan un procedimiento especial o la supletoriedad expresa de otra legislación (que no es el caso), el arbitraje solamente se rige por las disposiciones del mencionado título⁹ del Libro Quinto, excluyendo la aplicación de otras normas relacionadas con juicios mercantiles.¹⁰

La SCJN ha establecido lo que debe entenderse por “formalidades esenciales del procedimiento”. Son aquellas que garantizan una adecuada y oportuna defensa, previa al acto privativo.¹¹ Son también las que resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) la notificación del inicio del procedimiento; 2) la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; 3) la oportunidad de alegar y 4) el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas.

La propia Corte considera que los agravios expuestos por la quejosa y consistentes en que el multicitado precepto del Código de Comercio omite consignar dichas formalidades relacionadas con el ofrecimiento y desahogo de pruebas, el establecimiento de plazos para ello, así como del período de alegatos, son infundados. A su juicio y en concordancia con lo resuelto por el Juez de Distrito, estima que el referido Capítulo Cuarto, intitulado “del arbitraje

⁵ Considerando Tercero de la sentencia de la SCJN.

⁶ Solamente en arbitrajes administrados por la CCI en París, en el lapso 1994-2003 se registraron 93 demandas correspondientes a países de América Latina de las cuales 34 provinieron de partes de las cuales una era mexicana. Actualmente se tramitan múltiples arbitrajes en otros diversos Centros de administración a nivel internacional, como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, el Centro Norteamericano de Resolución de Disputas Comerciales y la Asociación Americana de Arbitraje. En México, la Cámara Nacional de Comercio de la Cd. de México, el Centro de Arbitraje de México y otros órganos administran innumerables casos de solución de controversias.

⁷ Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, suscrita el 10 de junio de 1958.

⁸ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en 1975.

⁹ Artículos 1415 al 1463.

¹⁰ Artículo 1054.

¹¹ Novena Epoca del Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Tomo II, Diciembre de 1995; tesis P./J. 47/95, página 133.

comercial”, especialmente sus capítulos V y VI cumplen con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento, incluyendo aquella relativa a la adecuada defensa, ya que el demandado tiene la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que finca su pretensión, así como de alegar; por lo anterior de ninguna manera queda en estado de indefensión.¹²

Después de transcribir los artículos que consideró pertinentes del Título Cuarto Libro, Libro Quinto del ordenamiento mercantil, el supremo tribunal federal concluye que la facultad que el numeral 1435 del mismo confiere al tribunal de arbitraje se encuentra acotada por las disposiciones contenidas en la misma codificación, que sí establecen las formalidades esenciales del procedimiento; todo ello, conformidad con la jurisprudencia invocada.

Por consiguiente, y esto es lo importante para los que somos entusiastas del arbitraje, concluye: *“las facultades del tribunal de arbitraje y en particular las de establecer las reglas del procedimiento arbitral inherentes al ofrecimiento, admisión y desahogos de pruebas, así como de alegatos (en el contexto del artículo 1435 del Código y los otros preceptos del mismo ordenamiento en su Título Cuarto) no son absolutas ni omnímodas, y por lo contrario salvaguardan las formalidades esenciales del procedimiento que tutela el Artículo 14 Constitucional.”*

ii) El juzgador omitió indicar el fundamento legal para establecer las etapas que constituyen el arbitraje de estricto derecho.

El alto tribunal acepta que en verdad el juez federal omitió en su sentencia indicar el fundamento en que se basó para establecer las etapas procesales que constituyen el arbitraje de estricto derecho. Sin embargo, dice la SCJN, tal omisión “no es contrario a derecho”, porque para tal efecto acudió a fuentes doctrinarias que identificó plenamente.

En efecto, el Juez de Distrito al analizar el primer concepto de violación en el cual la quejosa sostiene la inconstitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio, definió lo que era el proceso enfocándolo de un punto de vista doctrinal, mencionando a distinguidos tratadistas, así como la jurisprudencia de la SCJN en torno a las formalidades esenciales del procedimiento; posteriormente desarrolló el tema sobre lo que constituye el procedimiento arbitral, también desde el punto de vista de la doctrina, pero sin citar los preceptos de la legislación mercantil aplicables.

Nuestro máximo tribunal invoca una tesis de su Segunda Sala indicando que puede acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo en la formulación de sentencias, bajo la única condición de atender, objetiva y racionalmente a sus propias argumentaciones jurídicas.

De acuerdo con dicha tesis, si bien es cierto que en el sistema jurídico mexicano –por regla general– no se reconoce formalmente a la doctrina como sustento de una sentencia, bajo la óptica del artículo 14 constitucional se prevé que en los juicios de orden civil la sentencia deberá ser conforme a la letra de la ley o de su interpretación jurídica. Sin embargo, el mismo precepto establece que en falta de aquella, *la sentencia se fundará en los principios generales del derecho*.¹³ Es práctica reiterada en la formulación de sentencias, dice la Suprema Corte, acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, interpretando la regla restrictiva que impone el artículo 14, tercer párrafo de la Carta Magna, como circunscrita a los juicios de orden criminal,¹⁴ permitiendo que en todos los demás juicios, con variaciones propias, se atienda a la regla que el texto constitucional menciona como propia de los del orden civil.

¹² *Ibid.* La SCJN hace una transcripción literal de los artículos 1434, 1435, 1436, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442 y 1443 del Código de Comercio, que dada su correlación, evidencian las conclusiones del alto tribunal

¹³ 13 Cuarto párrafo del artículo 14 constitucional.

¹⁴ 14 Art. 14, tercer párrafo: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Por lo anterior, concluye la SCJN, cuando se acude a la doctrina mediante la referencia a un tratadista (incluso a través del texto en que expresa su opinión), el juzgador, en lugar de hacerlo de manera dogmática, deberá analizar, objetiva y racionalmente las argumentaciones jurídicas que correspondan, asumiendo *personalmente* las que le resulten convincentes y expresando a su vez las consideraciones que lo justifiquen.¹⁵

IV.- La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la legislación mexicana en materia de arbitraje comercial.

Tomando en cuenta la importancia de la sentencia de la SCJN y de la conveniencia de conocerla más de detalle, la Comisión de Arbitraje Comercial, Capítulo Mexicano de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje Internacional (CAMECIC), invitó a la Ministra de la SCJN y Presidenta de su Primera Sala, Lic. Olga Sánchez Cordero de García Villegas, a una sesión-desayuno en la que nos hiciera el honor de presentar el texto completo del referido fallo.

La sesión se verificó el 5 de octubre de 2004 y en ella la Ministro Sánchez Cordero se sirvió explicarnos en forma clara los antecedentes y las consideraciones que motivaron a los integrantes de dicha Sala para negar el amparo a la quejosa respecto de los actos que reclamó de las diversas autoridades responsables y reconocer asimismo la constitucionalidad del artículo 1435 y de otros preceptos correlacionados con el mismo en el Título Cuarto, Libro Quinto del Código de Comercio; todo lo anterior en indudable beneficio del arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, como un mecanismo idóneo para resolver controversias que en ámbitos pueden surgir en forma extrajudicial.

Al terminar su presentación, cuando amablemente inquirió si habría algunas preguntas de los asistentes, el autor de estas notas —al felicitarla— le consultó si la Sala y el Ministro Ponente¹⁶, al acudir a fuentes doctrinarias no habían advertido la influencia que tuvo la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional*, adoptada por la CNUDMI o UNCITRAL (por su sigla en inglés) el 21 de junio de 1985.

En efecto, en esa fecha, la Asamblea General de las Naciones Unidas, siguiendo la encomienda de su Comisión sobre Derecho Mercantil Internacional, recomendó que “todos los Estados miembros otorguen debida consideración a la Ley Modelo, en vista de la deseabilidad de lograr la uniformidad de las leyes que rigen los procedimientos arbitrales y los requerimientos básicos en la práctica del arbitraje comercial internacional”.¹⁷

Las disposiciones de la Ley Modelo habían sido formuladas por representantes gubernamentales de más de 60 países¹⁸ y de varios organismos multinacionales. Si bien es cierto que una Ley Modelo no equivale a un convenio internacional, sino que solo es un “modelo” a seguir por los legisladores nacionales, éstos pueden, al incorporarla a su derecho positivo, evitar una dicotomía de disposiciones que regulen el arbitraje interno y el internacional: es decir, que con adaptaciones técnicas la nueva ley regiría los dos ámbitos.

