James A. Graham es profesor titular en la Escuela doctoral de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, donde da la cátedra de Arbitraje. También es titular de la cátedra de arbitraje internacional y arbitraje energético en el posgrado de la Universidad de Monterrey. Como postulante, es socio de 3CT donde encabeza la area de litigio y arbitraje. Su biografía puede ser consultada aquí.

Contacto: graham@3-ct.com

La presentación y disposición en conjunto de la presente obra son propiedad del autor.

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida, mediante ningún sistema o método, electrónico o mecánico sin consentimiento por escrito del autor

ZAMANGA EDITORES

© 2018, James Graham

®Todos derechos reservados

PALABRAS PRELIMINARES

El arbitraje internacional ha cambiado mucho desde los tiempos de los David, Goldman y Fouchard. En realidad, fue víctima de su éxito. Ya no se trata de someter de manera amigable su disputa en los manos de un tercero respetado quien resolverá la controversia según la Ley de la manera más rápida posible. Hoy, se trata de batallas legales con reglamentos más y más amplios, y ya no hay mucha diferencia entre un proceso arbitral y un proceso judicial. Es por lo anterior, que intentaremos defender una postura "*back to the roots*". Simplificar las cosas. Proponer verdaderas explicaciones doctrinales en lugar de postulados de principios, que, seamos honestos, también involucran cálculos de negocios por parte de los árbitros y los despachos. No hay nada de mal sobre hacer negocios, pero en primer lugar se debe hacer prevalecer el interés del cliente, cuyo interés es justamente tener procesos alternos que sean eficientes, rápidos y a un costo razonable.

No cabe duda de que el pasado nos encadena y el futuro nos tortura. Sin embargo, al contrario de lo que escribió Gustave Flaubert, [no] he aquí por qué siempre nos escapa el presente. Es el ejercicio que queremos intentar: construir el presente, a través del modelo académico francés de la "*Leçon*". No hay ninguna arrogancia de nuestra parte al querer "aleccionar" a los demás, sino hacer, según los diccionarios, una exposición sobre un tema en un conjunto articulado de conocimientos que tiene por propósito enseñar a los alumnos, y también

compartir opiniones que deben ser sujetas a debates y críticas constructivas. Y para retomar William Hill, pues ningún escritor desea tanto la crítica constructiva como la alabanza…

Finalmente, quisiera agradecer por su apoyo a mi esposa Melissa Graham, así como a la Dra Gina Prado, y a los alumnos de dicha Facultad Daniela Montemayor y Alan Patz, para su contribución a la revisión del presente texto.

Monterrey, 10/01/2018

ABREVIATURAS

AAA: Asociación Americana de Arbitraje

Ad hoc: Tribunal arbitral constituido *ad hoc*

CA: Corte de Apelación

CAM: Centro de Arbitraje de México

CANACO: Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Monterrey

CCI: Cámara de Comercio Internacional

Ccom: Código de Comercio

CIADI: Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversión (también citada bajo sus siglas en inglés)

Civ: Sala civil de la Corte de casación de Francia

CNUDMI: Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (también citada bajo sus siglas en inglés UNCITRAL)

CCF: Código Civil Federal

CEDH: Corte Europea de Derechos Humanos; Convención Europea de Derechos Humanos

CFPC: Código Federal de Procedimientos Civiles

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Interamericana de Derechos Humanos

CPA: Corte Permanente de Arbitraje

Ed: edición

JDI: Journal de Droit international (Clunet)

ICSID: International Center for the Settlement of Investment Disputes (CIADI en

sus siglas en español)

ILA: International Law Association

LCIA: London Court of International Arbitration

OLG: Oberlandsgericht; Corte de apelación alemana

Rev. arb.: Revue de l'arbitrage

Rev. crit.: Revue Critique de Droit International Privé

RLMA: Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje

RMDIPC: Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado

RCADI: Recueil des cours de l'Académie de Droit international

SJF: Semanario Judicial de la Federación

SCJN: Suprema Corte de Justicia

TAS: Tribunal arbitral du Sport

Tcom: Tribunal comercial

TDM: Transnational Dispute Management

TFS: Tribunal Federal de Suiza

UNCITRAL: United Nation's Commission on International Trade Law

Yearbook: Yearbook of Commercial Arbitration

Obras:

Born: *International Commercial Arbitration*, vol. I & II, 2 ed, Kluwers, 2014

FGG: Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage comercial international*, Litec, 1996

Pereznieto & Graham: *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, 2da ed., Limusa, 2013

Poudret & Besson: *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed, Sweet & Maxwell, 2007

***

Los casos serán normalmente citados por su nombre "conocido" en lugar de la mención completa ("Yukos" en lugar de "Yukos Capital S.A.R.L. v. B.F.H. Rumora-Scheltema"), por razones de simplificación y eficacia, manteniendo el principio del identificar y localizar la mencionada sentencia. Lo mismo se aplica a los nombres de países ("México" en lugar de "Estados Unidos Mexicanos").

Asimismo, los principales acrónimos de las instituciones internacionales mencionados serán en inglés y no en español, visto que tal es el uso general (por ejemplo, el acrónimo "CNUDMI" no es muy usual, y normalmente se cita el acrónimo inglés de "UNCITRAL").

INTRODUCCIÓN

Una obra sobre arbitraje necesariamente tiene que iniciar con la definición de aquel y cual es su diferencia con otros métodos alternos de solución de controversias. En un segundo movimiento, se presentará las diversas teorías que existen en la materia.

EL ARBITRAJE

Paulsson, *The idea of arbitration*, Oxford, 2013

1. Hace más de 200 años, el emperador chino Kank-hsi constató:

> Los procesos judiciales aumentarán dramáticamente si no se atemoriza a los individuos en relación con los tribunales. Deseo por lo tanto que aquéllos que tienen la posibilidad de acudir a los tribunales sin ninguna contemplación y de tal manera que temerán la Ley y se aterrarán de comparecer ante un magistrado. De esta manera, los buenos ciudadanos que puedan tener dificultades entre ellos mismos, las resolverán como hermanos enviándolas al arbitramento de algunos ancianos o del líder de la comunidad. Para

> aquéllas que sean problemáticas, obstinadas o discutibles, que se arruinen en las cortes de Ley1.

2. En la Montaña Mágica de Mann[2], Settembrini defiende al arbitraje como el medio idóneo para resolver las disputas internacionales, enfatizando que hay un *ius divinum* (hoy diríamos una *lex mercatoria*) que trasciende los derechos positivos y permite resolver las controversias más allá de los diversos derechos nacionales. A lo cual, le responde Naphta, que no es posible dejar a tribunales "*bourgeois*" decidir sobre lo justo como si fueran dioses, o en las palabras de Rigaux, "*des dieux et des héros*"[3], lo que hoy en fecha justamente se reprocha a los tribunales arbitrales en materia de inversión extranjera. Tal antagonismo resume la historia del arbitraje en los dos últimos siglos en México y en el mundo. Considerado al inicio de la independencia mexicana, como "la" herramienta de resolución de controversias, durante el siglo XX el arbitraje ya no fue parte de la panoplia de procedimientos preferidos de los litigantes. Sin embargo, al inicio de este nuevo siglo, la situación ha cambiado de manera radical y considerando la globalización y la mundialización, México ha tomado suya la máxima de Barry Feinstein: "No hay negocios si no hay arbitraje", a pesar de la obstaculización de los tribunales federales en materia de ejecución de los laudos por ejemplo.

---

[1] Park, Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad, *Revista internacional de arbitraje*, 2005.11, 12.

[2] *Der Zauberberg*, 1924.

[3] Rigaux, Des dieux et des héros, *Rev. crit.*, 1978.435.

3. El arbitraje comercial internacional también cada vez deja de ser un "medio alternativo" para establecerse como el medio usual para resolver las controversias. Los sectores industriales que más prefieren al arbitraje sobre el litigio son el sector de la construcción con un 84%, la industria de la energía con un 78%, los prestadores de servicios financieros con un 69%[4]. Las principales razones por las que ciertas empresas optan por el arbitraje son en general los costos y el retraso que en ocasiones tienen los procedimientos[5]. Sin embargo, a fin de cuentas, las ventajas prevalecen sobre los señalados inconvenientes.

4. Aunque sea mal *marketing* para la causa, es importante decir claramente que hoy que existe el *boom* del arbitraje, nunca había estado tanto en peligro la institución arbitral. Las razones son múltiples. Por un lado, más arbitrajes requieren más árbitros, y el número de abogados candidatos a arbitrajes que dicen saber, pero en realidad no saben se multiplica cada día. Por otro lado, las partes y sus abogados no buscan una solución "pacífica" a su controversia: al contrario, buscan ganar a cualquier precio. Es entendible. Y la Ley lo permite. Esto quiere decir, si el Estado a través de sus regulaciones no se metiera tanto en la justicia entre particulares, no habría tantos intentos de guerrilla a través de la multiplicación de los recursos judiciales. Sin embargo, es también cierto que, por la mala

[4] Queen Mary University of London, Arbitration study, 2013.

[5] *Idem*.

calidad de los árbitros, existe la obligación de buscar la salvedad con los tribunales estatales. Ahora bien, se puede argumentar que son las partes las que eligen a los árbitros.... ¿por qué entonces hay malos árbitros? La respuesta consiste en dos puntos. El primer punto ya lo mencionamos: muchos se venden como "árbitros" sin tener ni el conocimiento ni la experiencia. El segundo punto es que muchas veces las partes no logran ponerse de acuerdo y entonces es la institución arbitral la que nombra. Ahora bien, es políticamente incorrecto decirlo, pero es cierto que existen verdaderas conexiones alrededor de muchos centros con el resultado de que son muchas veces los mismos los que son nombrados – sean buenos o malos.

5. Sin embargo, y sin sorpresa, somos creyentes firmes del arbitraje. Si las partes tienen la asesoría de abogados expertos, si la cláusula está bien hecha, si un buen centro ha sido escogido, si los miembros del tribunal arbitral son verdaderos profesionales, si se escoge una sede arbitral que permita excluir el recurso de nulidad ante los tribunales judiciales, entonces el arbitraje es una maravilla. Hay arbitrajes sobre montos de decenas de millones de dólares que pueden terminar en menos de 6 meses (sin contar los eventuales recursos de nulidad); en materia marítima, hay arbitrajes sectoriales que se acaban después de sólo unos días. ¿Cuál tribunal judicial en el mundo podría lograr eso? Finalmente, también es menester señalar que más allá del arbitraje, hay un problema fundamental que consiste en que las partes en el comercio internacional se caracterizan más por la mala fe que por la buena fe, y que los abogados

ya no tienen ética, y no temen falsificar pruebas o denunciar penalmente a sus colegas con el único fin de ganar el proceso. Es deplorable, pero no es un problema específico en el arbitraje. Lo anterior nos lleva a subrayar que, *al contrario* de lo generalmente afirmado, las ventajas del arbitraje no son ni la rapidez ni la confidencialidad, sino la especialidad. En efecto, un arbitraje toma en promedio unos 12 a 16 meses[6], visto que en la mayoría de las cláusulas no se precise plazos; los recursos posteriores toman entre 3 y 5 años. Lo que corresponde también a un procedimiento judicial normal. Tampoco existe un principio general de confidencialidad[7], y de todos modos éste desaparece cuando los procedimientos judiciales subsecuentes empiezan. Y sin hablar de los costos…. Que para el mero arbitraje son alrededor de los 100,000 USD[8], más los honorarios de abogados. Dicho esto, reiteramos que el arbitraje es una herramienta formidable, si se pactan plazos, si se eligen árbitros conocedores de la materia, y abogados que hacen *bona fide* su labor, todo a un costo muy razonable. Todo lo anterior nos lleva en un primer tiempo a definir lo que es un arbitraje, para distinguirlo de otros procedimientos semejantes, mas muy distintos.

---

[6] Según la LCIA, el promedio de sus procedimientos es de 16 meses.

[7] *Infra* # 70.

[8] Según los números de la LCIA por ejemplo, el costo promedio es de 99,000 USD.

A - Definición

González de Cossío, Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, *Lima Arbitration*, 2007; Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987; Oppetit, Sur le concept d'arbitrage, *Mélanges Goldman*, Litec, 1987.227

6. Especialmente en México, el término "arbitraje" crea confusiones. En efecto, cuando se menciona la Junta de Conciliación y Arbitraje, o la PROFECO que se pronuncia como "árbitro", ¿hablamos de lo mismo que un arbitraje comercial? En realidad no. El primer criterio de distinción y que permite definir la noción de arbitraje, es que un árbitro no tiene el *imperium*, quiere decir la facultad de poder por sí mismo ejecutar sus decisiones[9]. La Junta de Conciliación y Arbitraje o la PROFECO no son tribunales arbitrales, no obstante su denominación, porque son autoridades con facultades de ejecución de sus decisiones a través de herramientas como las multas, véase la fuerza pública[10].

7. Es también un proceso voluntario. Nadie puede ser forzado a ir a un arbitraje si no ha consentido a él de manera expresa o implícita. Se trata de un mecanismo contractual que se basa en el libre consentimiento de las partes de someterse a él; por consecuencia no existe el arbitraje

[9] *Infra* # 92.

[10] *Infra* # 500.

"forzoso"[11], como lo demuestra la siguiente tesis:

> CAÑA DE AZÚCAR. EL ARTÍCULO 125 DE LA LEY DE DESARROLLO SUSTENTABLE RELATIVA A OBLIGAR A LOS INTERESADOS A SOMETERSE A LA JURISDICCIÓN DE LA JUNTA PERMANENTE AHÍ PREVISTA, TRANSGREDE LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, SEGURIDAD JURÍDICA Y ACCESO A LA JUSTICIA. El citado precepto, al establecer que para la resolución de las controversias azucareras que se susciten, los abastecedores de caña y los industriales deberán someterse a la
> jurisdicción de la Junta Permanente de Arbitraje de la Agroindustria de la Caña de Azúcar, debiendo cumplir con las resoluciones que dicte, una vez que causen estado, transgrede las garantías de legalidad y seguridad jurídica previstas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues la obligación de someterse a la jurisdicción de esa Junta desvirtúa **la naturaleza del arbitraje, cuyo elemento esencial es la cláusula arbitral,**

[11] Es cierto que recientemente, la SCJN ha emitido una tesis en la cual se quiere definir el arbitraje "forzoso", sin embargo, la conclusión de la tesis es la que este tipo de "arbitraje" no es arbitraje: ARBITRAJE FORZOSO. SU CONCEPCIÓN JURÍDICA. El arbitraje forzoso es aquél donde la Ley expresamente reserva la solución de ciertos conflictos a un árbitro cuyo nombramiento está determinado por la Ley aplicable que es un tercero discernido que no representa a las partes y es imparcial respecto del objeto debatido, de lo que se desprende que en esta modalidad el Estado tiene interés en auspiciar su labor de gestión y procura la pacificación; por ello, al emitirse el laudo en esta variante del arbitraje, el árbitro no representa voluntad alguna de las partes más que la propia, de manera que su decisión está revestida de un sentido de justicia suficiente como para darle una razón jurisdiccional y, por ende, puede sostenerse que en esta modalidad los árbitros gozan de jurisdicción derivada del Estado, mas no de las partes, por lo que se trata de jurisdicciones complementarias (como en los procedimientos seguidos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje). Amparo en revisión 131/2009, **Talent Agency Unlimited**, S.A. de C.V., 27/05/2009. Véase también sobre este punto, *infra* # 159.

> **en la que las partes se comprometen a resolver sus diferencias mediante ese procedimiento, sin que pueda obligárseles a ello sin su consentimiento**. Además, la obligación de los sujetos mencionados de someter sus conflictos a la jurisdicción de la Junta Permanente conlleva necesariamente la de acatar sus resoluciones, lo que implícitamente significa que se les hace renunciar a tener acceso inmediato a la jurisdicción de los tribunales federales o locales, que administran justicia en términos del artículo 17 constitucional[12].

8. Ahora bien, existen ciertas situaciones donde una parte es "forzada" a aceptar una cláusula arbitral. Típicamente en materia deportiva, el deportista que quiere participar en las competencias oficiales tiene que obtener la autorización de la respectiva Federación, autorización

---

[12] **Tesis de jurisprudencia 47/2008**. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada 12/03/2008. Amparo en revisión 1122/2006. Promotora Azucarera, S.A. de C.V. y otras. 28 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez. Amparo en revisión 1926/2006. Ingenio Plan de San Luis, S.A. de C.V. 28 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez. Amparo en revisión 1942/2006. Compañía Industrial Azucarera, S.A. de C.V. 28 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez. Amparo en revisión 16/2007. Impulsora de la Cuenca del Papaloapan, S.A. de C.V. 28 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot. Amparo en revisión 67/2007. Ingenio La Joya, S.A. de C.V. 28 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

condicionada por la aceptación del reglamento vigente, que normalmente también contiene una cláusula compromisoria. En otras palabras, si no se acepta el reglamento con su pacto arbitral, no se puede participar en la competencia. No hay opción[13]. Consecuentemente, se puede pensar que tales cláusulas son nulas por vicio de consentimiento[14], sin embargo, la mayoría de los tribunales las avalan, con el lapido principio de que nadie está obligado a firmar la cláusula arbitral[15]. Hoy en día, la cuestión es aún debatida ante la Corte Europea de Derechos Humanos[16].

9. Por otra parte, el arbitraje se distingue respecto de otros métodos alternos en el hecho de que el árbitro tiene el *jurisdictum*: la facultad de decidir. Decide de manera definitiva una controversia. En la mediación o la conciliación, por ejemplo, el tercero llamado para resolver la controversia no puede tomar decisiones en el asunto: puede negociar, proponer, recomendar, mas no decir quién tiene o no razón. El resultado de esos métodos son contratos entre partes; el resultado de un arbitraje es un

---

[13] Sobre el debate, ver por ejemplo: Lukomski, Arbitration clauses in sport governing bodies statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, *The International Sports Law Journal,* 2013.60.

[14] *Pechstein v. ISU,* LG München I, 26/02/2014; *Pechstein v. ISU,* OLG München, 15/01/2015, *Rev. arb.*, 2015.909, Maisonneuve.

[15] *Pechstein*, BGH, 07/06/2016.

[16] *Pechstein v. Switzerland*, CEDH, pendiente.

laudo. El contrato se debe litigar en la vía ordinaria, el laudo es un título ejecutivo[17]. El arbitraje también se distingue del *expertise*, visto que, en materia de peritajes, la controversia versa sobre hechos no sobre el Derecho[18].

10. Finalmente, existe una última cuestión en relación con el *hardship*. Muchas veces, los contratos prevén que en caso de un cambio fundamental de las circunstancias - el *hardship* según la terminología internacional -, las partes pueden renegociar el contrato y si no lo logran, un tercero puede realizar las necesarias modificaciones. ¿Se trata de un árbitro? Pues, hay un procedimiento contradictorio en el que las partes pueden presentar sus respectivos puntos. Al final ese tercero decide, y su decisión es definitiva y obligatoria. Se trata entonces de un arbitraje, donde el laudo en lugar de condenar a una parte ordena a todas las partes respetar el nuevo contrato y ejecutarlo de buena fe. Si una de las partes rechaza las nuevas disposiciones contractuales ordenadas por el tribunal arbitral, la otra parte puede ir en ejecución forzosa del laudo. **En consecuencia, es arbitraje el procedimiento contractual entre particulares donde uno o más terceros designados para resolver una controversia de Derecho emiten una decisión definitiva[19] que obliga jurídicamente a una o varias partes de cumplir con lo decidido.** Definición que

[17] Art. 1391 Ccom.

[18] Ver por ejemplo: *Didier Monnot c/ Axa*, Civ^2, 03/10/2013, *Rev.arb.*, 2014. 640, Chantebout.

[19] Sobre el carácter definitivo del laudo ver *infra* # 474.

se aplica a toda la tipología de los diversos procedimientos arbitrales que existen.

B - Tipología

11. Existe una gran variedad de arbitrajes, cada uno con algunas especificidades: arbitraje médico, arbitraje internacional, arbitraje deportivo, arbitraje sobre inversión extranjera, etc. Unos tienen diferencias de régimen legal, como es el caso para el arbitraje interno o internacional; otros tienen diferencias prácticas como los relacionados con el arbitraje institucional y *ad hoc*; y otros tienen especificidades debido al sector en el cual interviene el arbitraje.

a) Arbitraje interno e internacional

Perret, Arbitrage interne et international: Y a-t-il lieu de conserver cette distinction?, *Mélanges Kellerhals*, 2005.55

12. La tradicional distinción entre el arbitraje nacional y el internacional, por tener regímenes jurídicos diferentes, tiende a desaparecer para dar lugar a un solo régimen tal como en México, donde las disposiciones aplicables son las mismas para uno u otro procedimiento arbitral. Sin embargo, la distinción recobra su importancia en materia de aplicación de las convenciones internacionales. Es un

arbitraje internacional, según la legislación mexicana, aquél en el que:

> - Las partes en el momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o
>
> - El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al mismo, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto de litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento.
>
> - Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual[20].

13. Como se desprende de la disposición citada, **México sólo utiliza el criterio jurídico**, vía una localización territorial, e ignora el criterio económico como lo podemos encontrar en Francia o Colombia, por ejemplo. Ahora bien, en la tesis que sigue, en lugar de buscar si el arbitraje es internacional, se intentó demostrar que el procedimiento arbitral es local, tomando como criterio la sede arbitral y el idioma:

> LAUDO ARBITRAL. CUANDO NO ES APLICABLE LA CONVENCIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES

[20] Art. 1416 Ccom (Art. 1, UNCITRAL).

> EXTRANJERAS. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras no resulta aplicable cuando un laudo arbitral se emitió en el idioma español en la República Mexicana y se va a ejecutar dentro del propio país, sólo basta lo dispuesto en el artículo 1461 del Código de Comercio[21] y la aludida convención tendrá un carácter análogo al principio de convencionalidad[22].

La referencia al idioma del arbitraje está fuera de lugar, pero es cierto que la Convención de Nueva York define su campo de aplicación por el hecho de que la sede arbitral está en otro Estado en el cual se busca el reconocimiento y la ejecución del laudo. En Derecho comparado, la mayoría de los Estados siguen la definición de la Ley Modelo UNCITRAL, como por ejemplo Costa Rica, Chile o Bolivia (que no han adoptado la Ley Modelo). Honduras también sigue la Ley Modelo con la excepción de que en lugar de "establecimiento" utiliza la noción de "domicilio", como también lo hace Colombia. En resumen, el arbitraje es internacional en presencia de un elemento de extraneidad, a excepción de la nacionalidad. No se considera el criterio económico, con la notable excepción de Colombia que decreta la internacionalidad cuando "la controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional"[23], siguiendo así el modelo francés.

---

[21] Art. 35, UNCITRAL.

[22] Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 6/2012. **Bergesen Worldwide Limited**. 19/04/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Carlos Manríquez García.

[23] Art. 62c) de la nueva Ley sobre arbitraje de 2012.

En realidad, como lo veremos más adelante, no hay que distinguir[24], porque el laudo es a-nacional[25], que proceda en forma institucional ante un centro de arbitraje o pueda organizarse de manera *ad hoc*.

b) Arbitraje institucional y ad hoc

Caron & Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, 2013; Nappert, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules 2010: A Practitioner's Guide*, Juris Publishing, 2012; Lalive, Avantages et inconvénients de

[24] Ver por ejemplo: "Como lo demostró el profesor Kegel, para cada aplicación de cualquier regla jurídica el Derecho internacional privado interviene. En general, la doctrina opina que el Derecho material nacional se aplica por sí mismo. Estos autores apoyan una visión en tres tiempos: el Derecho substancial del fórum se aplica por sí mismo; y el Derecho substancial del fórum aplicable según el Derecho internacional privado; el Derecho substancial extranjero aplicable según el Derecho internacional privado. Sin embargo, en realidad hay solamente dos etapas: el Derecho substancial del fórum aplicable según el Derecho internacional privado; y el Derecho substancial extranjero según el Derecho internacional privado. No porque sea "normal" que el Derecho mexicano se aplique a una situación plenamente interna, significa que el Derecho internacional privado no interviene. Se trata de una aplicación implícita. Y de ahí, el requisito de la internacionalidad es superfluo. Sin embargo, es un hecho que la lex lata prevé criterios subjetivos y objetivos para definir la situación "internacional" en donde el Derecho internacional privado interviene" (Graham, *Manual de Derecho internacional privado*, Zamanga Editores, 2015.43).

[25] *Infra* # 35.

l'arbitrage "ad hoc", *Mélanges Bellet*, 1991.301

14. Es tradicional distinguir entre el arbitraje institucional que se lleva ante un centro de arbitraje y el que se organiza *ad hoc* sin la intervención de una institución arbitral. Además del hecho de que en el arbitraje *ad hoc*, las partes tienen que organizar todo por sí mismos, no hay mucho que distinguir dado que tanto la forma como el fondo corresponden al arbitraje institucional. Por ejemplo, un arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de París no difiere mucho de un arbitraje de la CCI. Sin embargo, es cierto que los centros, aparte de proponer sus reglas con sus especificidades, proponen un cierto número de servicios que tal cual no existen en un arbitraje *ad hoc*. Finalmente, vale la pena señalar que, al contrario de lo que se dice, los arbitrajes *ad hoc* al final de cuentas resultan muchas veces más caros que los institucionales no obstante que no hay un *fee* que pagar. Eso se debe por ejemplo a que los árbitros cobran muchas veces por hora, mientras que en un arbitraje CCI, por ejemplo, se les paga un porcentaje. La institución arbitral también propone revisar los laudos en su forma para que no haya eventuales complicaciones en el momento de la ejecución del laudo. El arbitraje *ad hoc* se recomienda sólo en situaciones muy específicas, tal como en materia de inversión extranjera, o para arbitrajes de menor cuantía, o según la experiencia de las partes que tienen el *know how* de fabricar un arbitraje sobre medida, o según el sector concernido.

15. ¿Por qué entonces el arbitraje *ad hoc*? La respuesta no es, como lo hemos dicho, porque en principio es más barato. En muchos asuntos es lo contrario, entre otros porque los honorarios de los árbitros son negociados libremente. Sin embargo, en relación con disputas de menor cuantía, sí puede ser una excelente herramienta, visto que por ejemplo para una litis de 10,000 USD, la CCI cobra para un tribunal compuesto de un árbitro único en total un aproximado de 6,000 USD: el 60% de la controversia, sin hablar de los honorarios de los abogados. En verdad, la primera opción tendría que ser un arbitraje institucional por la facilidad, la comodidad, y el respaldo en caso de obstáculos severos durante el arbitraje[26]. El *ad hoc* tiene que ser la excepción cuando las partes involucradas no tienen mucha experiencia en la organización y administración de un arbitraje. Su elección puede ser porque ambas partes ya tienen en mente los miembros del tribunal arbitral, que no están dispuestos a trabajar por los honorarios previstos por los centros arbitrales, o, al contrario, que aceptan cobrar honorarios menores que los previstos en los aranceles y honorarios de los centros de arbitraje. El *ad hoc* también puede justificarse por razones imperativas de confidencialidad del asunto (visto que los documentos del arbitraje pasan por las manos de los responsables del caso por parte del centro). Y como Lalive ya lo señaló en 1991, un arbitraje *ad hoc* puede ser preferible si uno quiere escapar a la burocracia de los centros de arbitraje. Ese *trend*

[26] Para un caso suizo que terminó más que mal, ver: Receptum arbitri and the Race against the Clock – an incredible Story!.

se confirma con la reciente publicación de las Reglas de París.

16. Históricamente, el texto de la UNCITRAL fue el primer reglamento modelo para arbitrajes *ad hoc*, publicado por primera vez en 1976. Hasta la fecha, su éxito es indiscutible. Con la multiplicación de los arbitrajes sobre inversión extranjera, tuvo una segunda juventud. En 2010, se operó una revisión importante sin alterar la estructura original del texto, introduciendo, entre otros, disposiciones sobre arbitrajes multi-partes, la responsabilidad y un procedimiento para formular objeciones respecto de los peritos nombrados por el tribunal arbitral, un procedimiento revisado para la sustitución de un árbitro, el requisito de los costos razonables y un mecanismo de examen de los costos del arbitraje. También se han previsto disposiciones más detalladas sobre las medidas cautelares. En 2014, el texto fue complementado por un reglamento sobre transparencia para tales arbitrajes. Ahora, si se le compara a los reglamentos de las instituciones arbitrales, es cierto que no cuenta con las principales innovaciones como el juez de emergencia, por ejemplo. No obstante lo anterior, es un reglamento que nos agrada porque justamente es un verdadero reglamento arbitral con pocas disposiciones que permiten la flexibilidad del arbitraje con sólo reglas de base claras, al contrario de los reglamentos institucionales que se parecen más y más a verdaderos códigos de procedimientos civiles.

17. En cuanto a las Reglas de París, aquéllas son una creación reciente por parte de un consorcio internacional de firmas de abogados, con la idea de proponer reglas más modernas que las de UNCITRAL. Sus particularidades consisten en su mercado *target*: partes y árbitros con experiencia, donde la autonomía de las partes funciona, y todos tienen en mente que el arbitraje es un método de colaboración entre el tribunal arbitral y las partes:

> The [rules] accord the arbitrator(s), freely chosen by the parties, a wide measure of authority and discretion in order to achieve this overriding aim. To the extent that such objective cannot be met without the active participation of all who are involved in the process, they also place express obligations on the parties to cooperate in attaining the common goal. In the same spirit of promoting an efficient and effective process, they place obligations on arbitrators and provide redress if those obligations are not met.

La autoridad nominadora es como en UNCITRAL, la Corte Permanente de Arbitraje, pero que además tiene el papel de *juge d'appuie*. Es de subrayar que, en ausencia de fijación de la sede arbitral, es París la que lo será por *default* (la justificación siendo según los promotores de las Reglas, que Francia tiene una legislación muy moderna en la materia). En pocas palabras, las reglas de París incluyen todas las novedades que el Reglamento de la UNCITRAL no tiene: el árbitro de emergencia; la confidencialidad; la obligación de cooperación entre las partes; plazos para rendir el laudo, etc. y tendrían que tener rápidamente la preferencia de los actores para los arbitrajes *ad hoc*,

procedimientos que también pueden tener lugar en los diversos sectores especializados como lo veremos en lo que sigue.

c) Arbitraje sectorial

18. También se puede realizar una clasificación del arbitraje con respecto a la materia o al sector en el cual se desenvuelve el procedimiento. En este contexto, se puede hablar del arbitraje comercial, el arbitraje deportivo, el arbitraje sobre inversión extranjera, etc. La distinción del punto de vista del procedimiento arbitral no hace mucho sentido debido a que casi siempre tienen la misma manera de proceder. Si bien es cierto que existen algunas especificidades en uno u otro arbitraje, como por ejemplo en materia de deporte, donde existe un centro especializado que es el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS en sus siglos francés, o CAS en inglés), y que tiene la característica de tener una lista cerrada de árbitros, o en materia de inversión extranjera donde también existe un centro especializado que es el CIADI[27] y que tiene la particularidad de prever un procedimiento de revisión del laudo, eso no impide que al final de cuentas la manera en la que opere el arbitraje sea la misma. Sin embargo, **donde hay una diferencia marcada es en lo que concierne a la Ley aplicable**. Por ejemplo, el arbitraje en materia de inversión extranjera se distingue por el hecho de que la Ley aplicable es una mezcla de Derecho internacional público y de Derechos

[27] *Infra* # 581.

nacionales[28]; en materia de deportes, hay una forma de *lex sportiva* que se aplica[29]; etc. De esa pluralidad de arbitrajes, se debe teorizar una unidad, ejercicio recurrente en la doctrina arbitral, que hasta la fecha ha producido al menos tres grandes teorías generales del arbitraje.

TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

19. Si bien en la primera época del arbitraje internacional éste fue sólo un procedimiento para resolver una disputa de manera más fácil que por medio de un litigio ante los tribunales judiciales, rápidamente aparecieron los conflictos entre tribunales judiciales y arbitrales. Hoy, el arbitraje internacional se desarrolla en una herramienta para de-localizar las disputas, y así intentar escapar a las Leyes estatales, vía teorías como la de la *lex mercatoria* por ejemplo. Consecuentemente, una parte de la doctrina lleva a la apología la autonomía del arbitraje internacional vis-à-vis del orden jurídico estatal, mientras que los conservadores continúan defendiendo el anclaje del arbitraje en el órbita de la esfera legal estatal como una forma de justicia delegada por parte del Estado. Según la representación que uno se hace del arbitraje internacional, las explicaciones doctrinales y las consecuencias jurídicas radicalmente difieren. Por lo tanto, es fundamental explicar las diversas posturas antes de demostrar que en

[28] *Infra* # 604.

[29] *Infra* # 438.

realidad el arbitraje está enraizado en el acuerdo arbitral que constituye su propia *Grundlegung*.

A - Las representaciones del arbitraje

Gaillard, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Limusa, 2012; Gaillard, The representations of international arbitration, *New York Law Journal*, 04/10/ 2007; Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, *RCADI*, 2007.49; Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998.

20. Las últimas décadas fueron marcadas por lo que se puede llamar la confrontación entre el "libro verde" y el "libro rojo", quiere decir entre la doctrina "*lexmercatorista*" de Fouchard-Gaillard-Goldman[30], y la *del Estado de sede* de Redfern & Hunter[31], también defendida por Poudret & Besson[32]. A la cual, se debe agregar una tercera representación que es la de la *lex executionismo* defendida por Pierre Mayer[33]. Sin embargo, en los últimos años se desarrolló una nueva corriente, especialmente bajo la

[30] *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

[31] Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*,

[32] *Comparative Law of International Arbitration*, 2 ed, Sweet & Maxwell, 2007.

[33] L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, *RCADI*, 1989. 327.

pluma de Jean-Baptiste Racine[34] y promovido por Emmanuel Gaillard, que es la que proclama la "autonomía" de un orden arbitral internacional, y que en realidad no es nada más que un *relooking* de la teoría de la *lex mercatoria*.

21. Para resumir muy esquemáticamente el debate, se trata de saber si el arbitraje internacional está preso en las Leyes de los Estados, o si es libre e independiente. El caso *Salini Costruttori*[35] es ilustrativo. Un arbitraje entre una empresa italiana y el Estado etíope tuvo su sede en Addis Ababa, Etiopía. El Estado demandado inició un litigio paralelo ante los tribunales de este país, los que a su vez – de buena o mala fe - emitieron una orden de suspensión del procedimiento arbitral. Sin embargo, el tribunal arbitral la rechazó, con base en los siguientes motivos:

> The Arbitral Tribunal accords the greatest respect to the Ethiopian courts. Nevertheless, for the reasons set out below, the Tribunal considers that it is not bound to suspend the proceedings as a result of the particular injunctions issued by the Federal Supreme Court and the Federal First Instance Court and that, in the particular circumstances of the case, it is under a duty to proceed with the arbitration.
>
> This tribunal is an ICC arbitral tribunal, constituted under the ICC Rules. Pending the decision of the

[34] Refléxions sur l'autonomie de l'arbitrage comercial international, *Rev. crit.*, 2005.305.

[35] Salini Costruttori v. Etiopia, CCI, Laudo sobre jurisdicción, 07/12/2001 (Gaillard; Berdardini, Bunni).

> Arbitral Tribunal on the question of jurisdiction, which is given below, it must be assumed that the parties have agreed to resolve their disputes through ICC arbitration with a seat in a particular country, namely, Ethiopia[36].
> [...]
>
> An international arbitral tribunal is not an organ of the state in which it has its seat in the same way that a court of the seat would be. The primary source of the Tribunal's powers is the parties' agreement to arbitrate. An important consequence of this is that the Tribunal has a duty vis à vis the parties to ensure that their arbitration agreement is not frustrated. In certain circumstances, it may be necessary to decline to comply with an order issued by a court of the seat, in the fulfilment of the Tribunal's larger duty to the parties[37].
> [...]
>
> To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement into a dead letter, with intolerable consequences for the practice of international arbitration more generally[38].

22. Si el arbitraje está anclado al orden jurídico estatal, es obvio que el tribunal arbitral tiene que obedecer a las

[36] #124 sq del laudo.

[37] # 128 del laudo.

[38] # 143 del laudo.

órdenes judiciales; si es autónomo o independiente, entonces no hay - a lo mejor -, lugar a hacer caso a los tribunales estatales. El fallo del tribunal arbitral, que por casualidad fue presidido por Emmanuel Gaillard, fue explicado por el concepto de orden jurídico arbitral, que en realidad expresa nuestra representación[39]: todo está anclado en el acuerdo arbitral, lo que hace acrónica la noción de Estado sede del arbitraje.

a) El postulado del Estado sede

Mann, Lex Facit Arbitrum, *Mélanges Domke*, 1967.157; Sauser-Hal, Informe, *AnnIDI*, 1957.394.

23. Durante décadas, se consideró que el arbitraje estaba localizado en el Estado sede del arbitraje, y aún en la actualidad la gran mayoría de las legislaciones arbitrales lo consideran así. La idea principal es que no pueden existir actos fuera de la esfera soberana del Estado, y que necesariamente tienen que estar localizados en el territorio de un Estado. Consecuentemente, las partes tienen que decidir en cuál territorio el tribunal arbitral tiene que establecerse y por ende, es su legislación la que tiene que aplicarse. Muchos argumentos pueden considerarse a favor de la localización del arbitraje en el orden jurídico del Estado sede del arbitraje, siendo el más importante el de la competencia exclusiva, en virtud de la Convención de

[39] "The primary source of the Tribunal's powers is the parties' agreement to arbitrate" (#128 del laudo Salini).

Nueva York[40], para pronunciar la nulidad del laudo. Sin embargo, este último punto ha perdido mucho valor desde que los tribunales aceptan ejecutar laudos anulados en el Estado sede[41]. La ejecución de un laudo anulado nos lleva a considerar que el anclaje jurídico del arbitraje se ubica en realidad en el Estado de ejecución.

b) El postulado del Estado de ejecución

Mayer, Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung), *Mélanges Goldman*, Litec, 1987.199.

24. ¿Cómo explicar la posibilidad de ejecutar en un Estado un laudo anulado en otro Estado, sede del arbitraje? Pues por el hecho de que el arbitraje en realidad no está anclado en el Estado sede. El arbitraje es pluri-localizado en varios Estados: en el de la sede, y en todos aquéllos en donde se puede buscar la ejecución del laudo. Le corresponde a cada Estado de ejecución decidir cómo considerar las actuaciones arbitrales que han llevado al laudo y en qué condiciones es posible aceptar este laudo y ejecutarlo. La juridicidad del laudo se obtiene entonces en el Estado de ejecución. Esta teoría ha sido parte de nuestras consideraciones en el transcurso de los años, y creemos firmemente que no es falsa, porque corresponde a la

[40] *Infra* # 96.

[41] *Infra* # 539.

realidad de los hechos en la práctica. Sin embargo, su imperfección consiste en no poder explicar por qué el arbitraje en sí mismo es obligatorio. En la práctica no tiene sentido decir que el arbitraje se rige por todas las Leyes de los Estados de ejecución (aunque en teoría así tendría que ser), debido a que en el momento del arbitraje es imposible saber dónde piensan las partes buscar la ejecución del laudo. Lo que da pauta a pensar que si ni el Estado sede ni el Estado de ejecución permiten localizar el arbitraje, su ubicación debe de ser en un tercer orden jurídico.

c) El postulado del tercer orden jurídico

Racine, Refléxions sur l'autonomie de l'arbitrage comercial international, *Rev. crit.*, 2005.305; Goldman, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives, *JDI*, 1979.475.

25. En 1979, en su famoso artículo "La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives"[42], Goldman afirmó que la *lex mercatoria* es un nuevo orden jurídico, con sus principios y usos; y sus órganos jurisdiccionales que serían los tribunales arbitrales. Para cimentar su demostración, Goldman invocó a Santi Romano, y su teoría del "pluralismo

[42] *JDI*, 1979.475.

jurídico"[43].Vehemente combatido por Lagarde[44] y Kassis[45], la *lex mercatoria* no duró mucho como idea de un nuevo orden jurídico, y tuvo que ceder ante la "Nueva *lex mercatoria*", definida por Emmanuel Gaillard, como un método de Derecho comparado[46].

26. La jurisprudencia francesa dio pauta a la renovación del debate doctrinal con su decisión *Hilmarton*[47], en la cual la Corte de Casación estableció que "un laudo arbitral no está integrado en ningún orden jurídico nacional". Autores como justamente Emmanuel Gaillard, intentaron explicar que el laudo tiene una existencia objetiva en un "orden jurídico autónomo", constituido por la "comunidad de todos los Estados" y a cada Estado corresponde subjetivamente reconocer o no tal orden jurídico[48]. Unos años después, al parecer la Corte Suprema francesa adoptó en su decisión *Putrabali*[49], el punto de vista de la existencia de ese tercer orden jurídico al establecer que el laudo es una "decisión de justicia internacional". Jean-Baptiste Racine sostiene que se trata de un "orden arbitral", un paradigma,

---

[43] Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 3 ed., 1977.

44 Approche critique de la lex mercatoria, *Mélanges Goldman*, 1987.125.

[45] Kassis, *Théorie générale des usages de commerce*, LGDJ, 1984, #454sq.

[46] Gaillard, Trente ans de lex mercatoria, *JDI*, 1995.5.

[47] Hilmarton, Civ1, 23/03/1994.

[48] Gaillard, The representations of international arbitration, *New York Law Journal*, 04/10/ 2007.

[49] *Putrabali*, Civ1, 29/06/2007.

según el autor, distinto al de la *lex mercatoria*. Se trataría de la autonomía del arbitraje frente a los Estados y no sobre la cuestión de saber si existe o no un tercer orden jurídico[50]. Sin embargo, no explica cuál es la *Grundlegung*, quiere decir las normas de referencia que otorgan la juridicidad al laudo arbitral, por ejemplo. Si la teoría seduce y estamos de acuerdo con ella hasta cierto punto, cabe constatar que sufre del mismo vicio que en su época sufrió la *lex mercatoria*: el postulado de una "comunidad". En efecto, según Gaillard, el arbitraje está enraizado en la "comunidad de los Estados", mientras que Racine habla de un "orden arbitral" sin más, dando pauta al debate alrededor de lo que es un orden jurídico. En realidad, no se requiere un orden jurídico o arbitral, sino simplemente identificar la *Grundlegung* del acuerdo arbitral, quiere decir el sistema normativo que confiere a la cláusula arbitral su legalidad y obligatoriedad, que a su vez confiere la juridicidad al laudo. Intentaremos demostrar que la cláusula compromisoria es un contrato sin Ley, salvo voluntad contraria de las partes, y que constituye su propia *Grundlegung*.

d) El postulado de la propia *Grundlegung*

27. Desde hace muchos años está aceptado que, en el fondo, salvo pacto contrario, y según el reglamento arbitral, el tribunal puede aplicar las normas jurídicas que considere

[50] Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international, *Rev. arb.*, 2005.305.

apropiadas[51], sin referencia a un orden jurídico. En particular, pueden constar esas normas en las estipulaciones contractuales. Entonces, si es posible identificar normas jurídicas en un contrato sin referirse a un orden jurídico, ¿por qué el contrato no puede tener una *Grundlegung* que no sea la de un orden jurídico? En otras palabras, ¿por qué el contrato – en este caso el acuerdo arbitral – no puede ser válido por sí mismo? ¿No es ésa también la percepción que tienen los practicantes, de que en 99% de los contratos no estipulan una Ley aplicable al acuerdo arbitral? La razón es que se parte del principio de que el acuerdo arbitral "se rige por sí mismo", y teóricamente, su juricidad proviene por las promesas cruzadas de las partes de pactar el acuerdo.

1. La juridicidad del acuerdo arbitral en virtud de su propia Grundlegung

Mayer, Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung), *Mélanges Goldman*, 1987.199; Verdross, Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1958.635.

[51] Por ejemplo: art. 21 CCI, art. 31 ICDR, art 33 Reglas Suizas. *Contra*: art. 16 LCIA, que prevé expresamente que la Ley aplicable al acuerdo arbitral es la Ley de las partes o en su defecto la Ley de la sede arbitral.

28. Como dijo Verdross, cada orden jurídico llamado positivo postula una norma meta-positiva al origen[52], que es el famoso *Pacta sunt servanda*, base de cualquier orden jurídico, incluyendo el de los Estados. Quiere decir, por ejemplo, que un contrato es válido en función de un orden jurídico, que a su vez es válido en virtud de una meta-norma, que es el *Pacta sunt servanda*, que a su vez ¡no requiere otra referencia de validez por ser una meta-norma!, la famosa "norma fundamental". Por lo tanto, ¿por qué entonces hubiera necesidad de pasar por un orden jurídico, y no simplemente validar el contrato directamente en función de la meta-norma? Batiffol criticó en su tiempo este punto de vista, diciendo que desde el inicio del contrato se requiere de reglas de Derecho nacional aplicables para saber si existe un acuerdo y en qué medida éste obliga jurídicamente a las partes[53]. En el mismo sentido, Vincent Heuzé sostiene que "la fuerza obligatoria del contrato no proviene de la promesa, sino del valor atribuido a esta promesa. Este valor depende de una norma exterior que sólo tiene los medios propios para garantizar la ejecución".[54] En otras palabras, no hay, según esta corriente doctrinal, contratos si no hay una Ley para conferirles su validez, como lo afirmó en su época la

---

[52] Verdross, Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1958.635.641.

[53] Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956., #32.

[54] Heuzé, *La réglementation française des contrats français*, Economica, 1990, #115 sq.

antigua Corte Permanente de Justicia Internacional: "Todo contrato que no es un contrato entre Estados como sujetos del Derecho internacional, tiene su fundamento en una Ley nacional"[55].

29. Sin embargo, lo que en otra época se afirmó ya no sigue necesariamente vigente. En efecto, recordemos que quienes defendieron al positivismo partían de una jerarquía de normas donde cada una derivaba su validez de una norma superior. Al extremo de la pirámide se encuentra una norma ficticia – la famosa *Grundnorm* kelsenia, que no es nada más que un postulado teórico para evitar un *regressio in infitinum*. Decir que el intercambio de los consentimientos no puede ser civilmente obligatorio por sí mismo[56], no permite de ahí derivar que necesariamente una Ley positiva debe aplicarse al contrato[57]. ¡El intercambio es obligatorio en razón de una norma meta-positiva! El "argumento apodíctico" que Heuzé señala, según el cual, si la voluntad es tan poderosa en un primer momento al querer ligarse, nada podría impedirle en un segundo momento, a no ser más ligada[58], simplemente no funciona. Se olvida que la obligatoriedad de todo orden jurídico, sea internacional o nacional, no

[55] *Emprunts serbes et brésiliens*, CPJI, 12/07/1929.

[56] Heuzé, *op. cit.*, #116.

[57] *Idem*, #132.

[58] *Ibid.*, #131.

nació de un *vacuum*[59], sino a partir de un encuentro de voluntades para luego someterse a un *corpus juris*[60]. Es esta auto-limitación el fundamento de la *Pacta sunt servanda* y de su obligatoriedad.

30. Con respecto a la exigencia de prescripciones precisas, señalada por Batiffol[61], nada impide a un contrato prever de manera detallada varias hipótesis, y que las hipótesis que falten sean resueltas por vía de interpretación. Por cierto, ¿podremos decir que el Código Civil, por ejemplo, a pesar de sus tres mil setenta y cuatro artículos ha previsto todas las dificultades susceptibles de presentarse en materia contractual? ¡Seguramente que no! Y es por interpretación de las disposiciones existentes que el juez va a buscar la solución. ¿Por qué no pensar en el mismo método en el contrato sin un Derecho aplicable? Como lo subraya Pierre Mayer, "las reglas son útiles, pero cuando de todas maneras

---

[59] Al menos de considerar que los órdenes jurídicos derivan de un Derecho natural establecido por un poder superior a los hombres…pero esto es un otro debate.

[60] Según Hobbes, en el estado de naturaleza nadie es *per se* sometido a la autoridad de prójimo y cada tiene un derecho, sobre todo - *natura dedit omnia omnibus* (*De Cive*, I §10). Sin embargo, el teorema de la razón hace comprender a los individuos de no hacer cualquier cosa que dañe a su vida (*Léviathan*, XIV). De esto se deduce un cálculo pragmático que conduce los individuos a celebrar entre ellos un convenio previendo que cada traspasa su derecho sobre todo para fundir una sociedad civil representada por el Estado (véase: Angoulvent, *Hobbes et la morale politique*, PUF, 1994; Derathé, *Rousseau et la science politique de son temps*, 2° ed., Vrin, 1995), y consecuentemente por su orden jurídico. Este convenio inicial se basa sobre el *Pacta sunt servanda* y la auto-limitación es respetada por una necesidad social. Es así también para la hipótesis del contrato sin derecho.

[61] *Idem.*, # 33.

se debe inventarlas, es indiferente que sea en el nombre de un orden jurídico o de manera autónoma"[62]. Asimismo, como continua a notar Pierre Mayer, el árbitro no necesita preguntarse de dónde las partes tienen el derecho de elegir las reglas aplicables – en otras palabras, no tiene que buscar la *Grundlegung* en un orden jurídico. Es suficiente para él constatar que ellos eligieron un Derecho[63], porque él tiene, en ausencia de un *fórum*, su poder de la voluntad de las partes y debe aplicar las reglas que ellos le pidan aplicar. La *Grundlegung* de la misión del árbitro, como dice el Tribunal en *Salini*[64], no reside entonces en la Ley, sino en la voluntad de las partes; voluntad obligatoria en virtud de la promesa que conlleva la auto-limitación de la voluntad a no deshacerse de aquella promesa.

31. Consecuentemente, el acuerdo arbitral no está sometido a ninguna Ley, sino a sí mismo (salvo si las partes han optado por designar expresamente una Ley aplicable). Eso explica el principio de la autonomía del acuerdo arbitral y la presunción de validez. Los Estados no tienen que buscar la Ley aplicable, y deben proceder, como Francia, por ejemplo, con una regla material según la cual la cláusula compromisoria siempre sea válida, salvo si va en contra del orden público del país en donde se quiera ejecutar el laudo. No se trata de conferir una juridicidad, sino de reconocerle o no eficacia a algo que existe de manera objetiva,

---

[62] La neutralisation du pouvoir..., *op.cit.*, #25.

[63] Le mythe, *op.cit.*, p. 215.

[64] *Salini Costruttori v. Etiopia*, CCI, citado.

independientemente de cualquier Ley u orden jurídico. Si hay, por ejemplo, vicios de consentimiento o si el objeto del acuerdo arbitral es ilícito, es obvio que en virtud del *Pacta sunt servanda* las partes no hubieren querido un contrato viciado[65], pero la cuestión no es el problema de los Estados porque ellos no confieren la juridicidad. La cuestión podrá ser objeto de un arbitraje, en el cual los árbitros deciden si la cláusula arbitral es nula o no. Los Estados sólo tienen que decidir si dan eficacia o no a tal contrato arbitral; en otras palabras, si tal situación viola o no el orden público internacional del Estado ejecutor del laudo, eventualmente corregido por las Leyes de policía[66].

32. Y eso se demuestra también con el hecho de que, en realidad, hoy en día ya no se requiere un "intercambio de consentimientos" para que el acuerdo arbitral sea válido: ¡el simple conocimiento de la existencia de una cláusula compromisoria es suficiente! Es así como, por la decisión *Jaguar*, la Corte de apelación de París enunció que,

> en el Derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento en que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y del contenido del

[65] Lo que, a propósito, explica también las reglas de finalidad material que buscan a validar los contratos nulos, como por ejemplo el artículo 9 de la Convención de México de 1994.

[66] Sobre el tema, cf: Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, LGDJ, 2008.

> acuerdo arbitral, permitiendo así al árbitro conocer de todos los aspectos económicos del litigio[67].

Esta jurisprudencia manifiesta la inquietud de una buena administración de justicia y su principal interés es no subestimar una realidad económica en detrimento de una observación estricta de las formas prescritas por el sistema jurídico nacional. No se trata de buscar un concurso implícito de consentimientos más que hipotéticos, sino de tener una concepción material y no psicológica de la obligación convencional[68], independientemente de la Ley aplicable, porque el acuerdo arbitral tiene una existencia objetiva. Y, por lo tanto, para parafrasear *Hilmarton*[69], un acuerdo arbitral internacional no está integrado en ningún orden jurídico nacional.

33. No obstante lo anterior, parece que los árbitros en el fallo *Salini Construttori* no estaban listos para ir tan lejos porque insisten en:

> Of course, this is not to say that a contract, including an arbitration agreement, has a validity that is independent of any legal order. Indeed, a contract derives its binding force from its recognition by one or more legal orders. However, an agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively in the legal

---

[67] *Jaguar*, CA París, 07/12/1994, *RTDCom.*, 1995.401, Dubarry et Loquin; *ABS*, Civ1, 27/03/2007.

[68] Oppetit, Le consentement sans l'échange: le concours des consentements, *Rev. Jur. Com.*, 1995.73.

[69] Hilmarton, Civ1, 23/03/1994.

> order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself[70].

Tiempo después, el Presidente del tribunal en el caso *Salini,* E. Gaillard escribió que no se requiere de la Ley del Estado sede porque en realidad "todas las Leyes son igualmente aptas para decidir sobre la validez de un acuerdo arbitral"[71], defendiendo así a la "multi-localización" en contra del concepto de la "de-localización"[72]. Sin embargo, ¿por qué recurrir a una Ley estatal, si el acuerdo arbitral puede ser válido por sí mismo? ¿Por qué no admitir de una vez por todo su "a-localización"? Evidentemente la respuesta no es fácil, porque muchas mentes, en particular en los países latinoamericanos, quedan fascinados por el mundo perfecto que les ofrece el formalismo jurídico, pese a que su realidad les dicte una dirección diferente.

34. Ahora bien, nos parece que a diferencia del laudo *Salini*, la idea que sostenemos fue plenamente adoptada por las jurisdicciones francesas, en particular por la *Cour de Cassation* en el asunto *Dalico*[73] mediante la adopción de una regla material que enuncia que el acuerdo arbitral es siempre válido bajo reserva del orden público

---

[70] #129.

[71] L'interférence.., *op.cit.*, p. 88.

[72] Oppetit, *Teoría del arbitraje*, Legis, 2006.192.

[73] Dalico, Civ1, 20/12/1993, *JDI*, 1994.432, Gaillard; *Rev.crit.*, 1994.663, Mayer. También véase: *Omenex*, Civ1, 25/10/2005, *Rev. arb.*, 2006.103, Racine.

internacional. Recientemente, esta misma Corte suprema tuvo la oportunidad de precisar que:

> el principio de validez consagra la licitud de la cláusula arbitral independientemente de cualquier referencia a una Ley estatal[74].

Una tesis mexicana también parece ir en este sentido, visto que localiza el pacto arbitral en la voluntad de las partes, y la Ley solamente "reconoce" esta voluntad:

> ÁRBITROS PRIVADOS. NO TIENEN EL CARÁCTER DE AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO.
> Los artículos 1o. y 5o, fracción II, de la Ley de Amparo establecen que el juicio constitucional es procedente contra actos de particulares y que éstos tienen el carácter de autoridad responsable cuando sus funciones estén determinadas por una norma general y realicen actos equivalentes a los de una autoridad. Ahora bien, el arbitraje privado es el procedimiento basado en la voluntad de las partes, quienes renuncian al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial y confían a uno o más particulares (árbitro o árbitros) la decisión de todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual. En ese sentido, debe decirse que aunque los árbitros privados tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, como ello emana de un compromiso formado entre particulares, la función de los árbitros es privada e igual carácter tienen todas las actividades que

[74] *Copropriété maritime Jules Verne*, Civ[1], 07/06/2006.

> desarrollan a fin de resolver la controversia de que se trate, esto es, no son funcionarios del Estado ni tienen jurisdicción propia o delegada, dado que sus facultades derivan no de una norma general, **sino de la voluntad de los contratantes expresada en el acuerdo que la Ley reconoce**, y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio no obra en interés público, o sea, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, lógicamente las funciones de esos árbitros no son públicas, sino privadas, lo que significa que carecen de imperio, de suerte que no pueden los mismos árbitros conceptuarse como autoridades del Estado ni sus actos son equivalentes a los de autoridad, por lo que resulta improcedente el juicio de amparo promovido en su contra[75].

No hay más que decir. Y el mismo razonamiento se aplica a la juridicidad del laudo.

2. La juridicidad del laudo

35. Estamos de acuerdo con Emmanuel Gaillard que el laudo es sometido a ninguna Ley estatal, pero consideramos que no se requiere "inventar" un orden jurídico arbitral. En la medida en la que el acuerdo arbitral constituye su propia *Grundlegung*, el laudo a su vez tiene su *Grundlegung* en él. Si el acuerdo arbitral es un contrato internacional, el arbitraje es internacional y por lo tanto el laudo es una decisión de "justicia internacional" como lo proclama la Corte de

[75] Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Queja 195/2014. **Cecilia Flores Rueda y otros**. 29 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.

casación francesa través de su fallo *Putrabali*[76]. Y como cualquier decisión de justicia, cada país es libre de ejecutarla o no según sus propios criterios. La diferencia entre nuestra conceptualización y la de Emmanuel Gaillard, consiste en que el llamado orden arbitral internacional no tiene origen en sí; no se sabe de dónde proviene. Se dice que es un sistema basado sobre valores, sobre una forma de iusnaturalismo[77]; sin embargo, los valores no otorgan una juridicidad. Los valores son herramientas que dictan cómo utilizar un instrumento: así el orden público internacional es un instrumento, y la postura moral sobre la corrupción es la herramienta que dicta si el orden público tiene o no que rechazar el reconocimiento de un laudo que aprueba una operación de corrupción, por ejemplo. Es obvio que la postura moral no puede otorgar o negar la juridicidad del laudo, sino el acuerdo de voluntad que es el pacto arbitral. Y eso puede demostrarse a través de la problemática de los laudos anulados.

36. Si tomamos como modelo la sentencia judicial, es obvio que si el *ad quem* anula el fallo del *ad quo*, esa decisión ya no existe y los países no pueden ejecutarla. Un tribunal arbitral no tiene un superior para anular su decisión (salvo que las partes pacten lo contrario). Es cierto que las Leyes estatales prevén un recurso de nulidad del laudo. En ese momento, pueden existir dos decisiones: el laudo que tiene

[76] Putrabali, Civ1, 29/06/2007, *Rev. arb.*, 2007.507, Gaillard.

[77] Gaillard, *Teoría jurídica, op.cit.*, #43 sq.

una existencia jurídica objetiva[78] y *per se* por el acuerdo arbitral; y la decisión judicial de un Estado que lo anula. Ambas decisiones existen, aunque en conflicto. En el momento de la ejecución, el juez ejecutor tiene la libertad de decidir según sus propios criterios cuál de las dos decisiones prevalece. Tal situación no es extraña, como lo demuestra el *dictum* de la Corte de Apelación de Ámsterdam:

> A Dutch court is not required by the New York Convention to refuse to recognize and enforce foreign arbitral awards that have been annulled by the courts of the seat of arbitration. To be given extraterritorial effect, a foreign annulment judgment must meet a number of minimal requirements including due process of law, which requires that the court from which the judgment emanates has acted in an impartial and independent manner[79].

De todos modos, si nos olvidamos del arbitraje, ¿cuántas veces un juez está en presencia, por ejemplo, de una sentencia judicial de un país que decreta el divorcio, y una decisión de otro país que niega el divorcio? Pues, el juez hará prevalecer una decisión sobre la otra. Lo mismo tiene que ser para el laudo y la decisión judicial que lo anula. Por

---

[78] Misma conclusión: Lastenhouse, Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene, *J.Int´l Arb.*, 1999.26). Vehemente en contra se expresa Van de Berg, quien considera que un laudo nulo ya no existe, y cualquier otra teoría "*is based on a unconventional (and in my opinion inconsistent) vision of international arbitration*" (Van de Berg, Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, *J.Int.Arb.*, 2010.179).

[79] *Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft*, CA Amsterdam, 28/04/2009.

eso es posible ejecutar un laudo anulado en otro país[80], y se comprueba que el laudo tiene su juridicidad según el acuerdo arbitral, que a su vez tiene validez *per se* y es lo que se puede desprender de *Putrabali*: no se requiere un "orden arbitral legal", al contrario de lo que afirma por ejemplo Philippe Pinsolle[81].

37. Como consecuencia directa, es lógico eliminar la Ley aplicable al acuerdo arbitral y adoptar la regla material francesa. De la misma manera, ya no tiene sentido continuar con el concepto de la sede arbitral y del recurso de nulidad. Su abolición, sin embargo, no constituye peligro alguno para las partes presentes. A través del recurso de ejecución, el Estado mantiene el control mínimo necesario, y las partes en el arbitraje tienen las mismas causales que hubieran tenido en el recurso de nulidad, para oponerse a la ejecución forzosa del laudo.

El asunto *Dallah* nos da una magnifica ilustración[82]. *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company*, empresa saudí, celebró un contrato con un *trust* establecido por el

---

[80] Por ejemplo para los Estados Unidos: *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (COMMISA) v. PEMEX-Exploración y Producción*, (S.D.N.Y. 2013), 962 F.Supp.2d 642. Para la discusión general sobre el tema véase: Slater, On annulled arbitral awards and the death of Chromalloy, *Arbitration International*, 2009.271.

[81] Pinsolle, The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in *Putrabali*, *J.Int.Arb*. 2008.277.

[82] Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2010] UKSC 46.

Gobierno pakistaní, con el cual negoció los términos del contrato. Después de varias disputas, se organiza un arbitraje con sede en París. En ausencia de una Ley aplicable pactada, el tribunal, presidido por Lord Mustill, aplica la *lex loci arbitri*, y decide que, según la Ley francesa, el Gobierno es parte al acuerdo arbitral. Obteniendo respuesta a favor del tribunal sobre el fondo, Dallah busca la ejecución en el Reino Unido, donde obviamente el Gobierno condenado se opone a la ejecución a razón de que el tribunal estaba equivocado al haber considerado que existía un acuerdo arbitral en relación con el gobierno de Pakistán. Y la Suprema Corte del Reino Unido les dio la razón, considerando que según la Ley francesa no hay acuerdo. Por cierto, la situación es deplorable por tener dos resultados diferentes en virtud de la misma Ley aplicable. Sin embargo, para el tema que nos ocupa, lo que cuenta es que *Dallah* demuestra que, en ausencia de un recurso de nulidad, aun así, tanto las partes como el Estado quedan protegidos. Entonces, ¿por qué tener dos recursos donde uno solo es suficiente?

38. En definitiva, se considera que el acuerdo arbitral con su propia *Grundlegung* permite *de manera práctica* rendir el proceso arbitral más sencillo – y consecuentemente más expedito – y *de manera académica* da una explicación lógica del porqué de las cosas. Faltan solamente unas observaciones sobre el tema de los valores, los cuales son muy defendidos por ciertos autores.

B - Los valores del arbitraje internacional

Gaillard, La corruption saisie par les arbitres du commerce international, *Rev.arb.*, 2017.805; Sayed, *Corruption in international trade and comercial arbitration*, Kluwer, 2004; Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, *Mélanges Bellet*, Litec, 1991.379, 393; David, Droit naturel et arbitrage, *Mélanges Tanaka*, Yuhikaku, 1954.19.

39. No cabe duda de que los casos de corrupción son los mejores ejemplos para ilustrar la problemática de los valores morales en el arbitraje internacional. Tomamos como hipótesis un contrato de "comisión" que tiene por objeto remunerar los servicios de una intermediación con la meta de obtener un contrato importante con un Estado. El comisionista se aprovecha de su "influencia" con el jefe de Estado para obtener su apoyo en la firma del contrato; contrato que finalmente se obtiene a favor del comitente. Misión cumplida, el comisionista reclama su pago. El comitente lo rechaza y el asunto llega al tribunal arbitral. Es claro que el comisionista cometió un acto de corrupción; mas también queda claro que en este país es una práctica común. Supongamos ahora que el contrato prevé la aplicación de los principios generales del comercio internacional. ¿Se debe rechazar la indemnización pactada porque es contraria a los valores del comercio internacional?, o ¿se debe acordar el pago, dado que es una práctica normal del comercio internacional?

40. En primer lugar, se debe descartar la solución que en su tiempo propuso Lagergren, quien consideró que tal contrato afecta al acuerdo arbitral y que por lo tanto un contrato contrario al orden público "universal" no es arbitrable[83]. Tal vista ignora el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. El litigio es arbitrable[84], lo que no impide al tribunal arbitral de considerar el contrato base como nulo. Distinta sería la situación en donde la corrupción hubiera tenido como efecto imponer el acuerdo arbitral. En este caso, al tribunal arbitral le corresponde verificar si había un vicio de consentimiento en relación con el pacto de arbitraje[85]. En segundo lugar, hay que preguntarse si hay "algo" que condene la práctica de la corrupción, o si debe de verse como una práctica normal. La jurisprudencia arbitral ha rechazado muchas veces considerar la corrupción como algo lícito, aun tomando en cuenta y considerando que en ciertos países la comisión sí es "normal". Se han declarado esos contratos de comisión nulos[86]. Sin embargo, no existe fundamento legal que apoye esas decisiones, sino que simplemente los árbitros han considerado la corrupción como algo "malo". Tal práctica arbitral es justificada por Pierre Mayer, que sostiene que no se necesita ninguna ley que apoye los valores, sino que los

---

[83] #1110, CCI, *Arbitration international*, 1994.282.

[84] # 6474, CCI, Partial award, *Yearbook*, 2000.279.

[85] Véase el caso *Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, CCI, Laudo preliminar, 19/12/1991, *MeaLey's Int'l Arbitration Report*, January 1992, Section B.

[86] # 8891, CCI, *JDI*, 2000.1076; *Hilmarton v. OTV II*, CCI, 10/04/1992.

árbitros sencillamente defiendan esos valores "a conciencia"[87]. Pero eso implicaría un arbitraje a conciencia, cuando las partes han pactado un arbitraje en Derecho[88]. Creemos que así no tienen que ser las cosas. Por ejemplo, en el segundo laudo *Hilmarton/OTV*[89], el árbitro, entre otros, constató que la corrupción no solamente es una práctica común, sino también que ciertos gobiernos la "toman en consideración", como por ejemplo la Ley alemana que en la época permitía deducir fiscalmente tales montos pagados a título de comisiones[90]. La misma postura fue adoptada por el TFS en la acción de nulidad del primer laudo *Hilmarton/OTV*[91] que consideró el contrato de comisión nulo por tener como objeto actos de corrupción. Es así que el máximo tribunal suizo observó:

> Hence, it is utterly shocking that OTV refuses to execute fully its contractual obligations. OTV may not rely on a violation of Algerian law allegedly resulting in an affront to morality in Swiss law, when since the beginning said violation was tacitly part of the contract[92].

41. En realidad, no corresponde a los árbitros "inventar" o "defender" valores, sino cumplir con su misión que

---

[87] La règle morale…, *op.cit.* p.393.

88 Para la distinción, veáse *infra.*

[89] *Hilmarton v. OTV* II, CCI, 10/04/1992.

[90] *Idem.*

[91] *Hilmarton v. OTV* I, CCI, 19/04/1988.

[92] *Hilmarton v. OTV*, TFS, 17/04/1990.

consiste en rendir un laudo válido y razonablemente ejecutable. Consecuentemente, no obstante que el Derecho aplicable sea, por ejemplo, la *lex mercatoria*, corresponde al tribunal verificar que el laudo no sea anulado por el juez de la sede arbitral o por los tribunales de los Estados donde razonablemente se puede prever que allí las partes buscan la ejecución. Es a la luz de esos órdenes públicos, y las eventuales leyes de policía en presencia[93], que el tribunal arbitral tiene que verificar si un contrato de "corrupción" es lícito o no, como lo demuestra el fallo del TFS[94] y el segundo laudo en el asunto *Hilmarton*. Porque el árbitro es un prestador de servicio y no un juez en la nómina de un hipotético orden jurídico internacional o arbitral[95].

[93] Graham, Las Leyes "anti-corrupción" y el Derecho internacional privado. Breves observaciones, *Pauta CCI*, #81, 2017.12.

[94] *Hilmarton v. OTV*, TFS, 17/04/1990.

[95] *Infra* # 47.

PARTE 1: EL MARCO ARBITRAL

42. El arbitraje se inscribe tanto en un marco conceptual, quiere decir lo que se debe entender más allá de la definición propuesta del arbitraje, en particular concerniendo el proceso en Derecho, y éste en la amigable composición, como en un marco legal, compuesto de las normas constitucionales, de los tratados internacionales, y de las leyes. Finalmente, se deben mencionar los principios generales de Derecho tanto nacionales como internacionales que rigen la materia de manera supletoria.

LECCIÓN 1: EL MARCO CONCEPTUAL DEL ARBITRAJE

43. Conceptualmente, es de interrogarse si el procedimiento arbitral es un proceso meramente contractual, puesto que está instaurado por un contrato (la cláusula arbitral), o si se trata de un verdadero proceso judicial privado en la medida en que los árbitros tienen el *jurisdictum*. Una vez aclarado lo anterior, veremos que el árbitro puede pronunciarse en Derecho, solucionando el conflicto según las consecuencias que prevé la Ley, o en equidad según su propio sentimiento de justicia. Sin embargo, parece que la distinción tradicional entre arbitraje en Derecho y arbitraje en equidad es más que fina y termina por desaparecer, porque se puede considerar que cualquier arbitraje es al final de cuentas un arbitraje en conciencia/equidad desde el momento en que no existe un control judicial sobre la aplicación y la interpretación de las reglas jurídicas por parte de los árbitros. Finalmente, se debe precisar la cuestión de la confidencialidad del arbitraje, concepto que parece ser muchas veces el primer argumento para optar por un proceso arbitral, aunque su régimen no es tan claro como uno suele pensar.

1.1 ¿Un procedimiento jurisdiccional o contractual?

Jarrosson, Les frontieres de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 2001.5; Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987; Rubellin-Devichi, *L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international*, LGDJ, 1965

44. Existe un vivo debate sobre la naturaleza del arbitraje: si es un mecanismo contractual o si es un mecanismo jurisdiccional. En el primer caso, el tribunal arbitral es sólo un prestador de servicios; en el segundo caso, es una "autoridad", que probablemente ejerce su jurisdicción como una delegación de la justicia estatal. Para aquéllos que consideren que existe un orden arbitral internacional, también defienden el punto de vista de que los árbitros son una jurisdicción que aplica y defiende las normas y valores de ese orden.

45. A nivel internacional, se debe abordar el problema del hipotético orden público "realmente" internacional, o transnacional, o cual sea la terminología. Insistimos en que no existe un tercer orden jurídico, sea la *lex mercatoria* o el orden arbitral internacional. El árbitro no tiene que defender "valores" sino resolver una litis. Eso obviamente

implica que, en su misión de árbitro, éste tiene una obligación de medio de hacer todo lo posible para que el laudo sea razonablemente ejecutable. Tomemos un ejemplo extremo: hay un contrato escrito de compraventa de narcóticos con una cláusula arbitral. Si la cláusula no tiene vicios, entonces el arbitraje *per se* tiene que realizarse. Sobre el fondo de saber si se debe o no de honorar una tal compraventa, no hay que buscar un hipotético orden público transnacional con ciertos valores. Es suficiente con verificar si el contrato es nulo por ilicitud del objeto según la *lex contractus* o según las Leyes donde se puede presumir que el laudo será ejecutado. Si se declara el contrato nulo, el caso está resuelto. Si todas las Leyes validan el contrato, pues no corresponde al árbitro *meter su cuchara* y establecer lo contrario. Tan sencillo. Otra es la situación en la que se puede presumir que hay dos lugares de ejecución y una Ley lo valida y la otra lo nulifica. Es una situación compleja pero que tiene que ser resuelta *in casu* según los hechos propios de ese arbitraje.

46. En México, de manera implícita, la SCJN ha consagrado la teoría contractual del arbitraje:

> El juicio arbitral, es aquél que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales, sino como particulares, por lo que, llegado el momento de la ejecución del laudo, debe intervenir la autoridad jurisdiccional, lo que se conoce como reconocimiento u homologación que otorgan las autoridades al laudo arbitral, para proveerlo de

> fuerza jurídica suficiente para su completa obligatoriedad[96].

47. Para nosotros, no cabe duda de que el arbitraje es un mecanismo contractual, y así tiene que ser. Como lo veremos más adelante, el árbitro es un prestador de servicios y no un "juez" ni por delegación, ni por un hipotético orden jurídico arbitral. Y, por lo tanto, su misión es contractual - nada más[97]. Esa conclusión por lo tanto no afecta el carácter definitivo y obligatorio del laudo, que no tiene que ser "revisado" o "confirmado" por una jurisdicción estatal para tener el carácter de *res judicata* y ser ejecutable[98], porque así dispone la Ley[99]. En este sentido, la SCJN de manera errónea afirma que se requiere el reconocimiento de los tribunales estatales para que el laudo tenga su juridicidad. La Ley prevé claramente que el laudo es cosa juzgada y un título ejecutivo[100], no obstante que el proceso sea contractual. Allí justamente se cristaliza la noción de método alterno a la justicia estatal. Si no fuera así, se trataría meramente de un "proyecto" de solución que tendría que ser ratificado por las autoridades judiciales. Al contrario, se trata de un procedimiento

---

[96] Amparo en revisión 237/2004. **Emilio Francisco Cásares Loret de Mola** y otros. 28 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

[97] En el mismo sentido: Heuzé, Una variété de transactions: la convention d'arbitrage, *Rev. arb.*, 2015.3, 31sq

[98] *Infra* # 531.

[99] Art. 1391 Ccom.

[100] No obstante que la jurisprudencia considere lo contrario, véase *infra* # 57.

pactado con efectos legales, porque así la Ley lo dispone. Y ese proceso convencional puede realizarse en Derecho o en Equidad, como lo veremos ahora.

1.2 ¿Un procedimiento jurídico o equitativo?

48. Todas las legislaciones y reglamentos arbitrales distinguen entre el arbitraje en Derecho y el arbitraje en equidad (o en conciencia). Sin embargo, como ya lo observó René David[101], tal distinción parece en realidad no hacer sentido, entre otros, por la ausencia de revisión judicial de la Ley aplicable - opinión que no compartimos. Es cierto que no hay control sobre la aplicación de la Ley, pero sí hay control sobre la misión del árbitro, lo que implícitamente implica un control sobre las reglas aplicables tal como lo explicaremos en las líneas que siguen.

1.2.1 Arbitraje en Derecho

49. El Ccom no define tal cual el arbitraje en Derecho, que puede ser definido como aquél que para la decisión del negocio cuyo conocimiento se les ha sometido, tiene que sujetarse estrictamente a las prescripciones de la Ley[102]. En otras palabras, como cualquier juez estatal, en un procedimiento arbitral en Derecho, el árbitro hace un silogismo jurídico, donde la premisa menor está constituida por los hechos y la premisa mayor formada por

[101] David, *Arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.

[102] Definición del art. 958 CPC de Nuevo León por ejemplo.

la regla jurídica, y la conclusión se deduce de la aplicación de la regla a los hechos. El método de la solución es así, predeterminado.

50. Es generalmente aceptado que el Derecho aplicable es un asunto probatorio y corresponde a las partes presentarlo, con la excepción de la problemática de las Leyes de policía y el orden público internacional. Vale la pena también señalar que casi ninguna legislación, incluyendo la Ley Arbitral Mexicana, prevé un control sobre la aplicación del Derecho por parte del árbitro, con la excepción de que en Estados Unidos se permite en ciertos casos presentar un recurso para el *manifest disregard of law*[103]. Del hecho de esta ausencia de control, uno puede llegar a la conclusión de que en realidad el arbitraje en Derecho es una amigable composición, noción que ahora veremos.

1.2.2 Arbitraje en amigable composición

Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies Techniques, 1980

51. Tal como en el caso del arbitraje en Derecho, tampoco existe una definición legal de la amigable composición. El

[103] *Stolt-Nielsen SA v AnimalFeeds Int'l Corp,* (CA 6, 2008) 548 F3d 85, 95–96, rev'd on other grounds, 130 S Ct 1758 (2010); *Wachovia Securities, LLC v Brand,* 671 F3d 472, 483 (CA 4, 2012); *Coffee Beanery, Ltd v WW, LLC,* 300 Fed Appx 415, 419 (CA 6, 2008); *Comedy Club, Inc v Improv W Assoc,* 553 F3d 1277, 1290 (CA 9, 2009).

Código de Comercio, así como la Ley Modelo UNICITRAL, establecen sólo que:

> el tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo[104].

52. Queda claro que el legislador no utilizó los términos de "amigable componedor" y "arbitraje en conciencia" como sinónimos al emplear en su texto la "o" como disyuntiva. Según el artículo 28.3 de la Ley Modelo UNCITRAL, se debe distinguir entre la *amiable composition* y el procedimiento *ex aequo et bono,* este último es, en la terminología nacional, el "arbitraje en conciencia"[105]. Se puede estimar que, en el primer caso, el árbitro aplica el silogismo legal, pero tiene el derecho de modificar la conclusión según su sentimiento de justicia. Por ejemplo, el tribunal arbitral puede estimar que hay que aplicar un interés bancario en lugar del interés legal, si el primero parece más "justo" en relación con la situación económica del país. En el segundo caso, se solicita al árbitro que no aplique ninguna regla jurídica, y en su lugar, debe buscar la solución en su propio concepto de justicia, sin apartarse de la estricta aplicación del contrato. Sin embargo, tales definiciones son más el producto de la teoría jurídica que de la práctica. En efecto, según los tribunales, el concepto de la amigable composición es único:

---

[104] Art 1445 Ccom; Art. 28.3 UNCITRAL.

[105] Art. 1445 Ccom; Art. 28.3 UNCITRAL.

> [Los] árbitros pueden ser dispensados de la observación de las Leyes de fondo, es decir, permitirles que resuelvan según sus sentimientos de justicia y equidad y los dictados de su razón; en este caso, los árbitros son *amigables componedores*[106].

53. Un último punto consiste en subrayar que no se le prohíbe al árbitro pronunciándose en conciencia utilizar reglas de Derecho si su aplicación se hace en "conciencia". Esto tiene por consecuencia que el árbitro en amigable composición tenga que organizar el debate contradictorio entre las partes sobre el carácter equitativo o no de la aplicación en concreto de la regla de Derecho. Ahora bien, en relación con el control judicial, no se trata de verificar los motivos del árbitro para la aplicación de la regla de Derecho, sino de controlar el alcance de su misión, que en este caso es de solucionar el litigio en "conciencia", con la obligación corolario de exponer los motivos de este *ex aequo et bono*[107].

54. Ahora bien, en México, no hay ninguna noción de arbitraje que sea tan poco definida como la de la amigable composición, como lo demuestra la postura de la SCJN. En su tesis aislada *Talent Agency*, la Corte afirma que la amigable composición es un "procedimiento convencional de transacción":

---

[106] Amparo civil en revisión 535/20. **Baetzer Federico y coagriavado**. 09/05/1929. Unanimidad de cinco votos.

[107] *C. et autres*, CA París, 14/03/2006, *Rev. arb.*, 2007.821, Chantebout.

ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO PRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CUANDO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE FACULTADO PARA DECIDIR COMO "AMIGABLE COMPONEDOR" Y/O "EN CONCIENCIA" (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1416, FRACCIÓN I, 1423, 1435, 1436, 1437, 1445 Y 1448 DEL CÓDIGO DE COMERCIO). El compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje (como se denomina en la regulación referida) consta en un acuerdo de voluntades previo al surgimiento del conflicto como "cláusula compromisoria", o puede revestir la forma de pacto independiente y acordarse coetáneamente al surgimiento del conflicto que puede ser objeto del arbitraje (artículos 1416, fracción I, 1423, 1435, 1436 y 1437). Así, el tribunal arbitral o el árbitro único, según sea el caso, decidirá el litigio conforme con las normas elegidas por las partes; salvo acuerdo en contrario, se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un país determinado se refiere al derecho sustantivo, es decir, excluyendo a las normas de conflicto. Si las partes no acuerdan la norma que debe regir el fondo, el tribunal arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable. Asimismo, el árbitro o tribunal arbitral podrá decidir la contienda como "amigable componedor" y/o "en conciencia", pero sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello (artículo 1445, párrafo tercero), en el entendido de que resolver en "amigable composición" y/o "en conciencia" implica un procedimiento eminentemente contractual donde la solución a la controversia se presenta mediante una decisión

más equitativa y justa que jurídica, o estrictamente apegada al derecho aplicable y que está fundada en la propia voluntad de las partes en disenso, lo que se presenta por una transmisión de la voluntad. **Por ello jurídicamente resulta válido afirmar que esta forma de solución de conflictos concluye con un acuerdo o convención que tiene los efectos de la transacción y por tales motivos no tiene que estar fundado ni motivado, razones por las cuales se le considera un mecanismo convencional de autocomposición a pesar de la intervención de terceros,** pues la intervención del tribunal arbitral (único o por varios árbitros) materialmente significa una decisión propia y autoimpuesta por las partes, adoptada por su representante con facultades suficientes para comprometerlas contractualmente y donde su decisión les afecta como si fueran tomadas por propia voluntad y autosometimiento a la decisión de avenencia emitida. Esta característica, por otra parte, es lo que implica "fallar en conciencia", es decir, la valoración de las pruebas, así como la argumentación, motivos y fundamentos de la sentencia no requieren constar por escrito sino que pueden ser obviadas y pasar de inmediato a la decisión, es decir, se pueden resolver de plano y sin ninguna explicación detallada (las cavilaciones y razonamientos quedan en la conciencia del árbitro y no pasan al documento del laudo) toda vez que se trata de una actividad cumplida por particulares en ejercicio de sus voluntades. En estas condiciones, no caben las exigencias aplicables a los actos públicos de autoridad, que indefectiblemente deben estar fundados y motivados en congruencia con los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En todos los casos, el tribunal arbitral debe decidir con base en las estipulaciones del convenio y tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso (artículo 1445,

último párrafo); y si no existe pacto en contrario, por regla general el laudo deberá dictarse por escrito, motivado y firmado por el o los árbitros, aunque tratándose de tribunales arbitrales con una composición compleja bastará la firma de la mayoría, siempre que se deje constancia de las firmas faltantes; constará la fecha y el lugar del arbitraje y el fallo se notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros (artículo 1448)[108].

55. La amigable composición se entiende entonces como "una forma de resolución de litigios que se termina por un acuerdo o un convenio, que tiene los efectos de una transacción y que tiene por consecuencia que la sentencia arbitral no esté motivada". Esta definición puede ser explicada a la vista del Derecho colombiano y del antiguo Derecho francés[109], pero se encuentra en contradicción con la letra y el espíritu del Derecho mexicano.

A – La amigable composición es un arbitraje

56. Fue en 1929, cuando la Suprema Corte tuvo que decidir por primera vez sobre la naturaleza de un procedimiento en donde intervino un amigable componedor[110]. Para los magistrados, no había duda de que se trataba de una

[108] Amparo en revisión 131/2009. **Talent Agency Unlimited**, S.A. de C.V. 27/05/2009.

[109] Graham, *Talent Agency Unlimited*, note sous Cour suprême du Mexique, *Rev.arb.*, 2011.201.

[110] Amparo civil en revisión 535/20. **Baetzer Federico y coagriavado**. 09/05/1929.

"forma de arbitraje con todas las consecuencias jurídicas". Con la adopción de la Ley Modelo UNCITRAL, nadie en México había puesto en duda la calificación de arbitraje de la amigable composición. Y la tesis *Talent Agency,* a primera vista, no niega lo anterior. Los magistrados fundamentaron su decisión en el artículo 1445 Ccom, relativo a la amigable composición, y precisa que es: "un procedimiento eminentemente contractual en el cual la solución de la controversia se presenta a través de una decisión más equitativa y más justa que jurídica", definición clásica de la amigable composición que se encuentra también en los reglamentos de los centros de arbitraje mexicanos, y en la doctrina. La sentencia también precisa que el procedimiento de la amigable composición se termina con una "sentencia arbitral" pero… que tiene el carácter de una "transacción".

B - La amigable composición no es una transacción

57. El fallo *Talent Agency* pone énfasis sobre el concepto de que la amigable composición es así un procedimiento "contractual" que se termina con una "sentencia arbitral" y que es "más equitativa y más justa que jurídica", y agrega:

> [P]or ello jurídicamente resulta válido afirmar que esta forma de solución de conflictos concluye con un acuerdo o convención que tiene los efectos de la transacción y por tales motivos no tiene que estar fundado ni motivado, razones por las cuales se le considera un mecanismo convencional de autocomposición a pesar de la intervención de

> terceros, pues la intervención del tribunal arbitral (único o por varios árbitros) materialmente significa una decisión propia y autoimpuesta por las partes, adoptada por su representante con facultades suficientes para comprometerlas contractualmente y donde su decisión les afecta como si fueran tomadas por propia voluntad y autosometimiento a la decisión de avenencia emitida". Por otra sentencia hecha el mismo día sobre el mismo asunto[111], la Suprema Corte enunció que "el arbitraje de amigable composición es aquel dónde las partes facultan a un árbitro para proponer soluciones aproximadas y formular equitativas cuyo carácter es opcional, es decir que son regidos por reglas de honor que la cláusula arbitral presupone.

58. Nos preguntamos en primer lugar cómo una sentencia arbitral puede ser al mismo tiempo un convenio[112]. Más allá de esta contradicción de términos, es sobre todo la descripción del procedimiento la que nos intriga. En efecto,

> [L]a intervención del tribunal arbitral significa materialmente una decisión impuesta a las partes, si bien han sido adoptadas por su representante con poderes para someterse contractualmente de manera que la decisión les compromete como si se hubiera tomado por ellas mismas". Entonces, la "sentencia arbitral" no tiene que estar "fundamentada ni motivada" tampoco "explicada" porque se trata de un "acto que las partes ejecutan por su voluntad". Y como si no fuera suficiente, la

[111] Amparo en revisión 131/2009, **Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V.**, 27/05/2009.

[112] Aunque un autor francés sostiene lo mismo, mas sin convencer: Heuzé, Una variété de transactions: la convention d'arbitrage, *Rev. arb.*, 2015.3.

> sentencia nos reserva una última sorpresa, así mismo si la "sentencia arbitral" no fue argumentada ni motivada" porque el "razonamiento se encuentra en la conciencia del árbitro y no en la sentencia arbitral", el amigable componedor "decide con base en las estipulaciones contractuales y toma en cuenta los usos comerciales", para terminar su razonamiento con la precisión que la decisión fue hecha, salvo pacto en contrario, "por escrito, motivada y firmada".

59. Se puede suponer que la Corte se refiere probablemente a la ausencia de la obligación de fundamentar la sentencia en Derecho. De cualquier manera, subsiste siempre la obligación de motivar, prevista por el artículo 1435 Ccom. Igualmente, si seguimos a Kassis, que el uso no es más que una referencia contractual[113] - y que no hay lugar a duda de que el amigable componedor debe tomar en cuenta el contrato origen de la controversia[114]- ahora sí, es lógico que el tribunal arbitral tome en consideración los usos y las estipulaciones contractuales. Nada de esto explica de ninguna manera cómo una sentencia arbitral puede ser al mismo tiempo una transacción. Sin embargo, hay antecedentes que pueden darnos cierta luz sobre lo anterior.

---

[113] Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, 1984, #174

[114] Sin embargo, no podemos negar que, en estos tiempos, los negocios ponen en duda este principio (*cf* la discusión sobre el asunto *Coderre v. Coderre*, QCCA, 2008, 888, donde la Corte de apelaciones de Québec finalmente consideró también que el amigable componedor debe tomar en cuenta las disposiciones contractuales).

a) Origen de la confusión

60. Una cierta tradición legislativa, fuera de la materia comercial, ve en la amigable composición algo diferente al arbitraje, tendencia que parece puede venir de Colombia, que a su vez reivindica la herencia del Derecho francés.

1. La explicación por el Derecho mexicano

61. En 1996 se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico y se previó en su reglamento que si las partes lo deseaban, pudieran recurrir a la amigable composición, procedimiento donde una "recomendación" se emite, misma que las partes pueden o no aceptar. Sin embargo, el reglamento no se pronunció sobre la calificación jurídica de la "recomendación" y si esta había de ser aceptada. Según nosotros, no hay duda de que no se trataba de una sentencia arbitral[115]. En 2006 las disposiciones sobre la amigable composición fueron abolidas para dar lugar a un arbitraje tradicional "en conciencia" que termina con una verdadera sentencia arbitral que produce todos los efectos jurídicos. Algunos años después, diversas Leyes sobre los métodos alternos de solución de controversias han conservado la aceptación de la amigable composición como otro método alterno de solución de controversias aparte del arbitraje, incluyendo definiciones esotéricas como la del Estado de Quintana Roo, según la cual "la

[115] Para un caso similar de una misión contractual de evaluación en el marco de un litigio, *cf Neervoort*, Com, 16/2/10, *Rev. arb*. 2010.503, Daigre.

amigable composición favorece el intercambio amable de experiencias conflictivas, buscando a restablecer, de ser posible, la armonía entre las partes, generando igualdad de posibilidades en el mismo plano de intereses, basada principalmente en la moral, la justicia y la conciencia humana"[116]. A lo anterior se agrega el hecho de que es sorpresivo que la tesis *Talent Agency* retoma un cierto número de conceptos que se encuentran en el Derecho colombiano que tampoco considera a la amigable composición como un arbitraje.

2. La explicación por el Derecho colombiano

62. El artículo 677 del Decreto 1400 de 1970 en sus tiempos consideró que el amigable componedor emitía una "declaración" que tenía "valor contractual" y que "no producía los efectos de una sentencia arbitral" sin negar que se trataba de una "sentencia arbitral" y por lo tanto de un procedimiento arbitral. Hoy, el artículo 131 de la Ley 446 de 1998 precisa que la "decisión" del amigable componedor tiene los "efectos legales de la transacción". Las jurisdicciones colombianas se han pronunciado en este sentido también.

63. Es así que la Corte constitucional colombiana retoma la definición que estableció el Consejo de Estado, según la

[116] Ley de 1997. Con la reforma de 2008, la amigable composición fue eliminada para dar lugar al arbitraje "en forma".

cual se trata "de una transacción realizada a través de un tercero con poderes para obligar contractualmente a las partes"[117]. Para la Corte Constitucional, la amigable composición no puede ser un arbitraje precisamente por motivos constitucionales. Según el artículo 116 de la *Magna Carta*, la función jurisdiccional está limitada exclusivamente a la "conciliación, el arbitraje y los jurados en forma". La amigable composición, no siendo citada, no puede ser un procedimiento jurisdiccional. Vemos de pronto que el error se encuentra justamente en el hecho de no ver que la amigable composición es una subcategoría del arbitraje. Sin embargo, el razonamiento de la Alta Corte de Colombia se refiere a la "herencia del Derecho francés"

[117] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 06/02/1998, Radicación No. 11477.

para justificar su concepto de la amigable composición[118].

3. La explicación por el Derecho francés

64. Parece que es en el antiguo Derecho donde podemos encontrar algunos rasgos de carácter transaccional de la amigable composición y que también podemos encontrarlo hoy en día en la opinión de algunos autores.

i) El Derecho Antiguo

65. En resumen, se puede remontar la institución de la amigable composición a Huguccio quien, al final del siglo

[118] La nueva Ley de Arbitraje no ha cambiado las cosas. Si es cierto que la definición de la amigable composición está en la parte consagrada al arbitraje interno, es también cierto que no se menciona en la parte sobre el arbitraje internacional: Artículo 59. *Definición*. La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición. El amigable componedor podrá ser singular o plural. La amigable composición podrá acordarse mediante cláusula contractual o contrato independiente. Artículo 60. *Efectos*. El amigable componedor obrará como mandatario de las partes y, en su decisión, podrá precisar el alcance o forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones. La decisión del amigable componedor producirá los efectos legales propios de la transacción. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que el amigable componedor haga uso de reglas de derecho, si así lo estima conveniente (*LEY 1563 DE 2012 (Julio 12) Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones)*.

XII, distingue entre "*árbitro*" y "*arbitrador*": El juez puede arbitrar "amigablemente" entre las partes[119]. Lo que es interesante para nuestro tema es que no hay duda de que en esa época la sentencia arbitral no estaba sujeta a apelación, pero la decisión rendida por el *arbitrador* podía ser sometida al examen de un "*bonus vir*"[120]. ¿La decisión sería por tanto otra cosa que una sentencia arbitral? ¿Una transacción? Algunos siglos más tarde, Pailliet responde sin la menor duda que la amigable composición no es una transacción, en un asunto donde una cláusula compromisoria había previsto que los árbitros fueran "amigables componedores, exentos de cualquier forma" y que las partes "renunciaran a la apelación y al recurso de casación"[121].

ii) Derecho Positivo

66. Si bien actualmente no hay duda en la doctrina de que la amigable composición es un procedimiento de arbitraje[122], la práctica presenta un gran número de casos donde la frontera entre el arbitraje y "otra cosa" es más que delgada. Es así que en el caso *Neervoort*, el comentarista[123] define el

[119] Lefebvre-Teillard, Arbiter, arbitrator seu amicabilis compositor, *Rev. arb.*, 2008.369, 372.

[120] Lefebvre-Teillard, L'arbitrage en droit canonique, *Rev. arb.*, 2006.5, 17.

[121] Pailliet, *Manual de droit français*, 7 ed. 1827, p. 642, nota 2.

[122] FGG, #31.

[123] Daigre, observaciones bajo Com, 16/02/2010, *Rev. arb.*, 2010.503.

arbitraje como un procedimiento en el cual el árbitro aplica una "regla de Derecho"[124] y el "Derecho"[125], para así distinguirlo de una misión de evaluación en el sentido del artículo 1592 del Código civil francés. De ser así, es evidente que la amigable composición no sería un arbitraje[126]. Pero uno puede llegar a la misma opinión del autor cuando afirma que "para estar alineado con la naturaleza de la misión del tercero perito y, al contrario, con la de un árbitro, el desacuerdo entre las partes debe ser un desacuerdo de hecho, no de Derecho"[127]; al contrario, se trata de un arbitraje cuando estamos en presencia de un desacuerdo de Derecho, como es el caso de una controversia sometida a arbitraje en amigable composición. En otras palabras, lo que caracteriza a un arbitraje no es tanto que el tercero dicte el Derecho, sino que se trate de una controversia de Derecho. Y en ese contexto, no existe ningún obstáculo para considerar a la amigable composición como un procedimiento de arbitraje.

---

[124] *Idem*, p. 508

[125] *Id.*, p. 511

[126] Aunque exista la hipótesis donde el amigable componedor aplica una regla de Derecho, pero porque cree que es "equitativo" de hacerse (*infra*, # 68).

[127] Daigre, *op.cit.*, p. 511. En este mismo sentido, Jarrosson, Les frontieres de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 2001.5, #.27, 31, 47; Azzi, nota bajo París, 17/04/2004, *Rev. arb.*, 2006.161, 172.

b) Las consecuencias de la confusión

67. ¿Cuáles son las consecuencias de la sentencia vista bajo el Derecho mexicano? Técnicamente, se trata de una sentencia aislada que no es obligatoria para las jurisdicciones inferiores, y por lo tanto no se le debe de dar más importancia de la que merece. Además, como lo hemos visto[128], la mayor parte de los textos legislativos mexicanos que habían previsto la amigable composición como un método alterno de solución de controversias distinto del arbitraje, fueron modificados para dar lugar a un verdadero arbitraje "en forma". La sentencia de la SCJN se encuentra completamente sola en el panorama general del arbitraje. De cualquier forma, los abogados deben considerar la prudencia, a razón de la importancia que los tribunales inferiores conceden a las decisiones de la Suprema Corte. Recomendaremos evitar cualquier procedimiento de amigable composición si la decisión fuera a ser ejecutada en México, porque puede que el juez de ejecución la califique como una transacción y por consecuencia niegue, no solamente el beneficio de la Convención de Nueva York, sino también toda fuerza ejecutoria. Las convenciones de transacción sin duda tienen el carácter de cosa juzgada[129], pero deben ser homologadas por el juez[130] el cual podrá, durante el proceso de homologación, revisar *de novo* el fondo. En conclusión,

---

[128] *Supra* #61.

[129] Art. 2944 del Código Civil Federal.

[130] Art. 405 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

esperamos que la práctica mexicana fomente que la amigable composición sea una forma de arbitraje[131], aunque sabemos que difícilmente podrá distinguirse del arbitraje en Derecho.

1.2.3 La futilidad de la distinción

68. Como lo hemos mencionado, la línea que separa, al menos en teoría, al arbitraje en Derecho de la amigable composición es el silogismo. En realidad, las cosas no son tan claras. En primer lugar, como ya lo dijo Antoine Kassis hace muchos años[132], debido a que casi ninguna legislación arbitral prevé la revisión de la Ley aplicable, no existe control alguno sobre cómo el árbitro aplica la Ley. Si bien es cierto que si, por un lado, un árbitro en Derecho rinde una decisión en equidad ha violado su misión arbitral, y así existe una causal de nulidad, es también verdad, por otro lado, que el mismo árbitro en Derecho al seleccionar la regla de Derecho que le pareció la más "apropiada"[133] verdaderamente actuó en "equidad"[134], sin mencionar que Pierre Mayer considera que el arbitro tiene que siempre

---

[131] Como lo notó Lefebvre-Teillard, si al pasar el tiempo la amigable composición se parece más "en su espíritu a una quasi transacción que a un arbitraje, es la práctica la que va a poder hacer de la amigable composición una forma de arbitraje" (Lefebvre-Teillard, L'arbitrage dans l'histoire, *Archives de philosophie du droit*, 2009.4).

[132] Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*, L'Harmattan, 2005.

[133] Art. 21 CCI, por ejemplo.

[134] Mayer, L'arbitre et la loi, *Mélanges Catala*, Litec, 2001.225, 234.

defender los valores "en conciencia"[135]. Lo anterior aún se acentúa por el hecho de que un árbitro en Derecho tiene que ser "justo"[136], y un amigable componedor puede utilizar una regla de Derecho si lo hace "en conciencia" o en "equidad". Aunado a lo anterior, se puede sumar a la confusión el *dictum* de la CIJ en el asunto *Burkina Faso v. Mali*, según el cual, la "equidad en Derecho" es una "regla de interpretación"[137].

69. En otras palabras, parece que el dogma es que toda decisión arbitral tiene que ser "justa"[138], lo que es falso, visto que el silogismo lleva a una conclusión automática, que puede ser injusta pero legal. El ejemplo típico es en el que las partes designaron una Ley que anula su contrato. El postulado batiffoliano de que es incongruente pensar que las partes, en ausencia de un Derecho expresamente designado, querían una *lex contractus* nulificando su contrato y por lo tanto se debe aplicar una Ley que lo valide[139], no tiene sentido en un arbitraje en Derecho. Si la

---

[135] *Supra,* # 39.

[136] *Continental Shelf*, CIJ, 20/02/1969, #86.

[137] *Burkina Faso v. Mali*, CIJ, 22/12/1986, *Rec.*, p. 567.

[138] René David defendió la idea de que el árbitro siempre tiene que buscar una solución fundada en el "sentimiento de lo justo" (David, Droit natural et arbitraje, *Natural Law and World Law*, Yuhikaku, 1954.19); Pierre Mayer considera que el árbitro tiene que aplicar la "norma moral", que él tiene en "su conciencia", y que el árbitro tiene la libertad de desconsiderar la Ley elegida por las partes si ésta choca contra esas normas morales (Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, *Mélanges Bellet*, Litec, 1991.379).

[139] Batiffol, La loi appropriée au contrat, *Mélanges Goldman*, Litec, 1987.1.

Ley aplicable lo nulifica significa que el contrato es nulo. La regla de Derecho "apropiada" no es la que cumpla con los deseos justos de las partes, sino la que de manera objetiva es la que corresponde i) a la voluntad de las partes, y/o ii) a la legítima expectativa de las partes, y/o, iii) a la economía de la operación económica, y/o iv) a la localización de la operación económica o jurídica, y/o que el laudo sea ejecutable[140]. Asimismo, en presencia de una cláusula de elección de Ley que anula el contrato, no es asunto del tribunal arbitral el saber por qué las partes lo han elegido (por mala asesoría; por ignorancia: no importa). De la misma manera, no es labor del tribunal arbitral el defender los valores de un ficto orden jurídico (que sea uno del Estado; el de la *lex mercatoria*; el *forum arbitrum*; el de la comunidad de todos los Estados, etc.), como tampoco unas pretendidas normas morales[141]. Lo "justo" no está en lo concreto, sino en lo abstracto de la Ley: es la Ley que es justa, y por lo tanto el resultado es justo… al menos para la parte vencedora. Si las partes quieren una justicia *in concreto*, tienen que justamente optar por un procedimiento en equidad o en conciencia, arbitraje que puede o no ser confidencial como lo veremos ahora.

---

[140] Véase de manera general: Loquin, L'application par les tribunaux arbitraux internationaux des règles de droit qu'ils estiment appropriées, *Mélanges Mayer*, Litec, 2015. 533.

[141] *Supra,* # 39.

1.3 Arbitraje y la confidencialidad

Caprasse & Ziadé, La confidentialité dans la procédure arbitrale, *Rev. arb.*, 2014.593

70. Es común escuchar que una de las ventajas del arbitraje es su carácter confidencial. Sin embargo, como lo resume muy bien la resolución de la ILA[142], no existe en el Derecho comparado positivo una regla de confidencialidad del arbitraje[143]. Ahora bien, siendo un proceso convencional, las partes pueden pactarlo, tomando en cuenta que una cláusula general de confidencialidad en el contrato de base no necesariamente se aplica al procedimiento arbitral[144]. La gran mayoría de los reglamentos arbitrales tampoco prevé un principio general de confidencialidad. Aunque un tribunal arbitral CCI consideró que la confidencialidad necesariamente se aplica[145], el Reglamento de la CCI sólo prevé que el tribunal puede dictar una orden de confidencialidad si así las partes lo requieren[146]. Sin que haya lugar a revisar todos los reglamentos existentes, el principio es que, si las partes quieren la confidencialidad,

---

[142] Resolution 1/2010, The Hague, 2010.