No cabe ninguna duda que la legislación mexicana que actualmente regula el arbitraje mercantil recibió una decisiva influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI. En el año de 1988 se efectuaron reformas al Código de Comercio a efecto de introducir, en forma parcial, algunas de las disposiciones de la citada Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional. Si bien dichas reformas fueron significativas,¹⁹ no fueron suficientes para actualizar nuestra regulación en esta materia, así como la de establecer una regulación autónoma sobre la misma.

¹⁵ 15 Amparo directo en revisión 1124/2000. Abel Hernández Rivera y otros. 17 de abril de 2001. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón.

¹⁶ 16 Ministro Juan N. Silva Meza.

¹⁷ Resolución 40/72 U.N. Doc. A/40/17 pp. 81-93

¹⁸ México participó activamente en la elaboración de la Ley Modelo.

¹⁹ Ver artículo del autor “La Nueva Regulación del arbitraje en el Código de Comercio”, publicado en “El Foro”, Órgano de la Barra Mexicana. Octava Época, Tomo II, No. 1 (1989) págs. 157-178.

En tal virtud, cinco años después se reforma nuevamente el Código de Comercio para incorporar el nuevo Título Cuarto, Libro Quinto, bajo el nombre “del arbitraje comercial”, introduciendo en el mismo 49 artículos (del 1415 al 1463),²⁰ despositivos que continúan en vigor. Para ilustrar la génesis de estas modificaciones al Código y apreciar el ascendiente que tuvo en las mismas la Ley Modelo de las Naciones Unidas, basta leer algunos párrafos de la Exposición de Motivos presentadas por el Ejecutivo al Congreso de la Unión:

“De merecer la aprobación de ese H. Congreso de la Unión, se incorporarían las disposiciones de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que es el resultado de una negociación universal realizada en el seno de las Naciones Unidas. La Asamblea General de este organismo recomendó a todos los países que examinaran debidamente la mencionada Ley Modelo y tomaran en cuenta la conveniencia de uniformar el derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

.....

Cabe señalar que ya desde 1988, se efectuaron reformas al propio Código de Comercio, con el objeto de introducir parcialmente disposiciones de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, así como de la Convención sobre el Reconocimiento de las Sentencias arbitrales Extranjeras, adoptada en Nueva York en 1958. La presente iniciativa representa un avance en esa dirección al incorporar las demás disposiciones de dicha propuesta de las Naciones Unidas.”

El legislador adoptó la iniciativa del ejecutivo y desde hace más de once años contamos con una moderna y actualizada regulación del arbitraje mercantil, que rige la materia a nivel nacional e internacional.²¹ Los artículos 1434, 1435, 1436, 1438, 1439, 1440, 1441, 1442 y 1443 del ordenamiento, invocados expresamente por nuestro más alto tribunal para comprobar que el Título Cuarto (Libro Quinto) del mismo cumplan con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento, son una reproducción, casi literal de los artículos 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26 (párrafo 1) y 26 (párrafo 2) de la Ley Modelo.

Ahora bien, si la SCJN en su misma resolución nos dice que es práctica reiterada en la formulación de sentencias el acudir a la doctrina como elemento de análisis y apoyo, acaso una Ley Modelo aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas no constituye “doctrina”? Ciertamente que no es un tratado internacional y por lo mismo carece de efecto vinculatorio; es solo, como anteriormente se indicó, un “modelo” a seguir por los legisladores nacionales que pueden o no adoptarla. No es ciertamente la opinión de un distinguido autor o tratadista, concepto como tradicionalmente se conceptúa a la doctrina; es el producto consensuado de expertos de numerosos países que bajo los auspicios de un organismo internacional, en este caso la CNUDMI, después de exhaustivas deliberaciones aprueban una “ley” que es solo una pauta para influir al legislador interno y que tiene como objetivo el armonizar el régimen legal de una temática, dentro de un contexto internacional.

Tomando en cuenta la relativa modernidad de las llamadas “leyes modelo”²² debemos meditar sobre su posible clasificación dentro de las fuentes del derecho nacional. La Ministra Sánchez Cordero, al contestar mi pregunta, muy gentilmente elogió la aportación del autor al contexto y antecedentes de la resolución de nuestro máximo tribunal,

²⁰ Decreto modificatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993.

²¹ Cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional, salvo lo dispuesto en tratados internacionales de que México sea parte o en otras leyes que establezcan un procedimiento distinto o que dispongan que determinadas controversias no sean susceptibles de arbitrajes. Art. 1415 del Código de Comercio.

²² La Sexta Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI) celebrada en Washington, D.C. EUA, en Febrero de 2002, aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias.

pero no se pronunció en cuanto al ascendiente de la Ley Modelo como posible fuente jurisprudencial. Pido a los lectores de este trabajo me ayuden a dilucidar esta interrogante.

V.- Conclusiones.

i) La resolución de la Suprema Corte de Justicia del 30 de Junio de 2004, dictada en el amparo en revisión 759/2003 (Quejoso: Teléfonos de México, S.A. de C.V.) negándole al quejoso la protección de la justicia federal en el juicio de garantías que interpuso en contra de diversas autoridades, fundamentalmente reclamando la inconstitucionalidad del artículo 1435 del Código de Comercio, debe ser resaltada y difundida. En dicha sentencia nuestro máximo tribunal precisa de tal precepto, así como los otros artículos que integran el Título Cuarto, Libro Quinto del ordenamiento mercantil, consignan las formalidades esenciales del procedimiento en lo relativo a ofrecer y desahogar pruebas, estableciendo los plazos y formas para ello. Asimismo, establece que los preceptos impugnados de ninguna manera facultan al tribunal para actuar de manera omnímoda para dirigir los arbitrajes en el modo que estime apropiado. La resolución de la Suprema Corte viene a establecer un precedente, al más alto nivel, sobre la constitucionalidad del procedimiento arbitral como un mecanismo idóneo para resolver controversias en forma extra-judicial.

ii) Es de interés resaltar el ascendiente que tuvo nuestra legislación mercantil (en materia de arbitraje) en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional; asimismo, dilucidar el carácter que, como “fuentes del derecho”, tienen las leyes modelo adoptadas por organismos internacionales cuando su contenido se incorpora a la legislación nacional.

La solución de las controversias comerciales en los acuerdos celebrados entre México y la Comunidad Europea. José Luis Siqueiros*

I Antecedentes

El 8 de Diciembre de 1997 se firmaron en Bruselas dos Acuerdos, de suma importancia cada uno, entre los Estados Unidos Mexicanos ("México") y la Comunidad Europea ("la Comunidad")¹ Dichos Acuerdos son:

- 1.- El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación ("Acuerdo Global"), y
- 2.- El Acuerdo Interino sobre Comercio y cuestiones relacionadas con el Comercio ("Acuerdo Interino").

El primero de dichos Acuerdos tuvo como finalidad fortalecer y ampliar las relaciones entre México y la Comunidad y sus Estados miembros, establecidas entre ambas Partes en el Acuerdo Marco de Cooperación ("Acuerdo Marco") suscrito por ellas en Luxemburgo el 26 de Abril de 1991.²

México y la Comunidad, conscientes de dar a su relación bilateral una perspectiva a largo plazo y considerando su adhesión a los principios de economía de mercado y su compromiso con el libre comercio internacional

de conformidad con las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y como miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con especial énfasis en la importancia de un regionalismo abierto, resolvieron celebrar el Acuerdo Global.³ Su finalidad es fortalecer las relaciones entre las Partes sobre la base de la reciprocidad e interés común; a tal fin se institucionalizará el diálogo político y se reforzarán las relaciones comerciales y económicas.⁴

Se trata de dos instrumentos distintos debido a que las materias sobre las que versan y las competencias sobre las mismas son diversas. El Acuerdo Interino abarca materias que son competencia exclusiva de los órganos comunitarios (específicamente, La Comisión Europea); por lo contrario, el Acuerdo Global versa sobre materias en las que la Comisión y los Estados miembros de ella tienen facultades concurrentes (vrg. servicios, inversión y propiedad intelectual).

* Miembro fundador y numerario de la Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C.

¹.- Los quince países que integran la Comunidad Europea son: El Reino de Bélgica, El Reino de Dinamarca, La República Federal de Alemania, La República Helénica, El Reino de España, La República Francesa, Irlanda, La República Italiana, El Gran Ducado de Luxemburgo, El Reino de los Países Bajos, La República de Austria, La República Portuguesa, La República de Finlandia, El Reino de Suecia y El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

².- De conformidad con el Artículo 60, apartado 4, del Acuerdo Global, éste sustituirá al Acuerdo Marco tan pronto como los Títulos II y VI del primero sean aplicables por Decisión del Consejo Conjunto.