[143] Sin embargo, no obstante que la Ley no lo establece, de manera general los tribunales ingleses consideran la existencia del principio de confidencialidad del arbitraje. Para la discusión sobre el Derecho inglés, ver: *Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow* v *Bankers Trust Company,* English Court of Appeal, [2004] 2 All ER (Comm) 193.

[144] Findings, #3, ILA Resolution, 2010.

[145] #10021, CCI.

[146] Art. 22.3.

tienen que pactarla[147] ya sea en el acuerdo arbitral y/o en el acta de misión y/o solicitar al tribunal que la decrete para no tomar el riesgo de la publicidad de su asunto.

71. El Derecho arbitral mexicano tampoco prevé la confidencialidad de los procedimientos arbitrales. Aunque no directamente vinculado, cabe señalar que en los arbitrajes bajo el amparo del TLCAN México solicitó varias veces que los procedimientos fueran declarados

[147] La resolución 1/2010 de la ILA propone la siguiente cláusula modelo: "[A] The parties, any arbitrator, and their agents, shall keep confidential and not disclose to any non-party the existence of the arbitration, all non-public materials and information provided in the arbitration by another party, and orders or awards made in the arbitration (together, the "Confidential Information"). [B] If a party wishes to involve in the arbitration a non-party – including a fact or expert witness, stenographer, translator or any other person – the party shall make reasonable efforts to secure the non-party's advance agreement to preserve the confidentiality of the Confidential Information. [C] Notwithstanding the foregoing, a party may disclose Confidential Information to the extent necessary to: (1) prosecute or defend the arbitration or proceedings related to it (including enforcement or annulment proceedings), or to pursue a legal right; (2) respond to legitimate subpoena, governmental request for information or other compulsory process; (3) make disclosure required by law or rules of a securities exchange; (4) seek legal, accounting or other professional services, or satisfy information requests of potential acquirers, investors or lenders, provided that in each case that the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the Confidential Information. Further disclosure of Confidential Information may be permitted where there is a demonstrated need to disclose that outweighs any party's legitimate interest in preserving confidentiality. [D] This confidentiality provision survives termination of the contract and of any arbitration brought pursuant to the contract. This confidentiality provision may be enforced by an arbitral tribunal or any court of competent jurisdiction and an application to a court to enforce this provision shall not waive or in any way derogate from the agreement to arbitrate".

confidenciales[148]; sin embargo, en cada ocasión, los tribunales arbitrales rechazaron la petición con el argumento de que los reglamentos arbitrales aplicables[149] no establecen una obligación de confidencialidad. La Comisión del TLCAN confirmó esta tendencia, señalando que no hay confidencialidad, salvo pacto contrario[150].

72. En relación con los reglamentos de los centros mexicanos de arbitraje, el artículo 5 del Reglamento interior del CAM prevé el carácter confidencial de las actividades del Consejo General y de todos sus miembros, por el Secretario General y por todas las personas que lo asistan. De la misma manera dispone que "en ningún caso se autorizará la divulgación de los escritos, notas, comunicaciones y demás documentos presentados por las Partes durante el procedimiento arbitral". Sin embargo, como se puede ver, tal cual el reglamento de arbitraje aplicable a las partes, no se pronuncia sobre la confidencialidad del procedimiento arbitral en sí mismo. En otras palabras, si las partes quieren asegurarse de una absoluta discreción en su procedimiento, se debe recomendar una cláusula de confidencialidad en el acuerdo arbitral o en el Acta de Misión. Al contrario del reglamento del CAM, el artículo 5 del Reglamento de arbitraje de la CANACO dispone que,

---

[148] *Metalcald Corp. v. México*, ICSID, orden procedimental, 27/10/1997, p. 5 (Lauterpacht; Civiletti, Siqueiros); *Marvin Roy Feldman Karpa vs México*, ICSID, orden de procedimiento número 5, 06/12/2000, #10 (Kerameus; Bravo, Gantz).

[149] Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, o el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

[150] Nota de la Comisión de Libre Comercio, 31/07/2001.

salvo acuerdo expreso en contrario de las partes, las actuaciones arbitrales serán confidenciales.

LECCIÓN 2: EL MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE

73. Siguiendo la jerarquía normativa mexicana, se debe analizar en primer lugar la constitucionalidad del arbitraje y la aplicación de los derechos humanos en el proceso arbitral. En segundo lugar, veremos los diversos tratados internacionales existentes en la materia y de los cuales México es Estado parte. Finalmente, se mencionarán los principios generales de Derecho que se aplican al arbitraje, tanto los nacionales como los internacionales, eso como complemento de la Ley nacional.

2.1 El bloque constitucional

74. Es obvio que no hay posibilidad de organizar un arbitraje si este va en contra del orden constitucional. Si el concepto arbitral es constitucional, entonces se mantiene la cuestión de que sí, las garantías fundamentales y los derechos humanos[151] se aplican a los procesos arbitrales. También es de interrogarse sobre la posibilidad de llevar a cabo juicios de control constitucional (*habeas corpus*/amparo) en contra de los actos del tribunal arbitral.

2.1.1 La constitucionalidad del arbitraje

Fernández Rozas, La constitución mexicana y el arbitraje comercial, *Cuestiones constitucionales*, #16, 2007.

75. Como lo veremos más adelante, los procedimientos judiciales en relación con un arbitraje pueden ser objeto de uno o varios amparos[152], lo que implica alegar argumentos sobre la inconstitucionalidad del arbitraje. Tres categorías

[151] Sin entrar en los detalles, es suficiente señalar que un derecho humano es forzosamente una garantía fundamental, no obstante lo contrario no es cierto, como por ejemplo en materia de protección de datos personales o en materia de protección de consumidores.

[152] *Infra* # 498.

de argumentos pueden ser identificados, a saber, el de la prohibición de los tribunales especiales, el del principio de la legalidad y, finalmente, el de la prohibición de la justicia privada.

76. El artículo 13 de la Constitución mexicana, por ejemplo, dispone que "nadie puede ser juzgado por Leyes privativas ni por tribunales especiales", dando pauta a ciertos autores para afirmar que un tribunal arbitral sería un "tribunal especial" en el sentido de que está constituido para un caso determinado. Una antigua tesis parece ir en este sentido declarando que un tribunal arbitral no es permanente ni general y, consecuentemente, es un tribunal especial[153]. Sin embargo, otra tesis, a justo título, señala que es el propio Código de Comercio el que sirve de base legal para la constitución del tribunal arbitral para un caso determinado y, en este sentido, no se puede hablar de inconstitucionalidad[154].

77. La SCJN tuvo una vez más la oportunidad de pronunciarse sobre este punto, y lo hizo con toda la claridad:

---

[153] **Tribunales Especiales**. Quinta Época: T.CXI, p. 431. A.D. 2155/49. 17/01/1952.

[154] **Ramon Kuri**, 30/06/1936, SJF, 5. Época, T. XLVIII, p. 3484; Amparo directo en materia de trabajo 8926/48. **Balsí Gómez Moisés**.15/02/1954. No. Registro: 367,590: "TRIBUNAL DE ARBITRAJE, NO ES ESPECIAL. Si el Estatuto Jurídico, no puede estimarse como una Ley privativa, ni al Tribunal de Arbitraje como un tribunal especial de los prohibidos por el artículo 13 de la Constitución Federal, porque su existencia emana de la misma Constitución, a la que reglamenta y el juicio arbitral tampoco es violatorio del artículo 13 Constitucional, toda vez, que al iniciarse y proseguirse aquél, ya estaban establecidos la Ley y el tribunal".

> ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si se parte de la base que el juicio arbitral es aquel que se tramita ante personas o instituciones que no son Jueces del Estado, o que siéndolo, no actúan como tales, sino como personas de derecho privado, es inexacto que los preceptos reclamados, al establecer la posibilidad de que los particulares sujeten sus controversias al arbitraje comercial, otorguen a los tribunales arbitrales la calidad de tribunales especiales, pues quienes emiten dichos laudos son personas o instituciones designadas para resolver controversias entre particulares, ya sea como amigables componedores o en conciencia, sólo si las partes las han autorizado expresamente para hacerlo en términos del artículo 1445, párrafo tercero, del citado código. Estos laudos deben ser reconocidos u homologados por los órganos jurisdiccionales correspondientes, a fin de que adquieran la fuerza jurídica necesaria para su completa obligatoriedad, y a efectos de su ejecución de conformidad con los artículos 1461 a 1463 del ordenamiento mencionado. De ahí que el arbitraje comercial regulado en el Código de Comercio no contraviene el artículo 13 de la Constitución, que como garantía de igualdad, en el aspecto jurisdiccional, prohíbe los tribunales especiales[155].

A su vez, la Constitución prevé en su artículo 14 que:

> Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino

[155] Amparo en revisión 237/2004. **Emilio Francisco Casares Loret de Mola** y otros. 28/04/2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

> mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

La referencia a tribunales previamente establecidos induce a ciertos autores a sostener que el arbitraje es inconstitucional en la medida de que se trata de tribunales que no son previamente constituidos y que toman decisiones que privan a la parte condenada de sus propiedades. Sin embargo, no cabe duda de que los tribunales mencionados en la Constitución son tribunales judiciales y que el artículo 14 debe leerse en conjunto con el artículo 13 y la prohibición de los tribunales especiales, y una tesis debe entenderse en este sentido[156]. La mencionada disposición también fue utilizada en un juicio de amparo para buscar declarar inconstitucional el artículo 1435 Ccom[157] que dispone que:

> Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán 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 dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de

[156] *Idem.*

[157] Art. 19 UNCITRAL.

> determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

En efecto, el artículo 14 constitucional obliga a que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y lógicamente también en materia arbitral. Consecuentemente, se alegó que sólo los procedimientos previstos por las Leyes en vigor como el Código Federal de Procedimientos Civiles pueden ser aplicados en los procedimientos arbitrales. Sin embargo, la Corte no siguió esos argumentos; al contrario, subrayó que el procedimiento arbitral cumple con el requisito del artículo 14 en la medida de que el procedimiento que tiene que ser respetado en materia arbitral está consignado en la Ley, específicamente en el Código de Comercio[158].

78. Se intentó también sostener que la amigable composición prevista por el artículo 1445 Ccom[159] era inconstitucional conforme al fundamento del artículo 16 de la Constitución mexicana porque la mencionada disposición obliga a fundamentar las decisiones conforme a las Leyes o disposiciones jurídicas aplicables al caso[160]. Sin embargo, es el propio Código de Comercio el que autoriza a las partes a desplazar este principio, si tal es su voluntad. En otras palabras, es la propia Ley la que garantiza el respeto al

---

[158] Amparo en Revisión 759/2003. **Teléfonos de México.** 30/06/2004.

[159] Art. 28.3 UNCITRAL.

[160] Amparo en revisión 237/2004. **Emilio Francisco Casares Loret de Mola** y otros, precitado;; Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27/05/2009.

principio de la legalidad[161]:

> ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO VIOLAN LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.
> Las garantías jurisdiccionales de fundamentación y motivación son derechos públicos exigibles a las autoridades que ejercen una función jurisdiccional, pero no a los arbitrajes privados donde el principal fundamento de la resolución es la representación trasladada al árbitro y la confianza que depositan las partes en el tribunal arbitral, en donde éste materialmente actúa como un representante y sustituto de la voluntad de los propios litigantes del arbitraje (lo anterior no es aplicable al arbitraje forzoso ni a arbitrajes institucionales decididos por un ente público regido por su regulación aplicable y por la obligación constitucional de fundar y motivar sus actos, aunque hubiera pacto de amigable composición y fallo en conciencia). Para concluir lo anterior, es importante tener en cuenta el criterio sustentado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 133/2004-PS, de la que derivó la jurisprudencia 1a./J. 139/2005, de rubro: "FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, DEBEN ANALIZARSE A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, RESPECTIVAMENTE.", acorde con la cual, la fundamentación y motivación son aspectos que conforman derechos fundamentales exigibles a autoridades públicas con actividad jurisdiccional o próximas a ésta, y que no

[161] Amparo en revisión. **Sindicato Heriberto**. 12/06/1986. *SJF*. Informe 1986.36; Amparo en revisión 131/2009. **Talent Agency Unlimited**, S.A. de C.V. 27/05/2009.

pueden aplicarse a particulares. Ahora bien, no pasa inadvertido que el párrafo segundo del artículo 1448 del Código de Comercio establece que todos los laudos (públicos o privados, voluntarios o forzosos y, en principio, sea quien fuere el tribunal arbitral) siempre deberán estar motivados, a menos que las partes expresamente hayan convenido otra cosa o se trate de arbitrajes que culminen por transacción y ésta se eleve al carácter de laudo; sin embargo, esta porción normativa no puede valorarse aisladamente sino en su conjunto, de lo que se advierte que el "no motivar" los laudos no es una regla general en el arbitraje sino sólo una de las posibles actitudes que, dependiendo del caso y de los acuerdos entre las partes, puede asumir un tribunal arbitral ya que, en principio, sí tiene la obligación de motivar sus decisiones, a menos que se actualice algún supuesto de excepción. Esto es, el Código de Comercio parte de la obligación general de motivar los laudos, aunque no por ello puede afirmarse que la ratio de la motivación arbitral lo sean los artículos 14 y 16 constitucionales o su equiparación con la función jurisdiccional; sino que la motivación del laudo arbitral, salvo acuerdo expreso en contrario, obedece a una situación fundada en razón práctica y en la lógica, como lo sería el que se presente una posible ejecución forzosa del laudo posterior a su dictado, y como para ello se requiere de la intervención judicial, ésta deberá tener conocimiento sobre los alcances y límites de dicha ejecución, para lo cual necesitará ser informada del debate y de sus alcances. Así, es claro que la motivación en el laudo de arbitraje privado se vuelve crucial, pero se basa en los pactos y, por ello, la Ley presume que, salvo disposición expresa en contrario, las partes prefieren y desean una motivación. Lo anterior evidencia que la motivación de los árbitros comerciales

> jurídicamente dimana del principio de derecho civil res inter alios acta conforme al cual las partes (y en este caso además el árbitro como su representante y mandatario) no pueden desconocerse mutuamente la personalidad que ya se reconocieron en otro momento anterior de un acto jurídico y además de las obligaciones adquiridas a partir del acuerdo arbitral que, por efectos del diverso principio pacta sunt servanda, se entiende que los compromisos se adquieren para cumplirse[162].

79. Aunque hasta ahora no se ha presentado el caso, es conveniente analizar la eventual inconstitucionalidad del artículo 17 que establece que:

> Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
> Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las Leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

[162] Amparo en revisión 131/2009. **Talent Agency Unlimited**, S.A. de C.V. 27/05/2009.

La mención a la prohibición de hacer justicia por su propia mano no alude a la naturaleza del arbitraje[163] ya que en éste las partes han convenido someter sus disputas a un tercero quien debe decidir sobre la controversia. Lo que *prima facie* puede ser considerado como un argumento serio, constituye en realidad una interpretación errónea del artículo 17. El derecho a la justicia estatal no es un derecho irrenunciable[164]. Lo que dice la disposición mencionada es que ningún juez puede rechazar el escuchar un caso. En realidad, la cláusula compromisoria es un acto de la voluntad de las partes que tienen toda la libertad de renunciar a su derecho de ir a la justicia estatal, y hoy con la reforma no se trata ni siquiera de una renuncia, sino del

[163] Herrera Trejo, Hacia una Ley tipo de mediación en México, in: *Memoria II Congreso Nacional de Mediación*, TSJDF-Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.199, 200.

[164] *Idem*.

ejercicio de una libertad constitucional[165]. Además, el acuerdo arbitral no prohíbe el acceso a los tribunales judiciales. En efecto, la decisión del juez al considerar la demanda como inadmisible constituye en sí misma una

---

[165] ARBITRAJE. IMPLICACIONES NORMATIVAS DERIVADAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA DE JUNIO DE 2008. El artículo 17 constitucional establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Sin embargo, esta prohibición no supone el otro extremo de que todas las controversias entre las personas deban resolverse a través de autoridades judiciales, pues también establece que las Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. Por tanto, la solución constitucional es una intermedia: prevé que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia, pero también que, de manera paralela, la Ley deberá habilitar mecanismos alternativos. Con base en esta nueva arquitectura a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, deben explicitarse algunas de las premisas interpretativas asumidas por este tribunal constitucional. En primer lugar, el arbitraje es una figura legislativa con relevancia constitucional. Por tanto, la Ley que la regule debe considerarse reglamentaria del cuarto párrafo del artículo 17 constitucional. Relacionado con lo anterior, se debe cambiar la caracterización de la decisión de acceder a dicha institución, pues más que una renuncia de derechos constitucionales (de acceder a los tribunales), **el arbitraje encierra el ejercicio afirmativo de libertades constitucionales que ameritan protección judicial**. Ahora bien, respecto de las distintas posibilidades del ejercicio de esas libertades, el texto de la Constitución es neutro; ello implica que todos los mecanismos alternativos de solución de controversias gozan del mismo tipo de protección constitucional -por ejemplo, mediación, conciliación y arbitraje- y, por tanto, el legislador no está obligado a regular ninguno de ellos de manera preferente. Al relacionarse con el ejercicio de libertades, si las partes deciden acudir al arbitraje, deben hacerlo sobre la premisa de que el tribunal arbitral no es equiparable a una autoridad judicial desde la perspectiva constitucional. PRIMERA SALA. Amparo directo 71/2014. **Comisión Federal de Electricidad**. 18 de mayo de 2016. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular y Norma Lucía Piña Hernández, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

justicia estatal. Sin embargo, el arbitraje en realidad no escapa de la justicia estatal, sino que una secuencia se opera: primero las partes van al arbitraje en virtud de su acuerdo; segundo, al final del arbitraje, las partes pueden regresar a la justicia estatal para pedir la nulidad del laudo o la inejecución del mismo. No existe ningún fundamento serio para pretender que existe una violación del artículo 17. Finalmente, con respecto a la gratuidad de la justicia, este principio se aplica a los tribunales judiciales de servicio público[166] y no a prestadores de servicios privados como lo son los centros de arbitraje o los árbitros, por ejemplo.

80. Con la reforma constitucional de 2010, la controversia constitucional sobre el arbitraje debía llegar a su fin con la inserción de un nuevo párrafo en el artículo 17 de la Constitución mexicana que establece que "las Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias". Sin embargo, con la reforma constitucional de 2011, se presenta ahora la cuestión de la interacción de los derechos humanos con el arbitraje, en particular si este último es un derecho fundamental o no.

[166] Burgoa, *Las garantías individuales*, 37 ed. Porrúa, 2004. 638.

2.1.2 Las garantías constitucionales y los derechos humanos

Barragán López, El árbitro no es autoridad para efectos de la Ley de amparo: entendiendo la lógica detrás de la teoría del Drittwirkung der Grundrechte, *El Foro*, 2014.1
.

81. La reforma de 2010 ha insertado un nuevo párrafo en el artículo 17 de la Constitución mexicana que establece que "las Leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias". Esta disposición tiene que ser leída en conjunto con la reforma de la *Carta Magna* de 2011, que establece en su primer numeral la protección de los derechos humanos en todas las circunstancias:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos

> humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la Ley.
> [...]

Dos situaciones distintas existen. La primera se refiere a si el derecho de someterse al arbitraje es un derecho humano, mientras que la segunda concierne a la aplicación de los derechos humanos en los procedimientos arbitrales.

A - El derecho humano al arbitraje

82. El hecho de que la reforma puso la constitucionalización de los MASC en la parte de "derechos fundamentales" de la Constitución, tiene como consecuencia que exista un "derecho fundamental" a la mediación o el arbitraje *vis-à-vis* del Estado, no del particular. Si una parte quiere arbitraje, y si no existe una cláusula arbitral, la contraparte no tiene que aceptar contra su voluntad el arbitraje, porque la parte actora no tiene el derecho fundamental a un arbitraje en su contra. Hasta ahora ninguna decisión se ha dictado en el asunto. Sin embargo, en nuestra opinión, está claro que no existe tal derecho. El derecho al arbitraje implica la voluntad de las partes para arbitrar sus conflictos futuros. Lo que se protege constitucionalmente es que las partes tengan derecho a celebrar acuerdos de arbitraje; pero no para forzar a alguien a someterse a un arbitraje si éste

nunca había expresado su voluntad para hacerlo. Los tribunales federales ya han establecido, a través de un precedente vinculante[167], que en México el arbitraje forzoso, o según la expresión de Jan Paulsson, "*without privity*", no existe[168]. La conclusión debe estar orientada a que sí existe un derecho fundamental de los ciudadanos para contar con Leyes que permitan resolver los conflictos a través de los MASC. Pero la Ley establece las condiciones en las que las partes pueden utilizarlos. Y la Ley exige, no sólo para el arbitraje, sino también para la mediación y la conciliación, que todas las partes en conflicto deben libremente aceptar someterse a los MASC. Es de recordar que el derecho al acceso a la justicia estatal también es una garantía fundamental en virtud del artículo 17 de la Constitución.

83. Lo anterior implica un aspecto positivo y un aspecto negativo. Positivamente, las partes tienen el derecho de renunciar a su derecho humano al acceso a la justicia estatal y pactar un proceso arbitral[169] (con la condición de que se respeten los demás derechos humanos en el arbitraje[170]); negativamente, ninguna de las partes tiene el derecho humano al arbitraje, ni tiene derecho a un arbitraje si la contraparte no está de acuerdo.

---

[167] **Tesis de jurisprudencia 49/2008**. Amparo en revisión 1122/2006. 12/03/2008.

[168] *ICSID Review*, 1995.232.

[169] Véase: *Axelsson and Others v. Sweden*, CEDH, 13/07/1990.

[170] *Infra* # 85.

84. Ahora bien, el hecho de que el arbitraje ha sido constitucionalizado implica que tiene que ser leído y aplicado conjuntamente con el artículo 1° de la Carta Magna, que prevé la protección de los derechos humanos. En un caso muy interesante, los estatutos de una sociedad establecieron que todas las disputas entre los socios y la empresa debían ser resueltas por un panel de arbitraje compuesto al menos por un miembro de la junta directiva. En lugar de considerar que la cláusula de arbitraje es válida, pero la composición del tribunal es parcial porque el conflicto entre un socio y la empresa implica automáticamente los intereses de la junta directiva, y en lo sucesivo simplemente permitir recusar al director-árbitro designado por la junta, el Colegiado dictaminó que dicha cláusula es nula porque viola el derecho humano básico a un tribunal imparcial, derecho que está protegido por el artículo 17 de la Constitución:

> Si bien es cierto que el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su cuarto párrafo, reconoce como formas de resolver un diferendo, a los mecanismos alternativos de solución de controversias, que se hacen consistir en diversos procedimientos, mediante los cuales las personas pueden resolver sus diferencias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (auto composición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición), también lo es que la cláusula por la cual se pretende constreñir a los gobernados, a someter sus conflictos respecto a la administración de una persona moral de la cual son miembros, a un organismo corporativo que pertenece a esta misma, no puede considerarse una

cláusula compromisoria de arbitraje, pues contraría uno de los principios básicos en que se sustenta tal medio alterno de solución de controversias, consistente en que el diferendo sea resuelto por un tercero imparcial; lo anterior tiene una importancia capital, pues no puede pasar desapercibido que como parte de los derechos humanos, que prevén los artículos 17 constitucional, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se encuentra en que los gobernados puedan acceder a soluciones justas a sus diferencias, lo que representa la obtención de una resolución imparcial por tribunales ajenos a los intereses de las partes, resolviendo la contienda sin inclinaciones o preferencias, lo cual debe aplicarse, por mayoría de razón, a cualquier persona que juzgue la conducta de otra, con el fin de obtener una resolución justa; de ahí que el arbitraje deba ser decidido siempre por una tercera persona, por lo tanto, en aplicación del principio general de derecho que reza nemo iudex in causa sua (nadie puede ser Juez en su propia causa), que parte del principio de que el ser humano tiende a la autojustificación, como medio de redimirse de sus errores (lo que implica que esa situación de conciencia, por sí misma, sea incompatible con el hecho de que los seres humanos viven en sociedad), no podrían resolverse las diferencias entre las personas, con base sólo en la justificación que realizaran de sí mismas y, por lo tanto, el pacto de voluntades en estudio, no tiene el efecto de otorgar a una entidad corporativa que integra a una de las partes en el conflicto, la facultad para resolver el correspondiente diferendo[171].

[171] Amparo en revisión 278/2012. **Alfonso Ponce Rodríguez y otros**. 13/09/2012.

Similar a este fallo, una decisión de la Corte de Apelaciones de París del 17 de noviembre de 2011[172] estableció que las Reglas de la CCI que no procedan con la reconvención si no se paga el requerido anticipo, son contrarias al principio del derecho humano al acceso a la justicia[173]. Sin embargo, como se puede ver, no se trata de un derecho humano al arbitraje, sino que el arbitraje es un modo de jurisdicción que está regulado por los derechos humanos, como el del acceso a una justicia imparcial.

B – Los derechos humanos en el arbitraje

85. En relación con los derechos humanos en el arbitraje, es pedagógico distinguir entre el arbitraje en general, tanto comercial como sectorial, y el arbitraje sobre inversión extranjera en el cual no se trata tanto de saber si los derechos humanos se aplican, sino de resolver el conflicto entre derechos, tal como el derecho a la salud que justifica la expropiación y el derecho a la propiedad que se opone a la expropiación.

---

[172] # 09-24.158.

[173] Por lo tanto, la versión 2012 de la Reglas CCI aún tendría que ser contrario al mencionado principio visto que prevé: "Cuando no se haya satisfecho una solicitud de provisión para gastos del arbitraje, el Secretario General puede, previa consulta al tribunal arbitral, indicar a éste que suspenda sus actividades y fijar un plazo, que no puede ser inferior a 15 días, al vencimiento del cual la correspondiente demanda se considerará retirada. Si la parte interesada desea oponerse a tal medida, deberá solicitar, en el plazo antes mencionado, que el asunto sea decidido por la Corte. Dicho retiro no priva a la parte interesada del derecho a formular posteriormente la misma demanda en otro proceso" (art. 36.6).

86. Es importante también entender bien el tema de los derechos humanos en el arbitraje, cuestión que no se confunde con la de si el tribunal arbitral es autoridad para efectos del amparo (confusión bastante común en México). En efecto, como lo veremos, los árbitros no tienen que aplicar los derechos humanos porque son una autoridad, sino porque los derechos humanos son parte del orden público internacional, y las violaciones a dichos derechos conllevan la nulidad del laudo.

a) Arbitraje en general

Besson, Arbitration and Human Rights, *Bull. ASA,* 2006.395; Jarrosson, L'arbitrage et la Convention europénne des droits de l'Homme, *Rev.arb.*, 1989.573.

87. En los años 80, la cuestión de la interacción de los derechos humanos y el arbitraje surgió de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en lo que respecta a la pregunta de si un panel arbitral era un ¨tribunal independiente e imparcial¨ en virtud del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y si por lo tanto se debían aplicar sus disposiciones, especialmente las relativas al debido proceso[174]. Hoy no hay

[174] *Regent Company v. Ukraine*, CEDH, 29/09/2008.

duda de que la respuesta es afirmativa[175]. La misma respuesta tiene que ser dada para los arbitrajes en México. El argumento para negarlo consiste en la afirmación de que un tribunal arbitral no es autoridad por efectos de amparo, y que carece de legitimidad. Se debe distinguir entre los

[175] *République de Guinée*, CA París, 28/01/1987; *Unesco c/ Boulois*, CA París, 19/06/1998; París, # 09-24.158, 17/11/2011. En relación con el TAS, la jurisprudencia es contradictoria: en favor: *Abel Xavier & Everton FC /UEFA*, TAS, 02/02/2001; en contra: *Fenerbahçe SK v. UEFA*, TAS, 05/12/2013.

actos procesales del tribunal arbitral y el laudo[176]. La cuestión de que si los árbitros son una autoridad sólo tiene sentido para los actos procesales donde el quejoso intenta

[176] En este sentido se puede leer con gran interés la siguiente tesis: PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. A consideración de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al reconocer la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, es siempre en el entendido de que dicha eficacia es matizada, es decir, con un alcance que tendrá que ser graduado o modulado en cada caso atendiendo al peso relativo de los derechos o intereses con los que aquéllos entran en colisión. Asimismo, al establecer la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el principio de igualdad no pretende imponer rígidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla. Es decir, un ordenamiento jurídico como el nuestro -que se aleja de los paradigmas totalitarios-, permite un espacio de espontaneidad y hasta de arbitrariedad en las relaciones que se suceden entre particulares. Así, es indudable que existe una esfera de actuación puramente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse (pueden contraer matrimonio con quien gusten, invitar a su casa a quienes crean conveniente, asociarse con quienes deseen y negarse a entrar en un determinado establecimiento, por los motivos que sean); de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, en general, de una manera que le está vedado a los órganos públicos regular. En pocas palabras, cuanto más cercana es una relación interpersonal, más limitada debe ser la interferencia en la autonomía individual. Por el contrario, cuanto más nos alejamos de esa esfera íntima de proximidad, mayor alcance tendrá el principio de igualdad. Así, previo al juicio de ponderación y razonabilidad, el intérprete tendrá que analizar el tipo de relación que se está sucediendo entre los particulares y contextualizarla de forma adecuada. En esta lógica, existen tres factores que, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultan útiles a la hora de medir la incidencia de los derechos fundamentales, y en particular la prohibición de no discriminación en el tráfico jurídico-privado, cuando se ve enfrentado con el principio de autonomía de la voluntad. En primer lugar, la presencia de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostenta una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de

ampararse en contra de este acto de autoridad. Distinto es el caso del laudo. No hay necesidad de reflexionar sobre el hecho de que si el laudo es un acto de autoridad o no[177], porque simplemente un laudo que viola los derechos humanos o que fue rendido en circunstancias donde en el procedimiento se violaron los derechos humanos de alguna de las partes es nulo por ser contrario al orden publico internacional, el cual integra sin duda alguna los derechos humanos. Se puede mencionar en este sentido el fallo Matuzalem del Tribunal Suizo Federal[178], que expresamente prevé que la violación de un derecho humano es violatoria del orden público internacional:

El jugador Matuzalem rescindió de manera unilateral y antes que su contrato se terminará sus obligaciones con el club Shakhtar Donetsk para contratarse con el Real Zaragoza. Shakhtar Donetsk recurrió a la FIFA, la cual condenó a Matuzalem a pagar una multa severa por violación del contrato. Ni Matuzalem, ni el Real Zaragoza tuvieron la capacidad financiera de pagar dicha multa. Matuzalem consecuentemente demandó ante el TAS, cuyo panel arbitral condenó de nueva cuenta a Matuzalem y el Real Zaragoza de pagar las indemnizaciones por violación del contrato. La decisión fue confirmada por el TFS. Sin embargo, como tanto el jugador como el nuevo club continuaron a alegar la imposibilidad financiera de pagar, la FIFA, en aplicación de su reglamento, prohibió a Matuzalem de jugar hasta que la multa sea pagada. Matuzalem de nueva cuenta demandó ante el TAS, mas se confirmó la prohibición de jugar hasta que las mencionadas indemnizaciones fueran pagadas. En el recurso de revisión ante el TFS, los magistrados anularon el laudo por razones de violación del orden público internacional. La prohibición ilimitada de jugar viola los derechos humanos del individuo, en particular el de la libertad económica. No hay razón de pensar, porque sea diferente en México.

---

[177] *Infra* # 498 .

[178] 27/03/2012.

b) Arbitraje sobre inversión extranjera

Meshel, Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond, *Journal of International Dispute Settlement*, 2015 (forthcoming); Dupuy et al., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009.

88. En materia de inversión extranjera los derechos humanos tienen un papel particular. En efecto, si un Estado expropia una concesión de distribución de agua, por ejemplo, invocando el derecho humano al agua, a la salud, y a la vida, esa expropiación también puede violar el derecho humano a la propiedad del inversionista. Hasta la fecha no existe una decisión de un tribunal arbitral sobre el cómo resolver esa antonimia de derechos, suponiendo que los derechos humanos se apliquen en esos arbitrajes. En *Border Timbers*, los árbitros consideraron que no necesariamente hay obligación de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos:

> no evidence or support for [the Petitioners'] assertion that international investment law and international human rights law are interdependent such that any decision of these Arbitral Tribunals which did not consider the content of international human rights norms would be legally incomplete[179]

En *SAUR*, el tribunal arbitral estableció que se debe tomar

[179] *Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID, Procedural Order #2, 26/06/2012, #58 (Fortier; Williams, Chen).

en consideración el derecho humano al agua como una de las fuentes de Derecho para la resolución de las disputas sobre expropiación, mas "contrabalancearlo" con los derechos del inversionista bajo el amparo de un BIT[180]. Sin embargo, en el caso concreto no se pronunció en el fondo sobre la cuestión. El laudo *EDF v. Argentina* mencionó que los principios básicos de los derechos humanos son parte del *jus cogens* y por lo tanto el tribunal tiene que ser "sensible" sobre esta cuestión[181]. En realidad, la postura de los diversos tribunales se entiende porque parten del principio de que el Estado tiene que respetar tanto las obligaciones de derechos humanos como las de los BITs:

> [Argentina is] subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive.

Finalmente, en *Urbaser*[182], el tribunal arbitral fue mucho más lejos y estableció:

> 1199. Frente a esta coyuntura, es posible entonces admitir que el derecho humano a la dignidad de cada persona y su derecho a condiciones de

[180] *SAUR v. Argentina*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 06/06/2012, #330 (Fernández-Armesto; Hanotiau, Tomuschat).

[181] *EDF v. Argentina*, ICSID, 11/06/2012, #909 (Kaufmann-Kohler; Remón, Park).

[182] *Urbaser v. Argentina*, ICSID, 08/12/2016 (Bucher; Martínez-Fraga, McLachlan).

> vivienda y de vida adecuadas son complementadas por una obligación de todas las partes, tanto públicas como privadas, de no realizar actividades tendientes a suprimir tales derechos.

Sin embargo, se ve también que el conflicto puede ser directo y brutal. Es así como en el caso *Chevron* el tribunal arbitral ordenó a Ecuador tomar todas las medidas necesarias para que sus tribunales suspendieran la ejecución del fallo condenatorio de Chevron[183]. Sin embargo, los tribunales ecuatorianos rechazaron suspender la ejecución de la sentencia porque, *inter alia*, el Poder Judicial tiene la obligación de respetar la Convención Americana de Derechos Humanos que impone, entre otros, el derecho a la justicia, lo que implica ordenar la ejecución del fallo que es final[184] y constituye un derecho adquirido para las partes vencedoras.

***

89. En conclusión, para el arbitraje comercial y sectorial como para el arbitraje deportivo, no cabe duda de que el tribunal arbitral tiene que aplicar los tratados de derechos humanos. En lo que concierne al arbitraje sobre inversión extranjera, en nuestra opinión los derechos humanos también deben aplicarse. Sin embargo, la dificultad se da al conciliar los diversos derechos humanos que chocan como

---

[183] Chevron v. Ecuador, CPA, Second interim award, 16/02/2012 (Grigera Naón; Lowe, Veeder).

[184] Decisión 01/03/2012.

el derecho a la igualdad y no-discriminación vs el derecho a la propiedad. El ejemplo ilustrativo es Foresti[185] donde el nuevo gobierno sudafricano impuso a las compañías mineras una cierta cuota para su accionariado; cuota que tiene por objetivo que la población africana tenga acceso a la explotación económica del país. Sin embargo, tal cuota es expropiadora. ¿Se debe respetar el derecho humano a la no-discriminación, o el derecho a la propiedad? Tal cual la pregunta no tiene respuesta. En realidad, todo depende del caso, y en nuestro ejemplo, el gobierno habría tenido que buscar otras medidas distintas a la expropiación para obtener la igualdad buscada. En otras palabras, los meros derechos humanos no pueden dar lugar a cualquier protección, como lo subraya la siguiente tesis de la primera Sala de la SCJN:

> OPERACIONES CONTRACTUALES. SUPUESTOS EN LOS QUE SE CONSIDERAN DE EXPLOTACIÓN PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 21.3 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
>
> El hecho de que una operación contractual sea ventajosa para una de las partes o que los beneficios de ésta no estén distribuidos de forma equilibrada entre ellos, no debe interpretarse como un caso de explotación del hombre por el hombre, ya que dicha categoría está reservada a casos graves en los que no sólo se obtiene un provecho económico o material, sino que también afectan la dignidad de las personas, los cuales pueden considerarse como casos de explotación prohibidos por el artículo 21.3

[185] *Foresti v. Republic of South Africa*, ICSID, 04/08/2010 (Lowe; Brower, Matthews).

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[186].

Los tribunales arbitrales no se oponen a las acciones del Estado de implementar la protección de los derechos humanos, pero esa aplicación no es absoluta ni a cualquier precio. La aplicación tiene que ser razonable y proporcional, y no ser contraria a los demás derechos que existen, lo que también se aplica a los actos de los tribunales arbitrales.

C - La protección constitucional contra los actos del tribunal arbitral

90. Más allá de la problemática de la intervención de los órganos jurisdiccionales en los procedimientos arbitrales[187], un arbitraje con sede en México se confrontará al amparo, procedimiento constitucional de protección de las garantías fundamentales y de los derechos humanos. Es especialmente en materia de laudos que las discusiones florecen[188], sin embargo, en realidad el debate es dogmático. Por un lado, los tenientes de la idea de soberanía estiman

[186] Amparo directo en revisión 460/2014. 5 de noviembre de 2014. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien formuló voto concurrente. Disidente: José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

[187] *Infra* # 391.

[188] *Infra* # 498.

que los tribunales federales tienen que poder controlar a cada momento los actos de los particulares para asegurarse de que la Constitución sea respetada. Los defensores del arbitraje argumentan en contra del amparo por razones prácticas: cada juicio de amparo hace que el procedimiento arbitral y la ejecución del laudo sea más complicado y se consume demasiado tiempo, visto que el amparo y su revisión pueden llegar hasta los 3 años. Sin embargo, en primer lugar, uno debe ver de manera neutral qué dicen realmente las disposiciones, antes de emitir un criterio de juicio.

91. Con la reforma de 2013 de la Ley de Amparo, tanto el artículo 1° como el artículo 5 de la nueva Ley, los particulares pueden ser "autoridades", si "realizan actos equivalentes a los de autoridad", siendo autoridad:

> la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones,

y para que un acto de un particular se asemeje a un acto de autoridad, sus funciones deben estar determinadas por una norma general, es decir que se encuentren previstos en una Ley o reglamento:

> ACTOS DE PARTICULARES EQUIPARABLES A LOS DE AUTORIDAD. SUS CARACTERÍSTICAS PARA

> EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA.
> De conformidad con el artículo 5o., fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, vigente a partir del 3 de abril de 2013 y el proceso legislativo que le dio origen, en específico, los dictámenes de las Cámaras de Senadores y Diputados, para determinar si un particular realiza actos equiparables a los de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo en su contra, debe verificarse si: 1. El acto que se le atribuye lo realizó unilateral y obligatoriamente, esto es, si su dictado, orden o ejecución se llevó a cabo sin la intervención del quejoso y lo constriñó a su observancia o, en su caso, omitió realizar un acto que estaba obligado a efectuar, y si con dicho acto u omisión se crearon, modificaron o extinguieron situaciones jurídicas, en un plano de supra a subordinación; **2. Ese acto se realizó (u omitió realizarse) con base en funciones determinadas por una norma general;** y 3. En su contra no existe un medio de defensa ordinario que permita al gobernado defender el derecho afectado[189].

92. A primera vista resalta la necesidad de la presencia del *imperium* para que un particular pueda ser calificado como autoridad: o sea, el particular debe tener la facultad legal para hacer respetar o ejecutar el acto que dicta o ordena. En este sentido, es imposible considerar a un laudo como un

[189] Tercer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Sexto Circuito. Amparo en revisión 301/2014. **Manuel Flores Macías**. 09/02/2015. Unanimidad de votos, con voto concurrente del Magistrado Jaime Raúl Oropeza García. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretario: Manuel Poblete Ríos; Amparo en revisión 280/2014. **Marcos Pérez Lino**. 09/02/ 2015. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Jaime Raúl Oropeza García. Secretario: Alejandro Ramos García.

acto de autoridad, visto que el tribunal arbitral no puede hacer ejecutar su propio laudo, de hecho ni siquiera interviene de una u otra manera en la ejecución de su fallo. Sin embargo, diferente es la situación durante el proceso arbitral donde los árbitros pueden ordenar y en el caso ejecutar su decisión como lo es con las órdenes procesales. Sin embargo, es cierto que quedan 2 puntos por resolver. El primero es ¿si realmente tienen el *imperium* los árbitros cuando ordenan, quiere decir que sí pueden hacer respetar o ejecutar lo ordenado? Por ejemplo, si un tribunal arbitral dicta medidas provisionales, ¿cómo pueden obligar a las partes a que las respeten o las ejecuten? Es cierto que una "desobediencia" puede influir sobre la condena de gastos y costos, pero es todo. Peor, si la cláusula arbitral prevé el "quien pierda paga", pues no existe herramienta alguna para el tribunal arbitral de coercer a una parte. Cualquier decisión del tribunal arbitral puede sólo ser ejecutada por la fuerza a través de recurso ante los tribunales judiciales, como lo ha recordado un tribunal federal, retomando una jurisprudencia bastante tradicional[190]:

> ÁRBITROS PRIVADOS. NO TIENEN EL CARÁCTER DE AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO.
>
> Los artículos 1o. y 5o, fracción II, de la Ley de Amparo establecen que el juicio constitucional es procedente contra actos de particulares y que éstos tienen el carácter de autoridad responsable cuando sus funciones estén determinadas por una norma general y realicen actos equivalentes a los de una autoridad. Ahora bien, el arbitraje privado es el

[190] *Infra* # 498.

> procedimiento basado en la voluntad de las partes, quienes renuncian al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial y confían a uno o más particulares (árbitro o árbitros) la decisión de todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual. En ese sentido, debe decirse que aunque los árbitros privados tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, **como ello emana de un compromiso formado entre particulares, la función de los árbitros es privada e igual carácter tienen todas las actividades que desarrollan a fin de resolver la controversia de que se trate, esto es, no son funcionarios del Estado ni tienen jurisdicción propia o delegada, dado que sus facultades derivan no de una norma general, sino de la voluntad de los contratantes expresada en el acuerdo que la Ley reconoce, y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio no obra en interés público, o sea, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, lógicamente las funciones de esos árbitros no son públicas**, sino privadas, lo que significa que **carecen de imperio**, de suerte que **no pueden los mismos árbitros conceptuarse como autoridades del Estado ni sus actos son equivalentes a los de autoridad,** por lo que resulta improcedente el juicio de amparo promovido en su contra[191].

93. La citada tesis es criticable. En primer lugar, no es cierto que los árbitros no tienen facultades que derivan de una norma general sino de la voluntad de las partes... La voluntad de las partes puede sólo conferirles tales facultades porque existe una norma general, que es el

[191] Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Queja 195/2014. **Cecilia Flores Rueda y otros**. 29 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.

Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. En segundo lugar, si normalmente es cierto que el árbitro carece de imperio, existe también una excepción. En efecto, en materia de pruebas cuando un tribunal ordena la producción de documentos en violación de los derechos de una de las partes. En este caso, si la parte se rehúsa a obedecer y no produce los documentos, el tribunal puede establecer presunciones en contra de esa parte. Eso se equivale al *imperium*. Y la segunda condición de la Ley de Amparo es, entre otras, que se cree o se modifique una situación jurídica, lo que también es el caso en el ejemplo citado. Ahora bien, en relación con la tercera condición, las recientes interpretaciones jurisprudenciales parecen cerrar la puerta al amparo. En efecto, por analogía a la siguiente tesis, es obvio que los actos que lleve a cabo el árbitro en relación con su actividad, aunque encuentren sustento en normas de carácter general (el Código de Comercio), tienen como fuente original un pacto entre particulares, o sea el acuerdo arbitral:

> BOLSA MEXICANA DE VALORES, SOCIEDAD ANÓNIMA BURSÁTIL DE CAPITAL VARIABLE. SU PRESIDENTE NO TIENE EL CARÁCTER DE AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO.
>
> De la interpretación del artículo 5o., fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, se desprende que los particulares pueden tener el carácter de autoridades responsables siempre y cuando se satisfagan los siguientes requisitos: a) que realicen actos equivalentes a los de autoridad, esto es, que dicten, ordenen, ejecuten o traten de ejecutar algún acto en forma unilateral y obligatoria, o bien, que omitan actuar en determinado sentido; b) que

> afecten derechos creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas; y, c) que sus funciones estén determinadas en una norma general. La Bolsa Mexicana de Valores, Sociedad Anónima Bursátil de Capital Variable, es una persona moral de naturaleza privada, como también lo son las casas de bolsa que, por disposición de la Ley del Mercado de Valores, están facultadas para operar en aquélla. En ese sentido, si el mercado de valores es un servicio que presta un particular a quienes, de forma voluntaria, quieren intervenir en él con propósitos de inversión o de financiamiento, vínculo que se entabla por virtud de la celebración de acuerdos mercantiles, **se concluye que el presidente de la referida sociedad no tiene el carácter de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues todos los actos jurídicos que lleve a cabo en relación con dicha actividad, aunque encuentren sustento en normas de carácter general (Ley del Mercado de Valores y Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana de Valores), tienen como fuente original un pacto entre particulares; de ahí que no sean equivalentes a los de una autoridad, cuya naturaleza se identifica por la unilateralidad y su obligatoriedad, sin importar el consenso del particular**[192].

Sin embargo, para la primera Sala de la SCJN no existe duda que el tribunal arbitral no es autoridad, tal como lo explica en su ejecutoria del Amparo 71/2014:

> Así, la *constitucionalización* del arbitraje no se constata por la equiparación del tribunal arbitral a

[192] Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 6/2015. **Jorge Ernesto Portillo Iniestra**. 19 de febrero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Joel Carranco Zúñiga. Secretario: Agustín Gaspar Buenrostro Massieu.

> la autoridad estatal, en términos del artículo 1° tercer párrafo, porción normativa que establece que "[t]odas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen" diversas obligaciones en relación a la tutela de los derechos humanos, pues el arbitraje se mantiene como una actividad regulada por la voluntad de las partes[193].

Ahora bien, unos meses después, otro criterio, ya citado, ha establecido que:

> ACTOS DE PARTICULARES EQUIPARABLES A LOS DE AUTORIDAD. SUS CARACTERÍSTICAS PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO EN SU CONTRA.
> De conformidad con el artículo 5o., fracción II, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, vigente a partir del 3 de abril de 2013 y el proceso legislativo que le dio origen, en específico, los dictámenes de las Cámaras de Senadores y Diputados, para determinar si un particular realiza actos equiparables a los de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo en su contra, debe verificarse si: 1. El acto que se le atribuye lo realizó unilateral y obligatoriamente, esto es, si su dictado, orden o ejecución se llevó a cabo sin la intervención del quejoso y lo constriñó a su observancia o, en su caso, omitió realizar un acto que estaba obligado a efectuar, y si con dicho acto u omisión se crearon, modificaron o extinguieron situaciones jurídicas, en un plano de supra a subordinación; 2. Ese acto se realizó (u omitió realizarse) con base en funciones determinadas por una norma general; y **3. En su**

[193] *Infra* Anexos.

> **contra no existe un medio de defensa ordinario que permita al gobernado defender el derecho afectado[194].**

Ya no se habla de la necesidad de que el particular obre en el interés público, sino que cumpla con los tradicionales requisitos de unilateralidad y obligatoriedad basados en una norma general. Si las dos condiciones no requieren nuevos comentarios, el punto 3 de la mencionada tesis subordina el carácter de autoridad por el hecho de que no existe medio de defensa ordinario alguno, como es el caso de las órdenes procesales, en contra las cuales no existe ningún recurso previsto por la Ley arbitral mexicana. Por lo tanto, pudiera ser posible considerar en casos excepcionales al árbitro como autoridad para efectos de amparo, todo dependiendo de los futuros criterios de los tribunales federales.

2.2 Los tratados internacionales

94. La piedra angular del arbitraje internacional es la Convención de Nueva York de 1958, que es un verdadero monumento jurídico, visto que con sus sólo 7 artículos

---

194 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito. Amparo en revisión 301/2014. **Manuel Flores Macías**. 9 de febrero de 2015. Unanimidad de votos, con voto concurrente del Magistrado Jaime Raúl Oropeza García. Ponente: Manuel Rojas Fonseca. Secretario: Manuel Poblete Ríos. Amparo en revisión 280/2014. Marcos Pérez Lino. 9 de febrero de 2015. Mayoría de votos. Disidente y Ponente: Jaime Raúl Oropeza García. Secretario: Alejandro Ramos García.

substanciales rige el arbitraje en unos 157 países[195], siendo así un verdadero *jus commune*. En el continente americano, también existe la Convención de Panamá, cuya utilidad, en verdad es muy cuestionable.

2.2.1 La Convención Universal de Nueva York

Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010; Van de Berg, *The New York Convention of 1958,* TMC Asser Institute, 1981.
Texto completo de la Convención
Website

95. Siendo la Convención objeto de comentarios detallados en los capítulos sobre la nulidad y ejecución del laudo, veremos sólo algunas generalidades para presentar el instrumento internacional, y también su texto completo.

A – Generalidades

96. Si bien es cierto que la Convención de Nueva York es un tratado sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, es también cierto que por las causales que prevé para nulificar o in-ejecutar un laudo, condiciona la formación del pacto compromisorio y el procedimiento arbitral. Su primer objetivo histórico era eliminar la

[195] Enero de 2018.

práctica de la doble homologación, resultado de la hegemonía del Estado sede. En aquella época se consideraba que el arbitraje estaba anclado en el Estado sede del arbitraje, requiriendo la aprobación del laudo por sus tribunales judiciales – la primera homologación – para poder ser ejecutado en otro Estado – donde se buscaría la segunda homologación – teniendo así un sistema de doble homologación. El convenio neoyorkino cambió radicalmente esta fisionomía del arbitraje, entre otros bajo el impulso del "padre" de la convención Pieter Sanders, para prever, por un lado, aún el poder del Estado sede para nulificar el laudo, pero eliminando la obligación de obtener allí la homologación del mismo. Por otro lado, se eliminó también la facultad de anulación de la sentencia arbitral para los demás Estados. Una vez el laudo confirmado o los plazos para anular el laudo vencidos, el laudo tiene que ser reconocido y ejecutado en todos los demás Estados miembros del tratado internacional.