³.- Penúltimo Considerando del Acuerdo Global.

⁴.- Artículos 2, 3 y 4 del Acuerdo Global.

El segundo de los Acuerdos se firma en la misma fecha y lugar, presumiblemente momentos después de la suscripción del primero. La motivación de este instrumento "interino" fue el mutuo interés en aplicar lo antes posible las disposiciones del Acuerdo Global sobre comercio y cuestiones relacionadas con el último.⁵ Es importante destacar que el "Global" está referido a fortalecer: a) las relaciones comerciales; b) la concertación política y c) la cooperación económica.

Sin embargo, el Acuerdo Global establece en su Artículo 60 (Entrada en vigor),⁶ que la aplicación de los Títulos II y VI, el primero referido al diálogo político y el segundo a la cooperación económica, quedará suspendida hasta la adopción por el Consejo Conjunto (el órgano encargado de la aplicación del Acuerdo) de las decisiones previstas en los artículos 5, 6, 9, 10, 11 y 12 de dicho Acuerdo Global; es decir, aquellas relativas a comercio de bienes, de servicios, movimientos de capital y pagos, contratación pública y propiedad intelectual.

La Decisión 1/2000 la adoptó el Consejo Conjunto los días 23 y 24 de Febrero de 2000, en las ciudades de Bruselas y Lisboa, respectivamente.⁷ Asimismo, en las mismas fechas y sitios, se adoptó la Decisión 2/2000 del mismo Consejo Conjunto en relación con el Acuerdo Interino, cabe decir, el referido al comercio y cuestiones relacionadas con él.⁸

El Acuerdo Interino dispuso que el mismo entraría en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha en que las Partes se hubiesen notificado recíprocamente del cumplimiento de las formalidades necesarias a tal efecto (la aprobación de la Cámara de Senadores, en el caso de México y la del órgano constitucional correspondiente a cada uno de los quince miembros de la Comunidad, así como el canje de las respectivas notas diplomáticas en la ciudad de Bruselas). El Decreto Promulgatorio del citado Acuerdo Interino fué publicado en México en el Diario Oficial el 31 de Agosto de 1998. Para efectos internacionales el instrumento inició su vigencia el 1º de Julio de 1998; para efectos internos (en México), el 1º de Septiembre de 1998.

El Acuerdo Global y las dos Decisiones del Consejo Conjunto en torno a aquel y al Acuerdo Interino, han sido ya aprobadas por el Senado de la República. La publicación en el Diario Oficial de los Decretos Presidenciales promulgando los tres instrumentos restantes deberá ocurrir próximamente.⁽¹⁾ Al entrar en vigor al Acuerdo Global dejará de ser aplicable el Acuerdo Interino.⁹ Las Decisiones adoptadas por el Consejo Conjunto del último deberán ser consideradas como si hubieran sido adoptadas por el Consejo Conjunto establecido por el Acuerdo Global en su Artículo 45.¹⁰ En tal virtud, la Decisión 2/2000 adoptada por el Consejo Conjunto creado por el Acuerdo Interino y firmado los días 23 y 24 de Febrero de 2000, entrará en vigor el 1 de Julio de 2000 y se considerará como adoptada por el Consejo Conjunto del Acuerdo Global que lo reemplaza. El Acuerdo Global y la Decisión del Consejo Conjunto del mismo entrarán en vigor el primer día del mes siguiente a la fecha en la cual las Partes se hayan notificado el cumplimiento de las formalidades necesarias a tal efecto, de conformidad con sus propios procedimientos.

⁵.- Tercer Considerando del Acuerdo Interino.

⁶.- Apartado 2.

⁷.- La Decisión del Consejo Conjunto establece como objetivos del acuerdo Global: (a) la liberalización progresiva y recíproca del comercio de servicios, de conformidad con el artículo V. del AGCS; (b) la liberalización progresiva de la inversión y pagos; (c) asegurar la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, de conformidad con las normas internacionales más exigentes; y (d) el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias.

⁸.- La Decisión del Consejo Conjunto establece los acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos del Acuerdo Interino: (a) la liberalización progresiva y recíproca del comercio de bienes, de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1994; (b) la apertura de los mercados convenidos de contratación pública de las Partes; (c) el establecimiento de un mecanismo de cooperación en materia de competencia; (d) el establecimiento de un mecanismo de consultas en materia de asuntos de propiedad intelectual; y (e) el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias.

⁽¹⁾ 26 de Junio de 2000

⁹.- Artículo 16 (Duración) del Acuerdo Interino.

¹⁰.- Artículo 60, apartado 5 del Acuerdo Global.

Una vez que las Partes se hubieran notificado el cumplimiento de dicha formalidades, la Secretaría de Relaciones Exteriores publicará en el Diario Oficial la fecha de entrada en vigor del Acuerdo Global y de la Decisión de su Consejo Conjunto.

II. La solución de las controversias en los acuerdos originales del 8 de diciembre de 1997. (Global e interino)

El establecer un procedimiento específico para la solución de controversias que puedan surgir en materias relacionadas con el comercio, es ya un común denominador en los Acuerdos multilaterales y bilaterales suscritos en la esfera internacional.¹¹ En tal virtud no es de extrañar que tanto el Acuerdo Global¹² como el Acuerdo Interino¹³ contengan un dispositivo idéntico en esta cuestión:

"El Consejo Conjunto decidirá sobre el establecimiento de un procedimiento específico para la solución de las controversias comerciales y relacionadas con el comercio, compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia".

Lo más interesante de estos artículos es el énfasis que hace en que "el procedimiento específico" sea compatible con las disposiciones --en materia de solución de controversias-- previsto en el Anexo 2 de la OMC. Esta "compatibilidad" con los Acuerdos de Marrakech no es visible en los múltiples Tratados de Libre Comercio celebrados entre México y otros países del hemisferio occidental (incluyendo el TLCAN), tratados que sólo aluden al GATT.¹⁴ En cambio en el Tratado de Libre Comercio México-Israel, firmado recientemente, sí establece que las diferencias que surjan en relación con dicho instrumento y en el Acuerdo sobre la OMC, podrán resolverse en uno u otro foro, siendo el seleccionado por la reclamante, excluyente del otro.¹⁵ La alternativa de selección entre los procedimientos previstos en la OMC y los que contemplan los Acuerdos celebrados por México con la Comunidad Europea, tratándose de controversias comerciales, también se incluye en las Decisiones del Consejo Conjunto que se analizan más adelante. (Ver Capítulo III-3.3.3 y nota a pie de página 33).

III. La decisión 1/2000 del consejo conjunto en el acuerdo de asociación económica, concertación política y cooperación (global)

Como anteriormente se señaló, el Consejo Conjunto, creado por el Acuerdo Global y formado a nivel ministerial para supervisar la aplicación de aquel,¹⁶ suscribió los días 23 y 24 de Febrero de 2000 (en Bruselas y Lisboa, respectivamente), la Decisión 1/2000. Dicha Decisión consta de siete Títulos, que por orden progresivo son los siguientes:

¹¹.- Ver Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) Art. XXIII y GATT **Standards Code**, Art. 14. Asimismo el **Anexo 2** del Acuerdo de Marrakech por el que se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), denominado **Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Controversias**.

¹².- Artículo 50.

¹³.- Artículo 12.

¹⁴.- Con excepción del celebrado con Nicaragua (Diario Oficial del 1 de Julio de 1998), que dispone también la alternativa para seleccionar como foro para dirimir la controversia el propio TLC o la OMC.

¹⁵.- Artículo 10-04, Capítulo X del TLC entre México e Israel.

¹⁶.- El Consejo Conjunto está formado por miembros del Gobierno de México, por una Parte y los miembros del Consejo de la Unión Europea y miembros de la Comisión Europea, por la otra. Está facultado para tomar decisiones que tendrán un carácter vinculante para las Partes. El Consejo Conjunto podrá delegar cualquiera de sus competencias en el Comité Conjunto, el cual podrá adoptar las decisiones que correspondan (Art. 47 y 48 del Acuerdo Global). En relación con sus obligaciones específicas referentes al comercio y cuestiones relacionadas con él, consultar el Título VI, Art. 44 de la Decisión.

I. Disposiciones Generales; II. Comercio de Servicios; III. Inversión y Pagos Relacionados; IV. Propiedad Intelectual; V. Solución de Controversias; VI. Obligaciones Específicas del Comité Conjunto referentes a Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio; VII. Disposiciones Finales.

Para los efectos de este estudio, relacionado con la solución de controversias comerciales en el ámbito del Acuerdo Global y de la Decisión adoptada por el Consejo Conjunto en relación con aquel, sólo se hará referencia a aquellos Títulos de la Decisión que tienen incidencia en dicha temática.

III.1 Título I. Disposiciones Generales

El Artículo 1 (ámbito de aplicación de la Decisión) previene que el Consejo Conjunto ha establecido cuales son los compromisos necesarios para alcanzar los objetivos del Acuerdo (Global) y que los mismos son:

- (a) la liberalización progresiva y recíproca del comercio de **servicios**, de conformidad con el Artículo V del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS);
- (b) la liberalización progresiva de la inversión y pagos;
- (c) asegurar la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, de conformidad con las normas internacionales más exigentes; y
- (d) **el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias.**

III.2 Título II. Comercio de Servicios. Capítulo III. Servicios Financieros

El Art. 25 de este Capítulo (Solución de Controversias), hace una referencia a los árbitros designados en los paneles arbitrales establecidos de conformidad con el Título V de la propia Decisión, disponiendo que los mismos deberán tener conocimientos técnicos sobre el servicio específico objeto de la disputa y ser especialistas en derecho financiero.

III.3 Título V. Solución de Controversias.

El Título se divide en tres Capítulos, el primero referido al **Ámbito de Aplicación**, el segundo a **Consultas** y el tercero al **Procedimiento Arbitral**.¹⁷

III.3.1 Ámbito de aplicación y cobertura

Las disposiciones del Título V se aplican en relación con cualquier asunto que surja de la Decisión o de los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 del Acuerdo Global (comercio de bienes, de servicios, movimientos de capital y pagos, incluyendo medidas y calendario para la supresión progresiva y recíproca de restricciones respecto a tales movimientos, así como contratación pública y leyes de competencia), en adelante y para los efectos de la Decisión, "los instrumentos jurídicos abarcados".¹⁸

Por excepción, el procedimiento arbitral establecido en el Capítulo III del Título que se comenta, **no será** aplicable en caso de: (a) controversias referentes a los acuerdos sobre reconocimiento mutuo en materia de prestación de servicios (acuerdos que se regirán por las disposiciones de la OMC y Art. VII del AGCS)¹⁹; (b) dificultades con la balanza de pagos y medidas que se adopten por las Partes para corregirlas, de conformidad con las obligaciones de las Partes al amparo de la OMC y del Fondo Monetario Internacional (FMI)²⁰; (c) compromisos

¹⁷.- Artículos 37 al 43.

¹⁸.- Art. 37.1.

¹⁹.- Art. 9 (2) de la Decisión.

²⁰.- Art. 31 (2) última oración, de esta Decisión.

internacionales en materia de inversión adquiridos por las Partes de acuerdo con los Códigos de Liberalización y de Trato Nacional de la OCDE²¹ y (d) convenciones internacionales sobre propiedad intelectual.²²

III.3.2 Consultas.

Conforme con la normatividad de todos los instrumentos internacionales que regulan la solución de controversias, el Capítulo II de la Decisión 1/2000 dispone que las Partes procurarán llegar a un acuerdo sobre "la interpretación y aplicación de los instrumentos jurídicos abarcados", mediante la cooperación y consultas; al intentarlo se esforzarán por lograr una solución mutuamente satisfactoria.²³

Cada Parte podrá solicitar a este efecto, la realización de consultas en el seno del Comité Conjunto.²⁴ Este último se reunirá dentro de los 30 días siguientes a la entrega de la solicitud y procura solucionar la controversia mediante una decisión que especificará las medidas que debe adoptar la Parte presuntamente culpable y el plazo para su realización.²⁵

III.3.3 Procedimiento Arbitral.

III.3.3.1 Designación de los Árbitros.

En caso de que una Parte considere que una medida aplicada por la otra Parte viola los instrumentos jurídicos abarcados y que el asunto no se hubiera resuelto satisfactoriamente a nivel de consultas en el seno del Comité Conjunto en los plazos fijados por el Art. 38 de la Decisión, cualquiera Parte podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral, mencionando la medida presumiblemente violatoria de los instrumentos jurídicos abarcados.²⁶

Es interesante apuntar que la inclusión del procedimiento arbitral como mecanismo de solución de controversias no estaba contemplado en el proyecto europeo, ya que la Comunidad tradicionalmente había negociado en sus acuerdos comerciales sólo la instancia "política", i.e, consultas y otros medios autocompositivos (buenos oficios, conciliación). La falta de una solución consensuada técnicamente permitía la adopción de medidas unilaterales. México insistió en la adopción de un procedimiento heterocompositivo (arbitraje) si la divergencia no hubiera sido resuelta a nivel de consultas. La Comunidad finalmente lo aceptó.

La Parte solicitante notificará a la otra Parte la designación de un árbitro y propondrá hasta tres candidatos para fungir como presidente del panel. La otra Parte deberá designar su árbitro dentro de los quince días siguientes y propondrá el mismo número de candidatos para designar al presidente. Ambas Partes procurarán acordar sobre el presidente dentro de los quince días posteriores al nombramiento del segundo árbitro.

Si una Parte no designara a su árbitro o si las dos Partes no llegaren a un acuerdo respecto a la designación del Presidente, tanto el primero como el segundo serán seleccionados por sorteo de entre los candidatos propuestos.²⁷

²¹.- Art. 34 de esta Decisión.

²².- Art. 36 de esta Decisión.

²³.- Terminología muy semejante a la prevista por los Arts. 2003, 2006.5 y 2019.1 del TLCAN.

²⁴.- El Comité Conjunto, que asiste al Consejo Conjunto, cumple para estos efectos con una misión análoga a las funciones de la Comisión de Libre Comercio en el TLCAN- Ver Art. 48 del Acuerdo Global y Art. 2001.2(c) del instrumento norteamericano.

²⁵.- Art. 38, apartados (1), (2) y (3) de la Decisión.

²⁶.- Art. 39, (1) y (2).

²⁷.- Art. 40, (1), (2), (3) y (4).

El mecanismo anteriormente descrito se aparta del esquema tradicional en el que las Partes designan una nómina de árbitros, de la cual se seleccionan a los que van a fungir con tal carácter. El propósito del Acuerdo al eliminar las listas es que no exista dilación en los nombramientos.

III.3.3.2 Informes de los paneles y su cumplimiento

El panel arbitral deberá presentar a las Partes un informe preliminar que contendrá sus conclusiones, a más tardar tres meses después de la fecha en que se estableció. Cualquiera de las Partes podrá hacer observaciones sobre el informe preliminar. El panel arbitral presentará a las Partes un informe final en un plazo de los treinta días posteriores a la presentación del informe preliminar.

El artículo 41.5 dispone que la Parte reclamante podrá retirar su reclamación en cualquier momento antes de la presentación del informe final, sin perjuicio del derecho a presentar una nueva reclamación en relación con el mismo asunto en una fecha posterior. Esta disposición, sumamente peculiar, atenta contra los principios de certeza y seguridad jurídica.

Las Partes están obligadas a tomar las medidas pertinentes para cumplir con el informe final,²⁸ acordando entre sí las medidas específicas que se requieran para tal cumplimiento. La afectada deberá hacerlo sin demora,²⁹ solicitando al panel, en caso de no cumplir inmediatamente, el otorgamiento de un plazo razonable.

La Parte afectada notificará a la otra las medidas que esté tomando para dar cumplimiento al informe final y en caso de inconformidad el panel deberá pronunciarse a través de un dictamen; la Parte afectada podrá celebrar consultas con la Parte reclamante para acordar, en defecto de las medidas apropiadas, el pago de una compensación mutuamente aceptable.³⁰ En caso de desacuerdo la reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios otorgados en los "instrumentos jurídicos abarcados".