97. La Convención también es la prueba de que un instrumento legal de pocos artículos (7 artículos operativos) es mucho más eficiente que aquéllos con un sinfín de disposiciones, habiendo podido ser negociada rápidamente (3 años), ser universalmente aceptada y ofrecer la flexibilidad de poder adaptarse a la evolución del tiempo, sin necesidad de ser revisada, con un campo de aplicación casi universal.

B – El campo de aplicación de la Convención

98. El artículo I (1) define el ámbito territorial de aplicación de la Convención de Nueva York estableciendo que la Convención es aplicable a los laudos dictados en otros Estados en donde se busca el reconocimiento y/o la ejecución, precisando que se considera que el laudo es dictado en la sede arbitral, aunque las audiencias a lo mejor han sido verificadas en el Estado ejecutante, en la medida que la sede es un concepto legal, no geográfico. La segunda categoría de laudos enmarcados por la Convención es aquélla de las sentencias arbitrales consideradas como no-nacionales en el Estado en el cual se solicita el reconocimiento y ejecución. El texto internacional no define a los laudos no-nacionales. Se puede considerar, por ejemplo, como laudo no-nacional a los laudos emitidos bajo la Ley de arbitraje de otro Estado, aunque todos los demás elementos sean nacionales. Las demás disposiciones del texto completo que sigue serán vistas en las lecciones sobre la nulidad y la ejecución del laudo.

2.2.2 La Convención regional de Panamá

Bowman, *The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act*, Kluwer, 2002; Jackson, The 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration: Scope, Application and Problems, *Journal of Int'l Arbitration*, 1991.91; Garza Cánovas, La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: un paso firme, *Revista de Derecho Privado*, 1991; Van den Berg, The New York Convention 1958 and the Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?, *Arbitration Int'l*, 1989. 214.
Texto completo

99. Veremos primero una presentación general de la Convención, para después hacer algunos comentarios sobre su campo de aplicación. Finalmente, reproduciremos el texto completo del instrumento internacional.

A – Generalidades

100. No cabe duda de que en sus disposiciones substanciales la Convención de Panamá es un *copy/paste* de la Convención

de Nueva York[196]. Su origen se explica por la hostilidad de los países latinoamericanos al arbitraje, y a los Estados Unidos. Al tener un instrumento regional en el marco de la OEA, se pudo lograr un compromiso a fin de rendir la ratificación de un instrumento a favor del arbitraje más fácil para los países de la región, sin el hándicap estadounidense. Hoy en día, visto que todos los Estados parte de la Convención de Panamá son parte de la Convención de Nueva York, el texto en sí mismo ya no es de mucho interés. Sin embargo, es también cierto que en los Estados Unidos la Convención es invocada de manera regular, aunque al final es la Convención de Nueva York que se aplica[197].

101. Al contrario de la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá prevé un mecanismo institucional de arbitraje a través de la Comisión Interamericana de Arbitraje y Conciliación (CIAC)[198], visto que el artículo 3 prevé que, a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la CIAC.

---

[196] Van den Berg, The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?, *Arbitration International*,1989.214.

[197] Danielle & Masters, "In the Canal Zone": The Panama Convention and its Relevance in the United States Today, *The Arbitration Brief*, 2012.90.

[198] La Comisión, institución de carácter privado, nace en 1934, y tiene como miembros a instituciones de varios países latinoamericanos: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estados Unidos, Honduras, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Portugal, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela.

B – Campo de aplicación

102. Sólo dos Estados de la región tienen disposiciones legislativas sobre la coordinación entre la Convención de Nueva York y la de Panamá. El *Federal Arbitration Act* en los Estados Unidos prevé en su artículo 305 que la Convención de Panamá sólo prevalece si la mayoría de las partes en el arbitraje son ciudadanos de Estados que son parte de ella. El artículo 74 (2) de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008 resuelve la posible oposición dando prioridad al tratado "más favorable" a la parte que busca el reconocimiento o la ejecución del laudo, solución que aprobamos como un principio general para todos los Estados miembros de la Convención de Panamá, cuyo texto integral sigue.

2.3 Los principios generales del arbitraje

103. Muchas definiciones existen en relación con el principio general de Derecho. De manera práctica, podemos identificar dos tipos de principios: los que existen *a priori*, y los que se conforman *a posteriori*. Los primeros se basan en valores morales, éticos, religiosos, etc., y funcionan como una matriz axiológica de la cual emergen las reglas. El mejor ejemplo es el conocido principio del *Pacta sunt servanda*, que fue un valor sagrado del Derecho canónico, basado en el hecho de que si alguien promete algo y no cumple quiere decir que mintió en el momento de la

promesa, y ha cometido un pecado grave. El Derecho laico retomó este postulado, y como principio general de Derecho, a su vez se dedujo, entre otros, el principio de la buena fe. De este sub-principio, se desprende a su vez, verbigracia, la regla que el que recibió una mercancía que no corresponde al pedido, tiene que tomar cuidado de ella, hasta que el vendedor pueda recuperarla. La segunda categoría de principios generales se obtiene por inducción de las diversas soluciones existentes en las Leyes, sentencias, laudos, usos, etc., porque si la gente lo hace es porque así es lo correcto (es lo que se dice…).

104. En la medida en que la materia arbitral está regida por pocas reglas jurídicas expresas, basándose esencialmente en documentos contractuales muchas veces confusos, existe la necesidad de recurrir a los principios generales de interpretación, por ejemplo. Esos principios descubiertos y consolidados por la jurisprudencia a través de los años han dado lugar a una cierta codificación, que no obstante es progresiva, como lo veremos ahora.

1. Los principios generales jurisprudenciales

105. Veremos primero los principios generales que la jurisprudencia internacional ha cristalizado, para después ver aquellos principios que existen en diversos sectores industriales y comerciales, para finalizar con los principios establecidos por los tribunales mexicanos.

A - Los principios generales internacionales

106. A través de la jurisprudencia judicial y arbitral internacional, diversos principios generales procesales se han enunciados, en particular con respecto a aquellos de interpretación. El primero de ellos es el del *favor arbitri*, consistiendo en la *ratio* de que las cláusulas compromisorias tienen que ser interpretadas de manera que favorezcan la constitución del proceso arbitral, eso porque la cláusula expresa la voluntad de las partes de ir al arbitraje, no obstante la imperfección de la redacción de la cláusula[199]. En el mismo sentido, el principio de la interpretación *contra proferentem* consiste en considerar que la parte que redactó la cláusula, no puede después invocar su invalidez[200]. Lo anterior es parte del principio más amplio del *estoppel* (*venire contra factum proprium*)[201] que prohíbe a las partes en el arbitraje de adquirir una postura procesal que contradice a otra anterior. Típicamente, el caso en el cual una parte ratifica el nombramiento del árbitro, mas después intenta recusarlo sin tener argumentos nuevos.

107. Regresando a la interpretación *pro arbitraje*, ciertas

---

[199] Por ejemplo #3243, CCI, *Clunet*, 1982.968; #3380, CCI, *Clunet*, 1981.928; #3460, CCI, *Clunet*, 1981.939.

[200] #2795, CCI, *Yearbook*, 1979.210; #3460, CCI, *Clunet*, 1981.939.

[201] Bowden, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, *in*: Gaillard (ed.), *Transnational Rules in Commercial Arbitration* (ICC Publ. Nr. 480,4), 1993. 125.

observaciones tienen que hacerse. Por ejemplo, una cláusula que sólo estipula "Arbitraje in Viena según las reglas de arbitraje" no puede ser invocada por la parte que la redactó como nula, sino que tiene que ser interpretada *en contra proferentem* y *in favorem arbitri.* En el caso CCI, #11869[202], se llegó a la conclusión de que se trata de un arbitraje CCI con sede en Viena. Tal conclusión, sin embargo, es altamente discutible. En primer lugar, ¿por qué un arbitraje CCI? Si se ha pensado en Viena, hubiera podido también ser el Centro Internacional de Arbitraje de Viena. O ¿por qué no la LCIA con sede en Viena? En realidad, nadie sabe en lo que las partes han pensado en el momento de la desafortunada redacción. En segundo lugar, se desconoce la regla absoluta de que el acceso a la justicia estatal es una garantía fundamental y por lo tanto constituye el Derecho común. Quiere decir, si la cláusula no funciona, son los tribunales judiciales los que son competentes. Nuestra postura va en contra del *trend* de siempre intentar salvar el arbitraje, y al final de cuentas en contra del negocio del mundo arbitral. Eso es una realidad. Sin embargo, se puede sólo salvar lo que es salvable. Por ejemplo, una cláusula que prevé un arbitraje de la "Cámara de Comercio Internacional (CCI) de Viena": no existe tal cámara, mas existe la CCI. Es lógico pensar que se trata de un arbitraje CCI en Viena. Sin embargo, la cláusula "arbitraje en Viena" tiene que ser considerada como inoperante y por lo tanto nula. En la práctica se han visto cláusulas demasiado imperfectas como para que un centro de arbitraje las acepte, pero que los tribunales judiciales, a

[202] *Yearbook*, 2011.47.

su vez, rechazaron oír los asuntos al respecto por motivo de que existe un acuerdo arbitral. Tales situaciones son imposibles. Se requiere un balance entre los árbitros que no salven lo imposible, y los jueces que acepten recibir los casos que no puedan ir al arbitraje no obstante una cláusula compromisoria, porque justamente la mayoría de las Leyes prevén la competencia judicial en caso de cláusulas inoperantes, ineficaces, etc.

108. Otro principio general que también está cristalizado en ciertas Leyes[203] es el de la celeridad, obligando al árbitro a gestionar el arbitraje de la manera más rápida posible en vista de las circunstancias; donde se puede también mencionar el del control de los costos. Finalmente, opinamos que, además del principio de eficacidad del arbitraje, el tribunal arbitral también tiene la obligación de asegurar i) la integridad procesal del arbitraje[204], ii) la no-agravación del conflicto, y iii) la eficacia del derecho de la parte de poder reclamar sus derechos en el arbitraje (o visto de otra manera, dar eficacia al acuerdo arbitral[205]).

---

[203] Por ejemplo: Art. 33 (1)b *Arbitration Act*, 1996; Art. 21 de la Ley arbitral de Suecia.

[204] *Teinver v. Argentina*, ICSID, Decision on Provisional Measures, 08/04/2016 (Buergenthal; Alvarez, Hossain).

[205] *Salini Costruttori v. Etiopia,* CCI, Laudo sobre jurisdicción, 07/12/2001 (Gaillard; Bernardini, Bunni).

B - Los principios generales sectoriales

109. En la medida en que existen muchos sectores como el marítimo, el textil, el cafetalero, el deportivo, etcétera, no es posible ver cada uno. Tomaremos sólo un ejemplo, el del sector petrolero, por ser una industria de suma importancia en México. En dicho sector, hay que distinguir entre los principios alegados mas no establecidos, y aquellos que fueron confirmados.

a) Principios alegados

110. En *Aminoil*[206], se rechazó la afirmación de que el método del "*net book value*" es un principio consagrado de la *lex petrolea*. Si bien es cierto que el método es muchas veces utilizado, lo es, sin embargo, como resultado de negociaciones entre las partes, y no como la expresión de una *opinio juris*. Sin embargo, en *Occidental*[207] el tribunal arbitral consideró que el método del "*discounted cash flow*" sí es "*as the most widely used and generally accepted method in the oil and gas industry*", siendo así, a lo mejor, un principio general.

[206] *Kuwait v. Aminoil*, Ad hoc, 24/03/1982 (Reuter; Sultan, Fitzmaurice).

[207] *Occidental Petroleum v. Ecuador*, ICSID, 29/06/2012 (Fortier; Will, Stern).

b) Principios establecidos

111. Muchos gobiernos han intentado escapar de la jurisdicción arbitral, no obstante que habían firmado la cláusula arbitral, con el argumento de que su constitución o su legislación prohíbe el arbitraje para las paraestatales. La mayoría de los árbitros han considerado que es un principio general en el que no se puede invocar la inarbitrabilidad subjetiva después de haber pactado a favor del arbitraje[208]. Otra manera para las paraestatales de escapar a la jurisdicción arbitral, es alegar que las concesiones petroleras son contratos administrativos y, por lo tanto, no son arbitrables. Todos los tribunales han rechazado el argumento. Por ejemplo, en *Aramco*[209] o *Topco*[210] se consideró que la teoría – de origen francés – del contrato administrativo y su régimen particular, no es suficientemente reconocida en el mundo para ser considerada como un principio general. Al contrario, como dijo el *Aminoil* tribunal, es un principio general el no poder invocar la teoría para no cumplir con el acuerdo arbitral[211]. Sin embargo, en México, Pemex obtuvo la nulidad del laudo en contra de Commisa, justamente basándose en el hecho de que el contrato en disputa era en realidad un contrato

---

[208] *Elf Aquitaine v. NIOC*, Ad hoc, Preliminar Award, 14/01/1982 (Gomard); *Framatome and others v The Atomic Energy Organisation of Iran*, CCI, 30/04/1982; *Benteler vs Belgique*, Ad hoc, 18/11/1983 (Reymond; Böckstiegel, Franchimont).

[209] *Saudi Arabia v. ARAMCO*, Ad hoc, 23/08/1958 (Sauser-Hall; Badawi/Hassan, Habachy).

[210] Texaco v. Libya, Ad hoc, 19/01/1977 (Dupuy).

[211] *Kuwait v. Aminoil*, Ad hoc, 24/03/1982 (Reuter; Sultan, Fitzmaurice).

administrativo[212], poniendo así a contrapié la postura de los tribunales mexicanos a la de los tribunales arbitrales internacionales.

C - Los principios generales mexicanos

112. En los últimos diez años, los tribunales federales han elaborado en materia procesal el principio de "celeridad y expeditez". Parece que el origen de este principio puede ser localizado en una tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que ha establecido que un convenio arbitral tiene que desplegar sus efectos desde el principio, "con celeridad y eficacia", y "sin dilaciones indebidas"[213]. En 2007, la SCJN justificó que no son recurribles las resoluciones intermediarias dictadas en los incidentes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en aplicación del principio de "celeridad, practicidad y expeditez":

> LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.
> El procedimiento arbitral es un medio alternativo de solución de conflictos suscitados en materia

[212] Undécimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 11/09/2011. Graham, Mexican Annulment of an Mexican Award violates US Basic Notions of Justice, *BA Arbitration Review*, 2014.1.

[213] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 14/2005. **Servicios Administrativos de Emergencia**, S.A. de C.V. 19/05/2005.

mercantil que consiste en el sometimiento voluntario de las partes a un árbitro, las cuales optan por la no intervención de la autoridad judicial, esencialmente por cuestiones de celeridad, pragmatismo y expeditez procesal. En ese sentido, el artículo 1460 del Código de Comercio, al prever que la resolución que recaiga al incidente de nulidad del laudo arbitral no será objeto de recurso alguno, no viola la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ello se racionaliza jurídicamente en el hecho de que para la sustanciación de los mencionados incidentes el referido numeral 1460 remite al diverso 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la Ley de la materia, y no a los artículos 1353 y 1354 del Código de Comercio o al numeral 574 del ordenamiento procesal civil citado, que aunque también regulan cuestiones incidentales, sus términos son más extensos. Esto es, el legislador dispuso la manera en que los incidentes de nulidad de laudo arbitral no desvirtuaran la naturaleza y celeridad de los procedimientos seguidos en arbitraje, pues el mencionado artículo 360 prevé con mayor premura la tramitación de dichas cuestiones incidentales; de ahí que establezca la señalada irrecurribilidad, pues sería absurdo que se siguieran procedimientos arbitrales ágiles y sencillos y las cuestiones incidentales relativas no se tramitaran con celeridad. Además, el indicado precepto constitucional no se vulnera en tanto que, por un lado, no se imponen requisitos excesivos o innecesarios para acceder a los tribunales y, por otro, el quejoso puede incoar contra la aludida

> determinación un medio de defensa como el juicio de amparo[214].

Un año después el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito ha justificado la admisión de la reconvención de reconocimiento y ejecución en el mismo incidente de nulidad de laudo para que "se ajustara al principio de celeridad" y "para crear certidumbre y confiabilidad en la justicia mexicana, para que no se obstaculizara la solución y ejecución de lo resuelto"[215]. Todo lo anterior, nos conduce a afirmar que estamos en presencia de un verdadero principio general de Derecho, visto que se trata de una formulación general de valores, repetitivamente aplicada por los tribunales en ausencia de una regla legislativa. La consecuencia directa es que el juez tiene la obligación, en virtud del artículo 14 constitucional, de escrutar su decisión a la luz de este principio y asegurarse de que ésta cumple cabalmente con el objetivo de no obstaculizar el arbitraje o la ejecución de un laudo, sino, al contrario, favorece su "expeditez".

113. También, se aplica el principio del *venire contra factum proprium non valet*, o estoppel según la doctrina internacional:

---

[214] Amparo en revisión 560/2007. **Certificados Integrales Funcionales**, S.A. de C.V. 31/10/2007.

[215] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 274/2008. **Maquinaria Igsa,** S.A. de C.V. 4/12/ 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS. ELEMENTOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN.

Una de las fuentes del derecho mexicano son los principios generales del derecho, los cuales deben encontrarse en todos los supuestos normativos escritos, por contener máximas del derecho que reflejan los valores supremos que se busca alcanzar con el derecho, tales como la justicia y la equidad social. El principio venire contra factum proprium non valet (nadie puede volverse contra sus propios actos), consiste en que existe el deber jurídico, a cargo de las personas, de no contrariar una conducta pasada, pues se debe realizar una interpretación de la conducta conforme a estándares determinados, como las costumbres o la buena fe, con la finalidad de alcanzar y de exigir de las personas un mínimo de coherencia y de buena fe en sus relaciones con los demás. Los elementos de este principio son: a) conducta vinculante: se refiere a la existencia de una conducta anterior del sujeto, que es válida, eficaz y relevante, en función de un hecho o acto jurídico que genere en las demás personas o la sociedad la confianza de que en el futuro dicho individuo procederá conforme a ella; b) pretensión contradictoria, que se traduce en que el sujeto que realizó la conducta debe formular una pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo, que es contradictorio con el sentido objetivo que de la conducta previa o anterior se deriva; c) perjuicio de terceros, en tanto que confían en el sentido objetivo de la conducta vinculante de la persona, que han variado o alterado de alguna forma su posición jurídica; y, d) identidad de las partes, esto es, que la conducta anterior y la posterior deben ser atribuidas a una misma persona o a quien la sustituya en el cumplimiento de la obligación, que implica: fidelidad a lo pactado, la sujeción a la situación jurídica aprobada, la

vinculatoriedad al contrato del que forma parte. Este principio debe observarse en todos los casos en que no exista un conjunto de normas que puedan resolver algún problema planteado, con el fin de que las partes en una controversia, que hayan celebrado con anterioridad a éste un acto jurídico, no contraríen su conducta y voluntad emitida al momento de la celebración del mismo[216].

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SU DERIVACIÓN INMEDIATA Y DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.

La buena fe se define como la creencia de una persona de que actúa conforme a derecho; constituye un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta, que exige a las personas de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es base inspiradora del sistema legal y, por tanto, posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones y en todas las relaciones jurídicas. Ahora bien, a partir de este principio, la doctrina y la jurisprudencia han derivado diversas instituciones, entre las que por su importancia para la resolución de problemas jurídicos destaca la llamada doctrina o teoría de los actos propios, que deriva de la regla consignada en el brocardo que reza: venire contra factum proprium, nulla conceditur, la cual se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura al invocar hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior y encuentra su fundamento

[216] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 237/2012. **Mireya Leonor Flores Nares**. 10/05/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

> en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada, la cual quedaría vulnerada si se estimara admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria[217].

114. Como podemos observar, son pocos los principios, y eso es debido a que es raro que un arbitraje se rija solamente según los principios generales de Derecho. Eso, además, que se recurre cada vez más a los principios codificados, como lo veremos ahora.

2. Los principios generales codificados

> Park, Equality of Arms in Arbitration: Costs and benefits, *Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015.643.

115. En materia de codificación de los principios generales del arbitraje internacional, es de distinguir entre aquéllos

[217] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. **Amparo directo 614/2011**. 08/12/2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: María Estela España García. Amparo directo 183/2012. Comunicaciones Nextel de México, S.A. de C.V. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero. Amparo en revisión 85/2012. Ileana Fabiola Terán Camargo. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero. Amparo directo 237/2012. Mireya Leonor Flores Nares. 10 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.Amparo en revisión 96/2014. Isaac Romano Metta. 15 de enero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Laura Díaz Jiménez, secretaria de tribunal autorizada por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretaria: Nashieli Simancas Ortiz.

establecidos en listas cerradas, y los que existen en listas abiertas, los denominados principios progresivos.

A - Los principios establecidos

116. La principal fuente de principios generales codificados es la del Comité de arbitraje de la *International Bar Association*, que se ha dado a la tarea de emitir "reglas", "principios" y "directrices" en relación con varios aspectos del arbitraje tales como el manejo de las pruebas o la resolución de los conflictos de intereses, formando así una

soft law[218]. No existe una definición homogénea de esta última. Se trata de textos que establecen reglas que en principio no son obligatorias, pero que con el tiempo y por su uso adquieren una cierta "obligatoriedad". Es así como

[218] La *soft law* está definida por los tribunales federales de la siguiente manera: "SOFT LAW". LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como "soft law" -en inglés-, cuya traducción corresponde a Ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al "hard law" o derecho duro o positivo. Ahora bien, con independencia de la obligatoriedad que revistan, su contenido puede ser útil para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos. Sin que ello implique desconocer la observancia primigenia del orden jurídico nacional, ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, según el cual, la protección internacional de los derechos humanos es aplicable después de agotada la tutela interna y, sólo en su defecto, debe acudirse a aquélla, pues más allá de que la Constitución Federal y los tratados no se relacionen en términos jerárquicos, según definió el Máximo Tribunal del País en la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)(*), la consulta de directrices no vinculantes sólo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 215/2014. 16 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros.

todas las "reglas" de la IBA sólo se aplican si las partes lo han así pactado. Sin embargo, no es inusual ver tribunales arbitrales referirse a esas reglas no obstante que la partes no las han incluido en su acuerdo arbitral, porque constituyen con el tiempo principios generales aceptados por la comunidad arbitral:

> In order to verify the independence of the arbitrators, the Parties may also refer to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration approved on May 22, 2004. Such guidelines admittedly have no statutory value; yet they are a precious instrument, capable of contributing to harmonization and unification of the standards applied in the field of international arbitration to dispose of conflict of interests and such an instrument should not fail to influence the practice of arbitral institutions and tribunals. The guidelines do not state any general principles. They contain an enumeration, in the format of non-exhaustive lists, of particular circumstances: a red list divided in two parts (situations in which there is a legitimate doubt as to the independence and impartiality, with the parties being unable to renounce the most serious of them); an orange list (intermediary situations which must be disclosed but do not necessarily justify removal); a green list (specific situations which do not create an objective conflict of interest and which the arbitrators are not bound to disclose). It goes without saying that notwithstanding the existence of such lists, the circumstances of the specific case will always remain decisive to dispose of the issue of a conflict of interest[219].

[219] 4A_506/2007, 20/03/2008.

Como lo dijo un tribunal CCI:

> The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts are a reliable source of international commercial law in international arbitration for they contain in essence a restatement of those "principes directeurs" that have enjoyed universal acceptance and, moreover, are at the heart of those most fundamental notions which have consistently been applied in arbitral practice[220].

Sin embargo, tal afirmación no dilucida la ambigüedad de las reglas IBA, como lo demuestra el asunto *Noble*. No obstante que el Tribunal consta que las partes no han pactado la aplicación de las *Reglas IBA sobre la obtención de pruebas*, y que, por lo tanto, no son tal cual aplicables, los árbitros consideran que son aplicables como "indicaciones para los relevantes criterios":

> The "IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration," though not directly applicable in this case and primarily provided for use in the field of commercial arbitrations, can be considered (particularly in Articles 3 and 9) as giving indications of what may be relevant criteria for what documents may be

[220] *ICC Award # 9797*, 28/07/2000.

> requested and ordered to be produced, in ICSID procedures between investors and host States[221].

La misma ambigüedad se encuentra en dos decisiones judiciales portuguesas[222]. El Centro de Arbitraje Comercial de Lisboa ha incorporado en su reglamento el Código de Ética de la IBA, así como sus Directrices sobre el conflicto de intereses. En la primera decisión sobre la recusación de un árbitro, el Tribunal administrativo consideró que las Directrices IBA sobre el conflicto de intereses sí son "relevantes", pero al final de cuentas no son nada más que…directrices, y por lo tanto no son auto-aplicables[223]. En el segundo caso, también se rechazó la recusación sobre las Directrices porque no son parte "de la Ley portuguesa"; se trata de una "soft-law" que no es fuente de Derecho y no tiene que ser "importada" al Derecho nacional, en particular porque se trata de directrices basadas en "la tradición anglosajona", y son extranjeras a las Leyes de la Europa continental[224].

117. Para eliminar la ambigüedad del régimen legal de esos principios, una vía es la de considerar que las reglas de la IBA sólo pueden aplicarse a título de uso: quiere decir que

---

[221] *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID, Procedural Order No. 1, 03/06/2003 (Böckstiegel; Lever, Dupuy).

[222] Véase: Duarte, Again the "Incorporation" of the IBA Guidelines into a Code of Ethics: an "Investment in Virtue"?, *Kluwer Arbitration Blog*, 19/05/2017.

[223] Decisión del 30/08/2016, citada por Duarte, *op.cit.*

[224] Decisión del 16/02/ 2017, citada por Duarte, *op.cit.*

existe una presunción contractual que las partes han acordado incluir esos principios en su acuerdo arbitral. Se trata de una presunción simple, y corresponde a las partes de demostrar *in casu* lo contrario[225].

118. Sin embargo, no escondemos nuestro deseo de que se ponga un freno a la "para-regulación" y su consecuente multiplicación de textos, guías, principios y reglas que sofocan al arbitraje, y matan, como ya lo había observado Michael Schneider[226], el pensamiento jurídico independiente de los árbitros y abogados. En lugar de permitir que el arbitraje sea más ágil, son las excusas de todas las mociones y objeciones y otros escritos para convertir un procedimiento "alterno" en un verdadero litigio. Cada una de las reglas/directrices de la IBA, por ejemplo, puede llevar a su propio mini-juicio, sin hablar de que la multiplicación de las reglas elimina la flexibilidad del arbitraje, y el acceso de los abogados no expertos en arbitraje. Lo que se distinguió antes como un mecanismo no-regulado de solución de controversias, es hoy más una batalla procedural que una resolución sobre el fondo. Como dice Hodges:

---

[225] Para un análisis más profundo, véase: Pereznieto & Graham, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, 2da ed., Limosa, 2013, #465 sq.

[226] Schneider, The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and other Methods intented to help International Arbitration Practitioners to avoid the need for Independant Thinking and to promote the Transformation of Errors into "Best Practices", *Mélanges Lazareff*, Pedone, 2011.563.

> The arbitration community at large (arbitrators, counsel, institutions), needs to keep watch against seeking to provide a solution for every imaginable "problem". Corporate users will not thank us for such an approach, particularly if it starts to detract from the flexibility of arbitration and to over-complicate the arbitral process[227].

Como si no fueran suficientes los diversos principios codificados, se deben mencionar también los principios que emergen de la *creeping codification*.

B - Los principios progresivos

119. Se debe a Klaus-Peter Berger el concepto de la *creeping codification*[228], o, en español, los principios progresivos. El académico pone énfasis sobre el hecho de que los principios ya codificados no toman suficientemente en cuenta la práctica, quiere decir los laudos arbitrales, y por lo tanto se requiere un catálogo que puede evolucionar. Si bien es cierto que la lista de *Trans-Lex*[229] es principalmente destinada a acoger los principios generales de la *Lex mercatoria*, es también verdad que un cierto número de principios generales del arbitraje también son enunciados. Es así como el principio # XIII.3.6 con respecto a las audiencias arbitrales enuncia:

---

[227] Hodges, The Proliferation of "Soft Laws" in International Arbitration: Time to Draw the Line?, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015.205, 229.

[228] Berger, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2nd ed., 2010, Kluwer Law International.

[229] www.trans-lex.org.

> (a) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted only on the basis of documents and other materials ("documents-only"). However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.
>
> (b) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

120. En conclusión, son pocos los principios generales de arbitraje que son plenamente identificados. Si la ventaja constituye a llenar un *vacuum legis* y ser flexible, la desventaja también es su carácter impredecible visto que no se sabe siempre de donde viene el principio general. Es así como en nuestra materia la interpretación *in favorem arbitris* puede fundamentar una competencia arbitral, donde en realidad no la hay. La conclusión que se deduce de todo lo anterior, es el dicho "el arbitraje vale lo que vale el árbitro": un árbitro justo aplicará con cuidado los principios generales, y sólo si es estrictamente necesario; otro árbitro "inventará" un nuevo principio general únicamente para justificar su competencia o simplemente para dar pauta a una postura dogmática y/o académica.

***

Ejemplo de laudo basado en los principios generales de arbitraje

Facts

The distribution contract between the parties contained the following clause: "In case of litigation, parties hereby agree to appeal to International Chamber of Commerce of Geneva (Switzerland) according to international rules of arbitration". When a dispute arose, the Spanish party commenced ICC arbitration. Maintaining that the clause in the contract referred to arbitration before the Geneva Chamber of Commerce, the Italian defendant refused to take part in the proceedings. In a partial award on the issue of jurisdiction, the sole arbitrator held that, although the arbitral clause was ambiguous, ICC arbitration in Geneva complied with the parties' unambiguous intention to have their disputes settled by international arbitration in Geneva. Subsidiarily, the arbitrator also applied general principles of contract interpretation, and reached the same result that he had jurisdiction to hear the dispute.

Excerpt

[1] "Before even proceeding to an interpretation of the obscure or vague terms of this clause, the arbitral tribunal notes that there are in any case two clear and unambiguous elements here, that is: the parties undoubtedly and unambiguously intended to submit possible disputes to *arbitration* and not to a State court, as confirmed by counsel for the defendant in [his pleadings and correspondence]; the parties also clearly agreed that arbitration be held according to *international procedural rules*. In accordance with the principle of the autonomy of the [parties'] will, which prevails almost universally in contractual matters, the arbitral tribunal should not lose sight of its essential duty to respect this intention: the parties decided to refer their dispute to international arbitration.

[2] "The question to be decided is which arbitral institution (either the International Chamber of Commerce in Paris or the Chamber of Commerce and Industry in Geneva) should fulfill this task. First of all, there is no 'International Chamber of Commerce of Geneva'. A strict reading of the clause at issue would thus result in the impossibility of referring the dispute to arbitration, which would manifestly run counter to the intention of the parties. Further, one of the advantages for which arbitration is chosen is, in principle, the speed with which the dispute is settled. As the ICC has appointed

this tribunal with seat in Geneva, the intention of the parties has been respected as to the type and nature of the proceedings (arbitration in Geneva according to international rules). To admit, with the defendant, that proceedings should start again *ab ovo* before another body (Chamber of Commerce in Geneva), when the parties' intention in case of a dispute is complied with in the present proceedings, would mean to delay in an unjustifiable manner the resolution of the dispute, which the parties wanted to be swift.

[3] "The arbitral tribunal notes that, in objecting to the jurisdiction of this tribunal, the defendant does not raise any valid argument, so that its position appears to be dilatory.

[4] "Ad abundantiam and *subsidiarily*, the arbitral tribunal holds that it reaches the same conclusion, that is, that it has jurisdiction, by interpreting the arbitral clause at issue. It is impossible, on the basis of a literal analysis of the 'pathological' clause, to determine with absolute certainty which arbitral institution the parties intended. Hence, we must define principles for the interpretation of international contracts, with reference to the arbitral awards of the International Chamber of Commerce."

I. THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS (EFFET UTILE)

[5] "The principle of effectiveness is a principle for the interpretation of international contracts which embodies a universal truth: it requires that when two different interpretations of the terms of a contract are possible, the interpretation to be preferred is that which gives some effect to these terms (Philippe Kahn, *L'interprétation des contrats internationaux*, Clunet 1981, p. 5 et seq.).

[6] "It is accepted, as a principle, that the valid constitution and powers of an arbitral tribunal depend entirely on the will of the parties, and that arbitral clauses must be interpreted strictly (ICC case no. 2138 of 1974, Clunet 1975, p. 934). Consequently, the arbitrators must limit their intervention when the parties did not give them adequate powers.

[7] "However, ICC arbitral award no. 2321 (Clunet 1975, p. 939 et seq.) limits the strict interpretation to the scope of application of arbitral clauses. On the contrary, where the validity or effectiveness of arbitral clauses is to be assessed, the arbitrator must keep in mind the aim of making the agreement

concluded by the parties as to the settlement of their contractual disputes work.

'The restrictive interpretation must be considered an exception to the consensual principle which prevails everywhere in arbitration.... The parties who include an arbitral clause in a contract certainly want this clause to allow for a settlement by arbitration of the disputes falling within its scope of application. This is premised on the parties having concluded a valid clause and that this clause is effective. Hence, in order to respect the intention of the contracting parties, we may legitimately interpret such clauses in a sense favourable to their validity and effectiveness' (Clunet 1975, p. 941).

'The interpretation of contracts is one of the fields in which international commercial arbitrators are most inclined to free themselves of national laws and refer to general principles of law' (ICC arbitral award no. 1434, Clunet 1976, p. 982).

[8] "Under certain circumstances, therefore, the arbitrator can depart from the general conflicts of law theory which generally refers, for the rules of interpretation, to the law of the contract. The arbitrator may depart from the applicable national law, but should not bend it by voluntarily ignoring its jurisprudential rules. Thus, the defendant raises the objection of lack of jurisdiction because of Spanish jurisprudence holding that a clause which is ambiguous as to the arbitral body can only be null and void. However, this Spanish jurisprudence is at odds with the principle of the *effet utile (ut res magis valeat quam pereat)*, also called principle of effectiveness, as it reduces this contractual clause to a meaningless formula.

LECCIÓN 3: LA ARBITRABILIDAD

Mistelis & Brekoulakis (ed.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009; Zobel, *Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht*, Mohr, 2005; Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2 ed., Mohr, 1989.

121. Es una constante en Derecho comparado que no todos los litigios son arbitrables. La contravención a las reglas de arbitrabilidad se sanciona por el juez pronunciando la nulidad del laudo, o, en su caso, rechazando el reconocimiento y ejecución del laudo. Una dificultad particular se presenta en materia de contratos administrativos donde el Estado intervine unas veces *de jure imperii* y otras *de jure gestionis*, y no siempre queda muy claro si la disputa es arbitrable o no. Finalmente, señalamos que no vamos a referirnos a la distinción tradicional entre arbitrabilididad objetiva y subjetiva, porque la llamada "arbitrabilidad subjetiva" que sería la facultad de una persona para comprometerse en arbitraje, es en realidad un mero problema de capacidad, tal como lo explicaremos en el capítulo respectivo.

4.1 La Ley aplicable a la arbitrabilidad

122. Las disposiciones de las Convenciones de Nueva York y Panamá son idénticas a las de la Ley Modelo UNCITRAL y también a las del Derecho mexicano. Según el artículo 1457 fracción II Ccom[230], la Ley aplicable a la arbitrabilidad es la *lex fori* del juez llamado a pronunciarse sobre la nulidad del laudo; sin embargo, la fracción primera del mismo artículo prevé también la nulidad de la sentencia arbitral si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la Ley a la que las partes lo han sometido[231]. La aparente contradicción puede resolverse por dos interpretaciones distintas. En primer lugar, se puede considerar que hay lugar a un criterio acumulativo: la arbitrabilidad se mide tanto a la luz de la *lex fori* como a la de la *lex contractus* del acuerdo arbitral. En segundo lugar, se puede decir que en realidad la primera fracción del artículo 1457 no se aplica a la arbitrabilidad, sino a los problemas de validez intrínsecos del acuerdo arbitral, como los vicios de consentimiento o la ilicitud del objeto, precisando que una materia inarbitrable no constituye *ipso jure* un objeto ilícito. Esta segunda interpretación tiene *a priori* nuestra

[230] Art. 34 2)b) UNCITRAL.

[231] Art. 34 2)a) UNCITRAL.

aceptación. Se aplica la *lex fori* a la mera arbitrabilidad[232]. Sin embargo, no cabe duda de que no es una solución plenamente satisfactoria. En efecto, por un lado, ¿cómo un litigio podría ser arbitrable si la propia Ley del acuerdo arbitral prevé la inarbitrabilidad? Por otro lado, en caso, por ejemplo, de una controversia sobre un contrato de consumo que es arbitrable tanto según la *lex contractus*, como en los Estados de las partes y en la sede arbitral, ¿por qué sería inejecutable en otro Estado porque éste prevé la inarbitrabilidad de las disputas involucrando consumidores? *Viceversa*, ¿cómo un arbitraje de consumo puede ser considerado en virtud de la *lex fori*, si las Leyes nacionales de las partes consideran inarbitrable los contratos con consumidores, considerando que el contrato fue sometido a una *lex contractus* favorable para escapar a la inarbitrabilidad de los litigios de consumo?

123. Una manera de solucionar el problema consiste en corregir la mera aplicación de la *lex fori* del juez del *forum* con la aplicación de las Leyes de policía[233]. En efecto, es muy probable que una Ley que decreta la inarbitrabilidad sea una Ley de policía[234]. Con el fin de evitar que las partes, por el juego de la autonomía de la voluntad, intenten derogarse de esta prohibición, el juez de la sede o el juez de ejecución podrá aplicar esa Ley si según su Derecho la causal de inarbitrabilidad no existe; también podrá no aplicarla si la

[232] Por ejemplo: *Unamar*, Corte de Casación belga, 05/04/2012.

[233] Para el concepto, ver *infra* # 426.

[234] Por ejemplo: *Inserm*, Tribunal des conflits, 17/05/2010, *Rev. arb.*, 2010.253.

considera abusiva o sólo una cuestión de Derecho interno[235].

4.2 Nomenclatura de la arbitrabilidad

124. Por su naturaleza *sui generis*, la arbitrabilidad de los contratos administrativos se distingue de la de los contratos civiles y mercantiles que constituyen el Derecho común.

a) Los contratos de Derecho común

125. El Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio no menciona directamente el problema de la arbitrabilidad de las controversias, salvo en lo que se prevé para el pronunciamiento de la nulidad del laudo si el objeto del contrato resulta inarbitrable. Sin embargo, existen disposiciones expresas en el Código Civil Federal, de aplicación supletoria en materia mercantil relativas a la transacción, y es obvio que las materias en las cuales uno no puede transigir, tampoco se puede arbitrar: se trata de todo lo relativo a la materia penal y lo familiar que no sea pecuniario como la validez del matrimonio, por ejemplo[236]. Otra fuente indirecta es la Convención de Cooperación

[235] Una postura similar es defendida por Born, p. 524 sq.

[236] El art. 254 sobre la nulidad del matrimonio; el 321 sobre los alimentos; el 338 sobre la filiación; el 2948 sobre el estado civil y la validez del matrimonio; el art. 2950 sobre: I. delito, dolo y culpa futuros; II. Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros; III. Sobre sucesión futura; IV. Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay; V. Sobre el derecho de recibir alimentos.

Judicial de 1992 entre México y España[237], que contiene una lista de materias inarbitrables. Si bien es cierto que se aplica sólo para los arbitrajes con sede en España, aún así, se debe tomar en cuenta para definir de manera general las materias que no pueden ser objeto de un procedimiento arbitral. Son así inarbitrables:

- los litigios fiscales, aduaneros y administrativos;
- los derivados del estado civil y la capacidad de las personas físicas,
- el divorcio, la nulidad del matrimonio, el régimen patrimonial del matrimonio, las pensiones alimentarías, las sucesiones,
- las quiebras, la liquidación de sociedades, las cuestiones laborales, la seguridad social,
- los daños de origen nuclear,
- los daños y perjuicios de naturaleza extracontractual,
- las cuestiones marítimas y aéreas.

Respecto a los daños y perjuicios de origen nuclear o de naturaleza extracontractual, así como a las cuestiones marítimas y aéreas, fuera del ámbito de aplicación del Convenio, sí deben ser considerados como arbitrables por ser derechos disponibles, como lo explicaremos un poco más adelante[238].

---

[237] *DOF*, 05/03/1992.

[238] *Infra* # 127.

126. En relación con la jurisprudencia, ésta resolvió que la adquisición de acciones y los contratos de arrendamiento son materias arbitrables. Es así como en una resolución incidental del Estado de Nuevo León[239] se dispuso que la prohibición del artículo 134 de la Ley General de Sociedades Mercantiles que establece que las sociedades anónimas no pueden adquirir sus propias acciones no impone una inarbitrabilidad sobre las adquisiciones de acciones. De la misma manera, no obstante, existen ciertas decisiones en sentido contrario[240], por ejemplo, ha quedado establecido que los contratos de arrendamiento pueden ser arbitrados:

> ARRENDAMIENTO, ARBITRAJE EN EL. CELEBRACION VÁLIDA DEL COMPROMISO. No hay precepto legal que proscriba la celebración en un contrato de un convenio estricto sensu de arrendamiento y de un compromiso arbitral para el caso de controversia derivada de los derechos y las obligaciones pactadas en el contrato de arrendamiento. Es inexacto que se trate de un contrato de adhesión en el que se hubieran fijado unilateralmente por la arrendadora las cláusulas contractuales, ya que la circunstancia de que viniera en formato impreso no desestima el que la

[239] Juez Primero de Distrito en Materias Civil y de Trabajo en el Estado de Nuevo León, 30/06/2004, decisión inédita.

[240] Por ejemplo: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. ARRENDAMIENTO PARA CASA HABITACIÓN, ARBITRAJE EN EL. Octava Época. SJF. Tomo: IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Página: 104. Sin embargo, esta tesis queda sin efecto por resolución de 6 de noviembre de 1989 de la H. Tercera Sala a la contradicción 2/89, estableciendo, al respecto, la tesis jurisprudencial 225/89 de esa misma Sala.

> arrendataria pudiera haber analizado sus términos y en caso de desacuerdo hacer las objeciones correspondientes y si no lo hizo y firmó el contrato, es inadmisible que se queje de las estipulaciones contenidas en él, si hubo un consentimiento a éstas [...][241].

127. Como se puede ver, no hay una definición de la arbitrabilidad/inarbitrabilidad. En realidad se debe tomar como principio general la libre disponibilidad de los derechos; quiere decir que, si el derecho objeto de la controversia está disponible libremente para las partes,

[241] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Séptima Época. SJF. Tomo: 217-228 Sexta Parte. Página: 87. Véase también: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo IV, Primera Parte, julio a diciembre de 1989, página 281, tesis por contradicción 3a./J. 39 (25/89) de rubro "ARRENDAMIENTO DE FINCAS DESTINADAS A HABITACIÓN EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS CONTROVERSIAS QUE SE SUSCITEN CON ESE MOTIVO. PUEDEN VENTILARSE ANTE ÁRBITRO."; Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión civil, No. 116/95. **Motores Automotrices y Accesorios Diesel**. 29/06/1995 (inédito).

entonces el litigio es arbitrable[242]; si el derecho es indisponible, el asunto es inarbitrable:

[242] ÁRBITROS, NULIDAD Y CADUCIDAD DEL COMPROMISO EN. El artículo 620 del Código de Procedimientos Civiles vigente en el Distrito Federal, dispone que el compromiso arbitral produce la excepción de incompetencia, y aun cuando en rigor podría decirse que incumbe, en términos generales, al Juez que está conociendo de la materia sometida al compromiso, el resolver sobre su nulidad, sino en todo caso, a los árbitros, de acuerdo con el artículo 630 del propio ordenamiento, interpretado en sus alcances por el tenor del 1245 del anterior Código de Procedimientos Civiles, o a la autoridad judicial ante quien se proponga un juicio especial para alcanzar tal declaración de nulidad, también debe tenerse en cuenta que esta regla no es absoluta, sino que requiere determinadas excepciones aconsejadas por una recta interpretación. Así por ejemplo, cuando se hubiese sometido al compromiso arbitral una materia no compromisoria, como la relativa al divorcio o a la nulidad del matrimonio, sería contrario a una recta interpretación y a la eficacia de una cumplida administración de justicia, el que el tribunal que estuviese conociendo del juicio de divorcio, declarara su incompetencia, por el solo hecho de existir el compromiso, alegando tener incapacidad absoluta para declarar la nulidad del mismo, o más bien su inexistencia, por contraerse a materia prohibida por la Ley, siendo más lógico considerar que el tribunal está capacitado para estudiar el punto de incompetencia, con el objeto de declarar si la misma existe, o no, y estudiar si en realidad existe el compromiso que verse sobre materia permitida por la Ley; por lo que cuando se alega que el compromiso ya no puede tener eficacia jurídica o ser imposible de realizarse, por haber caducado la relación jurídica, como consecuencia de la imposibilidad del nombramiento de árbitro, es notorio que ésta cuestión tiene que analizarla la autoridad estimada incompetente, para el efecto de resolver si las cosas son realmente como se afirman, pues si el compromiso es imposible de llevarse a término, no existe causa que obligue a declarar la incompetencia, a pesar del compromiso pactado, porque por la imposibilidad del nombramiento de árbitros puede llegar a considerarse aquél como borrado o inexistente, puesto que a tal cosa equivale la imposibilidad de su ejecución. Amparo civil en revisión 5820/37. **Romero y Andrade Francisco Lauro**, sucesión de. 10/09/1938. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Bazdresch. La publicación no menciona el nombre del ponente.

MATERIA DE ARBITRAJE. LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS A LA AUTONOMÍA PRIVADA PARA ESTABLECERLA. La autonomía privada de los particulares y su relación con las materias de libre disposición susceptibles de arbitraje se encuentra supeditada a ciertos límites intrínsecos y extrínsecos. Los intrínsecos se refieren al reconocimiento de que la autonomía privada en la medida del interés que pretende ejercerse o realizarse a través de las normas que los particulares fijan para obtener un objetivo concreto se limita para hacerla compatible con las demás. Los límites extrínsecos provienen del exterior, actúan fuera de la voluntad del individuo y se plasman, por regla general, en una norma jurídica, como las que se refieren a la moralidad, como las buenas costumbres y el orden público, por ejemplo, y las atinentes a la legalidad, como son las normas imperativas y prohibitivas. Además, debe destacarse que el legislador de modo ordinario establece las normas con arreglo a las cuales los individuos crean y disciplinan las relaciones y situaciones jurídicas que les interesan, a fin de garantizar certeza jurídica y paz social. Estas normas pueden tener el carácter de derogables o supletorias o bien, son inderogables. Las normas derogables o supletorias sirven y auxilian a los particulares para que un determinado negocio sea efectivo y estén conscientes de que una vez realizados los supuestos que las mismas prevén sus consecuencias se apliquen, como lo prevé el mismo ordenamiento. Las normas inderogables se refieren a aquellas que tienen la naturaleza de imperativas y las prohibitivas, que se establecen por el legislador para tutelar intereses públicos y son un límite a la autonomía privada y, cuando se inobservan, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 8o. del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de

> Comercio, son nulas, salvo cuando la Ley ordene lo contrario. **De esa manera el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje cuando así lo dispone la Ley o se trata de cuestiones reguladas por normas imperativas o prohibitivas**, porque constituye un límite al ejercicio de la autonomía privada. Entonces, no debe desconocerse que el laudo como expresión de la potestad de disposición de las partes sobre un derecho y la forma en que cualquier controversia relacionada con el mismo se resuelve por voluntad de aquéllas, es la expresión de la intangibilidad de los derechos privados pero sujeta al respeto del orden público del Estado Mexicano, como lo previene el artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio[243].

128. Este concepto de la libre disposición tiene su raíz en el Derecho francés[244], en particular en el artículo 2059 del Código Civil que establece:

> *Toutes les personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.*
> (Todas las personas pueden comprometer sobre derechos de los cuales tengan la libre disposición).

El Derecho mexicano tiene algo similar. El Código Civil

---

[243] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 195/2010. **Maquinaria Igsa,** S.A. de C.V. y otra. 07/10/2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

[244] Véase, por ejemplo: Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*; LGDJ, 1996.

Federal reglamenta en sus artículos 2944 *sq*. la transacción, pero no da una definición, sino una lista limitativa de las causas que no son transigibles. *A contrario*, si es transigible es porque es disponible, o *viceversa*, si es disponible es transigible. El Código Civil de Nuevo León nos propone unos ejemplos significativos en relación con el estado civil:

> Art. 34.- El estado civil de las personas es de orden público, es indivisible, inalienable, imprescriptible y susceptible de posesión. No será materia de convalidación, disminución, desconocimiento, transacción ni de compromiso en árbitros; sin embargo, sí será válida la transacción que verse sobre los derechos patrimoniales que de la declaración de estado civil pudieran derivarse a favor de una persona;
>
> Art. 254.- Los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros, acerca de la nulidad del matrimonio.
>
> Art. 321.- El derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

Es entonces disponible el derecho que no sea indisponible por Ley o que no pueda ser objeto de una transacción. Se puede considerar que entre transigibilidad y disponibilidad, hay sólo una diferencia semántica. La distinción disponible/indisponible también se parece a la distinción patrimonial/extrapatrimonial, criterio utlizadado por la LDIP suiza, sin embargo, las nociones no se confunden. Por ejemplo, el derecho moral es un derecho extrapatrimonial, aunque es también un derecho

disponible. En otras palabras, no existe una definición intrínseca del concepto. Es caso por caso que el juez tiene que constar la disponibilidad o no del derecho objeto de la controversia.

129. Como González de Cossío lo demuestra[245], tampoco se trata de un criterio perfecto. Nuestro colega propone por lo tanto como conclusión:

> Dicho todo lo anterior, ¿cuándo es una materia no arbitrable? - Cuando el derecho no permita que la misma sea resuelta en arbitraje. Y ello ocurre de dos maneras: (i) por disposición expresa, o (ii) porque existe jurisdicción exclusiva[246].

Si el primer punto es obvio – existe una inarbitrabilidad legislativa –, el segundo punto es altamente discutible. Por ejemplo, no existe ninguna disposición legislativa mexicana que establezca la inarbitrabilidad de los contratos de intermediarios con fines de corrupción de funcionarios públicos. Tampoco existe una jurisdicción exclusiva. Una disputa en relación con el contrato (típicamente el no-pago de los honorarios del intermediario) es arbitrable[247], porque el derecho de contratar intermediarios es un derecho disponible, sin embargo, el contrato es nulo por ilicitud. Ahora bien, la

[245] Renunciabilidad, Disponibilidad, Arbitrabilidad, *RMDIP*, 2016.24.

[246] *Ibid.*, p. 37.