La suspensión de beneficios se aplicará --en principio-- al sector o sectores afectados por la medida violatoria. Sin embargo, si a juicio de la Parte reclamante lo anterior no resultara efectivo, podrá suspender beneficios en otros sectores, notificando su intención a la otra Parte. Esta podrá inconformarse ante el panel si considera que los beneficios que se pretenden suspender en su contra son excesivos o no equivalentes a los afectados por la violación. El panel emitirá su dictamen. En todo caso la suspensión de beneficios será temporal y se aplicará hasta que la medida considerada violatoria haya sido eliminada o modificada, para quedar de conformidad con

los instrumentos jurídicos abarcados o hasta que las Partes alcancen un acuerdo para solucionar la controversia. Los dictámenes emitidos por el panel en este proceso serán obligatorios.

III.3.3.3 Disposiciones generales

A menos que las Partes acuerden otra cosa los procedimientos ante el panel arbitral seguirán las **Reglas Modelo de Procedimiento** establecidas en el Anexo III.³¹ El Comité Conjunto podrá modificar dichas Reglas.

²⁸.- Existe alguna similitud con los Artículos 2016 y 2017 del TLCAN. Estos se refieren --en el Capítulo XX (**Procedimientos para la Solución de Controversias**)-- a los informes preliminar y determinación final emitidos por el panel. Sin embargo, conforme al Tratado tripartita, una vez que las Partes contendientes han sido notificadas de la determinación final del panel, ambas convendrán en la solución de la controversia que por lo regular se ajustará a las conclusiones y recomendaciones de la determinación final, *sobre la base de una solución mutuamente satisfactoria*. La Decisión del Consejo Conjunto es más terminante.

²⁹.- Art. 42, (3) y (4).

³⁰.- Esta alternativa también la contempla el Art. 2018.2 del TLCAN.

³¹.- Existe además un **Código de Conducta** para los árbitros miembros del panel (**Apéndice I**). Se trata del primer Acuerdo a nivel internacional que contiene dentro del propio instrumento Reglas Modelo de Procedimiento y Código de Conducta para los árbitros. Unas y otras se han

Los procedimientos arbitrales establecidos en el Título V no se considerarán como "asuntos relacionados con los derechos y obligaciones de las Partes en el marco del Acuerdo que establece la OMC".³² Esta breve disposición significa que el recurso a los procedimientos arbitrales establecidos en este Título V, será sin perjuicio de cualquiera acción posible en el Anexo 2 de la OMC (**el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Controversias**).

Sin embargo, cuando una Parte haya iniciado un procedimiento de solución de controversias conforme a este Título de la Decisión o conforme al Acuerdo que crea la OMC, en relación con un asunto particular, dicha Parte no podrá iniciar un procedimiento de esta misma clase con respecto a la misma materia en el otro foro, hasta que el primer procedimiento haya concluido. Se considerará que un procedimiento de solución de controversias se ha iniciado en el marco de la OMC, cuando una Parte haya presentado una solicitud para el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el Artículo 6 del **Entendimiento** antes mencionado.³³

IV Declaración conjunta sobre medios alternativos para la solución de controversias.

En la Decisión 1/2000 del Consejo Conjunto se anexa una Declaración Conjunta de las Partes titulada **"Medios Alternativos para la Solución de Controversias"**.³⁴

Dicha Declaración establece que, en la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales privadas entre particulares en la zona de libre comercio; asimismo, que las Partes confirman la importancia que le otorgan a la **Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras** de 1958.

Esta Declaración Conjunta, parece obvio, estuvo inspirada en el Art. 2022 del TLCAN. De hecho, su primer apartado está tomado casi literalmente del precepto contenido en el instrumento tripartita.³⁵ Respecto del segundo apartado de la Declaración, las Partes modificaron ligeramente el párrafo (3) del Art. 2022 del TLCAN, que precisa que se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo precedente (2),³⁶ si son parte y se ajustan a las disposiciones de las Convenciones de Nueva York (1958) y de Panamá (1975). La Declaración en comento sólo expresa la importancia que las Partes otorgan a la primera de dichas convenciones y nada más.

Igualmente se omite el párrafo (4) del Art. 2022 que establece que la Comisión de Libre Comercio establecerá un comité consultivo con personas especializadas en esta área, y que dicho comité presentará informes y

quedado en otros Acuerdos para negociarse en fecha posterior a la firma del instrumento. Es también el primer texto que no contiene la figura del Secretariado. Asimismo, deja en libertad a las Partes para someterse, si así lo desean, a un Centro de Arbitraje establecido para administrar controversias.

³².- Art. 43 (3).

³³.- Esta disposición indica la importancia que la Comunidad Europea y sus Estados miembros atribuyen al Acuerdo por el que se establece la OMC y su compatibilidad con el Acuerdo Global y la Decisión 1/2000 del Consejo Conjunto. Se sugiere compararla con el contenido del Art. 2005 del TLCAN, en el que la selección de un foro --ante el GATT o ante el TLCAN-- es excluyente del otro, con las limitaciones que fija el propio dispositivo. En el caso de esta Decisión (Art. 43) los procedimientos de solución de controversias pueden iniciarse y decidirse en uno u otro foro, bastando que la Parte que reclama espere hasta que el otro procedimiento haya concluido. Esta duplicidad de instancias puede propiciar resoluciones contradictorias.

³⁴.- Otra Declaración Conjunto (la XIV), en forma idéntica, se anexa a la Decisión No. 2/2000 relativa al Acuerdo Interino.

³⁵.- Sólo se suprimió el carácter de "internacionales" de las controversias entre particulares. La referencia a la "zona de libre comercio" encuentra apoyo en el Art. 2 de la Decisión No. 2/2000 del Consejo Conjunto, que la establece, a partir de la entrada en vigor de la misma y con una duración máxima de diez años, conforme al Art. XXIV del GATT (1994).

³⁶.- Art. 2022 del TLCAN, Parr. 2 "A tal fin, cada Parte dispondrá de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los acuerdos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias".

recomendaciones a la Comisión sobre la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias particulares.³⁷

No obstante la reducción del ámbito, la Declaración Conjunta es digna de elogio y cumple con las finalidades propuestas.

V. La decisión 2/2000 del consejo conjunto en el acuerdo interino sobre comercio y cuestiones relacionadas con el comercio.

Esta Decisión, como su homóloga en el Acuerdo Global, fué suscrita por las Partes los días 23 y 24 de Febrero de 2000, en Bruselas y Lisboa, respectivamente. Esta segunda Decisión del Consejo Conjunto consta de ocho Títulos, que por orden progresivo son los siguientes:

I. Disposiciones Generales; II. Libre Circulación de Bienes; III. Compras del Sector Público; IV. Competencia; V. Mecanismo de Consulta para Asuntos de Propiedad Intelectual; VI. Solución de Controversias; VII. Obligaciones Específicas del Comité Conjunto referentes a Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio; VIII. Disposiciones Finales.

Tal y como se observó en el Capítulo III relativo a la Decisión 1/2000 (véase supra) los comentarios que siguen sólo están referidos a los Títulos que tienen incidencia en la solución de las controversias comerciales.

V.1 Título I. Disposiciones Generales

El artículo 1 (Objetivos) dice que el Consejo Conjunto establece los acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos del Acuerdo Interino y que estos últimos son:

- (a) la liberalización progresiva y recíproca del comercio de **bienes**, de conformidad con el Artículo XXIV del GATT de 1994;
- (b) la apertura de mercados convenidos de contratación pública de las Partes;
- (c) el establecimiento de un mecanismo de cooperación en materia de competencia;
- (d) el establecimiento de un mecanismo de consultas en materia de asuntos de propiedad intelectual; y
- (e) **el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias.**

V.2 Título VI. Solución de Controversias

Este Título se divide en tres Capítulos, que en forma semejante al Título V de la otra Decisión, el primero referido a **Ámbito de Aplicación y Cobertura**, el segundo a **Consultas** y el tercero al **Procedimiento Arbitral**.

V.2.1. Capítulo I. Ámbito de Aplicación y Cobertura

El artículo 41 de la Decisión prevé que las disposiciones del Título VI se aplican en relación con cualquier asunto que surja de ella o de los artículos 2, 3, 4 y 5 del Acuerdo Interino (aquellos relativos a la liberalización del comercio, el comercio de bienes, la contratación pública y a leyes sobre competencia), genéricamente incluidos bajo el rubro de "instrumentos jurídicos abarcados".

³⁷.- El Comité Consultivo integrado por especialistas de la materia de Estados Unidos, Canadá y México, en los términos del Art. 2022 (4) del TLCAN ha funcionado admirablemente desde 1995. Se reúne dos veces cada año en diferentes ciudades de los tres países. Ha presentado a la Comisión de Libre Comercio informes y recomendaciones sobre diversas cuestiones que le fueron encomendadas.