[247] Por ejemplo: *Ganz*, CA París, 29 mars 1991.

disponibilidad del derecho conlleva sólo a la arbitrabilidad, mas no garantiza la licitud del contrato base. Otro ejemplo es el del contrato de subrogación de maternidad. La cuestión es si la "renta de maternidad" es un derecho; y un derecho disponible. Asimismo, bajo otro ángulo, la cuestión es si los bebes son "objetos" que pueden estar en el comercio. Empecemos con la renta del vientre de la madre. Se considera que en principio el cuerpo humano es indisponible. No se puede vender sus órganos, pero sí el cabello, o, como en los viejos tiempos, la leche materna, por ejemplo. En otras palabras, sólo las "cosas" del cuerpo que no pueden regenerarse, y que no ponen en riesgo la salud, son indisponibles[248]. Ahora bien, supongamos que existe un contrato hecho en India entre una pareja mexicana con una mujer hindú bajo el Derecho indio, que considera la subrogación como legal. Y dicho contrato contiene una cláusula arbitral. La mujer entrega al bebé, mas no recibe su pago, y acude al arbitraje. El tribunal arbitral condena a la pareja mexicana al cumplimiento de la obligación de pago. La mujer viene a México a ejecutar su laudo. Varias hipótesis existen. Primero, el contrato es arbitrable porque el derecho es disponible bajo el Derecho mexicano, pero el objeto del contrato de base es ilícito, y por lo tanto el laudo es inejecutable. Segundo, existe una inarbitrabilidad *ab initio* porque el vientre de la mujer es indisponible, y el laudo también es inejecutable. O, el asunto es arbitrable, y el objeto del contrato es lícito bajo el Derecho hindú, sin embargo, va en contra del orden público internacional,

[248] La venta de sangre por ejemplo está prohibida, porque la pérdida excesiva de sangre puede culminar en la muerte.

porque es "chocante" la renta del cuerpo humano. Y claro, también puede ser que simplemente el laudo es ejecutable. Como se ve, una cosa es la arbitrabilidad, otra cosa es si el laudo es ejecutable. Claro que los árbitros tienen por misión hacer un laudo posible de ejecutarse. Si suponemos que la pareja se fue a vivir a California, pues el laudo hubiera sido ejecutado sin ningún problema. Entonces, la cuestión es si se puede o no arbitrar el asunto, sin considerar como condición exclusiva la posible ejecución del fallo arbitral. Y para saber si es arbitrable, pues regresamos al criterio de la disponibilidad. Y para saber si tal derecho es disponible, se debe considerar el Derecho sobre el fondo: ¿el orden jurídico interno acepta el negocio de la subrogación? ¿O lo considera en contra del orden público interno? Con respecto al segundo punto, bajo ese ángulo es obvio que hay una inarbitrabilidad absoluta, porque ningún país permite la venta de bebés, ya que no son objetos en el comercio.

130. El mismo razonamiento es aplicable a "las cuestiones reguladas por normas imperativas o prohibitivas", que la tesis *Maquinaria Igsa*[249] sin embargo declaró inarbitrable. Es desde la famosa sentencia *Mitsubishi*[250] de la Suprema Corte americana, que se considera que los litigios que versen sobre cuestiones de orden público, como el Derecho de la

---

[249] TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 195/2010. **Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra**. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

[250] Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614.

competencia económica, por ejemplo, sí son arbitrables bajo la reserva de que el tribunal arbitral tendrá la obligación de aplicar "imperativamente" esas normas. Un acuerdo de entendimiento de precios es arbitrable porque es un derecho disponible (el de contratar), mas el orden público internacional impone cuáles reglas deben aplicarse. En otras palabras, este último no determina la disponibilidad de los derechos.

131. Es en este contexto que se inscribe la problemática de las cláusulas compromisorias en los contratos de consumo. La Ley Federal del Consumidor, tal cual, no prohíbe el arbitraje; sin embargo, el consumidor goza de una garantía constitucional de protección, tal como se refleja el antagonismo en la siguiente tesis:

> PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL EN CONTRATOS DE ADHESIÓN NO PUEDE SER EL SUSTENTO PARA QUE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DECLARE OFICIOSAMENTE SU INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO.
> En transacciones mercantiles comunes, las cláusulas arbitrales son suscritas con miras a solucionar las controversias comerciales que puedan suscitarse entre las partes; sin embargo, cuando los consumidores se agrupan y ejercen una acción colectiva, ésta tiene la finalidad de hacer valer derechos que las personas tienen como clase consumidora, y no sólo como partes de una relación mercantil, mediante un procedimiento jurisdiccional de mayor alcance, en cuyo caso las partes no necesariamente deben someterse al

arbitraje dada la situación excepcional. Considerar lo contrario, implicaría aplicar rigurosamente disposiciones ordinarias mercantiles y **pasar por alto que se está ante una relación de consumo regulada por disposiciones constitucionales y legales de orden público que son irrenunciables**; además de que también se privaría a la colectividad de consumidores de ciertos beneficios en concreto que se buscan con la promoción de una acción colectiva y los cuales no pudieran obtenerse con el trámite de procedimientos individuales, ya sea jurisdiccionales o arbitrales, entre los que se encuentran la economía procesal, la oportunidad de que otros miembros de la colectividad que están en igual situación se adhieran -siempre que prueben que son titulares del derecho y que éste fue vulnerado- y así desincentivar posibles abusos y malas prácticas por parte del proveedor, así como obtener una sentencia que brinde un estatus homogéneo a la colectividad y evitar posibles fallos contradictorios que pueden generarse con la promoción de diversos procedimientos individuales. **Así, en el caso de relaciones de consumo, considerar al arbitraje como el medio idóneo para resolver controversias entre las partes haría nugatorios los derechos de la colectividad consumidora toda vez que, en primer término, se estaría obstaculizando su derecho constitucional de organizarse con la finalidad de proteger sus intereses y, en segundo, se le estaría privando de todos los beneficios que traen los procedimientos colectivos**. De ahí que la existencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión no puede ser el sustento para que la autoridad jurisdiccional de primera instancia declare

> oficiosamente su incompetencia para conocer de un procedimiento colectivo[251].

Nos parece que el fallo no va en la dirección adecuada. No existe obstáculo alguno para que las acciones colectivas sean resueltas vía arbitraje, aunque estemos en presencia de derechos "irrenunciables". No es porque el consumidor es una parte "protegida" que el tribunal arbitral no pueda garantizarle tal protección. Los derechos de los consumidores son disponibles y por lo tanto arbitrables, bajo la condición de que la propia cláusula arbitral no sea abusiva por sí misma - lo que es otra cuestión -, y de que se aplique la legislación protectriz de los consumidores.

132. En conclusión, por imperfecto que sea el criterio, es el "menos peor" para definir la arbitrabilidad. No es casualidad que muchos derechos extranjeros tengan el criterio de la disponibilidad de los derechos como la Ley arbitral de la OHADA[252], por ejemplo, o el mencionado Derecho francés, que también conoce la teoría de los contratos administrativos.

---

[251] PRIMERA SALA. Amparo directo 33/2014. **Carlos Sandoval Romero y otros**. 24/09/2014. Cinco votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Rodrigo Montes de Oca ArboLeya.

[252] "*Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition*" (Art.2.1, Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires).

b) Los contratos exorbitantes de Derecho administrativo

Laazouzi, L'arbitre international et les contrats administratifs français, *Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015.431; Lin, *L'arbitrage en matière de contentieux des contrats administratifs : dans une perspective comparée*, tesis doctoral, IEP, 2014; Saad, *L'arbitrage dans les contrats administratifs : étude comparée droit français - droit libanais*, tesis doctoral, Université de Paris 1, 2013; Zakaria, *L'arbitrage dans les contrats administratifs internationaux*, tesis doctoral, Université de Paris 5, 2010.

133. La teoría francesa parte de la premisa de que los contratos celebrados entre el Estado y los particulares en relación con el servicio público y las concesiones tienen un régimen especial, que se caracteriza entre otros por la facultad del Estado para poder unilateralmente rescindirlos. En México esta teoría se aplica a varios tipos de contratos, entre otros los de adquisiciones públicas[253], las

[253] Según la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, "sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la Contraloría mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial; ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente" (art. 15).

asociaciones público-privadas[254], y en materia de hidrocarburos. Se considera inarbitrable todo en relación con la rescisión administrativa y, de manera general, cualquier decisión por parte de la autoridad pública. Esas Leyes tienen en común que los actos de autoridad no son arbitrales, lo que en realidad no presenta problema alguno en sí mismo cuando se trata, por ejemplo, de decisiones en materia de procesos de licitación, porque no existe una relación contractual. Es obvio que sólo un tribunal administrativo puede pronunciarse sobre tales cuestiones. Lo que dificulta la situación es cuando la decisión del partenariado contractual también constituye una decisión administrativa y cambia el equilibro contractual como, por ejemplo, en materia de las rescisiones llamadas "administrativas". El asunto *COMMISA* es la perfecta ilustración:

En octubre de 1997, Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. ("COMMISA") celebró un contrato con PEMEX-Exploración y Producción (PEP), un ente mexican y filial de PEMEX, para que COMMISA pudiera construir e instalar dos plataformas de gas

[254] Según el art. 139 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, "las partes de un contrato de asociación público-privada podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato en términos de lo dispuesto en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio. El procedimiento arbitral podrá convenirse en el propio contrato o en convenio independiente. En todo caso, se ajustará a lo siguiente: I. Las Leyes aplicables serán las Leyes Federales Mexicanas; II. Se llevará en idioma Español; y III. El laudo será obligatorio y firme para ambas partes. En su caso, sólo procederá el juicio de amparo. No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad. La solución de controversias relacionadas con la validez legal de cualquier acto administrativo sólo podrá dirimirse por los tribunales federales".

natural costa afuera en el Golfo de México.

El 29 de marzo de 2004, después de que cada parte acusara a la otra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, PEP notificó a COMMISA su intención de rescindir administrativamente el contrato. COMMISA respondió mediante la presentación de un amparo alegando que la rescisión administrativa del PEP era prematura y que los estatutos en los que se basaba eran inconstitucionales e inaplicables a la controversia entre las partes. El Tribunal de Distrito sostuvo que la rescisión administración por parte de PEP no fue un acto de la autoridad y por lo tanto un recurso de amparo no era el procedimiento adecuado para impugnar la rescisión.

En la apelación, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito anuló la celebración de rescisión administrativa del PEP porque consideró que sí fue un acto de la autoridad, y que el juicio de amparo era la forma adecuada de impugnarla. A su vez, la SCJN dictaminó que los tribunales federales tienen jurisdicción para conocer y resolver las controversias contractuales derivaaos de las rescisiones administrativas, pero no consideró si los árbitros podían escuchar temas de rescisión administrativa. En aplicación de lo dictado por el Máximo Tribunal, el Sexto Tribunal Colegiado sostuvo que PEP había seguido correctamente los estatutos y que la rescisión fue oportuna. En consecuencia, el Tribunal desestimó la petición de COMMISA de ser amparada por la justicia federal.

Mientras que la acción de amparo se desarrollaba, un tribunal arbitral CCI se constituyó en virtud de la demanda de COMMISA de arbitraje. PEP lógicamente se opuso al procedimiento por considerar que la rescisión administrativa era un "acto de autoridad" y no podía ser arbitrado "ya que estas cuestiones no están sujetos a arbitraje." El panel arbitral por su parte emitió una orden acerca de que podía escuchar los méritos del caso, con sujeción a un pronunciamiento sobre la cuestión de la jurisdicción en su laudo final. PEP, señalando su oposición, siguió participando en el procedimiento de arbitraje, sin impugnar legalmente las resoluciones posteriores del tribunal de arbitraje (a pesar de que PEP tuvo el derecho a hacerlo en virtud del artículo 1432 Ccom). Por último, el 16 de diciembre de 2009, un laudo de unos 350 millones USD con

intereses fue dictado a favor de COMMISA.

PEP luego solicitó la anulación del laudo en el Juzgado Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal en la Ciudad de México. Dicho recurso fue desestimado el 25 de junio de 2010, en parte por razones de fondo. El Juzgado Quinto de Distrito sostuvo que PEP había renunciado a su argumento de inarbitrabilidad, al no oponerse oportunamente a la resolución preliminar del panel de oír el mérito del asunto. Además, el Juzgado Quinto de Distrito sostuvo que el laudo no violó las políticas públicas; que "de ninguna manera afecta la paz pública o de los intereses y principios que rigen la comunidad nacional", y trata solamente de "intereses individuales derivados de una relación comercial existente entre las partes."

PEP presentó entonces una petición de amparo indirecto en el Juzgado Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal para impugnar la decisión del Juzgado Quinto de Distrito. Una vez más, PEP falló.

El 27 de octubre de 2010, el Tribunal Décimo de Distrito desestimó el recurso de PEP. El Tribunal Décimo de Distrito estuvo de acuerdo con el Juzgado Quinto de Distrito en que un acuerdo contractual de las partes tenía una cláusula amplia de arbitraje que cubría todas las reclamaciones de daños y perjuicios que surgen del incumplimiento del contrato y de la rescisión administrativa. El Tribunal Décimo de Distrito dictaminó que la Ley orgánica que establece PEMEX autorizó y sus filiales (incluyendo PEP) para arbitrar sus disputas.

PEP apeló ante el Tribunal Colegiado Undécima para el Distrito Federal. Esta vez tuvo éxito. El 25 de agosto de 2011, un panel de tres magistrados del Tribunal Colegiado revierte, y concede el amparo a favor de PEP. En su opinión, de 486 páginas, publicada el 21 de septiembre de 2011, sostuvo que la política pública fue implicada porque las rescisiones administrativas se "prevén para salvaguardar los recursos financieros" del Estado. El segundo argumento invocado por el Tribunal Colegiado fue una decisión de la Corte Suprema de México en 1994. Esa decisión - que no está relacionada con temas de arbitraje -, ha descrito a las rescisiones administrativas como "actos de autoridad." Y bajo la Ley que entró en vigor diciembre de 2007, los litigios relativos a las cuestiones de

cumplimiento de los requisitos de los contratos públicos debían ser litigados en el tribunal administrativo especial que se había establecido para oír asuntos tributarios y financieros. Por lo tanto, teniendo en cuenta que "los actos de autoridad" no deben ser sometidos a arbitraje, el Tribunal Colegiado consideró que los árbitros que conocieron de la controversia no tenían jurisdicción. En cuanto a la Ley orgánica por la que PEMEX fue organizada y que la autorizó a pactar arbitrajes, el Tribunal Colegiado dictaminó que como PEMEX podía haber arbitrado el caso si no hubiera una rescisión administrativa, no había conflicto entre su decisión y la Ley orgánica. Por otra parte, las cuestiones derivadas de la rescisión administrativa del PEP, y las afirmaciones de COMMISA por incumplimiento de contrato se entrelazan y son inseparables, y ya que el panel de arbitraje carecía de competencia para conocer de las cuestiones derivadas de la rescisión administrativa, se le prohibió además el conocimiento de los problemas que surgieron del incumplimiento del contrato.

Finalmente, no obstante el amparo en México, COMMISA buscó la ejecución forzosa en la Estados Unidos. La Corte de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York, opinó que cuando COMMISA inició el arbitraje tenía todas las razones para creer que su disputa con PEP podría ser arbitrada. Dos veces PEP había firmado un acuerdo en el que los conflictos relacionados con los contratos de plataformas de gas serían arbitrados. PEP tuvo la autoridad de entrar en una disposición de este tipo de arbitraje, según la Ley orgánica que dio a PEP su existencia. De hecho, no fue hasta que la Ley de 2007, que había una fuente de derecho que apoya el argumento de que la controversia entre las partes no fuera susceptible de arbitraje. El Juez Hellerstein siguió observando que el propósito de la Ley de 2007, de acuerdo con el Tribunal Colegiado mexicano, era "para proteger la economía y el gasto público, abandonando las prácticas que tenían por objeto la concesión de una mayor participación de los particulares que la del Estado", que no estaba aplicando la Ley con carácter retroactivo, sino sólo como un "principio rector", y que la decisión de la Corte Suprema apoyó su conclusión. Sin embargo, esta última decisión no mencionó nada sobre el arbitraje. Por lo tanto, La Corte de Distrito neoyorkina concluyó que la aplicación retroactiva de la Ley y la falta de equidad asociada con dicha aplicación debía llevar a rechazar la decisión de anulación de México:

> Elementary considerations of fairness dictate that individuals should have an opportunity to know what the law is and to conform their conduct accordingly; settled expectations should not be lightly disrupted. For that reason, the principle that the legal effect of conduct should ordinarily be assessed under the law that existed when the conduct took place has timeless and universal appeal. In a free, dynamic society, creativity in both commercial and artistic endeavors is fostered by a rule of law that gives people confidence about the legal consequences of their actions[255].

El fallo fue confirmado por el Segundo Circuito en agosto de 2016[256]. El laudo arbitral anulado también fue ejecutado en Luxemburgo[257].

Como una de las consecuencias de ese asunto, la reforma energética de 2014 prevé en el artículo 80 de la Ley de Petróleos Mexicanos que todas las disputas que deriven de un contrato sean regidas por la legislación mercantil, dejando así de lado el régimen administrativo del contrato y su modo particular de rescisión, y no hay razón para que el contrato y sus desavenencias no sean sometidos al

---

[255] Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (COMMISA) v. PEMEX-Exploración y Producción (S.D.N.Y. 2013), 962 F.Supp.2d 642.

[256] Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Production, 2nd Cir., August, 2nd (13-4022).

[257] *Commisa vs Pemex*, Tribunal d'arrondissement du Luxembourg, 22/03/2013.

arbitraje – de acuerdo con las Leyes mercantiles[258]. En lo referente a los contratos de exploración y producción petrolera, ya no será Pemex sino la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) el único ente facultado para celebrar contratos de exploración y producción, en los que se admite el arbitraje a condición de que:

> - las Leyes aplicables serán las Leyes federales mexicanas;
> - se realizará en idioma español, y
> - el laudo será dictado en estricto derecho y será obligatorio y firme para ambas partes[259].

Sin embargo, la recisión administrativa queda inarbitrable[260], continuando así con el régimen anterior de Pemex.

134. Ahora bien, una cosa es que esos contratos o partes de contratos (la rescisión, por ejemplo) sean inarbitrables según el Derecho mexicano, otra es su eficacia a nivel internacional. En efecto, en primer lugar, el fallo *Aminoil* dejó muy claro que la teoría del contrato administrativo no

---

[258] Eso además que el art. 75 de la Ley establece que "a las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras de cualquier naturaleza que realicen Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias les serán aplicables las disposiciones que al efecto establece esta Ley y las demás que deriven de la misma. No les serán aplicables la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ni la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas" (estas últimas habiendo sido la base de partida de la querella legal en el asunto *Commisa*).

[259] Art. 21 Ley de Hidrocarburos.

[260] *Idem*.

es parte de los principios del comercio internacional[261]. En segundo lugar, es un principio general del arbitraje internacional que el *estoppel*[262] previene que la paraestatal que firmó una cláusula arbitral, no obstante su conocimiento de la inarbitrabilidad, no puede invocar esta última[263] según las reglas aplicables a la interpretación de los acuerdos arbitrales. Sin embargo, vista la importancia que el gobierno mexicano da a la no-arbitrabilidad en materia de rescisión administrativa, es de preguntarse si no se trata de una Ley de policía, la cual, según nuestra sugerencia[264], tendría que ser tomada en cuenta por el juez al momento de pronunciarse sobre la cuestión.

---

[261] *Aminoil v. Kuwait*, Ad hoc, 24/03/1982 (Reuter; Sultan, Fitzmaurice).

[262] *Supra* #113.

[263] *Elf Aquitaine v. NIOC*, Ad Hoc, Preliminar Award, 14/01/1982 (Gomard); *Framatome and others v. The Atomic Energy Organisation of Iran*, CCI, 30/04/1982 (Lalive; Goldman, Robert); *Benteler vs Belgique*, Ad Hoc, 18/11/1983 (Reymond; Böckstiegel, Franchimont). Véase tambien: Paulsson, May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?: Reflections on the Benteler v. Belgium Preliminary Award, *Arbitration international*, 1986.90.

[264] *Supra* #123.

PARTE 2: EL ACUERDO ARBITRAL

135. El artículo 1416 del Código de Comercio define al acuerdo de arbitraje como:

> el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Se trata de la definición de la Ley Modelo UNCITRAL que quedó incorporada en el Código de Comercio mexicano, y que tal cual hace desaparecer la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, lo que no quiere decir que no es posible de convenir un acuerdo arbitral después de que surja un conflicto. Como se ha establecido, el acuerdo arbitral puede intervenir en cualquier momento, desde el momento en que la expresión del consentimiento al procedimiento arbitral sea unívoca:

> ARBITRAJE. DEBE CONSTAR DE MANERA EXPRESA E INDUBITABLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CELEBRARLO. La interpretación sistemática de los artículos 78, 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio permite colegir que la voluntad de las partes constituye la piedra angular de las

> convenciones mercantiles, entre las que se encuentra el acuerdo de arbitraje, el que se produce cuando las partes deciden, es decir, expresan su voluntad de someter todas o ciertas controversias al arbitraje, pero ese acuerdo debe constar por escrito, pudiendo hacerse referencias entre contratos en relación con una cláusula compromisoria aunque, en tal supuesto, además de la exigencia de la forma escrita, es menester que se comprenda, como parte integral del contrato, a la mencionada cláusula, ya que la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, llegando el arbitraje a donde las partes quisieron, nada más. Así, es factible que las partes sustituyan una cláusula jurisdiccional establecida en un acuerdo de voluntades inicial por una cláusula compromisoria, a través de un convenio posterior, ad hoc o general, y también es posible que incluyan en esa nueva cláusula de arbitraje a las cuestiones pactadas en el convenio primigenio, sin embargo, ello debe constar de manera expresa e indubitable, es decir, revelando la voluntad de las partes, ya que de no ser así, debe entenderse que el ánimo volitivo posterior no fue someter al arbitraje las diferencias relacionadas con ese convenio previo[265].

En sentido contrario, es también posible en cualquier momento renunciar al arbitraje si las partes lo desean así. De la misma manera, si el demandante prefiere recurrir a la justicia estatal, no obstante de ser parte de un acuerdo

[265] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 442/2004. **Conproca,** S.A. de C.V. y otra. 14/12/2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

arbitral, y que el demandado entre en el litigio sin objetar, estamos en presencia de una renuncia tácita, como la ha establecido el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito:

> El juicio arbitral, que se sigue no ante los tribunales previamente establecidos por la Ley sino ante personas designadas por las partes para tal fin, obliga a éstas a sujetarse a ese procedimiento y a no acudir a los órganos jurisdiccionales para decidir una controversia pendiente (tratándose del compromiso arbitral), o las que pudieran suscitarse con motivo de un contrato (en el caso de la cláusula arbitral), lo que se traduce en una renuncia a que las autoridades judiciales conozcan el o los conflictos materia del pacto arbitral. La posibilidad de apartar la justicia estatal de la intervención en una causa y de poder someterla al arbitraje, es una manifestación de la facultad con que cuentan los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y de establecer los dispositivos legales a los cuales desean sujetarse. **Derivado de esa libertad de establecer el compromiso arbitral surge la consecuencia obvia que éste no debe subsistir en todo evento, sino que, por el contrario, los contratantes se encuentran en aptitud de revocarlo cuando lo crean conveniente o para no hacerlo valer, surgiendo, por ende, nuevamente el poder jurisdiccional de los órganos del Estado. Entre los supuestos de sumisión tácita que se regulan** en el artículo 158 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, **se encuentran el que opera por el solo hecho de que el accionante ocurra ante el Juez a presentar su demanda y el diverso que se actualiza en el caso en que el reo dé contestación a ésta o reconvenga.** De concretarse esas hipótesis, existiendo el referido compromiso

> arbitral, quedará extinguido (mas en lo tocante a la segunda, siempre que no se oponga la excepción de incompetencia que prevé el dispositivo 732, párrafo primero, del citado ordenamiento) habida cuenta que revelan el deseo de los contratantes de que los tribunales estatales reasuman la potestad de decidir su conflicto, desistiéndose, consiguientemente, a someterse al procedimiento ante un particular[266].

Consecuentemente, la matriz de un acuerdo arbitral es la voluntad de las partes. Sin embargo, como cualquier contrato, el convenio arbitral está sometido a ciertas reglas de validez tanto en relación con el fondo y la forma, como en materia de transmisión del acuerdo arbitral.

---

[266] Precedentes: Amparo directo 777/2006. **Adolfo Tovar López**, su sucesión. 26/01/2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Edgar Estuardo Vizcarra Pérez.

LECCIÓN 4: LOS REQUISITOS PARA UN ACUERDO ARBITRAL

136. Ni el Código de Comercio, ni el Código Civil Federal, que se aplica de manera supletoria al Código de Comercio, prevén prohibición expresa alguna para ciertas categorías de personas de no poder acudir al arbitraje, lo que implica que en materia comercial cualquier persona mayor de edad, y, en tal caso, debidamente apoderada, puede ir al arbitraje para resolver sus controversias. Con respecto al poder, vale la pena señalar que se trata de un "*acte de gestión courante*", lo que equivale en Derecho mexicano a la suficiencia de un poder para pleitos y cobranzas (visto que el arbitraje no implica la disposición de los activos de la empresa).

137. Concerniendo a las entidades públicas, en particular a las paraestatales, varias de ellas están sometidas a una prohibición de celebrar acuerdos para arbitrar. Una cierta doctrina considera que no es un problema de capacidad visto que no se puede considerar que el Estado tenga tal *capitis diminutio*[267]. Sin embargo, no compartimos tal punto

[267] *FGG*, #539.

de vista que en realidad es una mera cuestión teórica. En efecto, hablar en lugar de incapacidad de "arbitrabilidad subjetiva" implica por el juego del lenguaje que una persona fuera "arbitrable", lo que obviamente no tiene sentido. Se trata de saber si una persona es "capaz" de consentir a un arbitraje, y por lo tanto se trata de un problema de capacidad. Para las personas morales de carácter público, se debe consultar su Ley orgánica para verificar que tenga facultades *expresis verbis* para comprometerse en arbitraje; en ausencia, se debe presumir que no la tienen. Dicho eso, el acuerdo arbitral tiene que cumplir con reglas de forma y de fondo, en virtud del Derecho positivo, en particular con relación al consentimiento. Sin embargo, antes de ver lo anterior, subrayamos que en nuestra opinión no hay Ley que se aplique al acuerdo arbitral, y tampoco reglas de forma; sin embargo, el Derecho positivo de la mayoría de los países, además de Francia, sí considera que la cláusula compromisoria está sujeta a una Ley aplicable, tal como lo veremos ahora en el Derecho mexicano y el Derecho convencional.

4.1 Los requisitos de forma

138. En la práctica, las partes se olvidan de que la cláusula arbitral es un contrato diferente al contrato base. No necesariamente la Ley aplicable al contrato base es la misma que la que se aplica al acuerdo arbitral. Ahora bien, las reglas de arbitraje no prevén la Ley aplicable al acuerdo arbitral, que en ausencia de una elección por las partes tiene que ser determinada. En caso de que esta última sea la Ley mexicana, se verificarán las disposiciones sustanciales sobre la validez del acuerdo arbitral tanto en su forma como en el fondo.

4.1.1 La Ley aplicable

139. El Código de Comercio sólo establece en su artículo 1445[268] la Ley aplicable a las controversias, mas no la Ley aplicable al acuerdo arbitral. En la medida en que el artículo 5 de la *Convención de México sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* excluye de su alcance los acuerdos arbitrales, se debe aplicar el Derecho común que es el artículo 13. IV CCF que dispone que,

> la forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este

[268] Art. 28 UNCITRAL.

> Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal.

La primera parte de la disposición establece la regla universal del *lex loci actum regit* y no llama a más comentarios. Sin embargo, si la segunda frase constituye una regla *en favorem* de manera general - quiere decir que, a pesar de que la Ley extranjera aplicable prevé requisitos de forma más severos que los del Derecho mexicano, el contrato es válido en la forma si corresponde a las exigencias mexicanas en caso de que tenga que ser ejecutado en México -, el artículo 79 del Código de Comercio reduce a nada esta ventaja, previendo que si,

> los contratos celebrados en país extranjero en que la Ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, [se debe respetar esas disposiciones] aunque no las exija la Ley mexicana.

En otras palabras, en materia mercantil la Ley que se aplica a la forma es siempre la *lex loci actum regit*. Sin embargo, esa posición no corresponde al espíritu del arbitraje. En la medida en que las disposiciones en el Código de Comercio sean un cuerpo normativo autónomo, se podrá sugerir que se adopte una regla material sobre el modelo francés y prever que el acuerdo arbitral sea siempre válido en la forma, salvo casos excepcionales violatorios del orden público internacional, y la eventual intervención de las Leyes de policía. Lo anterior también está en armonía con nuestro postulado de que el acuerdo arbitral constituye su propia *Grundlegung*. Sin embargo, de manera práctica, se

requiere al menos un escrito y unas firmas, requisitos también previstos por el Derecho mexicano, si éste fuera elegido por las partes para regir su acuerdo arbitral en la forma.

4.1.2 Las formas

140. En materia de forma del acuerdo arbitral la reflexión se gira alrededor de dos nociones, a saber la del escrito y la de la firma.

A - El escrito

141. Por la regla constitucional de la supremacía de los tratados sobre las Leyes, veremos primero el Derecho convencional, y después, en segundo lugar, el Derecho común.

a) El Derecho convencional

142. El artículo 2.1 de la Convención de Nueva York, así como el artículo primero de la Convención de Panamá, exige que la cláusula sea redactada "por escrito", constituyendo en nuestra opinión sólo un requisito *ad probationem*. En este sentido, no hay tampoco obstáculo alguno para los escritos "electrónicos". No es el medio de transmisión lo que importa, sino el "resultado" de esta transmisión: se debe a que el destinatario pueda tener la posibilidad de tener su convenio arbitral en un soporte visible – caracteres

impresos sobre un papel; es decir, un escrito. Tal es el caso del fax, pero no del teléfono. En otras palabras, según los términos de Graham Tapia, lo que importa es que el medio de telecomunicación deje "constancia del acuerdo"269. Este camino es el que ha tomado el Grupo de Trabajo de la CNUDMI sobre el arbitraje, en su recomendación del 7 de julio de 2006:

> *Recomienda* que el párrafo 2 del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;
>
> 2. *Recomienda* que el párrafo 1 artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que per- mita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las Leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje.

Por lo tanto, no hay requisitos de forma obligatorios, sino simplemente se pide la prueba de la existencia del consentimiento al arbitraje, lo que también corresponde a la postura del Derecho mexicano.

---

[269] Graham Tapia, *El Arbitraje comercial*, Themis, 2000.81.

b) El Derecho mexicano

143. El artículo 1423 Ccom[270] exige en su primera parte, que el acuerdo debe "constar por escrito y consignarse en documento firmado", y los tribunales judiciales han confirmado esta postura:

> ARBITRAJE. DEBE CONSTAR DE MANERA EXPRESA E INDUBITABLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CELEBRARLO.
> La interpretación sistemática de los artículos 78, 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio permite colegir que la voluntad de las partes constituye la piedra angular de las convenciones mercantiles, entre las que se encuentra el acuerdo de arbitraje, el que se produce cuando las partes deciden, es decir, expresan su voluntad de someter todas o ciertas controversias al arbitraje, pero ese acuerdo debe constar por escrito, pudiendo hacerse referencias entre contratos en relación con una cláusula compromisoria aunque, en tal supuesto, además de la exigencia de la forma escrita, es menester que se comprenda, como parte integral del contrato, a la mencionada cláusula, ya que la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, llegando el arbitraje a donde las partes quisieron, nada más. Así, es factible que las partes sustituyan una cláusula jurisdiccional establecida en un acuerdo de voluntades inicial por una cláusula compromisoria, a través de un convenio posterior, ad hoc o general, y también es posible que incluyan en esa nueva cláusula de arbitraje a las cuestiones pactadas en el convenio primigenio, sin embargo,

[270] Art. 7 UNCITRAL.

> ello debe constar de manera expresa e indubitable, es decir, revelando la voluntad de las partes, ya que de no ser así, debe entenderse que el ánimo volitivo posterior no fue someter al arbitraje las diferencias relacionadas con ese convenio previo[271].

No obstante lo anterior, la *ratio legis* de la mencionada disposición es que el acuerdo debe dejar constancia de él, como se subraya en la segunda parte, previendo que la consignación pueda también hacerse por "intercambio de cartas, télex, telegrama, facsímil, u otros medios de telecomunicaciones" y sin el requisito de la firma. En otras palabras, el requisito del escrito es *ad probationem* y no *ad validitatem*[272]. Eso también tiene por consecuencia que a la luz del artículo 93 del Código de Comercio, un correo electrónico, por ejemplo, puede ser un "escrito" en el sentido de la Ley[273] si "éste es atribuible a las personas obligadas, íntegro, y accesible para su ulterior consulta". Consecuentemente, la problemática no está en la forma del acuerdo, sino que está en la prueba, que deberá hacerse según los términos del artículo 210-A del Código Federal de Procedimientos Civiles que dispone que:

---

[271] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 442/2004. **Conproca**, S.A. de C.V. y otra. 14/12/2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

[272] Graham, La "falsa" extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México, *Revista peruana de arbitraje*, 2008.173.

[273] Siqueiros, México, *in*: Paulsson, *International Handbook on Commercial Arbitration*, Suppl. 39, octubre 2003.

> Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta. Cuando la Ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.

Una vez que hay un escrito probatorio del acuerdo arbitral, se queda el problema de la existencia de la firma, y más importante, el de la inexistencia de la firma.

B - La firma

144. Veremos las disposiciones convencionales antes de presentar las reglas mexicanas en lo que concierne al requisito de la firma del acuerdo arbitral.

a) El Derecho convencional

145. En relación con la firma, según la interpretación predominante de la Convención de Nueva York, ésta sólo se requiere *ad probationem*. Como lo sostiene E. Gaillard, el artículo II del Convenio exige la firma solamente para los contratos escritos, mientras que la misma disposición prevé que el acuerdo arbitral puede también pactarse por telegrama o fax, medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una "copia" de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio como testimonios, por ejemplo[274]. Ahora bien, es verdad que un autor muy recurrido sostiene que el Convenio Neoyorkino se aplica únicamente a acuerdos firmados[275]. Es cierto que unos tribunales comparten tal punto de vista[276], sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria establecen lo

---

[274] *Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing Inc* (5th Cir. 1993), 9 Int'l Arb. Rep. 8 (1994); *Jiangxi*, Suprema Corte de Hong Kong, 06/04/1995, 10 *Int'l Arb. Rep.* 8 (1995).

[275] Van den Berg, *The New York Convention of 1958*, TMC Asser Institute, 1981. 178.

[276] *Charterer v. Shipowner*, CA Halogaland, 16/08/1999, Stockholm Arbitration Report, 1999.121; *North American Soccer League Marketing, Inc. v. Admiral International Marketing and Trading BV & Frisol Eurosport BV*, Tribunal de Primera Instancia de Dordrecht, 18/08/1982, *Yearbook*, 1985. 490; *Delta Cereales España SL v. Barredo Hermanos S.A.*, Tribunal Supremo, 06/10/1998, *Yearbook*, 2001.854.

contrario[277]. En efecto, es menester recordar que es posible anclar la validez del acuerdo arbitral en el Derecho interno más favorable[278] o en la Ley aplicable más favorable determinada por la regla de conflicto del Estado de exequatur[279] y pedir en el mismo tiempo la ejecución del laudo sobre las disposiciones convencionales. No hay que olvidar que la Convención de Nueva York no pretende establecer reglas uniformes, sino que tiene por objetivo liberalizar la circulación internacional de los laudos[280], eso a la luz de la recomendación del Grupo de trabajo de la UNCITRAL del 7 de Julio de 2006.

146. Las mismas observaciones se aplican *mutatis mutandis* a la Convención de Panamá cuyo contenido sustancial es una copia exacta de las disposiciones de la Convención de Nueva York.

---

[277] Entre los numerosos casos que pudieran ser citados, es interesante mencionar el fallo *L'Aiglon SA v. Textil Uniao* de la Suprema Corte brasileña - en especial si uno recuerda la posición restrictiva que tuvo Brasil durante tantos años -, estableciendo que ni la Convención de Nueva York ni la Ley brasileña requieren la firma del acuerdo arbitral como condición de validez (No SEC 856, 18/05/2005).

[278] FGG, # 271; Alemania: OLG Hamm, 02/11/1983, *Yearbook*, 1989.629; BGH, 26/03/1987, *Yearbook*, 1988.471; Francia: *Bomar Oil*, Civ[1], 11/10/1989, *JDI*, 1990.633, Loquin; Suiza: *Denysiana SA c. Jassica SA*, TFS, 14/03/1984, *Bull. ASA,* 1984.206.

[279] BGH, 21/09/2005, *SchiedsVZ*, 2005.306.

[280] FGG, #271.

b) El Derecho mexicano

147. Se sabe que las disposiciones mexicanas sobre arbitraje provienen de la incorporación de la Ley modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje internacional, cuyo artículo 7 en su versión original se refería a un acuerdo arbitral firmado. Sin embargo, sobre esta disposición, aunque muy similar a la de la Convención de Nueva York, las mismas observaciones pueden hacerse, a saber que el artículo 7 de la Ley Modelo exigió la firma sólo para los contratos escritos, mientras que la misma disposición previó que el acuerdo arbitral pudo también pactarse por telegrama o fax, medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una "copia" de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria pudo ser comprobada por cualquier otro medio como testimonios, por ejemplo. El hecho de que la nueva versión del artículo 7 ya no se refiera a la firma del acuerdo arbitral[281] refuerza nuestro punto de vista.

148. La adopción por México de la Ley Modelo también implica que ésta tiene que ser interpretada a la luz de la jurisprudencia internacional como lo estableció un

[281] Art. 7.3: "Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio".

tribunal colegiado[282]. En este sentido, la interpretación predominante de la Ley Modelo establece que lo que importa no es tanto la presencia de una firma, sino la prueba de que la parte requerida al arbitraje emitió su consentimiento a la participación en tal procedimiento[283]. Y es así como lo entendió también el Primer Circuito que estableció lo que sigue:

> ARBITRAJE. DEBE CONSTAR DE MANERA EXPRESA E INDUBITABLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CELEBRARLO.
> La interpretación sistemática de los artículos 78, 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio permite colegir que la voluntad de las partes constituye la piedra angular de las convenciones mercantiles, entre las que se encuentra el acuerdo de arbitraje, el que se produce cuando las partes deciden, es decir, expresan su voluntad de someter todas o ciertas controversias al arbitraje, pero ese acuerdo debe constar por escrito, pudiendo hacerse referencias entre contratos en relación con una cláusula compromisoria aunque, en tal supuesto, además de la exigencia de la forma escrita, es menester que se comprenda, como parte integral del contrato, a la mencionada cláusula, ya que la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, llegando el arbitraje a donde las partes quisieron, nada más. Así, es factible que las partes sustituyan

[282] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión. RC 14/2005. **ADT Security Services**. 19/05/2005.

[283] Por ejemplo: *William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company*, High Court of Hong Kong, 17/02/1993, *Hong Kong Law Digest*, B7.

> una cláusula jurisdiccional establecida en un acuerdo de voluntades inicial por una cláusula compromisoria, a través de un convenio posterior, ad hoc o general, y también es posible que incluyan en esa nueva cláusula de arbitraje a las cuestiones pactadas en el convenio primigenio, sin embargo, ello debe constar de manera expresa e indubitable, es decir, revelando la voluntad de las partes, ya que de no ser así, debe entenderse que el ánimo volitivo posterior no fue someter al arbitraje las diferencias relacionadas con ese convenio previo[284].

149. En resumen, no cabe duda de que en el Derecho mexicano la firma del acuerdo arbitral es *ad probationem* y no *ad validitem* y que, consecuentemente, desde este punto de vista no existe obstáculo para atraer a un no-firmante de la cláusula compromisoria en un procedimiento arbitral como lo veremos más adelante[285]. Queda por verificar cuáles son las disposiciones que regulan al acuerdo arbitral sobre el fondo.

4.2 Los requisitos de fondo

150. Como lo hemos mencionado en relación con la forma del acuerdo arbitral, el Código de Comercio no prevé nada en relación con la Ley aplicable, tampoco en lo que concierne

---

[284] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 442/2004. **Conproca**, S.A. de C.V. y otra. 14/12/ 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

[285] *Infra* # 163.

al fondo del asunto, lo que conduce a establecer las reglas de conflicto que determinarán el Derecho que se debe aplicar. Si este último es el mexicano, conviene analizar las disposiciones pertinentes en la materia.

4.2.1 La Ley aplicable

Train, Droit applicable á la convention d'arbitrage international, Affaki & Grigera Naón (ed.), *Jurisdictional Choices in Times of Trouble*, ICC, 2015.136.

151. No hay duda de que en el Derecho convencional se debe utilizar el método conflictualista para determinar la Ley aplicable al acuerdo arbitral. Otra es la situación en el Derecho interno, donde se podrá recomendar la elaboración de una regla material, lo que estaría en sintonía con nuestro postulado de que el acuerdo arbitral no está regido por ninguna Ley estatal[286].

A – El Derecho convencional

152. La Ley aplicable al acuerdo arbitral se determina según la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá por el principio de la autonomía de la voluntad, o, en ausencia de elección, por la Ley del lugar en donde se dictó el laudo, quiere decir según la Ley del Estado sede. Sin embargo, queda abierta la cuestión planteada en el artículo

[286] *Infra* #157.

II inciso 3 de la Convención de Nueva York (que no tiene su equivalente en la Convención de Panamá), el cual prevé que el Juez, al inicio del procedimiento arbitral, debe declarar cualquier acción judicial como improcedente, a menos que el acuerdo arbitral esté viciado. No se precisa cuál Ley tiene que aplicarse al acuerdo. Bernardina se pronuncia a favor de la *lex fori*[287]. Sin embargo, nos parece ilógico que, según el momento, la Ley aplicable al acuerdo cambie. En efecto, como lo hemos visto, el instrumento en cuestión dispone que al momento de la ejecución del laudo el juez aplicará al acuerdo arbitral la Ley elegida por las partes, o la *lex sitae arbitri*, aunque unas veces con resultados bien contradictorios como en el caso *Dallah*[288], donde los jueces ingleses, que fueron solicitados de ejecutar un laudo confirmado en Francia, lugar de la sede arbitral, interpretaron la *lex loci arbitri* – el Derecho francés – no como lo interpretan los tribunales franceses, sino según su propia concepción del Derecho inglés, llegando a un resultado contrario y considerando el laudo inejecutable.

153. En realidad, para una máxima eficiencia, la Ley aplicable tiene que ser la misma siempre, a saber, la prevista por el artículo V.1.a) de la Convención de Nueva York, es decir, la escogida por las partes o la Ley del lugar sede del arbitraje. Como se ve, *a priori* la regla material es inaplicable si se busca la ejecución bajo los instrumentos internacionales.

---

[287] Bernardina, Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, *ICCA Congress series*, no. 9, París, 1999.197.

[288] *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46, 03/11/2010.

Sin embargo, por el mecanismo del artículo VII de la Convención de Nueva York, es posible derogar a sus disposiciones si las reglas del *forum* fueran más favorables. Y no cabe duda de que la regla material lo es, y que tiene que ser la que dispone que el acuerdo arbitral siempre es válido bajo la reserva del orden público internacional, eventualmente corregido por las Leyes de policía, como lo hemos visto en materia de arbitrabilidad[289]. Eso además de que consideramos el pacto de arbitraje como un contrato sin Ley, o sea el contrato constituye su propia *Grundlegung*[290], y no requiere de ninguna Ley estatal para ser válido. Eso también corresponde a la postura de los tribunales franceses. En otras palabras, la cláusula compromisoria es siempre válida bajo la reserva del orden público internacional del juez encargado del asunto que sea bajo el Derecho común o el Derecho convencional, y con la eventual aplicación de las Leyes de policía en relación con la eventual nulidad del acuerdo arbitral por la inarbitrabilidad del asunto[291]. Lo mismo tiene que aplicarse en el Derecho mexicano. Con respecto a la pregunta según cuáles reglas se juzgan entonces cuestiones de poderes, por ejemplo, la manera de hacer es la de la aplicación de estándares como la *bona fide*, la apariencia, la legítima creencia, etcétera[292], lo que nos dispensa ampliamente de la necesidad de aplicar Leyes estatales como el Derecho

---

[289] *Supra* # 123.

[290] *Supra* # 28.

[291] *Supra* # 123.

[292] Ver, por ejemplo: *Shackleton*, Civ[1],16/03/2016, *Rev. arb.*, 2016.816, d'Avout.

mexicano, entre otros.

B – El Derecho mexicano

154. El artículo 1416-I Ccom[293] enuncia que "el acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente"; disposición que podría ser interpretada en relación con la Ley aplicable al acuerdo arbitral, mismo que puede ser sometido como cláusula a la *lex contractus* del contrato principal, o ser regido por su propia Ley. Sin embargo, en virtud del principio de la autonomía de la cláusula compromisoria, no cabe duda de que ésta no está regida necesariamente por la Ley aplicable al contrato; la cláusula está regida por su propia Ley.

155. El acuerdo arbitral no es regulado por la Convención de México, por lo que se aplica en virtud del artículo 13.V del Código Civil Federal que establece la autonomía de la voluntad, o bien la *lex loci executionis* que es la Ley del lugar en donde está la sede de arbitraje, quiere decir la *lex sitae arbitri*; criterios que corresponden también a los del Derecho convencional. En el Derecho comparado, otras soluciones existen. Así que para juzgar si un contrato putativo con cláusula arbitral que no ha sido firmado es válido para dar efectos, la Suprema Corte de Singapur optó por el principio de la proximidad, estableciendo que se

[293] Art. 7 UNCITRAL.

presume que la *lex contractus* del contrato de base es también la Ley aplicable al acuerdo arbitral, a menos que lo anule, y entonces sí aplicaría la *lex sitae arbitri*[294].

156. Otra manera de aprehender la problemática de la Ley aplicable al acuerdo arbitral es la del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito[295], que determinó en una tesis aislada que, en materia de transmisión del acuerdo arbitral, éste constituye un "derecho a la certeza jurídica", quiere decir un derecho de saber cómo se resolverán las controversias sobre los derechos cedidos. En otras palabras, el deudor tiene el derecho adquirido de ir al arbitraje porque se pactó así en el convenio inicial. Si se sigue el razonamiento del Colegiado, se podría argumentar que no hay que buscar la Ley aplicable, sino reconocer el acuerdo arbitral pactado al extranjero como un "*vested right*" en aplicación del artículo 13.1 CCF, o, según nuestra propuesta, como una regla material que dispone la presunción de validez del acuerdo arbitral bajo la reserva del orden público internacional y las Leyes de policía. Un antecedente importante en esta dirección es lo que ha subrayado el tribunal arbitral del

---

[294] *BCY v BCZ* [2016] SGHC 249

[295] Amparo en revisión 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C. **Conproca, S.A. de C.V. y otra**. 14/12/2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

asunto *Salini Construttori* [296]:

> An agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively in the legal order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself[297].

157. Aún más firme es la posición adoptada por jurisdicciones francesas, en particular por la *Cour de Cassation* en el asunto *Dalico*[298] mediante la adopción de una regla material que enuncia que el acuerdo arbitral es siempre válido bajo reserva del orden público internacional. Recientemente, esta Corte Suprema tuvo la oportunidad de precisar que "el principio de validez consagra la licitud de la cláusula arbitral independientemente de cualquier referencia a una Ley estatal"[299], lo que nos parece ser la vía indicada a seguir para los tribunales judiciales mexicanos, mas agregando la eventual corrección por el mecanismo de las Leyes de policía como lo hemos propuesto en materia de

---

[296] *Salini Costruttori v. Etiopia,* CCI, Laudo sobre jurisdicción, 07/12/2001 (Gaillard; Bernardini, Bunni); comentado por Gaillard, L'interférence des jurisdictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage, *Mélanges Raymond*, Litec, 2004.83; y por Schwartz, Do international arbitrators have a duty to obey the orders of courts at the place of the arbitration?, *Mélanges Briner*, ICC, 2005.795.

[297] #129.

[298] Dalico, Civ[1], 20/12/1993, *JDI*, 1994.432, Gaillard; *Rev.crit.*, 1994.663, Mayer. También véase: *Omenex*, Civ[1], 25/10/2005, *Rev .arb.*, 2006.103, Racine.

[299] Copropriété maritime Jules Verne, Civ[1], 07/06/2006.

arbitrabilidad[300].

158. Dicho lo anterior, en resumen, se requiere que el asunto sea arbitrable y que haya un consentimiento unívoco para resolver la eventual controversia vía arbitraje. Lo que lleva a considerar que, aparte de la arbitrabilidad, el único requisito de fondo para el acuerdo arbitral es la existencia del consentimiento.

4.2.2 El consentimiento

159. La incompetencia del tribunal arbitral puede ser invocada por falta de consentimiento en el acuerdo de arbitraje. Al contrario de la afirmación de Paulsson de que el arbitraje forzoso no existe[301], es particularmente en materia de arbitraje deportivo que estamos en presencia de este fenómeno, visto que los deportistas no tienen mucha opción más que de aceptar la cláusula compromisoria a favor del TAS en sus contratos. Tal práctica ha sido condenada por ser contraria a la prohibición de los monopolios por varios tribunales[302] - aunque el Tribunal federal alemán en última instancia consideró que no existe un abuso monopolístico por parte del TAS por ejemplo[303]. El consentimiento tiene que ser totalmente libre.

---

300 *Supra* # 123.

301 Paulsson, Arbitration without privity, *ICSID Review*, 1995.232.

302 *Pechstein*, OLG München, 15/01/2015, *Rev. arb.*, 2015.909, Maisonneuve.

303 BGH, *Pechstein*, 07/06/2016.

160. Una vez que no haya duda de que existe un consentimiento al arbitraje, remanecen varios problemas. Por ejemplo, si en la cláusula compromisoria se acuerda que el arbitraje se llevará a cabo bajo los auspicios de una institución administradora determinada que puede ya no existir al momento del litigio, ¿hay que buscar otra institución o es un regreso al Derecho común, ante los tribunales estatales? En otras palabras, ¿el consentimiento al arbitraje es general (a favor de cualquier procedimiento arbitral) o especial (se pactó sólo el arbitraje bajo la institución determinada)? Aún los tribunales mexicanos no han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la hipótesis, pero es posible dar ciertas indicaciones. En la medida en que la fuente del arbitraje es la voluntad común de las partes, habría que investigar cuál fue justamente la voluntad de las partes. En otras palabras, se trata en realidad del problema general de saber cómo interpretar la expresión del consentimiento en el acuerdo arbitral, que muchas veces por razones de mala redacción puede dar lugar a muchas dudas. Al contrario de una cierta doctrina[304], las cláusulas patológicas no tienen automáticamente que ser vistas como de "ejecución imposible" como lo prevé el artículo 1424 Ccom[305], sino que deben ser interpretadas para salvar, de ser posible, el acuerdo arbitral, mas no de manera "descarada". El Código Civil Federal en sus artículos 1748 y siguientes contiene varias reglas para interpretar dichos acuerdos, reglas que

[304] González de Cossío, *op.cit.*, 94 sq.

[305] Art. 8 UNCITRAL.

se aplican de manera supletoria si se considera que el acuerdo arbitral es su propia *Grundlegung*, sin embargo, en el silencio de sus disposiciones, la *lex fori* debe suplirlo para determinar las reglas de interpretación. Por lo tanto, cuatro reglas pueden ser identificadas para constatar o no la existencia de un acuerdo arbitral. El principio de la interpretación de *bona fide,* consagrado en el artículo 1748[306], tiene como consecuencia que se haga prevalecer la voluntad real sobre la voluntad declarada y así busca cuál fue la voluntad común de las partes, en lugar de enfocarse en el sentido literal de los términos. Los artículos 1750 y siguientes[307] consagran un principio, reconocido como

[306] Artículo 1748.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas (CONTRATOS. INTERPRETACIÓN DE LOS. La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que le hayan dado las partes, que puede ser errónea, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: "Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquellas" (APÉNDICE AL SJF 1917-1995. Tomo IV. Civil. Tesis 182, p. 125.).

Artículo 1749.- Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

[307] Artículo 1750.- Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Artículo 1751.- Las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Artículo 1752.- Las palabras que pueden tener distintas acepciones serán entendidas en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

"universal"[308], que tiene por objetivo preferir la interpretación que conserva a los términos con un sentido lógico, en lugar de una interpretación que los considera como inútiles o absurdos[309]. La presencia de una cláusula compromisoria oscura presume, sin embargo, que las partes quisieron una disposición que "funcionara" - "*an effective machinery*" [310] - para el arreglo de las controversias. Para nuestro Derecho, es el principio *favore negotii*. El artículo 1753 permite al árbitro, quien tiene que aplicar el Derecho mexicano, tomar en consideración los usos y costumbres para interpretar las ambigüedades de la cláusula compromisoria. Finalmente, no obstante que el Código Civil Federal no establece el principio de la interpretación *contra proferentem* - una cláusula oscura tiene que ser interpretada en contra de la parte que la redactó -, no nos parece que exista algún obstáculo para admitirla visto que es un principio general del arbitraje internacional. Según una sentencia arbitral, se trata aquí de un principio adoptado por la mayoría de los sistemas legales nacionales y por la práctica internacional del arbitraje[311]. Si ninguno de esos principios de interpretación permite resolver la cuestión, el artículo 1753 prevé de manera general la nulidad del contrato, en nuestro caso la nulidad de la cláusula arbitral.

---

[308] FGG, # 478.

[309] Véase, por ejemplo: # 1434, CCI, *Clunet*, 1976.978, Derains.

[310] Véase, por ejemplo: # 2321, CCI, 1974, *Clunet*, 1975.938, Derains.

[311] #7710, CCI, Laudo parcial, 1995, *Clunet*, 2001.1147, Derains.

161. Es también muchas veces una cuestión de interpretación la determinación del alcance del consentimiento, tanto para determinar cuáles son las controversias sometidas al arbitraje como por ejemplo en los grupos de contratos, así como también para determinar las partes, especialmente cuando no han firmado materialmente el acuerdo arbitral.

A – Los grupos de contratos

162. El planteamiento de la cuestión del alcance del consentimiento *ratione materiae* concierne esencialmente los grupos de contratos[312] como por ejemplo el contrato-marco seguido por contratos de ejecución. Si cada contrato contiene une cláusula distinta, la consolidación no es posible. Por el contrario, si para una sola y única operación, algunos contratos contienen una cláusula compromisoria, y otros no, es posible una consolidación si tal fuera la intención de las partes. Si hay una sucesión de contratos, y solamente el contrato inicial prevé un arbitraje, se puede decir que el acuerdo arbitral inicial se extiende a todos los demás contratos si acaso existiera una práctica real entre las partes a título de uso. Ahora bien, si la jurisprudencia mexicana reconoce las cadenas contractuales, parece que no acepta una extensión automática de la cláusula arbitral del contrato marco a los contratos sucesivos; empero, la transmisión del acuerdo arbitral tiene que ser expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos

[312] Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

y "las autoridades judiciales y los árbitros deben realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para comprobar en cada ocasión si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual"[313]. La misma regla se aplica a los grupos de contratos[314], que pueden ser constituidos por un contrato marco y varios contratos de aplicación, o por varios contratos distintos pero que participan todos en la misma operación económica. Deberá verificarse cada vez si había un pacto para extender el acuerdo arbitral de un contrato a otro[315]. Una vez constado el consentimiento *ratione materiae*, queda por verificarse el consentimiento *ratione personae* y el problema del *penitus extranei*.

B – El penitus extranei

163. La problemática del alcance del consentimiento *ratione personae* se presenta normalmente en la situación en donde se busca atraer a un no-firmante de la cláusula compromisoria al procedimiento arbitral. A primera vista, tal situación no tendría que presentarse en la medida que un no-firmante es un *penitus extranei* al acuerdo arbitral. Sin embargo, en realidad no se trata de un tercero. Para entender la solución, es menester presentar la teoría y la

[313] Amparo en revisión 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C. **Conproca**, S.A. de C.V. y otra. 14/12/ 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

[314] Amparo en revisión 442/2004 precitado.

[315] *Idem*.

jurisprudencia francesa y americana para tener una mejor comprensión y así ver cuáles pudieran ser las soluciones en el Derecho mexicano.

a) La jurisprudencia francesa

Teyssié, *Les groupes de contrats, LGDJ*, 1975; Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996.

164. En su tesis doctoral[316], B. Teyssié presentó una nueva figura jurídica en el Derecho de las obligaciones a saber el "grupo de contratos" que se puede definir como "una pluralidad de contratos que están relacionados con el mismo objeto o que concurren a la misma finalidad económica". En este grupo se encuentran los "contratantes extremos" que son aquéllos que participan en el mismo grupo contractual pero que nunca han directamente intercambiado un consentimiento al ser vinculados entre ellos. Tal es el caso, por ejemplo, entre el vendedor y el subadquiridor, el adjudicador y el subcontratista, etcétera...

165. La jurisprudencia francesa considera dos hipótesis distintas: los contratos traslativos de bienes, y los contratos no traslativos de bienes. En el primer caso, tanto en las cadenas homogéneas[317] (venta-reventa) como en las

[316] Teyssié, *op. cit.*

[317] *Lamborghini*, Civ[1], 09/10/1979, *RTDC,* 1980.354, Durry.

cadenas heterogéneas[318] (venta-servicio-venta), el subadquridor y el subcontratista tienen una acción contractual en contra del fabricante o vendedor original porque la persona que adquirió el bien dispone como causahabiente de todos los derechos y acciones vinculados con el bien; en otras palabras, la acción es accesoria al bien. En este sentido, no existe ninguna problemática con respecto al principio del efecto relativo de los contratos. Los causahabientes no son *penitus extranei* al contrato. En la segunda hipótesis, en donde no interviene ninguna transferencia de propiedad de un bien, la Suprema Corte francesa, en un primer movimiento, declaró que todos aquellos que han sufrido algún daño por el vínculo que tuvieron con el contrato tienen una acción contractual en contra del responsable del daño[319]. Sin embargo, en 1991 el Pleno, en un segundo movimiento, cambió la jurisprudencia y condenó la teoría de los grupos de contratos sin traslado de propiedad[320], porque sería derogar al principio del efecto relativo de los contratos. En estos casos, no hay causahabientes y estamos en presencia de ¡verdaderos terceros!

166. Ahora bien, en la materia que nos interesa, la pregunta es si el contratante extremo puede ser vinculado por un acuerdo arbitral que nunca firmó. Diversos casos tienen que ser distinguidos. En primer lugar, tenemos las cadenas

---

318 *Société MPI*, AP, 07/02/1986, *RTDC*, 1986.605, Rémy.

319 *Clic Clac Photo*, Civ[1], 08/03/1988

320 *Besse*, AP, 12/07/1991, *Dalloz,* 1991.549, Ghestin.

homogéneas y heterogéneas en las cuales el acuerdo arbitral "circula" automáticamente, como lo ha pronunciado la Corte de casación francesa:

> En una cadena de contratos traslativos de propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de manera automática como accesoria del derecho de acción, que a su vez es accesorio del derecho substancial transmitido, y eso sin incidencia del carácter homogéneo o heterogenia de la cadena[321].

En segundo lugar, existe otra hipótesis en donde el no-firmante puede ser atraído al arbitraje, aunque *a priori* sería una violación al principio del efecto relativo de los contratos. Sin embargo, veremos que no es así porque se trata de un "falso" tercero para con el acuerdo arbitral en la medida en que ha expresado su consentimiento de otra manera distinta a la firma. Se trata de una parte que intervino en la negociación, celebración o ejecución del contrato y por su intervención consintió de manera implícita al acuerdo arbitral no obstante que nunca lo ha firmado. Es así como por la decisión *Jaguar* la Corte de apelación de París enunció que:

> en el Derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y del contenido del acuerdo arbitral, y permitiendo así al árbitro

[321] *ABS*, Civ[1], 27/03/2007, *Rev.arb.*, 2007.785, El Ahdab.

> conocer de todos los aspectos económicos del litigio[322].

Esta jurisprudencia manifiesta la inquietud de una buena administración de justicia y su principal interés es el de no subestimar una realidad económica en detrimento de una observación demasiado estricta de las formas prescritas por el sistema jurídico nacional. No se trata de buscar un intercambio de consentimiento, sino de poner en evidencia un concurso implícito de consentimientos. En otras palabras, la jurisprudencia francesa adopta una concepción material y no psicológica de la obligación convencional[323].

167. Esta extensión del acuerdo arbitral a "falsos" terceros se encuentra frecuentemente en los litigios oponiendo los dirigentes de sociedades a la persona moral que encabezan. En el asunto *M. Jacques*, la sociedad miembro de una cooperativa renuncia a su adhesión y consecuentemente su presidente vende sus partes sociales. Sin embargo, la cooperativa considera la cesión de las partes como ilícita e inicia un procedimiento arbitral con fundamento en el artículo 24 del Reglamento interno de la cooperativa que prevé el arbitraje para las controversias entre la cooperativa y sus miembros. El señor Jacques rechaza el procedimiento argumentando que nunca firmó una cláusula compromisoria y que no es miembro de la cooperativa sino la empresa que él encabeza. Lógicamente, él tiene que ser

---

[322] CA París, 07/12/1994, *RTDCom.*, 1995.401, Dubarry & Loquin.

[323] Oppetit, Le consentement sans l'échange: le concours des consentements, *Rev. Jur. Com.*, 1995.73.

considerado como tercero respecto de este acuerdo arbitral. Sin embargo, la Corte de casación francesa consideró, por un *dictum* de una sola frase, que el reglamento interno, complementando los estatutos, es conocido por los miembros y sus dirigentes y consecuentemente son oponibles a ellos[324].

168. Esa jurisprudencia también tiene una aplicación importante en lo que concierne a los grupos de sociedades[325], en donde el acuerdo arbitral es firmado materialmente por la filial, pero el contrato fue, por ejemplo, negociado por la matriz no-firmante del acuerdo arbitral. Conociendo la existencia del acuerdo, la matriz puede ser atraída al arbitraje, como lo decidieron los árbitros en la famosa decisión *Dow Chemical*[326], laudo confirmado por los tribunales judiciales franceses[327].

---

[324] *M. Jacques X. c. Société Système U*, Civ[1], 20/09/2006, no publicado; véase también : Com, 08/11/2005, n° 03-14.630, no publicado.

[325] Suárez Anzorena, Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral segun la práctica internacional, *Revista internacional de arbitraje*, 2005.55 ; Derains & Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Oxford, 1998.113 sq; Jarvin, La validité de la clause arbitrale vis-à-vis des tiers non signataires de la clause – Examen de la doctrine de Groupe de Société dans l'arbitrage CCI, *RDAI*, 1995.730 ; Sandrock, Arbitration Agreements and Groups of Companies, *Mélanges Lalive*, Genibra, Helbing & Lichtenhahn, 1993.625; Fadlallah, Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés, *TCFDIP*, 1985.105.

[326] # 4131, CCI, *JDI*, 1983.899, Derains.

[327] CA París, 21/10/1983, *R.arb*, 1984.98, Chapelle. Para otros ejemplos, véase FGG, #501 sq.

169. También se aplica la extensión al beneficiario de una estipulación a favor de terceros porque el consentimiento que se requiere es del estipulante y es el que tiene que ejecutar la promesa. No se necesita la aceptación del beneficiario, porque su consentimiento no es condición de la generación de derechos y obligaciones, y tal cual no es tercero respecto del contrato. Por lo tanto, es lógico que el beneficiario esté ligado por el acuerdo arbitral[328].

b) El Derecho americano

Hosking, Non-Signatories and International Arbitration in the United Status: the Quest for Consent, *Arbitration International,* 2004.289

170. La noción más o menos equivalente al "falso tercero" en la *Common law* es la de "*Third party beneficiary*". Este "beneficiario" está en el Derecho anglosajón expresamente vinculado por la cláusula arbitral en relación con los derechos que está reclamando[329]. Aunque inconsistente, parece que la jurisprudencia americana también considera al beneficiario como vinculado por la cláusula compromisoria del contrato base[330].

---

[328] *Banque populaire Loire et lyonnais*, Civ[1], 11/07/2006, *Rev.arb.*, 2006.969, Larroumet.

[329] UK Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, Section 8.

[330] *Thomson-CSF S.A. v. AAA & Evans & Sutherland Computer Corp*, (2d Cir. 1995), 64 E.3rd 773, 776.

171. En lo que concierne a la teoría de los grupos de sociedades, está consagrada desde hace mucho tiempo bajo varias nociones como la del "*Piercing the corporate veil*"[331], la del "*Alter ego*"[332] o la del "*Estoppel*"[333]. Sin embargo, en tiempos recientes se ha perfilado una teoría general bajo el término de "*Group of Companies Doctrine*"[334]. Al contrario de los países de Derecho civil, el fundamento legal para los tribunales americanos para atraer al no-firmante al arbitraje es no sólo un consentimiento implícito (subrogación, tercero beneficiario) sino también el principio de equidad (que sea vía el *estoppel* o vía el principio de la buena fe)[335].

172. La posición de los países enumerados refleja también la tendencia general de la doctrina[336], y para ciertos autores

---

[331] *Smith/Enron Co-Generation Ltd Partnership, Ic v. Enron Devp't Corp*, (2d Cir. 1999), 198 F.3d 88, 97.

[332] *ARW Exploration Corp v. Aguirre*, (D. Utah 2001), AG, No 2:01CV049K.

[333] *In re Currency Conversión Fee Antitrust Litigation*, (SDNY 2003), No MDL1409, M21-95.

[334] *JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile*, (4th Cir. 1988), SA, 863 F.2d 315.

[335] Hosking, Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent, *Arbitration International*, 2004.289, 295 sq.

[336] Y de otros países como Alemania por ejemplo (véase: OLG Duesseldorf, 19/05/2006, *SchiedsVZ*, 2006.331).

son reglas integrales de la *lex mercatoria*[337], considerando así que es posible atraer no-firmantes a procedimientos arbitrales; esto además, como lo hemos visto, la firma en sí no es un requisito de validez del pacto arbitral. La misma postura se verifica en el Derecho mexicano.

c) El Derecho mexicano

173. Como una forma de prólogo es interesante subrayar que el Código Civil Federal no establece *expresis verbis* el principio *res inter alios acta* como lo hace su predecesor intelectual el Código Civil francés en su artículo 1165. De manera implícita, se puede pretender descubrir el efecto relativo de los contratos en el artículo 1792 que establece que éstos son "acuerdos de dos o más personas" y que, *a contrario*, lo que no han "acordado" no forma parte del contrato – son *penitus extranei*.

174. Ahora bien, antes de ver más a detalle cómo se puede integrar la teoría de los grupos de contratos en el Derecho mexicano, es menester reproducir *in extenso,* una tesis muy interesante del Primer Circuito que dice a la letra:

> ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS.

---

[337] Lord Justice Mustill, The new lex mercatoria: The first twenty five years, *Arbitration International*, 1988.86 [Regla # 8]; Berger, *The creeping codification of lex mercatoria*, Kluwer Law International, 1999.300 [Regla # 50].

En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos, consistiendo los primeros en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. Conforme al primero de los preceptos invocados, el acuerdo de arbitraje se celebra entre las partes y obliga a las mismas, lo que significa que, en principio, **los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto, sin embargo, existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral**, como ocurre tratándose de su transmisión a terceros, situación que conduce, entonces, al análisis de esa transmisión para determinar si, efectivamente, la misma se produjo con todas sus consecuencias inherentes, ya que el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, **no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, inter partes**. Entre los supuestos en que pueden verse envueltos en el ámbito del convenio arbitral quienes no fueron partes originarias en el mismo, se encuentra la cesión de derechos que, como acto jurídico que implica la sustitución del acreedor en términos de los artículos 2029 y 2032 del Código Civil Federal, puede implicar la transmisión de la cláusula compromisoria, dado que el **causahabiente** a título

particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante ni quedar exento del compromiso arbitral en perjuicio del deudor, ya que, de lo contrario, éste quedaría burlado en cuanto a la certeza de quien deba resolver el conflicto que llegue a suscitarse. Empero, el hecho de que se realice la transmisión mencionada no significa que, en todos los casos, el convenio arbitral resulte eficaz, por lo que corresponde a quien analice ese pacto arbitral y su transmisión, es decir, a las autoridades judiciales o a los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para **comprobar en cada ocasión si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual** o, por el contrario, es sólo válido respecto a alguno o algunos de los contratos. De esta forma, el convenio arbitral no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto al convenio arbitral, **ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida.** La anterior es una exigencia mínima de certeza y de efectivo consentimiento en comprometer[338].

[338] Amparo en revisión 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C. **Conproca**, S.A. de C.V. y otra. 14/12/ 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

La tesis reproducida pone en realce tanto la noción de causahabiente – que igual que en el Derecho francés tiene su origen en las reglas sobre sucesiones[339]-, como la de cadena contractual, subordinando la transmisión a un pacto expreso en este sentido.

175. Vimos que el acuerdo arbitral circula en la cadena contractual por el hecho de que el co-contratante extremo final es causahabiente del contratante anterior. En este sentido, no cabe duda de que el Derecho mexicano puede admitir sin ninguna dificultad la transmisión de la cláusula compromisoria en las cadenas homogéneas y heterogéneas. Sin embargo, la tesis mencionada subordina la transmisión al requisito que:

> "aún existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida".

Aunque la formulación no parece equivocada, opinamos que hay una cierta confusión conceptual. Hay que distinguir entre la situación en donde estamos en presencia de un contrato marco y varios contratos sucesivos, y la hipótesis que nos ocupa. No cabe duda de que en el primer caso no se puede presumir tal cual la transmisión del acuerdo arbitral en el primer contrato a los demás contratos posteriores salvo prueba de la voluntad

[339] Art. 1281 CCF.

contraria. Sin embargo, en el segundo caso las circunstancias son distintas como lo hemos demostrado según la noción del causahabiente.

176. Ahora bien, no obstante que las jurisdicciones francesas han rechazado extender la cláusula arbitral en los grupos de contratos en donde no hay ninguna transferencia de un bien, puede interrogarse si no hubiera la posibilidad de adoptar otra solución en el Derecho mexicano. En efecto, como lo ha escrito Durry en Francia, lo que importa es la previsibilidad de las soluciones y no tanto el hecho de calificar a alguna de las partes como tercero al contrato[340], porque al final de cuentas el contrato es nada más, para tomar la fórmula histórica de Hauriou, la tentativa más extensa para establecer la dominación de la voluntad humana sobre los hechos, integrándola por avanza en un acta de previsión[341]. Si hay un litigio en relación con el contrato base que contiene el acuerdo arbitral, tiene que ser lógico que sea sometido al arbitraje, aunque el que lo inicie sea *a priori* un tercero.

177. En este contexto es menester señalar una tesis aislada que tiene una cierta importancia para nuestro propósito. Según el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del

---

340 *RTDC*, 1980.355.

341 Hauriou, *Principes de droit public*, 1910.206.

Primer Circuito[342], el acuerdo arbitral puede ser transmitido, y la operación se analiza como una cesión de derechos en los términos del Código Civil Federal[343], y no como un derecho procesal (un derecho al arbitraje), sino como un derecho de saber cómo se resolverán las controversias sobre los derechos cedidos. En otras palabras, el deudor tiene el derecho adquirido de ir al arbitraje porque así se pactó en el convenio inicial. La calificación de la transmisión del acuerdo arbitral como cesión de derechos también tiene por consecuencia que, según el artículo 2030 del mismo Código, no se necesite el consentimiento del deudor, a menos que se haya convenido en el contrato inicial que no opere ninguna cesión. Ahora bien, tal afirmación podría contradecir el principio de la autonomía del acuerdo arbitral en el sentido de que, si la cesión del contrato principal se hizo, no quiere decir que hubiera también una cesión del acuerdo arbitral si éste era un contrato independiente. Sin embargo, como lo hemos visto, la cláusula compromisoria representa para el deudor un derecho a la certeza jurídica y no puede ser disociado de la economía general del contrato principal, salvo pacto en contrario que tenga prevista expresamente la exclusión de la transmisión del acuerdo arbitral. En otras palabras, aunque el fallo no lo diga, se puede afirmar que el derecho a la certeza jurídica sigue como accesorio al principal tal como lo prevé el artículo 2032 del Código Civil

---

[342] Amparo en revisión 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C. **Conproca**, S.A. de C.V. y otra. 14/12/ 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

[343] Art. 2029 sq.

Federal en su enumeración no limitativa. El fallo antes citado también subraya que, no obstante la cesión automática del acuerdo arbitral con el derecho cedido, este primero no pierde su autonomía con respecto al contrato principal, consagrando así, sin saberlo, el punto de vista defendido por Pierre Mayer[344].

178. En conclusión, no cabe duda de que, si uno se aventura en el camino anteriormente descrito, es la definición misma del contrato la que se verá afectada, cambiada. La fuerza obligatoria del contrato ya no tendría su fuente en el intercambio de los consentimientos, sino en la Ley que la aprehendería como un instrumento socialmente indispensable para organizar el futuro y facilitar el negocio de los bienes y servicios. Ahora bien, en este contexto, el acento está puesto sobre la Ley como fuente de los derechos y obligaciones y tal punto de vista se opone a lo que hemos sostenido al respecto del contrato sin Ley[345], a saber que la fuente exclusiva del contrato es justamente el consentimiento, que actúa como *Grundnorm* fundamental para la validez de la creación de las obligaciones y derechos de los contratantes. Sin duda alguna, existe ahí una contradicción que sólo puede ser resuelta por una *boutade*:

---

[344] Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, *Rev. arb.*, 1998.359, #5.

[345] Graham, Breves observaciones sobre el contrato sin Ley en material internacional, *Revista internacional de Derecho y Ciencias sociales*, #8, 2006. 74.

LECCIÓN 5: LA TRANSMISIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

179. Como cualquier contrato, el acuerdo arbitral puede ser transmitido a terceros por efecto de la autonomía de la voluntad o por efectos de la Ley. Consecuentemente se debe distinguir entre la transmisión convencional y la transmisión legal.

5.1 La transmisión convencional

180. El *modus operandi* más frecuente en materia de transmisión convencional es sin duda la cesión de derechos, sin por lo tanto desestimar la importancia de otras formas de transmisión convencional.

5.1.1 La cesión de derechos

181. No es fácil determinar la Ley aplicable a la cesión de derechos en ausencia de doctrina y tesis sobre el tema. Debido a que no existe ninguna regla de conflicto especial, se aplicará la regla general de la autonomía de la voluntad, o la Ley que tiene los vínculos más estrechos, tal como lo dispone el artículo 9 de la Convención de México. Ahora bien, se puede pretender que por analogía a la Convención de Roma[346], esa Ley es la *lex contractus* del contrato cedido. Esa Ley determinará el carácter transferible del mismo, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor.

182. Según una tesis aislada del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito[347], el acuerdo arbitral

---

[346] Art. 12.

[347] Amparo en revisión 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C. **Conproca, S.A. de C.V. y otra**. 14/12/2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

puede ser transmitido, y la operación se analiza como una cesión de derechos en los términos del Código Civil Federal[348]. Es interesante mencionar que el Tribunal no considera al acuerdo arbitral como un derecho procesal (un derecho al arbitraje), sino como un derecho a la certeza jurídica, quiere decir un derecho substancial de saber cómo se resolverán las controversias sobre los derechos cedidos. En otras palabras, las partes tienen el derecho adquirido de ir al arbitraje porque así se pactó en el convenio inicial.

183. La calificación de la transmisión del acuerdo arbitral como cesión de derechos también tiene por consecuencia que según el artículo 2030 CCF no se necesite el consentimiento del deudor, a menos que se haya convenido en el contrato inicial no operar ninguna cesión. Ahora bien, tal afirmación podría contradecir el principio de la autonomía del acuerdo arbitral en el sentido de que si la cesión del contrato principal se hizo no quiere decir que había también una cesión del acuerdo arbitral si éste es un contrato independiente. Sin embargo, como lo hemos visto, la cláusula compromisoria representa para el deudor un derecho a la certeza jurídica y no puede ser disociado de la economía general del contrato principal, salvo pacto en contrario que tenga previsto expresamente la exclusión de la transmisión del acuerdo arbitral. El fallo antes citado también subraya que no obstante la cesión automática del acuerdo arbitral con el derecho cedido, este primero no pierde su autonomía con respecto al contrato principal.

[348] Art. 2029 sq.

Para el futuro, se recomienda la adopción de una regla material de la automaticidad de la transmisión del acuerdo arbitral, salvo pacto contrario expreso.

5.1.2 Otras formas de transmisión convencional

184. Se puede afirmar que la Ley aplicable a la nueva situación contractual que sigue la cesión es la del contrato de origen y que ésta determina el carácter transferible del mismo, la relación entre el cesionario y el deudor, las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor y el carácter liberatorio de la prestación hecha por el deudor, que sea para la subrogación convencional, la delegación o la estipulación a favor de terceros. En el caso de una fusión entre dos sociedades, la Ley competente para determinar los efectos de las cláusulas compromisorias pactadas por las sociedades anteriores con los terceros es la *lex contractus* de los contratos que contienen dicho acuerdo arbitral.

5.2 La transmisión legal

185. No existen muchos presupuestos de transmisión legal en el Derecho mexicano, y tampoco se establece una regla de conflicto clara en la materia. En ausencia de una regla de conflicto específica en la materia, la Ley competente para regular los efectos del acuerdo arbitral en el caso de una transmisión prevista por la Ley tiene que ser la Ley de la institución. Según la excelente fórmula del profesor

Lagarde, se trata de la Ley "que regula la obligación del *solvens* de pagar, si esta obligación existe, y si no existe, la Ley que regula las relaciones jurídicas establecidas entre el *solvens* y el acreedor y que ha obligado al primero a pagar al segundo"[349]. Ahora bien, los casos más frecuentes de transmisión legal en el Derecho mexicano son los de la sucesión, la subrogación legal y los contratos de arrendamiento en caso de cambio de propietario.

5.2.1 En materia de sucesiones

186. En virtud de que la sucesión se hace *ab intestat*, los herederos continúan con el patrimonio del *de cujus* a título universal, quiere decir que sustituyen al *de cujus* en sus derechos y obligaciones[350]. Consecuentemente, son también vinculados por el acuerdo arbitral del convenio que hereden. El legatario a su vez está vinculado por el acuerdo arbitral del contrato que el *de cujus* le transmitió por testamento.

5.2.2 En materia de subrogación legal

187. Según el artículo 2058 del Código Civil Federal:

> La subrogación se verifica por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

[349] Obs. Lagarde bajo Civ[1], 17/03/1970, *Rev. crit.*, 1970.688, 697.

[350] Art. 1281 CCF.

> - cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;
> - cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;
> - cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;
> - cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

También hay subrogación legal cuando,

> la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedara subrogado por ministerio de la Ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato[351].

No existe ninguna razón para pensar que el subrogado no se encuentra vinculado por el acuerdo arbitral ya que justamente se subroga en todos los derechos y obligaciones del deudor; y vimos que la cláusula arbitral se analiza como un derecho a la certeza jurídica, que es uno de los efectos que produce el acuerdo arbitral.

[351] Art. 2059 CCF.

LECCIÓN 6: LOS EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL

188. La competencia es un juego de espejo entre el reflejo y lo reflejado: si el tribunal arbitral es competente, el tribunal judicial tiene que ser incompetente, y *viceversa*. Es lo que la doctrina llama el efecto positivo y negativo del acuerdo arbitral[352]. Positivamente, el acuerdo arbitral atribuye competencia a los árbitros; negativamente, el acuerdo arbitral impide a los jueces de conocer del asunto. Por lo tanto, para impedir un arbitraje, la parte tiene que comprobar la incompetencia del tribunal arbitral y la competencia del tribunal judicial. Sin embargo, lo anterior hace sólo sentido si el acuerdo arbitral es válido, aún en caso de nulidad del contrato base, lo que la doctrina conoce como el principio de la autonomía del acuerdo arbitral.

[352] Gaillard, L'effet négatif de la compétence-compétence, *Mélanges Poudret*, 1999.387.

6.1 La autonomía del acuerdo arbitral

Mayer, The Limits of the Severability of the Arbitration Clause, in: *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, Kluwer, 1999. 261.

189. La utilización del término "cláusula compromisoria" puede hacer pensar que, si el contrato base es nulo, lógicamente la cláusula compromisoria – parte del contrato base – también desaparece con el resto del clausulado del contrato. La expresión "acuerdo arbitral" que utiliza el Derecho mexicano en este sentido permite más fácilmente entender por qué la mencionada "cláusula compromisoria" no está afectada por la nulidad del contrato base, lo que se conoce bajo el término del principio de autonomía:

> En la actualidad, en la doctrina jurídica se acepta la autonomía de la cláusula arbitral frente a las demás cláusulas del contrato donde aquélla está incluida, siguiendo lo así dispuesto en el artículo 24 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. El legislador en México no se quedó a la zaga en cuanto al reconocimiento de la autonomía de la cláusula

compromisoria, y en la reforma al artículo 1432 del Código de Comercio[353].

190. Lo anterior da a pensar que se trata de dos contratos distintos, y que el acuerdo arbitral no es el accesorio del contrato principal, sino que se trata de un acuerdo independiente. Sin embargo, tampoco es seguro que tal presentación sea la mejor, dado que obviamente el acuerdo arbitral no tiene sentido si no existe un contrato base, y por lo tanto de cierta manera es accesorio. Viceversa, si es accesorio pues será automáticamente nulo si el principal es nulo. La mejor manera de explicar las cosas consiste en ver el dilemna bajo otro prisma, a saber el del objeto: es objeto del contrato arbitral cualquier disputa en relación con un contrato base. Se trata de dos contratos totalmente autónomos, y cuando, por ejemplo, la disputa se determina sobre la existencia misma del contrato base, pues entra en el objeto del pacto de arbitraje.

191. Este principio de la autonomía, también llamado principio de separabilidad, obviamente no impide que un acuerdo arbitral *per se* pueda ser también nulo, pero bajo su propia Ley aplicable y sus causales. Consecuentemente, es posible tener un contrato base nulo y un pacto arbitral válido; un contrato base válido y un pacto arbitral nulo; el contrato base y el pacto arbitral nulo. Si bien no cabe duda de que un tribunal arbitral tiene competencia para

[353] **Contradicción de tesis 51/2005-PS**. ENTRE LAS SUSTENTADAS POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS SEXTO Y DÉCIMO, AMBOS EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. 11/01/2006.

pronunciarse sobre la nulidad del contrato base – en virtud de la autonomía de la claúsula arbitral –, diferente es la situación en relación con la litis sobre la validez del propio acuerdo de arbitraje, lo que se conoce como el principio de la *kompetenz-kompetenz*.

6.2 La *kompetenz-kompetenz* del tribunal arbitral

Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, tesis doctoral, Universidad de Paris 2, 2011; Gaillard, L'effet négatif de la compétence-compétence, *Mélanges Poudret*, 1999.387.

192. Veremos primero lo que tiene por consecuencia el principio de la competencia de la competencia ("*kompetenz-kompetenz*"), para después explicar el sistema de control judicial que existe en caso de que se impugne el principio en cuestión.

6.1.1 El principio de la kompetenz-kompetenz

193. Es un *leitmotif* de la doctrina arbitral que los árbitros tienen la *kompetenz-kompetenz*, o sea la competencia de poder pronunciarse sobre el hecho de si el tribunal arbitral tiene competencia o no para conocer del caso. El Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha resumido de la siguiente manera en qué consisten los

efectos del acuerdo arbitral:

> En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos, consistiendo los primeros en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto.[…][354].

194. Sin embargo, la *kompetenz-kompetenz* no es *a priori* tan obvia como la doctrina quiere pensar. En efecto, la situación es distinta en materia arbitral que en materia judicial. El principio de la *kompetenz-kompetenz*, según la expresión de Jellinek[355], tiene su origen jurisprudencial en

---

[354] ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. Amparo en revisión 442/2004. **Conproca**, S.A. de C.V. y otra. 14/12/2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

[355] Jellineck, *Allgemeine Staatslehre*, 1922.

un fallo de la Corte Constitucional alemana[356], que se encontró en una situación imposible, cuando en algunos de sus asuntos, una de las partes alegó la incompetencia de la corte. Al no tener superior jerárquico y por la separación de los tres poderes, el tribunal constitucional no tuvo otra opción más que decretar su propia competencia para pronunciarse sobre su competencia. Además, siendo un tribunal constitucional, es lógico pensar que no tiene que tener otra autoridad que dicta al tribunal constitucional su competencia. Es el concepto puro de la *kompetenz-kompetenz* según la doctrina de Jellineck: no hay ninguna otra autoridad que pueda definir o limitar la competencia sobre el órgano que tiene la competencia. En materia de arbitraje, es lógico pensar que no existe una *kompetenz-kompetenz* pura, porque implicaría que no hubiera ningún control judicial sobre el laudo. Al contrario, tiene sentido que es el tribunal judicial el que puede pronunciarse sobre la competencia del tribunal arbitral. La insistencia de la doctrina por promover la *kompetenz-kompetenz* en realidad obedece fundamentalmente a razones prácticas: evitar que se obstaculice el arbitraje con peticiones de incompetencia ante los tribunales judiciales. Dos puntos han de ser subrayados. En primer lugar, si bien es cierto que al privilegiar la *kompetenz-kompetenz* del tribunal arbitral se gana tiempo al inicio del arbitraje, es también cierto que se

---

[356] Lerche, "Kompetenz-Kompetenz" und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *in*: Ipsen *et al.*, *Verfassungsrecht im Wandel*, Heymanns, 1995.409). Sin embargo, resulta que, en materia de arbitraje, Alemania durante muchas décadas rechazó el principio de la *kompetenz-kompetenz*, mientras que fue Francia el primer país al reconocerla (*Caulliez,* Com, 22/02/1949, JCP 1949 II 4899, Motulsky).

puede perder tiempo al final si el laudo es declarado nulo por incompetencia del tribunal arbitral. Sin embargo, si los árbitros cumplen cabalmente con su misión, tal riesgo es mínimo. En segundo lugar, que es el más importante, no es cierto que la *kompetenz-kompetenz* resulta en la abdicación del Estado de su "soberanía judicial". La regla de la *kompetenz-kompetenz* es una regla cronológica y no jerárquica[357]; los primeros en pronunciarse son los árbitros, mientras que la última palabra le pertenece al juez al momento del control del laudo en el recurso de nulidad o de ejecución del laudo. En este sentido, no se trata de una *kompetenz-kompetenz* en el sentido jellinekano, sino de una adaptación del mismo principio con un efecto atenuado. En otras palabras, lo que la doctrina llama el efecto positivo del principio de la competencia-competencia[358] es el poder del tribunal arbitral de pronunciarse sobre su propia competencia en caso de impugnación. El efecto negativo de la *kompetenz-kompetenz* es la incompetencia del tribunal judicial para pronunciarse antes que el tribunal arbitral sobre este punto[359]. Permanece abierta la cuestión sobre si los árbitros pueden *ex officio* invocar un problema de competencia, en ausencia de cualquier objeción de las partes. Desde nuestro punto de vista, la respuesta tiene que ser afirmativa. En efecto, el Tribunal tiene, entre otros, el objetivo de hacer sus mayores esfuerzos para emitir un laudo que sea ejecutable, y por tal motivo tiene que verificar

---

[357] FGG, #660.

[358] FGG, #624.

[359] Gaillard, L'effet négatif de la compétence-compétence, *Mélanges Poudret*, 1999.387.

su competencia según la Ley del lugar de la sede del arbitraje y la Ley del lugar de ejecución, si este último es conocido por los árbitros.

195. La cuestión de la competencia se examina normalmente *in limine litis*, sin impedirle al Tribunal que pronuncie su decisión sobre el fondo. En efecto, no es posible siempre decidir sobre la competencia sin tomar en cuenta aspectos sustantivos del caso. En este sentido, el Tribunal puede pronunciarse sobre su competencia en el laudo final, aunque fuera una situación posible de evitarse.

196. Ahora bien, la *kompetenz-kompetenz* está contemplada en México por el artículo 1432 Ccom[360], retomando así una tesis antigua de la SCJN[361]. Sin embargo, hasta la fecha, la SCJN considera que no es posible que un tribunal arbitral, que es el producto de una cláusula compromisoria, pueda constituirse para pronunciarse sobre la nulidad de este mismo; en efecto, si el acuerdo es nulo, está reputado a nunca haber existido. Y tal es la posición de la SCJN que, en su fallo, que constituye un precedente obligatorio para los tribunales inferiores, concluyó:

> La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus

[360] Art. 16 UNCITRAL.

[361] Amparo civil en revisión 5820/37. **Romero y Andrade Francisco Lauro**. 10/09/1938. Unanimidad de cuatro votos.

derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, **la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional,** quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula

> compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva[362].

El Derecho mexicano se opone así a los demás países[363] con su postura retrógrada y altamente perjudicial para el arbitraje. La tesis se inscribe en un movimiento fuerte a favor de la soberanía judicial que colma con la jurisprudencia sobre la obligación de obtener la homologación de los tribunales judiciales para que el laudo tenga efectos legales[364], y negando así la *kompetenz-kompetenz* a los árbitros con respecto al acuerdo arbitral, lo que es bastante lamentable porque el control judicial previsto legislativamente es más que suficiente como lo veremos ahora.

---

[362] ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. **Contradicción de tesis 51/2005-PS.** Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 11/01/2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. LICENCIADO MANUEL DE JESÚS SANTIZO RINCÓN, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis.- México, Distrito Federal, treinta de marzo de dos mil seis.

[363] De los pocos países que tienen la misma línea que México, se puede citar a Qatar, que también considera que la cuestión de la validez de la cláusula compromisoria es una cuestión de orden público, y por lo tanto solamente los tribunales estatales pueden pronunciarse sobre esta cuestión (Cass, 18/04/2017, No. 65-2017).

[364] *Infra* # 523.

6.1.2 El control judicial de la kompetenz-kompetenz

197. La Ley arbitral prevé sólo un control indirecto sobre la competencia del tribunal arbitral, sea en el momento de una acción de remisión del asunto ante un tribunal judicial o en el del control del laudo rendido. Sin embargo, la jurisprudencia ha decidido que también es posible someter directamente el pacto arbitral al control judicial, no obstante el principio de la *kompetenz-kompetenz*.

A – El control indirecto

198. El principio de la *kompetenz-kompetenz* implica, como lo vimos, una regla de prioridad con respeto a los tribunales judiciales, sin por lo tanto ser absoluta. La acción prevista por el 1424 Ccom[365] no es un control de los acuerdos arbitrales sino un mecanismo de remisión: se remite cualquier litigio objeto de un acuerdo arbitral al tribunal arbitral… salvo que el acuerdo arbitral sea nulo, ineficaz o de imposible ejecución. Como se puede ver, no es propiamente una excepción a la *kompetenz-kompetenz*, sino al contrario, es una herramienta para reforzar la competencia de los árbitros. Los tribunales judiciales no pueden decidir sobre asuntos objeto de una cláusula compromisoria. Corresponde a la parte que solicita la remisión del litigio comprobar la existencia del acuerdo arbitral; a la contraparte, comprobar que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o de imposible ejecución, según lo

[365] Art. 8 UNCITRAL.

dispuesto en el art. 1424 Ccom.

199. Ahora bien, es cierto que una cierta estrategia legal permite obtener un control sobre el acuerdo arbitral de manera disfrazada: es suficiente presentar el litigio ante el juez, lo que obliga a la contraparte a alegar el acuerdo arbitral para la remisión al arbitraje, lo que da oportunidad a la parte actora para alegar la nulidad de la cláusula arbitral. Aún así, no estamos en una situación de excepción al principio de la *kompetenz-kompetenz*, porque este control judicial indirecto tiene que ser sólo un control *prima facie*, tal como lo ordena el art. 1465 b) Ccom, que prevé que las causales de nulidad y otras excepciones que sean "notorias" (*i.e.* identificables a primera vista) puedan dar pauta a la no-remisión del litigio al arbitraje. Finalmente, en el momento de una acción de nulidad o de oposición a la ejecución del laudo, es obvio que los tribunales judiciales también tienen la facultad de revisar la idoneidad de la decisión del tribunal arbitral de haberse considerado como (in)competente. Finalmente, se debe remitir cualquier litigio objeto de un acuerdo arbitral al tribunal arbitral, salvo que el acuerdo arbitral sea nulo, ineficaz porque ya no surte efectos, o de imposible ejecución aunque aún surta efectos.

a) El acuerdo nulo

200. Conforme a la Convención de Nueva York, un acuerdo es nulo si tiene un vicio de origen según la Ley aplicable al

acuerdo arbitral. Si se trata de la Ley mexicana, debe referirse al artículo 1795 del Código Civil Federal que habla de la "invalidez", entiéndase como nulidad, del contrato por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; por ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato; o por vicios de consentimiento. En el caso *ADT*, se alegó que la cláusula compromisoria era nula porque el abogado de la contraparte, quien sugirió optar para el Centro de arbitraje de la CANACO, ocultó que él es miembro de la Comisión arbitral de dicho Centro, que está a cargo de designar en su caso a los árbitros de esta misma institución. Y por lo tanto se dio un consentimiento viciado por dolo. Sin embargo, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que:

> No se puede generalizar de parcial la actuación de toda la institución designada para la tramitación el procedimiento de arbitraje, solo por el hecho de que uno de sus miembros sea abogado de una de las partes contratantes o porque tenga amistad con el abogado de uno de las partes contratantes, pues cabe la posibilidad de que en los distintos procedimientos arbitrales instituciones o agrupaciones, sus miembros siempre estarían de acuerdo en la toma de decisiones, con los integrantes de su misma agrupación o siempre procurarían su beneficio, lo que no es lógico porque por su naturaleza el hombre tiene capacidad para expresar su voluntad y timar decisiones propias[366].

[366] DC 3782/2002, 3/5/02.

Ahora bien, no obstante que el acuerdo no sea nulo, aún puede ser ineficaz.

b) El acuerdo ineficaz

201. Se trata de la hipótesis, tanto en el Código de Comercio como en la Convención de Nueva York, en la cual un acuerdo arbitral es existente y válido, pero por varias razones ha cesado en sus efectos, que sería el caso de una renuncia expresa por ambas partes al arbitraje o a la sujeción voluntaria de ambas partes a la jurisdicción estatal; o si la controversia ya ha sido objeto de una decisión judicial; o que el acuerdo designe nominalmente a un árbitro que ha fallecido; o en presencia de una designación de una institución que al momento de la controversia ya no existe, etcétera. Tampoco podrán producirse los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral en un pacto de sujeción a la jurisdicción estatal. De la misma forma si el plazo en el que debía acudirse al arbitraje, en caso de existir pacto sobre esa vigencia temporal, ha fenecido, porque en tal caso opera la prescripción en su vertiente negativa, liberadora de obligaciones:

> ARBITRAJE MERCANTIL. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INEFICACIA DEL ACUERDO DE. Un acuerdo de arbitraje es ineficaz cuando hay algún motivo por el cual no puede producir efectos, por lo que son causas de ineficacia del acuerdo arbitral aquellas que impiden que se produzcan sus efectos, positivos o negativos, ya sea porque las partes no están facultadas y obligadas a someterse

al arbitraje, o debido a que es imposible plantear la diferencia ante un tribunal estatal. **Así, no podrán generarse los efectos del arbitraje si existe una renuncia de ambas partes al mismo,** dado que esa voluntad es prioritaria en la conformación del acuerdo y debe atenderse a ella, como se tiene que respetar en el caso opuesto, esto es, cuando se pacte el convenio arbitral, en atención a que la voluntad de las partes es la base toral de las convenciones mercantiles. Desde luego, esa renuncia deberá constar de manera expresa e indubitable, porque de esa misma forma tiene que obrar el acuerdo arbitral en aras de la certeza y de la constatación del efectivo consentimiento en comprometer, y la exigencia que para ese acuerdo se impone debe también, por identidad de razón, regir en cuanto a la dimisión al compromiso. **Tampoco podrán surtirse los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral, pues en tal caso se sustituirá el compromiso de someterse al arbitraje por el pacto de sujetarse a la jurisdicción estatal, es decir, una obligación primigenia por una posterior, acorde a la naturaleza de esa figura que se regula en el artículo 2213 del Código Civil Federal. De la misma forma, si el plazo en que debía acudirse al arbitraje, en caso de existir pacto sobre esa vigencia temporal o aplicarse el previsto legalmente de manera genérica, ha fenecido, porque en tal caso opera la prescripción en su vertiente negativa, liberadora de obligaciones,** conforme a los artículos 1135 y 1158 del Código Civil Federal, en relación con los artículos 1038 y 1047 del Código de Comercio. **Similar imposibilidad de producción de efectos del pacto arbitral se dará si un tribunal estatal resolvió la controversia sin oposición de las partes, o cuando la sentencia judicial ha causado ejecutoria, dada la firmeza que ello produce y el**

> **respeto que debe darse a la cosa juzgada, lo cual impedirá a las partes someter al arbitraje una cuestión ya fallada por un órgano del Estado, quien tampoco podrá hacer la remisión correspondiente. La muerte o incapacidad de los árbitros, en caso de que hayan sido designados nominalmente en el convenio arbitral y no se haya previsto en este último la posibilidad de sustituirlos, también provoca que no pueda producir efectos dicho pacto, dado que no habrá tribunal arbitral que conozca del asunto y al cual deba remitir la autoridad judicial.** Los anteriores supuestos relacionados con la falta de capacidad para que el acuerdo de arbitraje surta sus efectos, esto es, con su ineficacia, son enunciativos y no limitativos, ciertamente, pero revelan que el juzgador que se pronuncia sobre esa cuestión debe constreñirse a verificar si existe un motivo que impida que los referidos efectos se produzcan[367].

En este sentido, no es una causa de ineficacia del acuerdo arbitral, la imposibilidad para una parte de cubrir los costos de un procedimiento arbitral:

> ARBITRAJE MERCANTIL. LA INSOLVENCIA ECONÓMICA DE ALGUNA DE LAS PARTES QUE IMPIDA CUBRIR LOS HONORARIOS DE LOS ÁRBITROS NO ES UNA CAUSA DE INEFICACIA DEL ACUERDO DE. **Las causas de ineficacia de un acuerdo de arbitraje atienden al contenido del propio acuerdo que impide que se produzcan sus efectos; de manera que las partes no estén**

[367] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 465/2005. **Servicios Administrativos de Emergencia**, S.A. de C.V. 02/09/2005. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

facultadas y obligadas, correlativamente, a someterse al arbitraje, y que no les sea dable plantear el diferendo ante el tribunal del Estado, pero la facultad, obligación e impedimento de que se trata no puede derivar de aspectos que se relacionan con las consecuencias económicas propias del convenio arbitral, como el pago de honorarios y gastos a los árbitros y al órgano administrador del procedimiento de composición privada, ya que la naturaleza del arbitraje comercial entraña que, por regla general, serán una o más personas, físicas o morales, pero de naturaleza privada, quienes intervendrán en la administración y decisión de la controversia a que se refiera el correspondiente acuerdo de arbitraje, y es menester que para desempeñar su función voluntariamente convenida por las partes éstas cubran tales expensas, pues no rige en tal supuesto el imperativo de gratuidad previsto en el artículo 17 constitucional que tiene como sujeto pasivo a las autoridades estatales encargadas de impartir justicia. La exigencia de que a los árbitros y a los administradores del arbitraje, en materia comercial, les sean cubiertos sus honorarios, de acuerdo con la indicada naturaleza de ese procedimiento de carácter privado, por la materia y por la calidad de quienes intervienen en su sustanciación y decisión, está contemplada en los artículos 1416, fracción IV, 1452, 1453, 1454, 1455 y 1456 del Código de Comercio, cuya lectura sistemática permite colegir que los honorarios y gastos, bajo el concepto de costas definido por el legislador, son inherentes al arbitraje comercial, **de modo que la insolvencia económica de alguna de las partes no puede dar lugar a la ineficacia del convenio arbitral que**, de suyo, implica la necesidad de que se cubran las costas, haya o no pacto expreso, ya que en defecto del mismo se aplicarán las reglas legales, conforme

> a los dispositivos citados. En todo caso, la abstención de pago redundará en perjuicio de las partes, al retrasar o impedir la realización del arbitraje, pero de ninguna manera exime a las partes de su derecho y deber de someterse al arbitraje, ni de la imposibilidad de acudir ante la jurisdicción estatal, o sea, no impide que se produzcan los efectos del arbitraje, que éste tenga eficacia plena, sino que se trata de un incumplimiento a un acuerdo de voluntades y a las normas mercantiles antes invocadas, cuestión diversa a la ineficacia misma del pacto arbitral infringido por quien se niegue a cubrir las costas del mismo[368],

Y tal postura no viola el derecho humano del acceso a la justicia[369], lo que sin embargo podría someterse a discusión[370]. La desaparición de un centro de arbitraje designado en el acuerdo arbitral tampoco convierte a este último en ineficaz, sino que corresponde al juez designar otro centro[371]. Aunque siendo términos muy semejantes, el Derecho distingue entre el acuerdo ineficaz y el que es de imposible ejecución.

c) El acuerdo de imposible ejecución

202. Mientras que la Convención de Nueva York habla de "inaplicabilidad", el Código de Comercio se refiere a la

---

[368] Amparo directo 465/2005 precitado.

[369] *Airbus Helicopters*, Civ[1], 13/07/2016, *Rev. arb.*, 2016.859.

[370] *Infra* #202.

[371] CA París, 20/03/2012, *Rev. arb.*, 2012.805, nota Kuhner.