Por excepción, el procedimiento arbitral establecido en el Capítulo III de este Título, no será aplicable en caso de controversias referentes a medidas antidumping y compensatorias,³⁸ derechos y obligaciones establecidos en el Acuerdo OTC³⁹ y relativos a normas, reglamentos de evaluación,⁴⁰ el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC⁴¹, dificultades en materia de balanza de pagos,⁴² uniones aduaneras y zonas de libre comercio que se establezcan entre las Partes y terceros países⁴³ y asuntos concernientes a la propiedad intelectual.⁴⁴

V.2.2. Capítulo II.- Consultas

El Art. 38, en sus apartados (1), (2) y (3) repite las disposiciones del Art. 42, (1), (2) y (3) de la Decisión adoptada con relación al Acuerdo Global y en tal virtud nos remitimos a los comentarios formulados al Capítulo II del Título VI de aquella Decisión (supra III.3.2.)

V.2.3 Procedimiento Arbitral

V.2.3.1 Designación de los árbitros

Las disposiciones de los artículos 39 y 40 repiten textualmente el contenido de los artículos 43 y 44 de la Decisión adoptada en torno al Acuerdo Global y en esa virtud nos remitimos a los comentarios y observaciones hechas a los mismos.⁴⁵ (supra III.3.3.1).

V.2.3.2 Informes de los paneles y su cumplimiento

Los artículos 45 y 46 de la Decisión 2/2000 son iguales en su contenido a los Artículos 41 y 42 de la Decisión 1/2000 adoptada con referencia al Acuerdo Global y por el mismo motivo son aplicables los comentarios que se hicieron respecto de los últimos. (supra III.3.3.2)

V.2.3.3 Disposiciones Generales

El Artículo 47 es prácticamente idéntico al Artículo 43 de la Decisión homóloga. La única diferencia es que en este último, en el apartado (2), indica que las **Reglas Modelo de Procedimiento** están visibles en el Anexo III de dicha Decisión, en tanto que el Art. 47 nos remite al Anexo XVI. Dichas **Reglas Modelo** son las mismas en ambos anexos. Las observaciones formuladas a las Disposiciones Generales en supra III.3.3.3 son válidas para ambas Decisiones.⁴⁶

VI. Declaración conjunta sobre medios alternativos para la resolución de controversias.

La Decisión 2/2000 tiene como anexas, dieciseis (16) Declaraciones Conjuntas. La marcada con el No. XIV está referida a los medios alternativos para la solución de controversias y es idéntica a la Declaración Conjunta (sin

³⁸.- Art. 14 de la Decisión.

³⁹.-Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC.

⁴⁰.- Art. 19 (2) de la Decisión.

⁴¹.- Art. 20 (1) de la Decisión.

⁴².- Art. 21 de la Decisión.

⁴³.- Art. 23 de la Decisión.

⁴⁴.- Art. 40 de la Decisión.

⁴⁵.- Capítulo III del Título V de la Decisión 1/2000 sobre Acuerdo Global.

⁴⁶.- También en esta Decisión se habla de un **Código de Conducta** para los árbitros miembros del panel (Apéndice I). Sus definiciones preliminares y el contenido de sus artículos, del I al VII son iguales al **Código** aplicable en la Decisión homóloga.

número) de la Decisión 1/2000. Así, las observaciones y comentarios formulados en torno a ella (supra IV) son aplicables en su integridad a ésta.

VII Conclusiones

1.- Los acuerdos de **Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación** ("Acuerdo Global") e **Interino sobre Comercio y cuestiones relacionadas con el Comercio** (Acuerdo Interino"), celebrados entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea el 8 de Diciembre de 1997, así como las Decisiones adoptadas por el Consejo Conjunto en ambos Acuerdos, los días 23 y 24 de Febrero de 2000, son un magnífico logro de la administración actual, en particular de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

El Acuerdo Interino ya inició su vigencia desde el 1 de Julio de 1998. La Decisión 2/2000 adoptada por el Consejo Conjunto de las Partes en relación al Acuerdo Interino, entrará en vigor a partir del 1 de Julio de 2000.

El Acuerdo Global y la Decisión de su Consejo Conjunto han sido ya publicados en el Diario Oficial y entrarán en vigor tan pronto las Partes se hayan notificado mutuamente al cumplimiento de las formalidades necesarias de acuerdo con los procedimientos propios a cada una de ellas.

Los dos Acuerdos están fundados en el respeto recíproco a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal y como éstos se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Dicho respeto a tales principios y derechos constituyó un elemento esencial en los dos Acuerdos.

2.- La aparente duplicidad de varias de las disposiciones contenidas en uno y otro Acuerdo, así como el del articulado de las dos Decisiones, se explica por la naturaleza y ámbito del Acuerdo Global. Este último es el instrumento básico y tiene por finalidad institucionalizar el diálogo político, fortalecer las relaciones comerciales y económicas a través de la liberalización del comercio --de conformidad con las normas de la OMC-- así como de ampliar la cooperación.

Ahora bien, la institucionalización de los diálogos en materia política y de cooperación acordada el 8 de Diciembre de 1997 en el Acuerdo Global, quedó "suspendida" hasta que el Consejo Conjunto adoptara las decisiones previstas en el mismo para precisar las medidas adecuadas en lo relativo a comercio de bienes, de servicios, de movimientos de capital y pagos, de contratación pública y de leyes de competencia y de propiedad intelectual. La Decisión respectiva se adoptó a fines de Febrero de 2000. Sin embargo ambas Partes consideraron su interés mutuo en aplicar lo antes posible las disposiciones sobre comercio y cuestiones relativas al mismo, conviniendo en celebrar un Acuerdo (que le denominaron "interino") para iniciar una liberalización progresiva y recíproca del **comercio de bienes** y su apertura gradual.

A dicho efecto se tendría en cuenta la sensibilidad de determinados productos y de conformidad con las normas pertinentes de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en particular del Artículo XXIV del GATT. Con este objetivo el Consejo Conjunto decidiría sobre las medidas y el calendario para la citada liberalización recíproca de las barreras arancelarias y no-arancelarias al comercio de bienes.

3.- Es de destacarse que los dos Acuerdos y las dos Decisiones que los implementan, aluden a un procedimiento específico para la solución de controversias comerciales y relacionadas con el comercio. Se hace hincapié en que dicho "procedimiento específico" deba ser compatible con las disposiciones pertinentes de la OMC en la materia; cabe decir, con la normatividad contenida en el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech (Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Controversias).

De lo anterior se desprende que el procedimiento en cuestión --que ya quedó estructurado en las Decisiones del Consejo Conjunto-- debe seguir las pautas establecidas por el mecanismo de la OMC. Los Capítulos referentes a "consultas", "procedimiento arbitral" y "disposiciones generales" inmersos dentro de los títulos de solución de controversias de ambas Decisiones, son casi idénticos y siguen los lineamientos del Anexo 2 de la OMC, aunque las "disposiciones generales" subrayan que "los procedimientos establecidos (arbitrales) no se considerarán como asuntos relacionados con los derechos y obligaciones de las Partes adquiridos en el marco del Acuerdo que crea la OMC", es decir, sin perjuicio de cualquier acción posible de acuerdo con el Anexo 2 de la última.

4.- No obstante el énfasis que los Acuerdos y las Decisiones otorgan al procedimiento arbitral de la OMC, es interesante advertir que algunas de sus normas estuvieron en cierta forma inspiradas por el mecanismo previsto en el Capítulo XX del TLCAN. Existe cierta similitud en los esquemas regulatorios de la integración de los paneles y de la emisión de sus informes preliminar y final.

En donde existe una discrepancia mayor, es en lo relativo a la selección del foro ante el cual se plantea la reclamación. En tanto que en el TLCAN la elección de dicho foro (GATT vis à vis TLCAN) es factible, pero excluyente, en el esquema de las Decisiones México-Europa los procedimientos pueden iniciarse y decidirse en uno u otro foro (OMC vis à vis Decisión), bastando que la Parte reclamante espere hasta que el procedimiento iniciado en el foro primeramente elegido, haya concluido. Esta duplicidad de instancias puede propiciar soluciones contradictorias.