"ejecución imposible". El cambio de términos no tiene consecuencias. Se trata de las situaciones en donde el acuerdo arbitral aún surte efectos (al contrario del acuerdo ineficaz), pero por razones diversas no se puede ejecutar. Por ejemplo, la cláusula compromisoria designa expresamente a un árbitro que en el momento de la controversia rechaza su nombramiento o ha fallecido. El tema más recurrente en la actualidad es el de la imposibilidad de poder sufragar las gastos y costos del procedimiento arbitral[372]. Como lo hemos visto, los tribunales arbitrales han considerado que no es causa de ineficacia, y por lo tanto tampoco de imposible ejecución del acuerdo arbitral, la falta de recursos de financiación[373]. Sin embargo, es de preguntarse si tal jurisprudencia aún tiene sentido en el marco de la protección constitucional y convencional de los Derechos humanos, visto que se viola de una u otra manera el derecho humano al acceso de la justicia, ya que en presencia del acuerdo arbitral, el camino a los juzgados estatales también está cerrado. Sin embargo, en virtud de la protección de los derechos humanos, la jurisdicción estatal tiene que decretar su competencia, si la imposibilidad económica está debidamente comprobada. Por ejemplo, si la parte actora es una empresa en concurso mercantil sin recursos para pagar las provisiones del arbitraje, pero que si gana la litis puede recuperar una suma importante, es de debido derecho que la justicia estatal conozca el asunto.

---

[372] Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, tesis doctoral, Universidad de París 2, 2011.

[373] Amparo directo 465/2005 precitado.

B – El control directo

203. En un caso inédito[374], la parte actora no presentó ante la autoridad judicial el fondo del asunto, hipótesis prevista por el art. 1424 Ccom[375], sino la propia cuestión de la nulidad del acuerdo arbitral. El Juez Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal resolvió que la demanda de nulidad del acuerdo es tácitamente parte del presupuesto del artículo 1424 Ccom y que consecuentemente no se puede remitir al arbitraje hasta que se resuelva sobre la nulidad o no del acuerdo arbitral. Sin embargo, no se trataba de saber si la hipótesis de una demanda de nulidad del acuerdo arbitral entra en el presupuesto del artículo 1424, sino que en realidad se trata de saber cuál es el valor del principio de la *kompetenz-kompetenz*, tal como lo dispone el artículo 1432 Ccom[376], que justamente establece que es el tribunal arbitral que tiene que pronunciarse sobre la validez del acuerdo. Es en este sentido que se expresó el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

> ARBITRAJE. CUANDO ALGUNA DE LAS PARTES QUE INTERVIENE EN ESE ACUERDO EJERCE LA ACCIÓN PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE RESOLVERLA AL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA Y NO AL ÁRBITRO.

---

[374] Amparo 556/2004-I, 11/08/2004.

[375] Art. 8 UNCITRAL.

[376] Art. 16 UNCITRAL.

> Si bien el arbitraje es un procedimiento al que se someten las partes para dirimir un conflicto, y en él se establecen las condiciones a través de las cuales se llevará a cabo la ejecución de la cláusula compromisoria, éste es un contrato autónomo con vida jurídica propia. En tal virtud, al existir diferencia entre ambos conceptos, cuando alguna de las partes que intervinieron en el acuerdo de arbitraje, ejerce la acción prevista en el artículo 1424, primera parte, del Código de Comercio, corresponde al Juez y no al árbitro resolver la acción, ya que dicho precepto le confiere esa competencia, sin que ello pugne con la voluntad de las partes, porque la cláusula compromisoria es independiente de las demás estipulaciones del contrato[377],

consagrando así una *kompetenz-kompetenz* exclusiva del tribunal arbitral. Sin embargo, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito tuvo otro punto de vista[378], consagrando una competencia concurrente, en el sentido de que estableció que el tribunal estatal tiene competencia de pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo en el presupuesto del artículo 1424, sin por lo tanto violar el artículo 1432 en la medida en la que el propio artículo 1424 autoriza al tribunal arbitral de continuar con sus actuaciones durante el procedimiento judicial. Poco tiempo después del fallo del Décimo Tribunal, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del

---

[377] Recurso en revisión, RC 3836/2004, 11/11/2004.

[378] Amparo en revisión 31/2005. **Servicio Electrónico Digital**, S.A. de C.V. 01/03/2005. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretaria: Martha Patricia Solano Hernández.

Primer Circuito a su vez se pronunció sobre la cuestión[379]. Para los magistrados, se trató de un problema de competencia de los tribunales judiciales. En efecto, una parte pide que el tribunal estatal se pronuncie sobre el caso vista la aparente nulidad del acuerdo arbitral; otra parte reclama la remisión del caso al arbitraje en razón de una aparente validez del acuerdo arbitral. Visto desde este ángulo, el juez debe pronunciarse si es competente o no para examinar el asunto. En razón de la contradicción de posiciones entre los tribunales colegiados, el caso se reenvió ante la Suprema Corte que resolvió a favor de la competencia judicial:

> La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o

[379] Amparo en revisión. RC 14/2005. **ADT Security Services**. 19/05/2005.

de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, **la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional**, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva[380]'[381] .

---

[380] ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1,424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL. **Contradicción de tesis 51/2005-PS.** Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 11/01/2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. LICENCIADO MANUEL DE JESÚS SANTIZO RINCÓN, SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, CERTIFICA: Que el rubro y texto de la anterior tesis jurisprudencial fueron aprobados por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis.- México, Distrito Federal, treinta de marzo de dos mil seis.

[381] Pereznieto & Graham, Some recent decisions on Kompetenz-Kompetenz and related issues, *RLMA*, 2006.131.

204. El artículo 1424 Ccom no puede incluir tácitamente la posibilidad de pedir al juez estatal sólo la nulidad del acuerdo arbitral porque tal no es la hipótesis de la disposición legal. Insistimos que hay dos puntos. En primer lugar, sólo el tribunal arbitral puede pronunciarse sobre el acuerdo arbitral. En segundo lugar, como corolario, si el asunto se presenta ante el tribunal judicial, se debe de remitir inmediatamente al tribunal arbitral. El Código de Comercio prevé exclusivamente un mecanismo de defensa que consiste en que cuando la parte demandada alega el contrato arbitral, la parte actora puede insistir en la competencia judicial si este acuerdo arbitral es "notoriamente" nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Con la interpretación de la SCJN, el mecanismo de defensa se vuelve un criterio positivo de competencia: se puede presentar directamente al juez una demanda de control del acuerdo arbitral; un control de fondo y no sólo de *prima facie*, como en el caso del mecanismo de defensa donde el control se opera justamente de primera vista.

PARTE 3: Los actores del arbitraje

205. Si bien históricamente, el arbitraje fue un procedimiento tripartito, demandante-demandado-árbitro, en los tiempos modernos otros actores se han agregado, como el centro de arbitraje, los *amicus curiae* en materia de arbitraje sobre inversión extranjera, y más recientemente las financiadoras. Cada uno de ellos tiene su estatuto y reglas propias a respetar, y da lugar a vínculos contractuales cruzados entre ellos, en los cuales la mayoría del tiempo la institución arbitral es el actor principal.

LECCIÓN 7: LOS CENTROS DE ARBITRAJE

206. Hoy en día, la gran mayoría de los arbitrajes son institucionales, quiere decir que es un centro de arbitraje el que maneja muchos aspectos, en particular en relación con cuestiones organizacionales del arbitraje. La multiplicación de los centros tiene lógicamente por consecuencia el aumento de usuarios insatisfechos que buscan demandar por responsabilidad a la institución arbitral, tanto por sus servicios administrativos, como, de manera errónea, por los actos jurisdiccionales de sus tribunales arbitrales. Veremos si tales acciones son admisibles, en particular si se puede pensar, a priori, que un centro de arbitraje pudiera gozar de una cierta inmunidad.

7.1 Los centros de arbitraje

207. La *London Court of International Arbitration* es probablemente el centro arbitral moderno más antiguo, visto que se fundó en 1882 (en la época denominado *The City of London Chamber of Arbitration*). Desde entonces, el número de centros no ha cesado de aumentar, y hoy en día hay una gran diversidad de instituciones arbitrales, en la medida en que todos quieren participar en el "¿gran?" negocio del arbitraje. Muchos se focalizan en el mercado local, pero con un ojo constante sobre el mercado internacional, como por ejemplo los centros latinoamericanos. Presentaremos los principales centros mexicanos, después de haber visto los centros de arbitraje que son "verdaderamente" internacionales.

7.1.1 Los centros internacionales de arbitraje

208. La multiplicación de los centros de arbitraje en los últimos años no permite presentar a todos. Ciertos centros se concentran únicamente en un mercado regional[382]. En América Latina, se intentó instaurar vía tratado internacional diversas instituciones regionales. Es así

[382] Por ejemplo: Draetta & Luzzatto,

como la Convención de Panamá prevé el CIAC[383], y en el marco del TLCAN se creó el CAMCA[384]. En realidad, ninguna de estas instituciones tuvo éxito, y por lo tanto no hay lugar a presentarlos en detalle. Las diferencias que pueden existir entre uno u otro centro arbitral consisten en, por ejemplo, los *fees* cobrados por el centro[385], las disposiciones de los reglamentos, la experiencia del centro, o simplemente no hay diferencias. Ese nuevo mercado del arbitraje, sin embargo, quedó dominado por las instituciones más antiguas y más grandes, empezando por la CCI.

A - La CCI

209. La Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio, más conocido bajo el acrónimo de "CCI", es probablemente el más grande centro de arbitraje internacional en el mundo. Fundado en 1923, presta sus servicios alrededor del

[383] En el supuesto de que la Convención de Panama fuera aplicable, y si no hay acuerdo entre las partes, son las reglas procesales de la CIAC las que se aplican (art. 3). Tal caso es excepcional. Sus reglas procesales se parecen a las del Reglamento de la UNCITRAL (*cf* Eyzaguirre, Arbitration in Latin America: The Experience of the Inter-American Commercial Arbitration Commission, *Berkeley Journal of International Law*, 1988.288).

[384] El Centro fue creado en el marco del TLCAN y provee sus propias reglas que, sin embargo, son bastante similares a las del Reglamento UNCITRAL.

[385] Es así que el CAMCA se publicita con fees muy por debajo de los centros internacionales: "*In response to international criticism of high institutional fees charged by some centres, CAMCA has provided for reasonable fees which range from US $1,250 for claims up to US $100,000 to US $7,500 for claims up to US $5,000,000*".

mundo. La institución tiene una Corte Internacional de Arbitraje, que no es un lugar físico como la imagen que se tiene de un tribunal, sino un servicio administrativo que gestiona todos los arbitrajes. Su reglamento se caracteriza por la utilización del acta de misión[386], la revisión del laudo[387], y un *fee* calculado como un porcentaje en relación con la cuantía de la litis. Muchos otros centros han copiado su modelo como por ejemplo el CAM en México[388]. Aunque es un centro considerado "caro", especialmente para litigios menores al millón de dólares, es también cierto que, por asuntos de mayor cuantía, sus *fees* están en el mismo rango que los demás centros, véase el más barato (arriba de los 500 millones de dólares)[389]. En 2016, manejó unos 966 arbitrajes, involucrando unos 3,099 partes de 137 países. Si la CCI es "el" centro europeo, del otro lado del Atlántico, es la AAA la que domina el mercado.

B - La AAA/ICDR

210. En 1926, se fundó la American Arbitration Association (AAA) con un enfoque meramente nacional. Sin embargo, por la dominación de las empresas americanas en el comercio internacional, rápidamente los arbitrajes se

[386] *Infra* # 304.

[387] *Infra* # 484.

[388] *Infra* # 465.

[389] *Cf* el estudio de Flannery & Garel, Arbitration costs compared: the sequel, *Global Arbitration Review*, 15/01/2013.

volvieron más y más internacionales. Las partes extranjeras criticaron el hecho de que la mayoría de los árbitros de la AAA fueran americanos y que todo se hiciera a la "americana". Para responder a este criticismo, la AAA creó en 1996, el International Center for Dispute Resolution (ICDR).

211. El sistema de la AAA se distingue del de la CCI al no tener un acta de misión, no revisar el laudo, y calcular los honorarios de los árbitros en horas facturables. En México, es la CANACO la que retomó el modelo, mas con respecto a los *fees* se queda en la facturación en función del porcentaje sobre el monto de la litis. Las reglas del ICDR hoy prevalecen sobre las de la AAA en materia internacional. En 2015, manejó unos 1063 casos, en los cuales la presencia americana es predominante, ya que únicamente 97 arbitrajes no involucraban a ninguna parte estadounidense. Otra institución arbitral de Common Law es la LCIA.

C - La LCIA

212. La London Court of International Arbitration tiene su raíz y su mercado en los países de *Common Law*, sin embargo, supo a través de los años internacionalizarse para proponer una tercera opción, que se distingue tanto de la CCI como de la AAA/ICDR. Si bien es cierto que como la AAA/ICDR no tiene un acta de misión, ni una revisión del

laudo, y cobra por hora, su reglamento es más flexible y tiene particularidades como, por ejemplo, la cláusula sobre las obligaciones de los abogados en el proceso arbitral. En 2016, manejó unos 303 arbitrajes, que son obviamente muchos más de los que manejan los centros nacionales.

7.1.2 Los centros nacionales de arbitraje

213. Hoy en día, la mayoría de los países tienen centros arbitrales que administran sólo arbitrajes nacionales. Unos, sin embargo, intentan posicionarse en el mercado internacional, como por ejemplo el Centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima o el de Santiago de Chile. No hay impedimento alguno para optar por tales centros, con la condición de que las partes tienen la seguridad de que pueden elegir árbitros fuera de las listas "oficiales", y que para el caso del nombramiento del presidente del tribunal arbitral hay suficientes árbitros experimentados en dicha lista. Sin embargo, no hay que olvidar que el centro presta un gran número de servicios dentro del procedimiento arbitral, y al no ser eficiente en la administración de dichos servicios, retrasos y otros problemas pueden surgir y entorpecer de manera seria el arbitraje. Por lo tanto, es importante verificar la seriedad y la experiencia del centro arbitral. Por el momento, no cabe duda de que, de los centros nacionales, los que tienen mayor relevancia en América Latina son los de México, tanto por su experiencia como por sus alianzas con grandes organizaciones internacionales, como el CAM, por ejemplo.

A - CAM

214. El Centro de Arbitraje de México (CAM) es una institución privada creada en 1997 para administrar procedimientos arbitrales en controversias nacionales. Su funcionamiento está confiado a un Consejo General, el cual interviene fundamentalmente en la designación y remoción de árbitros y en el control de calidad del laudo arbitral, y a un Secretario General, que se encarga de la administración cotidiana de los procedimientos arbitrales seguidos ante el CAM.

215. *A grosso modo* opera bajo los mismos principios y mecanismos que la CCI. El Consejo General es el equivalente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; su reglamento prevé las mismas particularidades propias de la CCI. Esto quiere decir que, entre otros aspectos, reconoce la obligación de celebrar un acta de misión y de revisar el laudo antes de notificarlo a las partes. La mayor diferencia entre la CCI y el CAM consiste en que éste prevé aranceles menos costosos que los de la CCI. El CAM también administra peritajes y los "paneles de solución de controversias" o "paneles de adjudicación de disputas", equivalentes al *Dispute Resolution Board*. En 2012, según las últimas estadísticas publicadas a la fecha, 94% de los arbitrajes fueron nacionales, con una duración promedio de 14 meses. No hay información sobre el número de casos que se gestionan por año.

216. Para fortalecer su posicionamiento en el mercado, el CAM se alió con el Instituto Tecnológico de Monterrey, la Asociación Nacional de Abogados de Empresas, así como con varios centros de arbitraje extranjeros, entre otros el de Estocolmo. Además, creó el Comité Arbitral, grupo de profesionales destacados en materia de arbitraje, con el fin de tener una asesoría experta y actualizada. En cuanto a sus aranceles, aquéllos favorecen los litigios de mayor cuantía.

B - CANACO

217. La Cámara Nacional de Comercio (CANACO) de la Ciudad de México es una de las organizaciones comerciales más importantes del país, pues agrupa a la mayor parte de quienes se dedican al ejercicio del comercio en esa ciudad. Desde su creación en 1874, esta institución ha buscado satisfacer los intereses de sus asociados y es por ello que, entre otros servicios, cuenta con un Centro de Mediación y Arbitraje Comercial, que ofrece una alternativa para la resolución de los conflictos que surjan entre sus agremiados, pero al cual pueden recurrir todas aquellas personas que así lo deseen, siempre que cumplan con las condiciones establecidas por dicho centro.

218. Esta institución está organizada mediante una Comisión de Mediación y Arbitraje Comercial, que se apoya de un

consejo consultivo, ambos formados por expertos en la materia. Como lo indica el nombre, se trata de una comisión y tal cual no tiene personalidad jurídica, la cual pertenece a la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México. Un nuevo Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la CANACO, fue adoptado en 2007, el cual no prevé el recurso de revisión de los proyectos de laudo, ni la elaboración de un acta de misión en el procedimiento arbitral. En líneas generales, la metodología de trabajo de este Centro de Arbitraje se acerca más a las reglas y formas de trabajo de la AAA, asociación con la cual tiene un convenio de colaboración a través del *International Center for Dispute Resolution* (ICDR). Los aranceles favorecen los litigios de menor cuantía. Finalmente, vale la pena mencionar que el Centro de arbitraje de la CANACO representa en México al CIAC y al CAMCA, y consecuentemente maneja sus procedimientos. La CANACO no publica estadísticas sobre el número de casos manejados por año.

7.2 La responsabilidad de los centros de arbitraje

Jarrosson, Le statut juridique de l'arbitrage administré, *Rev. arb.*, 2016.445; Elatafy, *La reponsabilité des centres d'arbitrage*, Tesis, Université Jean Moulin (Lyon 3), 2016.

219. Es bastante común que las partes, especialmente las

vencidas en el arbitraje, intenten demandar al centro de arbitraje. El fundamento *a priori* es la responsabilidad contractual basada en el contrato de administración de arbitraje, alegando que el centro no administró de manera correcta el procedimiento arbitral. Sin embargo, en la mayoría de los casos se intenta reprochar al centro lo que en realidad es un reproche al laudo y al tribunal arbitral. Es un error fundamental confundir la misión del tribunal con la misión del centro. Además, muchos reglamentos arbitrales contienen cláusulas de exoneración de responsabilidad de la institución arbitral. Esas cláusulas de "inmunidad", quiere decir de exoneración de responsabilidad, son en realidad nulas, visto que vacilan el contrato de administración de arbitraje de su substancia[390]. Es obligación del centro cumplir correctamente con su misión, y debe responsabilizarse por ello. Una vez aclarado lo anterior, se queda la cuestión de la extensión de la responsabilidad. Se requiere comprobar una falta por parte del centro, y no una decisión o acto que no complazca a una de las partes[391], siendo ciertas obligaciones de resultado (admitir la demanda si la cláusula compromisoria cumple con los requisitos), o de medio (organizar de la manera más expedita el arbitraje). Las mismas consideraciones deben aplicarse a los árbitros.

---

[390] *SNF*, CA París, 22/01/2009, *Rev. arb.*, 2010.314, Jarrosson.

[391] *Cekobanka*, TGI París, 08/10/1986, Rev. arb., 1987.367.

LECCIÓN 8: LOS ÁRBITROS

Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001

220. Con el avance de la tecnología y el desarrollo de los MLS – *Machine Learning Systems* - e IA (Inteligencia Artificial), es de preguntarse si aún el árbitro tiene que ser una persona física. Algunas legislaciones no lo permiten, como Perú, Brasil y Ecuador, porque prevén expresamente que el árbitro tiene que ser una persona física. Otras legislaciones como Chile, Colombia, México, y la Ley Modelo UNCITRAL, a falta de precisión sobre quién puede actuar como árbitro, no tendrían que oponerse a que sistemas como el DRExM[392] por ejemplo manejen el proceso arbitral. Dicho eso, por el momento es claro que una inmensa parte del arbitraje internacional está manejado por humanos, y consecuentemente, la primera pregunta que lógicamente viene a la mente es la de cuáles son los requisitos para poder actuar como árbitro, vistas la seriedad y la importancia de sus deberes. Y después hay que preguntarse cuál es exactamente el estatuto del árbitro en el Derecho positivo.

[392] Elziny et al., An Expert System to Manage Dispute Resolutions in Construction Projects in Egypt, *Ain Shams Engineering Journal*, 2016.57.

8.1 Requisitos para ser árbitro

221. De manera general, no existen a nivel internacional requisitos para ser árbitro. Dado que el árbitro celebra varios contratos, se debe pensar que al menos tiene que tener la capacidad legal para hacerlo, lo que excluye, por ejemplo, a los menores de edad no emancipados. Si bien es cierto que a primera vista se puede pensar que el árbitro tiene que ser un abogado, lo anterior no es un requisito, y numerosos tribunales arbitrales son constituidos por no-abogados como, por ejemplo, en el arbitraje medico o el arbitraje sectorial.

222. La legislación mexicana tampoco establece requisito alguno para ser árbitro y prevé expresamente la posibilidad para las partes de poder nombrar como árbitros a extranjeros[393]. Sin embargo, la legislación nacional prohíbe a los servidores públicos, en particular a los jueces y magistrados de actuar como árbitros durante el desempeño de su cargo sin excepción ninguna[394]. Se debe precisar, aunque la Ley no lo menciona, que sólo personas legalmente capaces pueden fungir como árbitros. Es por lo que, en la medida de que el árbitro es parte, los contratos que celebra el árbitro pueden ser o de naturaleza civil o comercial y consecuentemente, se les puede aplicar o la

[393] Art. 1427.I Ccom.

[394] Por ejemplo, en lo que concierne a los servidores públicos de los tribunales federales, véase el artículo 149 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

legislación local o la federal. En el primer caso, y como los centros mencionados están en la Ciudad de México, es su Código Civil el que determina la capacidad legal. Tienen incapacidad natural y legal los menores y los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla[395]. Con respecto al Código Civil Federal, éste establece que son incapaces:

> los menores de edad, así como los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lucidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias toxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio[396].

223. Ahora bien, si el árbitro es extranjero, la Ley aplicable se determinará por el Derecho aplicable designado por la regla de conflicto del Código Civil Federal o Código Civil local. En el caso de la legislación federal es la *lex domicilii* del árbitro

[395] Art. 450 Código Civil del Distrito Federal.

[396] Art. 450.

la que determinará su capacidad[397]. En caso de que el contrato en el cual el árbitro es parte proceda de manera no comercial, se aplicará el Código local de la entidad federativa donde se ubica el Centro de arbitraje, por ejemplo. En el caso de que se trate de la Ciudad de México, el artículo 13.II. del Código Civil local establece que la Ley aplicable a la capacidad es siempre la *lex fori*, es decir, la legislación de la Ciudad de México[398].

224. Finalmente, es preciso mencionar que para ser árbitro en una lista de un centro de arbitraje se debe cumplir con los criterios establecidos por esas instituciones, además de los deberes generales de árbitro.

8.2 – Deberes del Árbitro

En resumen, es deber del arbitro en primer lugar de revelar cualquier duda sobre su imparcialidad, lo que implica un deber de revelación de eventuales conflictos de interés. En segundo lugar, la imparcialidad va de par con la ética profesional del arbitro.

8.2.1 Deber de revelación

225. El deber de revelación se mezcla con muchas otras nociones tales como el conflicto de interés o la recusación. El punto central es la imparcialidad. ¿Cómo asegurar que el

[397] Art. 13.II UNCITRAL.

[398] Art. 13 UNCITRAL.

árbitro estudie el caso de manera imparcial? Lo anterior implica que el árbitro no tenga un conflicto de interés con alguna de las partes que pudiera llevarlo a darle la razón sin importar el verdadero *outcome* del asunto. Y si tiene un conflicto de interés, es lógico que la otra parte puede recusarlo. Como se ve, es el deber de revelación el que está como punto medular. Por eso, hay consenso de que tal deber existe. Pero el alcance de la obligación varía de una legislación a otra, de un reglamento arbitral a otro. Por lo tanto, es más fácil resumir la situación a través de las Directrices IBA para lo internacional, y ver en detalle la legislación mexicana.

A – Derecho mexicano

226. El Código de Comercio no determina cuál es la Ley aplicable a los criterios del deber de revelación del árbitro, como tampoco define la Ley aplicable a la imparcialidad e independencia, que están íntimamente vinculados con el deber de revelación. Opinamos que en el Derecho positivo se debe tratar en ambos casos de la Ley de la sede del arbitraje en ausencia de un reglamento arbitral que trate con la problemática, visto que será el juez de la sede arbitral quien conocerá más que probablemente de esos problemas de recusación.

227. Ahora bien, el artículo 1428 Ccom[399], dispone que:

> La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia.
> El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.
> Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia [...].

Como se puede desprender de esas disposiciones, la *lex arbitri* mexicana establece un deber de revelación en el momento del nombramiento, así como durante el procedimiento arbitral. La "sanción" de la no revelación es la recusación o la nulidad del laudo, a condición de que hay dudas "justificadas" con respecto a la imparcialidad o independencia. En otras palabras, la imparcialidad y la independencia se presumen; corresponde a las partes demostrar lo contrario.

228. Si *a priori*, el criterio parece sencillo, siendo el de las "dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia", en realidad la situación es mucho mas compleja. ¿La apreciación de lo que puede constituir una duda justificada debe hacerse de manera subjetiva por parte del posible árbitro, o debe revelarse lo que de manera objetiva pudiera provocar una duda justificada? La

[399] Art.12 UNCITRAL.

respuesta es *ponerse en los zapatos* de las partes y considerar todo lo que ellas pudieran apreciar como una situación que sí conlleve una apariencia de parcialidad. En relación con la carga de la prueba, opinamos que tiene que ser un estándar objetivo, basado en el modelo de la IBA[400].

229. El no revelar información pertinente podrá en el caso conllevar la responsabilidad del árbitro visto que, en principio, sólo su actividad jurisdiccional está cubierta por la inmunidad relativa prevista por la mayoría de los reglamentos arbitrales. Sin embargo, consideramos que la responsabilidad sólo puede ser buscada por falta grave[401], debido a que existen situaciones en las cuales el árbitro, de buena fe, no reveló información más que el laudo fue anulado. Así, por ejemplo, el árbitro ha podido revelar que no ha tenido relación profesional con el despacho de una de las partes en los últimos 5 años, tomando en cuenta que las Directrices IBA prevén un periodo de 3 años, sin embargo, el laudo es anulado porque el árbitro no reveló que fue abogado de la parte hace más de 7 años[402], sin que lo anterior sea realmente una falta grave. Lo anterior nos lleva a examinar más a detalle las Directrices IBA.

---

[400] *Infra* # 331.

[401] CA París, 22/05/1991, *Rev. arb.*, 1996.476.

[402] *Positive Software Solutions v. New Century Mortgage Corp.* (5th Cir. 2007) 476 F.3d 278.

B – Las Directrices IBA sobre los conflictos de intereses en Arbitraje internacional

Scherer, *The IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration – The First Five Years*, IBA, 2010.
Texto completo

230. El principio general de las Directrices IBA sobre los conflictos de intereses (2014) es que:

> Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes[403].

Sin embargo, no hay lugar a revelar innecesariamente ciertos aspectos o circunstancias porque si los árbitros se exceden al revelar hechos o circunstancias terminarán socavando la confianza de las partes. Por lo tanto, la IBA recurrió a un sistema de categorías, señaladas por los colores del semáforo, para dar una idea de cuáles son las situaciones que tienen que revelarse:

[403] (2) c).

1. Listado Rojo Irrenunciable

1.1 Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es representante legal o empleado de una persona jurídica parte en el arbitraje.

1.2 El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control sobre una de las partes en el arbitraje o sobre una entidad que tiene un interés económico directo en el laudo que se emitirá en el arbitraje.

1.3 El árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en el resultado del asunto.

1.4 El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos.

2. Listado Rojo Renunciable

2.1 Relación del árbitro con la controversia

2.1.1 El árbitro ha prestado asesoramiento legal, o ha emitido un dictamen, respecto de la controversia para una de las partes o para una entidad afiliada con ésta.

2.1.2. El árbitro ha intervenido en el asunto en el pasado.

2.2 Interés directo o indirecto del árbitro en la controversia

2.2.1 El árbitro tiene acciones, de manera directa o indirecta, de una de las partes o de una afiliada de una de las partes, siendo la parte o la entidad afiliada no cotizada.

2.2.2. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia.

2.2.3. El árbitro, o un pariente cercano suyo, tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en la disputa pudiera dirigir un recurso.

2.3 Relación del árbitro con las partes o sus abogados

2.3.1. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a una entidad afiliada de una de las partes.

2.3.2. El árbitro actualmente representa o asesora al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

2.3.3. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.

2.3.4. El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o tiene una relación de control similar sobre una afiliada7 de una de las partes, si la afiliada está directamente involucrada en las cuestiones que son materia del arbitraje.

2.3.5. El bufete de abogados del árbitro intervino en el caso anteriormente, pero ya no, sin la participación personal del árbitro.

2.3.6. El bufete de abogados del árbitro tiene actualmente una relación comercial significativa con una de las partes o con una afiliada de éstas.

2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a una de las partes, o a una afiliada
de una de las partes, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtienen ingresos significativos por ello.

2.3.8. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas con una relación de control sobre una de las partes, o sobre una afiliada de una de las partes, o con el abogado de una de las partes.

2.3.9. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en una afiliada de éstas.

3. Listado Naranja

3.1 Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso

3.1.1. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una afiliada de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en un asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una afiliada de ésta, pero no hay relación continuada entre el árbitro y la parte o su afiliada.

3.1.2. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado contra una de las partes o contra una afiliada de éstas en un asunto independiente del de la causa.

3.1.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas.

3.1.4. Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha actuado a favor o en contra de una de las partes o de una afiliada de éstas en otro asunto independiente del de la causa sin la intervención del árbitro.

3.1.5 El árbitro desempeña en la actualidad funciones de árbitro, o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje con tema relacionado en el que estaba involucrada una de las partes o una afiliada de una de las partes.

3.2 Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad

3.2.1 El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una afiliada de éstas sin que haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin la

intervención del árbitro.

3.2.2. Un bufete de abogados u otra organización legal que comparte ganancias u honorarios significativos con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una afiliada de éstas, ante el Tribunal Arbitral.

3.2.3. El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una afiliada de éstas, pero dicha representación no afecta a la diputa actual.

3.3 Relación entre un árbitro y otro árbitro o un abogado

3.3.1. El árbitro y otro árbitro son abogados del mismo bufete.

3.3.2. El árbitro y otro árbitro o un abogado de una de las partes son miembros del mismo 'chambers'.

3.3.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio, o de alguna otra manera estuvo asociado, con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el arbitraje.

3.3.4. Un abogado del bufete de abogados del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una afiliada de éstas.

3.3.5. Un pariente cercano del árbitro es socio o empleado del bufete de abogados que representa a una de las partes, pero no participa en el arbitraje.

3.3.6. Hay un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes.

3.3.7. Existe enemistad entre un árbitro y el abogado que comparece en el arbitraje.

3.3.8. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o por el mismo bufete de abogados en más de tres ocasiones.

3.3.9. En la actualidad o dentro de los tres años anteriores el árbitro y otro árbitro o un abogado de una de las partes en el arbitraje han actuado

conjuntamente como abogados en el mismo caso.

3.4 Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje

3.4.1. El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o contra una afiliada de éstas.

3.4.2. El árbitro estuvo vinculado profesionalmente con una de las partes o con una afiliada de éstas, por ejemplo, como empleado o socio.

3.4.3. Hay una amistad personal estrecha entre un árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia de: una parte; una entidad que tiene un interés económico directo en el laudo que será emitido en el arbitraje; o una persona que tenga una relación de control, p o r ejemplo con una participación accionarial de control, sobre una de las partes o sobre una afiliada de éstas o sobre un testigo o perito.

3.4.4. Existe enemistad entre un árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia de: una parte; una entidad que tiene un interés económico directo en el laudo que será emitido en el arbitraje; o una persona que tenga una relación de control, por ejemplo con una participación accionarial de control, sobre una de las partes o sobre una afiliada de éstas o sobre un testigo o perito.

3.4.5. Si el árbitro hubiese sido antes juez y, dentro de los tres años anteriores, hubiera actuado como juez de la causa en un pleito importante en el que intervino una de las partes o una afiliada de las partes.

3.5 Otras circunstancias

3.5.1. El árbitro tiene acciones, de manera directa o indirecta, de una de las partes o de una afiliada de éstas cuando se trate de una sociedad que cotice en bolsa y las acciones, bien sea por su cantidad o por su clase, representen una parte significativa del capital de dichas sociedades.

3.5.2. El árbitro ha manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma.

3.5.3 El árbitro tiene un cargo en la institución arbitral con facultad para designar árbitros en el arbitraje en cuestión.

3.5.4. El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia o tiene una relación de control sobre una afiliada de una de las partes, cuando la afiliada no interviene directamente en el asunto materia del arbitraje.

4. Listado Verde

4.1 Dictámenes anteriores al arbitraje

4.1.1. El árbitro ha expresado con anterioridad su opinión legal (por ejemplo, en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).

4.2 Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes

4.2.1. Un bufete de abogados, asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una afiliada en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

4.3 Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes

4.3.1. El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social o caritativo, o a través de redes sociales.

4.3.2. Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes han actuado conjuntamente como árbitros.

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

4.3.4. El árbitro ha sido ponente, moderador u organizador en una o más conferencias, o ha participado en seminarios o grupos de trabajo de una asociación profesional u organización de tipo social o caritativo con otro árbitro o abogado de una de las partes.

4.4 Contactos entre un árbitro y una de las partes

4.4.1. Previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con una parte o con una afiliada de ésta (o con sus abogados) si el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se consideraron aspectos de fondo o de procedimiento de la controversia más allá de lo efectuado para facilitar al árbitro un entendimiento básico del caso.

4.4.2 El árbitro es propietario de una cuantía insignificante de acciones de una de las partes o de una afiliada de éstas, siempre que se trate de sociedades que coticen en bolsa.

4.4.3 El árbitro y el gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia o cualquier persona que tenga una relación de control sobre una las partes o sobre una afiliada de una de las partes, han trabajado juntos como peritos o en cualquier otra capacidad profesional, incluso desempeñando las funciones de árbitro en un mismo caso.

4.4.4 El árbitro tiene una relación con una de las partes o con sus afiliadas a través de una red social.

Con relación al tiempo, las Directrices prevén un plazo de 3 años para el "*look-back*", quiere decir que hechos o circunstancias anteriores a este periodo de 3 años no tienen que revelarse.

231. Es muy importante subrayar que las Directrices IBA sólo son indicativas, y no representan necesariamente las reglas que pueden existir en las diversas jurisdicciones. Así, en los Estados Unidos un laudo puede ser anulado si el árbitro no reveló que fue abogado de una de las partes hace más de 7 años[404]. Asimismo, los tribunales americanos no manejen las categorías de las Directrices IBA, sino que utilizan estándares tal como el "*significant compromising connection*" test o el del "*reasonable impression of partiality*"[405]. De la misma manera, en *Korsnäs Aktiebolag and AB Fortum Värme*[406], la Corte Suprema Sueca verificó los nombramientos de un árbitro sobre un periodo de 10 años (en lugar de los 3 previstos por las Directrices IBA que se aplicaron en el caso en comento).

232. Si comparamos ahora el texto de la IBA con las disposiciones mexicanas que disponen:

> **Art. 1428** - La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a

[404] *Positive Software Solution*, precitado.

[405] *Schmitz v. Zilveti*, (9th Cir 1994) 20F.3d 1043.

[406] 2010, inedito.

> dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

> Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación;

y la disposición IBA:

> Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes;

se puede concluir que el concepto, tanto de la IBA como el del Derecho mexicano, es el mismo: el árbitro tiene que revelar todo lo que da lugar a una "duda justificada" acerca de "imparcialidad o independencia". Sin embargo, en relación con las pruebas, una diferencia pudiera existir. En efecto, el "test" de las Directrices IBA es objetivo: las dudas son justificadas si "una tercera persona llegara a la conclusión de que…". Ahora bien, el artículo 1428 Ccom es una transcripción fiel de la Ley Modelo UNCITRAL, que

nunca fue comentada por este organismo. Entonces, uno tiene que hacer su propia interpretación. Al no tener el requerimiento de la objetividad de la prueba del probable conflicto de interés, nada impediría a aceptar también las pruebas subjetivas, especialmente por parte del tribunal judicial. Así sería posible pensar que, aunque las pruebas presentadas no demuestren directamente un conflicto de interés, el juez, por su propia convicción, desestimará al árbitro. Sin embargo, tal postura llevará a demasiada inseguridad jurídica, y por lo tanto se recomienda que el artículo 1428 Ccom se interprete de manera que sólo la valoración de las pruebas se haga de manera objetiva para considerar el eventual conflicto de intereses del árbitro.

8.2.2 Imparcialidad y neutralidad

Hascher, Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues, *American University International Law Journal*, 2012.789

233. El Código de Comercio no determina cuál es la Ley aplicable a los criterios de imparcialidad y neutralidad. Opinamos que se debe tratar de la Ley de la sede del arbitraje en ausencia de un reglamento arbitral que trate dicha la problemática.

234. El Derecho mexicano no define los términos de imparcialidad y neutralidad. Participa a la idea de

neutralidad que en el caso de un árbitro único o de un tercer árbitro, el juez tomará en cuenta, asimismo, la conveniencia de nombrar a un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes, con el fin de evitar reflejos nacionalistas. La neutralidad también implica hacer abstracción de ciertas soluciones jurídicas del sistema legal del árbitro y ser abierto a la idea de que en otros Derechos las soluciones pueden ser distintas. En la práctica, son pocos los casos en los que se busca la recusación de un árbitro por falta de neutralidad.

235. Con respecto a la imparcialidad, es de preguntarse si basta que las circunstancias que pueden poner en duda la imparcialidad existan de manera objetiva o si se debe comprobar *in concreto* cómo influyen en la actitud del árbitro. En realidad la cuestión está mal planteada, visto que en el momento de la designación del árbitro es imposible saber si la circunstancia revelada o descubierta influirá o no en la decisión del árbitro. Se trata de un estándar consistente en el sentido común: "todos sabemos que por eso el árbitro pudiera dar razón a esa parte, no importa los argumentos…". Por lo tanto, hay situaciones que por sí mismas son suficientes como, por ejemplo, ser empleado de una de las partes. Otras circunstancias son más complicadas como la de la amistad "social" entre un abogado y un árbitro: en este caso se debe ir más allá del factor objetivo y demostrar en qué aspecto el árbitro podría perder su independencia. Lo anterior además se justifica por razones prácticas. El mundo del arbitraje es bastante pequeño y la simple amistad podría descalificar a casi

todos los árbitros, sin hablar de las recusaciones de mala fe para frenar el proceso arbitral[407]. En el asunto *ADT*, uno de los árbitros reveló vínculos de amistad con el abogado de una de las partes. El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que "los lazos de amistad no implican una parcialidad o dependencia" [408]. En otras palabras, parece que al menos en el Derecho mexicano no se admite el requerimiento de la apariencia de imparcialidad, quiere decir, se requiere demostrar la imparcialidad del árbitro y no sólo la apariencia de parcialidad. Sin embargo, no estamos de acuerdo. Por definición, en el momento de la designación del árbitro no se puede demostrar una futura parcialidad; pero se puede temer que exista cierta parcialidad. Tal es el caso, por ejemplo, cuando un árbitro está designado en un caso similar con el riesgo de que en ambos casos tome automáticamente la misma solución. Como lo dijo un tribunal, es imposible que el árbitro tenga una "muralla china" en su mente para separar los asuntos[409]. De la misma manera, el nombramiento repetitivo del mismo árbitro por una parte puede poner en duda su parcialidad si se puede considerar que existe un *courant d'affaires*[410].

---

[407] Así el hecho de que el abogado de una parte es "amigo" en la página de Facebook del árbitro no es una circunstancia que de lugar a dudas razonables sobre la imparcialidad: CA París, 10/03/2011.

[408] DC 3782/2002, 03/05/2002.

[409] *Caratube v. Kazakhstan*, ICSID, 20/03/2014 (Böckstiegel; Griffith, Hossain).

[410] Civ1, 20/10/2010, *JCP*, G2011, I, 1286, #1.

236. Finalmente, en relación con el mencionado fallo *ADT*, el tribunal colegiado consideró que, si un miembro del tribunal arbitral tiene amistad con el abogado de una parte, eso no implica que todo el tribunal arbitral sea parcial[411]. Lo anterior puede llevarnos a pensar que no solamente se debe comprobar la parcialidad de un solo árbitro, sino del tribunal arbitral entero para obtener la nulidad del laudo, pero eso va en contra de los textos legales, visto que el art. 1428 Ccom[412] expresamente prevé la recusación de un árbitro por dudas justificadas.

8.2.3 Ética

Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford, 2014; Fernández Rozas, Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators, *Mélanges Cremades*, La Ley, 2010.413.

237. No cabe duda de que un árbitro tendría que respetar y aplicar ciertas conductas, aunque ninguna Ley o reglamento lo obliga jurídicamente, porque se trata de principios éticos. El mejor ejemplo es el de la actitud y la conducta del árbitro en relación con las partes. Un árbitro, por ejemplo, no tendría que ser arrogante y despreciar a las partes (lo que desafortunadamente pasa muchas veces por cuestiones de ego). Aunque no directamente relacionado

[411] DC 3782/2002, 03/05/2002.

[412] Art. 12 UNCITRAL.

con el arbitraje internacional, es interesante echar un ojo a las directrices sobre ética del JAMS[413]. Su contenido puede ser generalizado para el arbitraje internacional, y nos parece más adecuado que las directrices de la IBA, visto que estas últimas se confunden con las reglas jurídicas sobre los deberes del árbitro.

8.3 - El estatuto del árbitro

> CCI, *Le Statut de l'Arbitre*, Supplément, special. Bulletin de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI, ICC publication No. 564, 1995.

238. *Per se*, el árbitro tiene una misión jurisdiccional: decidir el Derecho entre dos partes o más en disputa. Sin embargo, legalmente las cosas son mucho más complicadas. Según el estatuto que el árbitro tiene, difieren las consecuencias en relación con su responsabilidad y su eventual inmunidad, así como su estatuto procesal en los diversos litigios paralelos ante los tribunales judiciales.

8.3.1 El estatuto jurisdiccional del árbitro

239. Una de las preguntas más discutidas en la doctrina es la del estatuto del árbitro. Para unos, tiene sólo funciones

[413] El Judicial Arbitration and Mediation Services – JAMS fue creado en 1979 como una organización privada para ofrecer la mediación y el arbitraje. El JAMS maneja casi exclusivamente controversias nacionales en los Estados Unidos.

contractuales; para otros, tiene una función jurisdiccional[414] y consecuentemente tiene un "estatuto". Al contrario de lo que se opina en la doctrina anglosajona[415], el árbitro no es un juez ni un casi-juez; ¡no juzga! Y no es casualidad que el Código de Comercio mexicano como la Ley Modelo evitan el término de "juzgar" y prefiere especificar que el árbitro "decide un litigio"[416]. Consecuentemente, en nuestra opinión, el árbitro no es nada más que un prestador de servicios y eso explica por qué no cuenta con algún estatuto legal particular, pero que sí tiene un estatuto "*sui generis*". En este sentido, se han pronunciado, por ejemplo, las cortes inglesas (no obstante la hostilidad doctrinal inglés a la teoría contractual):

> "It is the arbitration contract that the arbitrators become parties to by accepting appointments under it. All parties to the arbitration are as a matter of contract (subject always to the various statutory provisions) bound by the terms of the arbitration contract"[417].
>
> "[i]n the present case I do not find the contractual framework an uncongenial one within which to consider the position of the arbitrators and shall proceed upon the premise, common to both parties, that contractual principles should be applied. The basic rights and obligations of the arbitrators can

[414] Para el debate, ver *supra* # 44.

[415] Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Thomson Sweet and Maxwell, 2004.285; Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1989.220.

[416] Art. 1445 Ccom (UNCITRAL 28.1). De manera más general es de observar que la expresión "sentencia [arbitral]" ha desaparecido para dejar lugar al término "laudo".

[417] *Compagnie Européene de Cerelas SA*, [1986] 2 Lloyd's Rep.301 at 306.

> be simply stated. By accepting their appointments [they] undertook, in the words of s. 13(3) of the Arbitration Act 1950, 'to use all reasonable dispatch in entering on and proceeding with the reference' – a due diligence obligation. Having accepted appointments as arbitrators [they] have become entitled to reasonable remuneration for their services. These are conventional features of a contract to provide services" [418].

Sin embargo, en el desechamiento de la apelación en el asunto citado, el *Vice-Chancellor* expresó la necesidad de reconocerle un cierto "*status*" al árbitro:

> "[f]or myself, I find it impossible to divorce the contractual and status considerations: in truth the arbitrator's rights and duties flow from the conjunction of those two elements.
> The arbitration agreement is a bilateral contract between the parties to the main contract. On appointment, the arbitrator becomes a third party to that arbitration agreement, which becomes a trilateral contract: see *Cie Européene v. Tradax,* [1986] 2 Lloyd's Rep. 301. Under that trilateral contract, the arbitrator undertakes his quasi-judicial functions in consideration of the parties agreeing to pay him remuneration. By accepting appointment, the arbitrator assumes the status of a quasi-judicial adjudicator, together with all the duties and disabilities inherent in that status."

240. De manera general, la gran mayoría de los sistemas

[418] Justice Phillips, *K/S Norjarl A/S v. Hyundai Heavy Industries Co. Ltd* [1991] 1 Lloyd's Rep. 260 (Commercial Court) (citando y contradiciendo a Mustill and Boyd).

legales llegan a la misma conclusión, que el árbitro tiene poder sobre el pacto arbitral del cual es parte una vez aceptada su misión, y que su tarea tiene algo de "procesal" y/o jurisdiccional, sin, por lo tanto, hablar de delegación de la justicia estatal[419]. En realidad, valga la redundancia, se trata de un prestador de servicios que tiene un contrato que define su misión y sus facultades. No hay nada de extraordinario en eso. Y por lo tanto es también lógico que sea contractualmente responsable y no tenga inmunidad.

8.3.3 El estatuto procesal del árbitro

241. No es fácil definir cuál es la relación del árbitro con las partes. Por un lado, es una relación contractual (por su contrato de prestación de servicios); por otro lado, es tercero por su misión (independencia e imparcialidad). Esta paradoja se refleja, con respecto a su estatuto, en los procedimientos judiciales: ya sea como testigo en los procedimientos judiciales en relación con el laudo, o como tercero perjudicado en los juicios de amparo.

[419] Poudret & Besson, #437.

A - Inmunidad

Dupeyre, Les arbitres et centres d'arbitrage face à leurs responsabilité: le droit français à son point d'équilibre, *ASA Bull.*, 2014.265; Lalive, Sur l'irresponsabilité arbitrale, *Mélanges Poudret*, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999.419.

242. De manera general se puede afirmar que en el Derecho positivo los árbitros no gozan de inmunidad y tienen que ser, tanto civilmente como penalmente, responsables de sus actos[420]. La mayoría de los centros prevén una exoneración total de responsabilidad para los árbitros[421], mas se trata de una limitación contractual. Lo anterior permite pensar que no se les quita la responsabilidad a los árbitros si han actuado con dolo, impericia o negligencia grave, según las causales de la legislación mexicana.

243. En México, las partes pueden demandar al árbitro en virtud de responsabilidad contractual hasta después de 10 años, sobre el fundamento del contrato entre las partes y los árbitros[422]. Sin embargo, el prestador de servicios es sólo responsable por negligencia grave, impericia o dolo[423].

[420] Mullerat & Blanch, The liability of Arbitrators: a survey of current practice, *Dispute Resolution International*, 2007.99.

[421] Art. 43.

[422] Art. 1159 CCF.

[423] Art. 2615 CCF.

Asimismo, es posible referirse a la responsabilidad extracontractual con base en el artículo 1910 del Código Civil Federal, o su equivalente en la legislación local según la calificación del contrato[424], que estipula que "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima", acción que prescribe después de dos años contados a partir del día en que se verificaron los actos[425]. Finalmente, el árbitro también puede llegar a incurrir en una responsabilidad penal. En efecto, el artículo 322 del Código Penal de la Ciudad de México[426], por ejemplo, establece que:

> Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en las normas sobre ejercicio profesional. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, se les impondrá suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reiteración y estarán obligados a la reparación del daño por sus propios actos y los de sus auxiliares,

---

[424] *Infra,* #256

[425] Art. 1161.V CCF

[426] La calificación "comercial" del contrato no influye sobre el carácter federal o local de la Ley aplicable en materia penal. El Derecho penal tiene sus propias calificaciones para los delitos federales y locales. La responsabilidad penal del profesionista es un delito local y se aplica la legislación del lugar en donde ocurrió el mencionado delito.

> cuando éstos actúen de acuerdo con las instrucciones de aquellos".

Sin embargo, nos parece claro que la mencionada disposición no puede constituir una base legal para denunciar penalmente a un árbitro en la medida en que el árbitro es un prestador de servicios y no un profesionista en ejercicio de su profesión; véase que el arbitraje no es una profesión reglamentada por la Ley mexicana.

244. Además, opinamos que es necesario ir más allá de lo que hemos mencionado y reivindicar lo que otros tribunales en otros países han decidido. En este sentido, no tiene que ser admisible una acción en responsabilidad por "haber mal juzgado" o haber "violado una regla procesal"; al contrario, tal acción debería permitir al árbitro presentar una reconvención por procedimiento abusivo. En efecto, no negamos la existencia de una responsabilidad contractual del árbitro, pero permitir las acciones para "sancionar" un "mal juzgar" implica de manera indirecta conferir al juez estatal la posibilidad de revisar *de novo* el laudo, lo que no es aceptable. De la misma manera, la acción por responsabilidad no puede substituirse por la acción de nulidad del laudo en caso de violación de normas procesales[427]. Lo que puede derivar en una acción por responsabilidad es *grosso modo* faltas más o menos dolosas como, por ejemplo, no revelar vínculos estrechos con una parte[428], y obviamente cualquier maniobra fraudulenta

[427] En este sentido: *Bompard*, CA París, 22/05/1991.

[428] En este sentido: *L'Oreal*, CA París, 09/04/1992.

como, por ejemplo, renunciar a mitad del procedimiento arbitral para permitir a alguna de las partes ganar tiempo[429].

245. Ahora bien, es interesante presentar la tesis de Andreas Götz[430], quien sostiene que, si bien es cierto que el contrato entre las partes y el árbitro es una prestación de servicios, y que sí permite una cláusula de exclusión de responsabilidad, la verdadera cuestión se presenta en ausencia de tal cláusula de exclusión de responsabilidad. Andreas Götz opina que en realidad hay una dualidad: un contrato de prestación de servicios y un laudo equivalente a una sentencia judicial. Este último punto determina que hay que aplicar las reglas que se aplican a todos aquéllos que ejercen actos de autoridad: en este caso el art. 839§2 del BGB[431]. Esta disposición prevé que todos aquéllos que ejercen un "*amt*", que es el equivalente a nuestros "actos de autoridad", no pueden ser demandados por alguna violación de su obligación si rinden una "sentencia" en un "asunto legal", con la excepción del caso de que esta violación de obligación sea igualmente un delito penal. Por lo tanto, el que ejerce un "acto de autoridad" consistente en

---

[429] En este sentido: TGI París, 15/02/1995.