5.- El ámbito de aplicación y cobertura en los esquemas de solución de controversias dentro de los Acuerdos y Decisiones celebrados con la Comunidad Europea, no incluyen algunas áreas (que quedan dentro del esquema de la OMC) y que son características en los tratados de libre comercio celebrados por México hasta ahora, incluyendo materias como antidumping, cuotas compensatorias e inversión. Estas materias y otras más, señaladas en los artículos 34 y 40 de las respectivas Decisiones, se regirán --en lo concerniente a controversias-- por las disposiciones de la OMC, del AGCS, del OTC, del FMI y de la OCDE. Un panorama más amplio y multilateral.

6.- Es reconfortante advertir que, posiblemente a sugerencia de México, las dos Partes hayan incorporado, si no en los Acuerdos o Decisiones mismas, al menos en Declaraciones Conjuntas (anexas a las Decisiones), que ambas promoverán y facilitarán el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales privadas, entre particulares. Como podrá observarse la declaración conjunta --integrante del instrumento-- tuvo inspiración en el Art. 2022 (1) del TLCAN. Hace referencia a la importancia que ambas Partes conceden a la Convención de las Naciones Unidas (Nueva York, 1958), pero omite los incisos (2 y (4) del artículo invocado.

Es importante señalar que el Consejo Consultivo establecido conforme al instrumento norteamericano (que propone informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio) se ha desempeñado admirablemente. En Junio de 2000 celebrará su octava reunión tripartita.

La solución de controversias en el acuerdo entre los gobiernos de México y el Reino Unido de la Gran Bretaña para la promoción y protección recíproca de las inversiones

Jose Luis Siqueiros*

I.- Reciente Acuerdo entre el Gobierno de México y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en Viena, Austria el 12 de mayo de 2006.

La extensa lista de Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) suscritas por los Estados Unidos Mexicanos con Gobiernos de diversos países, se incrementó en fecha reciente con un nuevo Acuerdo celebrado con el Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

El nuevo APPRI se firmó en Viena, Austria el 12 de mayo de 2006; su texto fue aprobado por el Senado, entrando en vigor después de que cada Parte notificó a la otra del respectivo cumplimiento de los requisitos formales para su aprobación. El Acuerdo tiene como objetivo el crear condiciones favorables para mayores inversiones de los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, reconociendo que la protección recíproca de aquellas fomentará la iniciativa empresarial individual y aumentará la prosperidad en ambos Estados.

El Acuerdo consta de cuatro capítulos. El primero se refiere a las Disposiciones Generales; el segundo versa sobre la Protección a la Inversión; el tercer Capítulo, que es la materia de este estudio, alude a la Solución de Controversias y está compuesto por dos Secciones. La Primera referida a la solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante; la Segunda a la solución de controversias entre las mismas Partes Contratantes. El Capítulo Cuarto contiene las "Disposiciones Finales" relacionadas con la aplicación del Acuerdo, las consultas, aplicación de otras Reglas, la extensión de las mismas a otros territorios, la entrada en vigor del Acuerdo, su duración y terminación de su vigencia.

El Capítulo I en su primer artículo, contiene las disposiciones generales, mismas que incluye las definiciones de aquellos conceptos que integran la materia que se legisla, tales como "apoyo a la inversión", "emisor", "empresa", "inversión", etc., proporcionando el significado que debe darse a cada uno.

El artículo 2 del mismo Capítulo establece que cada Parte Contratante admitirá las inversiones de conformidad con sus leyes y reglamentos y que con la intención de incrementar los flujos bilaterales de inversión, las Partes Contratantes podrán elaborar documentos para la promoción de la inversión e intercambiar información relativa: a) oportunidades de inversión; b) legislación que, directa o indirectamente afecte a la inversión extranjera, así como c) estadísticas sobre inversión extranjera en sus respectivos territorios.

* Miembro de la Comisión de Arbitraje Internacional

El Capítulo II “Protección a la Inversión” establece en sus primeros artículos el nivel mínimo de trato que debe concedérsele de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, así como el trato nacional y el de la nación más favorecida. Sin embargo se precisan excepciones a estos dos principios en el sentido de no obligar a una Parte Contratante a extender dichos beneficios cuando el tratamiento privilegiado resulte de (a) cualquier unión aduanera, mercado común, área de libre comercio o cualquier acuerdo o arreglo internacional similar del que una de las Partes Contratantes sea o llegue a ser parte, así como (b) de cualquier otro acuerdo internacional o legislación doméstica relacionado con materias fiscales. En caso de cualquier inconsistencia entre este Acuerdo y dichos arreglos, prevalecerán las disposiciones de estos últimos.

En el caso de compensación por pérdidas debidas a guerra u otros conflictos armados, así como de disturbios ocurridos en unas de las Partes Contratantes, los inversionistas que sufran las mismas recibirán un trato no menos favorable que aquel que la Parte Contratante donde ocurrieron dichos disturbios conceda a sus propios inversionistas o a los de cualquier tercer Estado.

Las inversiones de cada Parte Contratante no podrán ser nacionalizadas o expropiadas en el territorio de la otra Parte, salvo que sea por causa de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias y mediante el pago de una indemnización justa. Cada Parte Contratante garantizará también a los inversionistas de la otra el derecho de transferir libremente sus inversiones y sus rentas.

El emisor, es decir, la agencia designada de una Parte Contratante, podrá otorgar a los inversionistas de cualquier otra Parte Contratante apoyo a la inversión en relación con proyecto o actividades en el territorio de la otra Parte Contratante. El emisor otorgará dicho apoyo a la inversión solo respecto de proyectos y actividades permitidas por la ley de la otra Parte Contratante al momento de otorgarlo.

Hemos mencionado que el Capítulo II contiene disposiciones relativas a la Protección a la Inversión y más concretamente al nivel mínimo de trato que debe otorgársele de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, además del trato nacional y el trato de la nación más favorecida. El mismo Capítulo II contiene disposiciones referentes a posibles expropiaciones de la inversión, señalando las reducidas causas y bases para llevarlas a cabo; también incluye la garantía de la libre transferencia de las inversiones y sus rentas, así como el apoyo a la inversión por parte de las “emisores”, o sea aquellas agencias designadas por una Parte Contratante que proporcionen apoyo a la inversión y que son designadas por una de las Partes Contratantes, pero no referidas de otra manera al Gobierno de algunas de las Partes.

El Capítulo II también señala la garantía de los inversionistas al derecho de transferir libremente sus inversiones y rentas, bajo las condiciones que impone el artículo 8 del mismo Capítulo II.

Sin embargo, retomando el tema de la solución de controversias, debemos analizar el Capítulo III del Acuerdo. Este Capítulo tiene dos Secciones. La primera está referida a la solución de controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante. La segunda, a la solución de controversias entre las mismas Partes Contratantes.

El Capítulo IV contiene las disposiciones finales, destacando que el término “inversión” incluye a todas las inversiones, hayan sido efectuadas antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo, aclarando que este último no se aplicará a reclamaciones derivadas de eventos, o de reclamaciones de eventos que ocurrieron antes de su entrada en vigor. El Acuerdo tiene una vigencia de diez años. Sin embargo, transcurrido dicho término continuará en vigor doce meses posteriores a la fecha en que alguna de las Partes Contratantes hubiere notificado a la otra, por escrito, su intención de terminarlo. Las disposiciones del Acuerdo continuarán vigentes respecto de las inversiones efectuadas durante su vigencia, por un período de quince años contados a partir de la fecha de su terminación.

II.- Visión panorámica del Acuerdo.

Este Acuerdo viene a sumarse a la extensa relación de aquellos firmados por el Gobierno de México con diversos países para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI). El primero de ellos fue celebrado con el Reino de España^{*} el 22 de junio de 1995; mismo que fue publicado en el Diario Oficial del 17 de marzo de 1995; posteriormente se han suscrito 21 APPRI con diferentes países, siendo el último el negociado con el Gobiernos de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Todos ellos han sido aprobados por la Cámara de Senadores y el Decreto Promulgatorio respectivo publicado en el Diario Oficial de la Federación.

El Capítulo I contiene las disposiciones generales, básicamente las definiciones y las reglas generales para la admisión de las inversiones.

El segundo capítulo está referido a disposiciones relativas a la protección a la inversión. El tercero, “solución de controversias” el que más nos interesa para los fines de este estudio, se integra por dos secciones: la primera, “Solución de Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante”; y una segunda referida a la solución de diferendos entre las mismas Partes (Estados) Contratantes. Por último, el Capítulo Cuarto contiene las “disposiciones finales” relativas a la aplicación del acuerdo, incluyendo la celebración de consultas o la posible aplicación de otras Reglas; la extensión de sus disposiciones a otros territorios cuyas relaciones internacionales sean responsabilidad del Reino Unido; a la entrada en vigor del Acuerdo, así como a su duración y terminación.

III.- La Solución de controversias

III-A) Primera Sección. Solución de aquellas que se plantean entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra.

La regla general es que el inversionista que tenga una controversia con una Parte Contratante intentará primero dirimirla por la vía de consulta o de negociación.

Sin embargo, cuando el inversionista que no haya resuelto su diferendo con la otra Parte Contratante dentro de los seis meses siguientes a los hechos que lo motivaron, podrá someter su reclamación al arbitraje, manifestando que la otra Parte Contratante ha incumplido una obligación establecida en el Capítulo II del Acuerdo (Protección a la Inversión) y que como resultado ha sufrido pérdida o daño en su patrimonio. El inversionista contendiente podrá someter su reclamación conforme al Convenio del CIADI sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, siempre que tanto la Parte Contratante contendiente como la Parte Contratante del inversionista sean partes de dicho Convenio. También podrá invocar las Reglas del Mecanismo Complementarios del CIADI, siempre y cuando la Parte Contratante contendiente o la Parte Contratante del inversionista, pero no ambas, sean partes del mismo Convenio.

Igualmente podrá someter la reclamación a arbitraje invocando el Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el Arbitraje de Controversias entre dos Partes de las que solamente una de ellas es un Estado (Reglas de Arbitraje de la CPA), o de cualesquiera otras reglas de arbitraje si las partes contendientes así lo acuerdan.

El inversionista contendiente deberá manifestar su consentimiento al arbitraje conforme a los procedimientos establecidos en el Acuerdo suscrito entre los dos Gobiernos. Asimismo, el inversionista contendiente podrá someter

^{*} Véase relación anexa.

una reclamación a arbitraje en representación de una empresa de la otra Parte Contratante cuando esta última sea una persona moral propiedad del inversionista o bajo su control, pero solo si, tanto el inversionista, como la empresa manifiestan su consentimiento al arbitraje conforme los procedimientos establecidos en el Acuerdo y renuncian a su derecho a iniciar cualquier otro procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial de conformidad con la legislación de una Parte Contratante. El consentimiento y la renuncia deberán ser por escrito, entregados a la Parte Contratante contendiente e incluidos en el sometimiento de la reclamación al arbitraje. Cada Parte Contratante consiente de manera incondicional en someter una controversia al arbitraje internacional. Dicho consentimiento y el sometimiento de una reclamación al arbitraje por parte del inversionista contendiente deberán cumplir con los requisitos señalados en el Capítulo II del Convenio del CIADI, así como con las Reglas de su Mecanismo Complementario; igualmente, con lo dispuesto en el Artículo II de la Convención de Nueva York, en lo relativo al “acuerdo por escrito”.

A menos que las partes contendientes lo acuerden de otra forma, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros y será establecido conforme a las Reglas de la CPA. Si dicho tribunal determina que las reclamaciones sometidas al arbitraje plantean cuestiones en común –de hecho o de derecho– el tribunal podrá ordenar que, asumiendo jurisdicción, resuelva todas o parte de las reclamaciones de manera conjunta, o conozca y resuelva de una o más de dichas reclamaciones sobre la base de que ello contribuirá a la resolución de las otras; para ello dictará una orden de acumulación.

Cualquier arbitraje podrá realizarse en un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York; para dicho efecto se considerará que las reclamaciones sometidas al arbitraje derivan de una relación u operación comercial. El tribunal arbitral decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las reglas y principios aplicables del derecho internacional.

El laudo que dicte el tribunal arbitral será definitivo y podrá ordenar daños pecuniarios y cualquier interés aplicable, así como la restitución de la propiedad y el pago de costas de acuerdo con las reglas que sean procedentes. El laudo será obligatorio solamente respecto de las partes contendientes y con respecto al caso particular. Será público, a menos que las partes contendientes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral no podrá ordenar el pago de daños punitivos. Una parte contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo conforme al Convenio del CIADI o a la Convención de Nueva York, si ambas Partes Contratantes son partes contratantes de estos tratados. Sin perjuicio de cualquier procedimiento para anular o revisar un laudo, la parte contendiente deberá acatar y cumplir con el laudo sin demora. Una Parte Contratante no podrá iniciar procedimientos relacionados con la solución de controversias entre ella y otras Partes, a menos que la otra Parte Contratante incumpla o no acate un laudo dictado en una controversia que un inversionista haya sometido conforme a la Primera Sección de este Acuerdo.

III.-B) Segunda Sección. Solución de Controversias entre las Partes Contratantes.

Como ya se indicó anteriormente, las Partes Contratantes, es decir los Gobiernos de México y del Reino Unido, intentarán resolver cualquier controversia respecto de la interpretación o aplicación del Acuerdo a través de consultas, que serán prontas y amigables. En caso de que la controversia no sea resuelta por dichos medios dentro de un período de cuatro meses a partir de la fecha en que una Parte Contratante solicitó dichas consultas, la controversia será sometida a un tribunal arbitral establecido de conformidad con las disposiciones del Artículo 21 del Acuerdo, o, por acuerdo de las Partes Contratantes, a cualquier otro tribunal internacional.

El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada Parte Contratante designará un árbitro y el tercero será seleccionado por los dos árbitros nombrados por las Partes y fungirá como presidente del tribunal. El presidente

deberá ser nacional o residente de un tercer país con el que las Partes Contratantes se mantengan relaciones diplomáticas.

Una Parte Contratante podrá someter una disputa a un tribunal arbitral mediante la notificación por la vía diplomática a la otra Parte Contratante. Dicha notificación contendrá los fundamentos en que se basa la reclamación, así como el nombre del árbitro designado por la Parte que haya iniciado el procedimiento. Dentro de los 60 días posteriores a la entrega de la notificación, la Parte demandada notificará a la otra Parte Contratante el nombre del árbitro designado por ella.

Si dentro de los límites de tiempo establecidos en el artículo 21 no se han realizado las designaciones requeridas, cualquier Parte podrá solicitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que realice la designación necesaria. Convocado por su Presidente el tribunal arbitral fijará la sede del arbitraje y la fecha de inicio del procedimiento. El tribunal arbitral emitirá su laudo por mayoría de votos y el mismo será por escrito; será definitivo y obligatorio para las Partes Contratantes.

IV.- Las Disposiciones Finales.

El término “inversión” incluye a todas las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigor del Acuerdo, pero las disposiciones del último no se aplicarán a reclamaciones derivadas de eventos que ocurrieron antes de su entrada en vigor. En caso de que las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o las obligaciones bajo el derecho internacional entre las Partes contuvieran reglas generales o específicas más favorables a las inversiones que aquellas previstas en el Acuerdo, tales reglas (mas favorables) prevalecerán sobre el Acuerdo.

Cada Parte notificará a la otra sobre el cumplimiento de sus requisitos constitucionales en relación con la aprobación y entrada en vigor del Acuerdo. Este último entrará en vigor 30 días después de la última de las dos notificaciones. El Acuerdo tendrá una vigencia de 10 años, pero continuará en vigor hasta la expiración de doce meses a partir de la fecha en que alguna de las Partes haya notificado por escrito a la otra su intención de terminación. El Acuerdo continuará vigente respecto de las inversiones efectuadas durante su vigencia por un período de 15 años contados a partir de la fecha de terminación y sin perjuicio de la aplicación posterior de las reglas generales del derecho internacional.

Mensaje del Dr. José Luis Siqueiros Prieto

Señoras y señores:

Ante todo unas palabras de agradecimiento para aquellas personas e instituciones que promovieron este reconocimiento a su servidor, y a todos ustedes aquí presentes.

Si algún mérito pudiese tener dicho reconocimiento, ello se debe a mi desinteresada participación en las labores de arbitraje que he promovido en el ámbito nacional e internacional. Si esa participación puede tener algún mérito invito a todos a promover este mecanismo de solución de controversias.

El verdadero mérito del arbitraje estriba en buscar un ámbito pacífico en las relaciones contractuales en el interior y exterior del país, actuando ya sea como árbitro o pugnando con las partes interesadas lograr una solución pacífica a su controversia, encomendando su solución a gente idónea y preparada.

El arbitraje es un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que pueden ocurrir o que ha surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), las cuales derivan sus poderes del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.