[430] Der Schiedsrichter zwischen Dienstleistungerbringung und Richtertätigkeit – Zum sogenannten Spruchrichterprivileg in System der Schiedsrichterhaftung, *SchiedsVZ*, 2012.311.

[431] "(2) *Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amts findet diese Vorschrift keine Anwendung*".

"rendir una sentencia en un asunto legal" tiene una inmunidad total para cualquier delito civil, mientras que no sea igualmente un delito penal. Entonces, esta disposición, según Andreas Götz, se aplica igualmente al árbitro, si su contrato con las partes no prevé una exclusión de responsabilidad. En México no hay disposición similar. La responsabilidad de los jueces está determinada por su Ley orgánica que se aplica exclusivamente a ellos. Si tomamos el Código Penal Federal, el delito de abuso de autoridad se aplica únicamente a los "servidores públicos"[432]. Y como lo hemos señalado con anterioridad, los delitos de "profesionistas" no se aplican al árbitro, no siendo él un profesionista sino un prestador de servicios[433]. Tampoco se aplican las disposiciones en relación con los abogados[434], visto que éstas rigen la conducta del abogado en su "profesión". No hay duda de que el árbitro, aunque sea un "abogado" no trabaja en su "profesión", sino que fue electo por las partes para ser un tercero independiente, neutral e imparcial para resolver una litis. Finalmente, recordamos que, por efectos del amparo, la Suprema Corte y los Colegiados han afirmado en varios casos que el tribunal arbitral o el árbitro no son "autoridades", y que sus actos son actos "privados", incluyendo el laudo[435].

---

[432] Art. 214 y 215.

[433] Art 228 CPF.

[434] Art 231 CPF.

[435] *Supra* # 498.

246. Por lo tanto, hay sólo dos situaciones. O el árbitro previó en su contrato una cláusula de exoneración completa de su responsabilidad (en los límites de la Ley) y no es responsable (salvo los casos donde la responsabilidad es de orden público); o no hay cláusula de exoneración de responsabilidad, y consecuentemente el árbitro es civilmente responsable. Lo anterior nos lleva a afirmar que el árbitro no sólo se beneficia de la cláusula de exoneración prevista por la mayoría de los reglamentos de los centros de arbitraje, sino que además pacta con las partes una cláusula de exoneración de responsabilidad completa. Como en la mayoría de los casos no se celebra directamente un contrato por escrito entre el árbitro y las partes, es en el acta de misión en la que el tribunal tiene que agregar tal cláusula para protegerse de las demandas frívolas.

B - Testigo en el juicio sobre laudo

247. No obstante que el artículo 242 del Código Procesal Penal Federal establece que todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben probar están obligados a declarar como testigos, opinamos que lo dispuesto no tiene que aplicarse al árbitro. Compartimos la postura de la jurisprudencia francesa que considera que la obligación de testificar se aplica sólo a terceros, y obviamente el árbitro no es tercero en un juicio de nulidad o de inejecución del laudo que él mismo ha pronunciado[436].

[436] París, 29/05/1992, *RTDC*, 1992.588, Dubarry & Loquin.

En el mismo sentido, no creemos que sea conveniente citar a un árbitro como *amicus curiae*[437].

C - Tercero perjudicado en el juicio de amparo

248. Con respecto al juicio de amparo en contra de una resolución de nulidad o inejecución de un laudo, el árbitro no es un tercero perjudicado y por lo tanto no puede intervenir en el procedimiento. En efecto, como lo estableció un juzgador federal, para que proceda la acción de amparo es indispensable acreditar un perjuicio en su persona, sus derechos, o sus bienes; y el hecho de que se anule un laudo no perjudica al árbitro en el sentido mencionado. En otras palabras, el pretendido perjuicio del árbitro – al ver su laudo anulado – no es susceptible de apreciarse en forma objetiva para que se pueda constituir un perjuicio que le agravie de manera directa y personal:

> CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR EN EL JUICIO DE AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR NO CAUSAR DIRECTAMENTE PERJUICIO ALGUNO EN SU PATRIMONIO O PERSONA.
> Para que proceda la acción de amparo es indispensable que quien la promueva acredite fehacientemente ante el juzgador federal que la actuación de la autoridad responsable le causa directamente perjuicios en su persona derechos bienes o posesiones para que ipso facto se analice la

[437] Pellerin, L'instance au fond devant la Cour d'appel après annulation de la sentence, *Rev. arb.*, 1993.199, 208.

> posible violación de garantías situación que no acontece cuando los quejosos son los integrantes de un tribunal arbitral porque si lo que se reclama es el laudo emitido por éstos y se de clara su nulidad los efectos del acto reclamado en sí mismos no producen afectación a algún derecho real o material en contra de los integrantes del tribunal arbitral susceptible de apreciarse en forma objetiva para que se pueda constituir un perjuicio que les agravie de manera directa y personal como sí sería que en la propia resolución reclamada el Juez responsable al declarar la nulidad del laudo que emitieron les haya impuesto una sanción pecuniaria o hubiese de terminado que no tenían derecho al cobro de honorarios En otras palabras si de la resolución que constituye el acto reclamado no se advierte que los árbitros quejosos resienten directamente un perjuicio en su patrimonio o persona teniendo en cuenta que éste debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse a base de presunciones no se actualiza la existencia de una afectación a su interés jurídico que haga procedente el juicio de amparo; de ahí surge la actualización de la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo de la Ley de Amparo[438].

Sin embargo, el árbitro, en nuestra opinión, podrá alegar tener un "interés legítimo" porque, según el artículo 107 constitucional, se viola directamente su "esfera jurídica" en virtud de su "especial frente al orden jurídico", y por lo tanto puede ser un tercero perjudicado según la Ley de Amparo. También se puede opinar que el árbitro podrá

[438]Amparo en revisión. **José Sáenz Viesca y otros**. 17/02/2004. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano Secretaria:Elizabeth Estrada Mier.

someterse un amparo adhesivo si así conviene a sus intereses.

LECCIÓN 9: LOS ABOGADOS

249. Hasta la publicación del nuevo reglamento de la LCIA en octubre 2014, no había realmente disposiciones legales o reglamentarias sobre los deberes del abogado en el arbitraje. La inclusión del abogado en un reglamento arbitral llama la atención y es necesario dedicar una lección aparte a este actor, que a final de cuentas es el que mueve las piezas sobre el tablero de ajedrez.

9.1 Las reglas éticas

Henry, Éthique et arbitrage, *Rev. arb.*, 2016.707; Hasenstab, *Regulierung anwaltlicher Parteivertreter in internationalen Schiedsverfahren*, Peter Lang, 2015; Rogers, *Ethics in International Arbitration,* Oxford, 2014; Bishop, *Ethics in International Arbitration*, Keynote speech, ICCA, 2010

250. En el arbitraje internacional, el abogado muchas veces trabaja en una jurisdicción en la cual no está admitido a ejercer la profesión. Dos principios siempre han sido considerados: i) no está sujeto a las reglas profesionales del lugar donde se hace el arbitraje; ii) tiene la obligación ética de actuar al menos según las reglas del Estado donde está autorizado al ejercicio profesional. Sin embargo, lo anterior contradice a la primera regla del Código de Ética de la IBA de 1988:

> A lawyer who undertakes professional work in a jurisdiction where he is not a full member of the local profession shall adhere to the standards of professional ethics in the jurisdiction in which he has been admitted. He shall also observe all ethical standards which apply to lawyers of the country where he is working.

Lo mismo se ha repetido en los Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de 2011:

> Las diferencias en el enfoque de cada jurisdicción deben ser tenidas en consideración en casos de práctica transfronteriza o multi-jurisdiccional. Todo abogado es requerido a cumplir las reglas aplicables de conducta profesional tanto en la jurisdicción de origen como de acogida (Doble Deontología) cuando se involucre en la práctica del derecho fuera de la jurisdicción en la cual se encuentra admitido para practicar.

Esa doble deontología es complicada, peligrosa, y puede llevar a numerosas situaciones donde las reglas se contradicen. Por ejemplo ¿qué hacer si un cliente instruye al abogado a hacer algo que vaya en contra de sus propios intereses? Vamos a suponer que se trata de un abogado americano que tiene un arbitraje con sede en Alemania. La deontología americana ordena el principio de la lealtad que conlleva que el cliente manda. En Alemania prevalece el principio de la defensa del interés del cliente, que autoriza al abogado a ir en contra de las instrucciones si considera que es lo mejor para su defensa. Asimismo, ¿qué pasa si el tribunal arbitral pide un *disclosure* de una comunicación entre el abogado y su cliente? Suponemos que se trata de un arbitraje único de un país X, y la sede arbitral en el país Y, y en ambos países los abogados tienen la obligación de presentar este tipo de comunicaciones si un tribunal así lo requiere, mientras que el abogado es de un país Z donde se le prohíbe formalmente tal actuación. En la práctica, la verdadera cuestión es la de las sanciones. Si el abogado viola su regla ética en el país Y, ¿será castigado en su país Z? En efecto, no podemos negar la necesidad de que las actuaciones de un abogado tienen que ser sumisas a reglas

y a sus sanciones. Ahora bien, en este sentido, si la deontología profesional del Estado de registro del abogado sanciona también sus acciones fuera de la jurisdicción de origen, no hay lugar a aplicar otras reglas, aunque sean las de la sede arbitral. *Viceversa*, si tal no es el caso, entonces sería mejor que existiera un código de ética internacional, pero con un verdadero mecanismo de sanciones. Y es solamente en caso de que tampoco existiera tal normatividad, que se aplicarían las reglas profesionales del Estado sede del arbitraje. En este orden de ideas, vale la pena mencionar las Directrices de la IBA y ver si pueden contribuir a incrementar la claridad en la materia.

9.2 Las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en Arbitraje Internacional

Cummins, The IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration – Levelling the Playing Field?, *Arb. Int.*, 2014.429.
Texto completo

251. Como un intento de resolver la mayoría de los problemas derivados de la ausencia de un código internacional de deontología, el Comité de arbitraje de la IBA elaboró directrices para la conducta de los abogados en los arbitrajes internacionales. Se trata de una auto-regulación voluntaria, puesto que las partes tienen que aceptar su aplicación. El texto final no es satisfactorio, ya que, por una

parte, establece o repite “reglas” obvias como la obligación del abogado de identificarse con la contraparte y el tribunal arbitral. También repite todo lo dicho en las Reglas IBA sobre Conflictos de Intereses. Sin embargo, viendo el lado positivo, puede ser un primer paso, que ojalá sea seguido por textos más eficientes, aunque eso contribuya de nueva cuenta a la legislación arbitral.

9.3 Las reglas LCIA

253. La LCIA tomó la decisión de publicar un anexo a su reglamento que da directrices para la actuación del abogado; directrices que en realidad son reglas visto que el tribunal arbitral tiene la facultad de (a) amonestar al Representante de Parte; (b) hacer inferencias apropiadas al evaluar las pruebas utilizadas por el Representante de Parte o los argumentos legales expuestos por el Representante de Parte; (c) considerar la Conducta Indebida del Representante de Parte al momento de distribuir los costos del arbitraje, indicando, en caso de ser apropiado, cómo y en qué medida la Conducta Indebida del Representante de Parte lleva al Tribunal a determinar una distribución de costos diferente; (d) tomar cualquier otra medida que sea necesaria a efectos de preservar la justicia e integridad del procedimiento, lo que pudiera ir hasta

excluir al abogado del arbitraje[439]; situación que aunque probablemente presentaría muchos problemas legales, no es una situación sin precedente[440].

ANNEX TO THE LCIA RULES
General Guidelines for the Parties' Legal Representatives
(Articles 18.5 and 18.6 of the LCIA Rules)

Paragraph 1: These general guidelines are intended to promote the good and equal conduct of the parties' legal representatives appearing by name within the arbitration. Nothing in these guidelines is intended to derogate from the Arbitration Agreement or to undermine any legal representative's primary duty of loyalty to the party represented in the arbitration or the obligation to present that party's case effectively to the Arbitral Tribunal. Nor shall these guidelines derogate from any mandatory laws, rules of law, professional rules or codes of conduct if and to the extent that any are shown to apply to a legal representative appearing in the arbitration.

Paragraph 2: A legal representative should not engage in activities intended unfairly to obstruct the arbitration or to jeopardise the finality of any award, including repeated challenges to an arbitrator's

[439] 18.6 In the event of a complaint by one party against another party's legal representative appearing by name before the Arbitral Tribunal (or of such complaint by the Arbitral Tribunal upon its own initiative), the Arbitral Tribunal may decide, after consulting the parties and granting that legal representative a reasonable opportunity to answer the complaint, whether or not the legal representative has violated the general guidelines. If such violation is found by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may order any or all of the following sanctions against the legal representative: (i) a written reprimand; (ii) a written caution as to future conduct in the arbitration; and (iii) any other measure necessary to fulfil within the arbitration the general duties required of the Arbitral Tribunal under Articles 14.4(i) and (ii).

[440] *Hrvatska v. Slovenia*, ICSID, Tribunal's Ruling regarding the participation of David Mildon QC in further stages of the proceeding, 06/05/2008 (Williams; Brower, Paulsson).

appointment or to the jurisdiction or authority of the Arbitral Tribunal known to be unfounded by that legal representative.

Paragraph 3: A legal representative should not knowingly make any false statement to the Arbitral Tribunal or the LCIA Court.

Paragraph 4: A legal representative should not knowingly procure or assist in the preparation of or rely upon any false evidence presented to the Arbitral Tribunal or the LCIA Court.

Paragraph 5: A legal representative should not knowingly conceal or assist in the concealment of any document (or any part thereof) which is ordered to be produced by the Arbitral Tribunal.

Paragraph 6: During the arbitration proceedings, a legal representative should not deliberately initiate or attempt to initiate with any member of the Arbitral Tribunal or with any member of the LCIA Court making any determination or decision in regard to the arbitration (but not including the Registrar) any unilateral contact relating to the arbitration or the parties' dispute, which has not been disclosed in writing prior to or shortly after the time of such contact to all other parties, all members of the Arbitral Tribunal (if comprised of more than one arbitrator) and the Registrar in accordance with Article 13.4.

Paragraph 7: In accordance with Articles 18.5 and 18.6, the Arbitral Tribunal may decide whether a legal representative has violated these general guidelines and, if so, how to exercise its discretion to impose any or all of the sanctions listed in Article 18.6.

LECCIÓN 10: LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LOS DIVERSOS ACTORES

254. La organización contractual entre las diversas partes de un arbitraje es un veritable *ménage-à-trois*, entre las partes en litigio, los árbitros y el centro de arbitraje. Y como en las relaciones amorosas, esto no se da sin dificultades. Vamos a ver en un primer tiempo el contrato celebrado entre las partes y el centro de arbitraje para, en un segundo tiempo, analizar el contrato celebrado entre el centro de arbitraje y los árbitros, y finalmente la relación contractual entre las partes y los árbitros, para llegar a la conclusión de que en realidad se trata de una institución "poligámica" única: un grupo de contratos con una sola Ley aplicable, como lo encontramos en la jurisprudencia francesa[441].

[441] *Cubic*, CA París, 15/09/1998, *Rev.arb.*, 1999.103 nota Lalive; CA París, *SNF/CCI*, 22/09/2009, *Rev. arb.,* 2010.314. nota Jarrosson.

10.1 Acuerdo partes – centro de arbitraje

Jarrosson, Le statut juridique de l'arbitrage administré, *Rev. arb.*, 2016.445

255. El "contrato de administración de arbitraje" es un acuerdo que las partes celebran con el centro de arbitraje. Se trata de un instrumento que se celebra legalmente de manera complicada y cuyo momento exacto de celebración conlleva varias cuestiones. Si al menos una parte es extranjera a México, y el Centro de arbitraje electo está en este país, estamos en presencia de un contrato internacional por el cual se debe determinar cuál es la Ley aplicable al contrato. Si la Ley mexicana se aplica es necesario de calificar dicho contrato y determinar en qué momento se forma.

10.1.1 Ley aplicable

256. Desde el momento en el que una de las partes tiene su establecimiento fuera de México, el contrato será considerado como internacional y consecuentemente la Ley aplicable será determinada por la Convención de México de 1994 sobre los contratos internacionales[442]. Si el centro está en México, la Ley que tiene los vínculos más estrechos es sin duda la Ley del lugar en donde el centro

[442] El artículo 5 de la mencionada Convención excluye sólo los acuerdos arbitrales y no los contratos con un centro de arbitraje. Para la discusión, véase: Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001.745.

tiene su establecimiento[443], salvo que las partes y el centro hayan pactado a favor de otra Ley. Desde el momento en el que el Derecho mexicano se aplica, se tendrá que resolver la cuestión de la calificación del contrato de administración del arbitraje.

10.1.2 Calificación del contrato de administración del arbitraje

257. Es importante determinar la naturaleza mercantil o civil para determinar si la Ley federal o la Ley local se aplica al contrato de administración. En una obra anterior, escribimos:

> Sabemos que la comercialidad se define con respecto al acto de comercio; y es un acto de comercio, entre otros, el acto celebrado por un comerciante, aunque la contraparte no tiene el estatuto de comerciante. Consecuentemente, el contrato de administración de arbitraje tiene ciertamente una naturaleza mercantil si el centro de arbitraje es una empresa comercial o si las partes al arbitraje tienen este carácter; si todas las partes tienen una personalidad civil, entonces es la legislación local que se aplica.

Lo anterior, porque la jurisprudencia estableció que:

---

[443] Se considera que los vínculos más estrechos se determinan por el lugar en donde se ejecuta "jurídicamente" el arbitraje; en este caso el establecimiento que administra el arbitraje (y no en donde se ubica la sede del arbitraje: *Cubic*, TGI París, 21/05/1997).

CESIÓN DE DERECHOS LITIGIOSOS DERIVADOS DE JUICIO MERCANTIL. PROCEDE LA VÍA ORDINARIA PARA DEMANDAR LA NULIDAD DE LA EFECTUADA GRATUITAMENTE POR UNA INSTITUCIÓN DE CRÉDITO, POR SER UN ACTO EMINENTEMENTE COMERCIAL.

Del artículo 75 del Código de Comercio, en concordancia con los comentarios de los jurisconsultos Jorge Barrera Graf, Raúl Cervantes Ahumada y Soyla H. León Tovar, para la legislación mexicana, la naturaleza del acto de comercio estriba en la calidad de las personas que en él intervinieron, o bien, el fin o motivo perseguido o, en su defecto, el objeto en el que recae el acto. En el anterior contexto, si una institución bancaria cede los derechos litigiosos derivados de un juicio mercantil a un particular, la vía en que debe intentarse la acción de nulidad de dicha cesión, es la ordinaria mercantil, dada la calidad de uno de los contratantes, toda vez que el citado artículo 75, fracción XIV, reputa como actos de comercio, entre otros, las operaciones de bancos. Lo anterior, con independencia de que con posterioridad se hubiere determinado la ilegalidad del acuerdo de voluntades, por tratarse de una cesión de derechos litigiosos gratuita, pues además de que ello fue el fondo de la cuestión debatida, sustentar lo contrario implicaría caer en el vicio conocido como "petición de principio", porque se utilizaría como premisa (improcedencia de la vía), la propia conclusión (que el contrato de cesión celebrado por el banco es nulo, por no ser oneroso sino gratuito). Así, es claro que cuando se pretende la nulidad del contrato de derechos litigiosos deducidos de un juicio mercantil, procede la vía ordinaria mercantil. Sin que tampoco obste a lo anterior que la legislación mercantil no regule la cesión de derechos, pues si bien dicho ordenamiento legal no

> regula esa figura jurídica, en acatamiento a lo previsto por el artículo 2o. del supracitado cuerpo de Leyes, debe aplicarse, en forma supletoria el Código Civil Federal, que en los artículos 2029 a 2034 prevé la cesión de derechos y en ese orden, dado que el artículo 1377 del Código de Comercio dispone que todas las contiendas entre partes que no tengan señalada tramitación especial en las Leyes mercantiles, se ventilarán en juicio ordinario, es claro que esa es la vía idónea para impugnar la cesión de derechos litigiosos derivados de un juicio mercantil[444].

258. Sin embargo, últimamente parece que el criterio ha cambiado para ya no admitir la teoría subjetiva del acto de comercio, sino para sólo aplicar el criterio objetivo: el acto es comercial si está en la nomenclatura del art. 75 Ccom, o es análogo a algunas de las hipótesis previstas:

> CONTRATO DE SERVICIOS PRIVADOS DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA. AUN CUANDO SE CELEBRE ENTRE DOS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE CAPITAL VARIABLE, NO CONSTITUYE UN ACTO DE COMERCIO Y, POR TANTO, LA VÍA MERCANTIL ES IMPROCEDENTE PARA RECLAMAR LAS PRESTACIONES ADEUDADAS.
>
> Aun cuando un contrato de servicios privados de seguridad y vigilancia se celebre entre dos sociedades anónimas de capital variable, no puede considerarse que se esté frente a actos de comercio, pues éstos sólo los constituyen los que se encuentran previstos en el artículo 75 del Código de Comercio, sin que pueda ubicarse como un caso

[444] Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. Amparo directo 116/2007. **José de Jesús Reyes Cortés**. 27 de abril de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: José Luis Pallares Chacón

> análogo a los previstos en las primeras veinticuatro fracciones, por ello, la retribución que se pacta por la prestación del servicio de vigilancia y protección, de ninguna manera puede estimarse que sea de especulación comercial, pues respecto de tal concepto en las dos primeras fracciones de ese precepto, sólo se precisan las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados, y las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito. De ahí que resulte incuestionable que el contrato de prestación de servicios privados de seguridad y vigilancia, pueda considerarse, ni aun por analogía, en alguno de los supuestos señalados en las fracciones I y II del citado dispositivo legal, lo que hace improcedente la vía mercantil para reclamar las prestaciones adeudadas[445].

259. Como consecuencia de lo visto, no cabe duda de que un contrato de prestación o de administración de arbitraje es un acuerdo sobre servicios profesionales. Por lo tanto, si el nuevo criterio continúa, no será un contrato mercantil, no obstante que los intervinientes tengan una personalidad comercial. En otras palabras, según el criterio, o la legislación federal se aplica o la legislación civil. Tal incertidumbre no es bienvenida. Tenemos que confesar que, aunque irá en contra de la uniformización de las reglas

[445] Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito. **Amparo directo 75/2014**. 2 de mayo de 2014. Mayoría de votos. Disidente: Rosa María Temblador Vidrio. Ponente: Eric Roberto Santos Partido. Secretario: Martín Amador Ibarra.

aplicables, la teoría objetiva a final de cuentas es la idónea, visto que el art. 1049 Ccom exclusivamente prevé la naturaleza mercantil del litigio si se deriva de un acto de comercio. Y no cabe duda de que el art. 75 Ccom de ninguna manera prevé la prestación de servicios como un acto de comercio. Esta postura corresponde al estado actual de la legislación. En el futuro, en nuestra opinión, la comercialidad tendría que definirse por el criterio de la especulación comercial, que tendría que incluir los servicios profesionales cuando se realicen a título habitual y con fin de lucro.

260. En cuanto a la clasificación de los contratos, el contrato con el centro de arbitraje puede ser considerado como un mandato[446], porque el centro efectúa ciertos actos jurídicos en nombre de las partes. Sin embargo, la relación contractual también tiene aspectos del contrato de prestación de servicios[447], haciendo del contrato un acto híbrido para no decir *sui generis*, regido por la legislación civil. También presenta particularidades en lo concerniente al momento de celebración.

10.1.3 Momento de celebración

261. El contrato entre las partes y el centro tiene por particularidad que este último no consiente al acuerdo en el mismo momento que las partes, y por su naturaleza se

[446] Art. 2546 CCF por aplicación supletoria al Código de Comercio.

[447] Art. 2606 CCF.

trata de un contrato entre ausentes. Al respecto, el Código de Comercio consagra la teoría de la declaración, disponiendo que el contrato se forma en el momento en el que el destinatario declara que acepta la oferta. Ahora bien, al contrario de lo que establece, por ejemplo, la jurisprudencia francesa[448], el centro arbitral no está en un estado permanente de oferta, sino que, a través de la difusión de su reglamento, invita a las partes a ofrecer la administración del arbitraje vía la incorporación de su reglamento en el contrato base. Las partes firman el convenio arbitral de acuerdo con las reglas del centro, y hacen jurídicamente la oferta. Es al momento de la notificación de una de las partes al centro, que éste acepta o rechaza la oferta. Es en los casos de cláusulas inexactas donde se verifica nuestra afirmación. Imaginemos que un contrato prevé que la controversia se resolverá por arbitraje administrado por la Asociación de los Árbitros del Distrito Federal –que no existe–, y que el demandante notifique al CAM. Éste puede rechazar la notificación porque es otro centro el que figura en la cláusula compromisoria; en otras palabras, la parte demandada ofreció al CAM administrar el arbitraje, y el CAM, en nuestro ejemplo, rechazó la oferta.

262. La aceptación o rechazo de la oferta se hace a través del control *prima facie* del centro, como se desprende del artículo 12.3 del Reglamento del CAM:

> el Consejo General podrá decidir que el arbitraje debe proceder, siempre y cuando considere que,

[448] *Cubic*, Civ[1], 20/02/2001, *Rev. arb.*, 2001.511, nota Clay.

> *prima facie*, existe un acuerdo arbitral que se refiere a las Reglas de Arbitraje del CAM.

Aunque el reglamento de la CANACO no lo estipula directamente, también hay un control *prima facie* tácito como lo expresa el artículo 1:

> Cuando las partes hayan acordado por escrito que sus controversias relacionadas con una relación contractual o no contractual se sometan a arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, o utilicen expresiones que denoten su intención de someterse a este Reglamento, tales controversias se resolverán de conformidad con el presente Reglamento de Arbitraje, sin perjuicio de las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito.

Tal solución está también en armonía con otros textos internacionales como los Principios UNIDROIT (2015: 2.1.3) o la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional (art. 15).

10.2 Acuerdo Centro – Árbitro

263. Después de haber celebrado el contrato de administración de arbitraje, los árbitros designados celebran un contrato con el centro de arbitraje, acuerdo que denominaremos "contrato de arbitraje". Como es posible que el árbitro designado en un procedimiento arbitral administrado por un Centro mexicano sea extranjero, se debe en primer lugar identificar la Ley aplicable a esta relación contractual, esta última debiendo ser calificada

para saber de qué tipo de contrato se trata.

10.2.1 Ley aplicable

264. Si el centro se encuentra en México, la Ley aplicable es la legislación mexicana en virtud de la Convención de México de 1994, visto que la Ley que tiene los vínculos más estrechos es la del centro de arbitraje, a menos que las partes acuerden otra cosa.

10.2.2 Calificación del contrato de arbitraje

265. Analizado desde la óptica de la teoría general de las obligaciones, el contrato al que nos referimos obliga al árbitro a prestar el servicio profesional de resolver la controversia a cuenta del centro de arbitraje, y a éste a pagar por sus servicios. Es un instrumento bilateral y sinalagmático a partir del momento en el que el árbitro acepta rendir sus servicios y las partes pagar por ellos. Es un contrato *intuito personae,* porque se está seleccionando en la cláusula arbitral específicamente a un centro y no a otro. Es un acuerdo autónomo porque no depende del contrato principal. Y, en los términos que hemos planteado sobre este tema, el contrato es de naturaleza civil. La misma observación se aplica al acuerdo entre las partes y los árbitros.

10.3 Acuerdo partes-árbitros

Bucher, Was macht den Schiedsrichter? Abschied vom "Schiedsrichtervertrag" - und Weiteres zu Prozessverträgen, *Festschrift für Peter Schlosser*, 2005.97; Bucher, Noch einmal das Rücktrittsrecht des Schiedsrichters: Zurück zum receptum arbitri, und sodann Rezepte gegen die Untat böser Buben, *ASA Bull.*, 2002.413.

266. Además del contrato entre el centro y las partes, estas últimas tienen un contrato con el árbitro. Similar al contrato entre los árbitros y el centro, también se trata de un contrato que llamaremos "contrato de arbitrar", visto que el objeto del contrato es básicamente el mismo: llevar a cabo el arbitraje. El centro requiere del árbitro para organizar y realizar el arbitraje; y las partes requieren del árbitro para "arbitrar". En contra de ciertas doctrinas, enfatizamos que el contrato de arbitrar – que también es designado según la noción del Derecho romano como *receptum arbitri* – no es un contrato de mandato, ya que la misión del mandatario es proteger los intereses de su mandante, y el árbitro no puede ser al mismo tiempo mandatario de una y otra parte, al no existir intereses comunes sino opuestos entre ambas partes[449].

[449] Para la discusión, ver: Bucher, Noch einmal das Rücktrittsrecht des Schiedsrichters: Zurück zum receptum arbitri, und sodann Rezepte gegen die Untat böser Buben, *ASA Bull.*, 2002.413.

10.3.1 Ley aplicable

267. Si bien no hay mucha duda sobre el hecho de que el vínculo más estrecho para el contrato de arbitraje entre el centro de arbitraje y los árbitros es el del establecimiento del centro, la situación difiere con respecto al contrato de arbitraje entre las partes y los árbitros. No es raro que las partes vengan de dos países diferentes y los árbitros de tres otros países. Los únicos puntos en común entre las 5 partes es la sede arbitral y el establecimiento del centro. No hay razón para que la Ley de la sede arbitral rija las relaciones contractuales entre las partes y los árbitros, eso además de que muchas veces en el momento de la celebración del contrato de arbitraje la sede arbitral aún no está fijada. Un punto de conexión puede ser el centro arbitral, lo anterior para tener una Ley única aplicable a todos los contratos. La situación es mucho más compleja si estamos en presencia de un arbitraje *ad hoc*. Se puede pensar en la Ley de establecimiento o de la residencia del árbitro que provee la prestación característica. Sin embargo, un régimen único siempre es útil, y por eso se puede pensar en la Ley de la sede arbitral si ésta es conocida en el momento de la firma del contrato – no obstante nuestra hostilidad a la noción de la sede arbitral[450] – para tener la misma Ley que se aplique a todos los contratos.

[450] *Infra* # 302.

10.3.2 Calificación del contrato de arbitraje

268. En caso de que se aplique el Derecho mexicano, es suficiente remitirnos a lo dicho en relación con la calificación del contrato de arbitraje entre los árbitros y el centro arbitral.

***

269. Los diversos acuerdos que se celebran a fin de organizar un arbitraje son ejemplo tipo de "una pluralidad de contratos que están relacionados con el mismo objeto o que concurren a la misma finalidad económica", para retomar la definición de Teyssié. Esto traería como consecuencia que la Ley aplicable a los diversos contratos fuera única. Si se acepta la idea del grupo de contratos, el "corazón" de este grupo sería el contrato entre las partes y el Centro, porque los demás contratos no son nada más que la consecuencia lógica del primer contrato[15]. La Ley aplicable al contrato de administración de arbitraje sería la que se aplica también a todos los demás y el carácter comercial o civil del primer contrato se extendería a los contratos subsecuentes. Lo anterior obviamente no se aplica a un arbitraje *ad hoc*, donde probablemente continúa prevaleciendo la diversidad de las Leyes aplicables. La cuestión que remanece es la de las financiadoras que más concurren en el mercado del arbitraje y de cierta manera también son vinculadas con los demás contratos, llevándonos a un *ménage á quatre*.

LECCIÓN 11: LAS FINANCIADORAS DEL ARBITRAJE

Bertrand, The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding, *ASA Bull.*, 2011.607, 610. Ben Hamida & Clay (ed.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013.

270. El financiamiento de un litigio por un tercero no es nada de nuevo. La figura más conocida es la del abogado que acepta hacerse cargo de un caso sobre la base de un porcentaje de lo que se recupere si la sentencia final es favorable: el *pacto de cuota litis* (o en inglés: "*no win – no fee*"). Lo mismo se aplica al arbitraje, salvo que ahora son más y más los fondos de inversión ("*Third Party Funding*" / "*Third Party Funder*" – TPF) que aceptan asumir el riesgo. Es decir, pagan todos los honorarios y gastos de su "cliente"; y también, según el caso, los gastos y costos de la de la contraparte si se pierde el litigio. En ocasiones se incluyen los honorarios profesionales de los equipos de litigantes de las partes. Por el contrario, en caso de éxito se quedan con un porcentaje importante de lo ganado. Esta figura es particularmente atractiva en el mundo arbitral, no sólo por los montos litigados, sino también por la ausencia de cualquier regla prohibiendo la "compra" de litigios. Sin embargo, existen diversos problemas.

271. Un caso paradigmático que nos permitirá ilustrar la interacción entre las empresas financieras, el arbitraje internacional, los abogados representantes de la parte actora y las consecuencias a que da lugar, es el arbitraje de inversión en el asunto *S&T OIL Equipment*[451].

Esta última empresa negoció un *pacto de cuota litis* con sus abogados. Sin embargo, después de un año de haber iniciado el procedimiento arbitral, dado lo gravoso del asunto, la firma de abogados declaró su intención de renunciar al *pacto de cuota litis* y sólo proseguir con el litigio, siempre y cuando la actora pudiese conseguir un financiamiento externo. Así las cosas, S&T OIL negoció un contrato de financiamiento, llamado contrato de inversión, con una empresa financiera llamada "Jurídica" [452]. En este contrato se estableció, entre otras, que Jurídica tenía derecho a un cierto porcentaje sobre lo que se obtuviese con el laudo, y el financiamiento sería garantizado con una garantía mobiliaria sobre los derechos de S&T OIL en una sociedad de acciones rumana, así como el acceso a la renegociación con los abogados, y a toda información relacionada con el litigio, incluyendo toda información protegida por el privilegio abogado - cliente. También se pactó en este último contrato, una cláusula arbitral conforme a las reglas de la LCIA. Un mes antes de la audiencia de desahogo de pruebas, de nueva cuenta, los abogados de S&T OIL rechazaron continuar con la representación legal del cliente por dos razones principalmente: la primera, porque la parte actora no entregó a sus abogados pruebas importantes que le habían sido solicitadas, y, segunda, que S&T OIL no fue capaz de pagar los anticipos del arbitraje a los que se había comprometido. Al no pagarse los anticipos tal y como le habían sido requeridos por el CIADI, provocó que el arbitraje se suspendiera. Como consecuencia de dicha suspensión y ante los incumplimientos por parte de S&T OIL, Jurídica, rescindió el contrato que había firmado con ésta, e inició un procedimiento arbitral en su contra, reclamando daños y perjuicios y gastos y costas ya que S&T OIL violó el contrato de inversión al no pagar los anticipos a que se había comprometido y especialmente, al no entregar a sus abogados las pruebas necesarias para obtener un laudo favorable. Por su parte S&T OIL interpuso

[451] *S&T OIL Equipment and Machinery LTD v. Romania,* ICSID, ARB/07/13, Order of Discontinuance of the Proceedings, 16/07/2010.

[452] www.juridicainvestments.com.

una demanda judicial ante los tribunales estadounidenses tomando como base el RICO Act. En la demanda se sostuvo, entre otras razones que (i) el Contrato de Inversión violó el privilegio de confidencialidad abogado-cliente, (ii) que el acuerdo con los abogados que requirió Jurídica era ilegal. El Juez de Distrito rechazó suspender el arbitraje LCIA debido a que S&T OIL no había demostrado que el acuerdo arbitral con Jurídica sería nulo o ineficaz. La Corte de apelación confirmó[453] y por lo tanto S&T OIL no sólo no podrá obtener un laudo favorable en el CIADI, sino que además ahora tendrá que asumir los costos y las costas de otro arbitraje en el cual, si fuera condenado, tendría que regresar el dinero obtenido para financiar el primer arbitraje.

Como se puede ver, la cuestión del financiamiento del arbitraje por terceros no es tan sencilla y da raíz a ciertos problemas, como por ejemplo en relación con la transparencia. ¿Se debe o no obligar a las partes a divulgar toda la información en relación con el financiamiento de un arbitraje? La cuestión no es fácil de dilucidar. En efecto, si la parte demandada tiene conocimiento de que la actora tiene un financiamiento por parte de un tercero, podría intensificar su estrategia para meter a la actora en una serie de gastos con objeto de que el financiamiento original no sea suficiente para pagar esos gastos extras y lleven a la actora a la "quiebra", obligándola así a la terminación del arbitraje. También puede suceder que la demandada incrementara el número de asuntos a fin de que la caución para asegurar los gastos y costos aumentara. Sin embargo, puede decirse que no existe diferencia entre un financiamiento por parte de un fondo y por un particular que, por ejemplo, acepte hacerlo por amistad. Dicho en otras palabras, estaremos frente a un financiamiento, en cualquier caso, sin que haya necesidad de revelarlo. Tal

[453] Cir. 5th, 2014.

postura, sin embargo, contradice las Directrices IBA sobre los conflictos de intereses en arbitraje internacional que disponen un deber de revelación:

> Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre el árbitro y la parte (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades o un individuo con una relación de control sobre la parte en el arbitraje), o entre el árbitro y cualquier persona o entidad con un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se emita en el arbitraje. Cada parte informará a iniciativa propia lo antes posible[454].

Ahora bien, una cosa es revelar que hay un financiamiento exterior, otra cosa es considerar a la financiadora como parte del arbitraje.

11.1 Las financiadoras como parte al arbitraje

272. Edouard Bertrand se ha preguntado si una empresa financiera podría ser vista como una parte en el arbitraje, en la medida en que puede influir sobre la actora, sus abogados, la elección del árbitro y otras decisiones durante el procedimiento arbitral[455]. La respuesta depende del "estándar" *Jaguar*. Recordemos que en este asunto se

[454] (7) a).

[455] The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding, *ASA Bulletin*, 2011.607, 610.

estableció que

> en el Derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y del contenido del acuerdo arbitral, y permitiendo así al árbitro, conocer de todos los aspectos económicos del litigio[456].

Desde el momento en que la financiera no está involucrada en la ejecución del contrato base, y que, por definición, tiene sólo conocimiento de la cláusula arbitral en el momento en que la controversia nació, es difícil considerarla como parte del arbitraje. De todos modos, suponiendo sin conceder que fuera considerada como parte, no podría tener interés distinto al de la parte financiada: necesariamente tendría que ser el mismo. El resultado sería más que curioso al tener una situación donde la demandada tendría que litigar contra dos partes (el TPF y la parte financiada) sobre una litis idéntica. Es obvio que tal proceso es violatorio de la garantía de la igualdad de las partes en el procedimiento arbitral, que es una de las cuestiones procesales que se presentan.

11.2 Cuestiones procesales

273. La intervención de una financiadora puede llevar a diversos problemas procesales en el procedimiento arbitral,

[456] París, 07/12/1994, *RTDCom.*, 1995.401, Dubarry et Loquin.

como, por ejemplo, en materia de Discovery, en relación con el nombramiento de los árbitros, o de manera más general, en lo que concierne a las garantías de buena administración de justicia.

11.2.1 El Discovery

274. Con respecto al Discovery[457], varias dudas existen, entre otras: En primer lugar, en relación con un financiamiento, ¿es derecho de la contraparte tener conocimiento de si hay o no un financiamiento? La jurisprudencia, al menos en materia de inversión extranjera, tiende por la afirmativa[458]. Ahora, si existe un financiamiento, entonces ¿se podrá exigir la entrega o el conocimiento de la producción de la correspondencia entre el abogado de una parte que ha buscado un financiamiento de un fondo y el fondo mismo? ¿Y en caso de que la exhibición de esta correspondencia hubiera sido rechazada, al menos se podrían solicitar los motivos y las explicaciones dadas? ¿Sería o no tal producción una excepción al privilegio de la correspondencia entre el abogado y su cliente, visto que la Financiera es tercera en el procedimiento? Pensamos que depende mucho del mecanismo empleado, quiere decir el distinguir entre si el abogado es pagado por el TPF, o por el cliente con el dinero de la financiadora. En el primer caso,

---

[457] *Infra* # 337.

[458] *Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti v Turkmenistan*, ICSID, Procedural Order 3, 12/06/2015 (Lew; Boisson de Chazournes, Hanotiau); South American Silver Limited v. Plurinational State of Bolivia, PCA, Procedural Order 10, 11/01/2016 (Jaramillo; Orrego Vicuña; Guglielmino).

según la deontología aplicada, pues el TPF es también cliente del abogado y, por lo tanto, es muy probable que exista el principio de la confidencialidad. En el segundo caso, también depende del contenido de la información. Si es información en relación con la defensa del caso (estrategias, pruebas, etcétera) opinamos que el privilegio tiene que persistir; si es en relación con información financiera, por ejemplo, vinculada al financiamiento, *a priori* no hay lugar a considerar tales documentos como confidenciales.

11.2.2 Nombramiento de árbitros

275. Es deber para el árbitro declarar su independencia en relación con las partes y si es el caso, señalar cualquier posible conflicto de interés. Ahora bien, si se toma en cuenta el estándar internacional, que en este punto serían las *Reglas IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional*, no se señala que deba explicitarse cualquier relación con una empresa financiera o con un tercero que otorgue un crédito. Sin embargo, es evidente que un árbitro podrá tener conflictos de intereses, si, por ejemplo, tiene vínculos con un fondo o si es amigo de una persona que tiene intereses importantes en el asunto o que directamente ha otorgado el crédito. Por lo tanto, parece necesario que las partes deban señalar si están siendo financiadas o no por una empresa o simplemente por un tercero. En este sentido se pronunció la CCI, que justamente en su Guidance Note for the disclosure of

conflicts by arbitrators[459] prevé la obligación de señalar cualquier interés económico directo o indirecto en la resolución de la disputa sometida al árbitro. En este sentido, sin embargo, se presenta un problema práctico. Bajo el supuesto de que existe una obligación de revelación, ¿hasta dónde tiene que ir la cadena del *disclosure*? Por lógica, se debería señalar a todas las partes interesadas en el fondo del asunto. Si éstas son pocas no hay problema. Pero ¿qué hacer si el número se incrementa considerablemente, como podría ser en el caso de los fondos en los que participan sociedades y éstas a su vez tienen socios? ¿Se debería también señalar a los socios de todas las empresas? ¿O si un árbitro tiene participación en un fondo de inversión en bolsa, que a su vez tiene una participación en un TPF? Aún más, ¿qué pasaría si el fondo rechaza informar quiénes son sus socios? En estas condiciones ¿se debe detener el procedimiento? ¿Se debería buscar al juez de apoyo para ordenar la revelación de todos los socios? ¿Y cuál sería la base legal? Ahora bien, M.J. Goldstein propone lo que parece una opción interesante[460]. Según el autor, estaría a cargo de la institución arbitral solicitar la información sobre los TPF y las relaciones con sus abogados, así como con los árbitros preseleccionados. Si los abogados y árbitros nunca han tenido relaciones con los TPF, entonces se debe confirmar a los árbitros. El sistema permite conocer previamente el involucramiento

[459] 12 February 2016.

[460] Goldstein, Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? - Thoughts About A Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration, 8 *Transnational Dispute Management* 8 (2011).

de una financiera o de un tercero, sin que esta información llegue al abogado de la contraparte, y evitar así cualquier estrategia basada en dicha financiación o crédito. A eso agregamos que es parte de la obligación general del árbitro revelar si tiene intereses en la financiera, entre otros, al tener acciones en ella si se trata de un fondo.

11.2.3 Garantías de buena administración de justicia

276. El hecho de que la financiadora o el tercero que otorga el crédito dicte sus condiciones a la parte (y a sus abogados) puede constituir un verdadero riesgo para los derechos de la parte financiada. En efecto, para reducir costos, por ejemplo, es posible que se obligue a la parte a renunciar a etapas procesales que sí hubieran sido necesarias (dos rondas de memoriales, por ejemplo; un procedimiento de discovery; audiencias con testigos físicamente presentes; ofrecimiento de peritajes, quizá de alto costo, pero decisivos para el buen éxito del asunto, etcétera). Sin embargo, en esta situación la parte actora suele tener sus propias decisiones racionales con respecto a lo que se puede invertir en un arbitraje y lo que se puede obtener de él. En cambio, cuando se trata de un TPF, que es la que impone sus condiciones, la parte ya no puede tomar sus propias decisiones en relación con sus intereses pues primarán los intereses de la financiera (tal como sus "números" en relación con su portafolio, sus objetivos financieros a mediano o largo plazo, etcétera). La parte ya no será "actora" sino un "instrumento" de la financiera. En esta situación, la parte involucrada ya no tendrá todas las

posibilidades abiertas para la defensa de sus intereses de la manera en la que más le convenga. Si esta observación tiene algún valor, en realidad no es trascendental, ya que nadie obliga a una parte a recurrir a una financiera. Si decide hacerlo, su equipo legal tiene la obligación de informarle sobre los pros y contras de dicha decisión, y también sobre los problemas de confidencialidad que podrían presentarse.

11.3 La confidencialidad

277. El principio de confidencialidad vincula a la institución administradora del arbitraje, a los árbitros y a las partes. Sin embargo, la parte que ha solicitado el financiamiento o el crédito tiene la obligación de informar a quien se lo otorga, de todos y cada uno de los detalles del arbitraje a fin de que quien deba otorgárselo evalúe la pertinencia de su otorgamiento. Puede suceder que no sea una sino varias personas o financieras a las que se se lo solicite. En este último caso, serán a su vez varios los funcionarios que deberán formar el expediente para que los socios o los directivos tomen la decisión. Si la financiera además es una empresa listada en bolsa, debe informar a un mercado público de sus operaciones[461]. En estas condiciones, tendríamos que la información sobre el arbitraje que debe ser confidencial sería difundida entre un número indeterminado de individuos. Sin embargo, en la medida en que las partes son vinculadas por el acuerdo o la orden procesal de confidencialidad, corresponde a ellas hacer

[461] Tal es el caso de JURIDICA que está bursatilizada en el AIM de la Bolsa de Londres.

firmar a su financiera un acuerdo de no divulgación. Si la financiadora tiene la obligación de comunicar toda la información en la bolsa, por ejemplo, la parte financiada tiene que renunciar a su financiamiento, o aceptar el riesgo de ser condenado por daños y perjuicios por violación de la confidencialidad. Finalmente, uno puede preguntarse, si en caso de que sea del conocimiento del tribunal arbitral el financiamiento de una de las partes, éste no tiene la facultad de solicitar la producción del contrato de confidencialidad entre la parte y su financiera, y en caso contrario, suspender el arbitraje hasta que se produzca el documento o la prueba de la renuncia al financiamiento. Eso porque continuar con el proceso arbitral a sabiendas de que se viola continuamente la confidencialidad no se repara con los daños y perjuicios; el principio es de ser proactivo y evitar la revelación de la información.

11.4 Condena en costos

278. En *Norscot*[462], la High Court of England confirmó un laudo CCI en el cual el Tribunal arbitral condenó a la parte vencida no solamente a pagar los costos del arbitraje, sino también el monto que la parte actora tenía que pagar a su TPF en caso de éxito - lo cual era o 300% del monto invertido en el arbitraje – unos £ 650,000 -, o el 35% del monto obtenido en el arbitraje, según la cantidad que resultara mayor -, y eso bajo el rubro de "otros costos" previsto tanto por el reglamento de la CCI, como por la Ley

[462] *Essar v Norscot* [2016] EWHC 2361 (Comm).

inglesa, Ley de la sede arbitral. En otras palabras, como lo denota el informe de la CCI Decisions on Costs in International Arbitration:

> The successful party will itself ultimately be out of pocket upon reimbursing such costs to the third-party funder and may therefore be entitled to recover its reasonable costs, including what it needs to pay to the third-party funder, from the unsuccessful party. The tribunal will need to determine whether these costs were actually incurred and paid or payable. …
>
> The requirement that the cost be reasonable serves as an important check and balance in protecting against unfair or unequal treatment of the parties in respect of costs, or improper windfalls to third party funders. Tribunals have from time to time dealt with this when assessing the reasonableness of costs in general, sometimes including the success fee in the allocation of costs and sometimes not, depending on their view of the case as a whole.

En el caso mencionado con anterioridad, *Norscot*, el árbitro único consideró que fue Essar, la parte demandada, la que había causado directamente la litis, y obligado de manera frontal a Norscot a litigar. Tomando en cuenta la situación financiera de Norscot en esa época, Norscot no tuvo otra opción que recurrir a un TPF. Por lo tanto, era justo que la parte vencida cubriera también el *success fee* de la financiera. Sin embargo, ¿qué pasaría si ahora, de manera sistemática, las partes recurrieran a TPF por no tomar riesgos financieros? ¿La parte vencida tendría que pagar siempre el sobrecosto, quiere decir el *success fee,* para el

TPF? ¡Como si el arbitraje no fuera ya suficientemente caro! En realidad, nadie obliga a una parte a recurrir a un TPF y si lo hace pues le corresponde asumir los costos. Tal tiene que ser la regla. Sin embargo, dos observaciones tienen que hacerse. En primer lugar, a las partes diligentes de excluir tales pagos en su cláusula arbitral; en segundo lugar, no nos oponemos a que, en ciertos casos bien limitados, se pueda pensar en incluir los montos del TPF en los costos, como, por ejemplo, en el caso de una parte demandada que realmente no tenga los medios financieros para aguantar el proceso arbitral. Pero tales excepciones tienen que ser estudiadas caso por caso y debidamente motivadas.

PARTE 4: EL PROCESO ARBITRAL

279. Como cualquier proceso, el procedimiento está organizado alrededor de ciertos conceptos como el acta de misión o la sede arbitral. También se caracteriza por un proceso en etapas, que inicia con la constitución del tribunal arbitral, la etapa de pruebas, la audiencia, y la rendición del laudo. Ciertos aspectos tienen sus propias dificultades como es el caso de los arbitrajes multipartes, o la cuestión de la Ley aplicable al fondo del asunto. Ahora bien, la particularidad del proceso arbitral consiste en que se realiza en paralelo a la jurisdicción estatal, y en numerosos casos, bajo ciertas condiciones, el juez deberá intervenir en el arbitraje, no sin crear dificultades legales.

LECCIÓN 12: LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

280. La constitución del tribunal arbitral se puede declinar en dos movimientos antagónicos: la designación de los árbitros, y, en su caso, su recusación, cada etapa teniendo sus propias características. También, es menester señalar la cuestión de la designación del Secretario Administrativo del tribunal arbitral.

12.1 La designación de los árbitros

281. Todas las reglas arbitrales, sean estatales o las de centros de arbitraje, prevén el modo de designación, que consiste normalmente en que las partes pueden cada una designar a un árbitro, y, en su caso, designar en conjunto al presidente. En caso de desacuerdo, es el centro el que nombrará a los árbitros. Ese derecho de las partes de nombrar a "su" árbitro fue vehemente criticado por Jan Paulsson[463], con el argumento – sólido – de que no se puede excluir una cierta dependencia, al menos moral, del árbitro con la parte que lo nombró. Sin embargo, retomando una frase citada por el propio Paulsson[464], el remedio es peor que la enfermedad, visto que él propone que sólo los centros designen a los árbitros. En efecto, eso da claramente lugar a mafias institucionales, como sucede en los centros que tienen listas cerradas de árbitros como el TAS[465]. En realidad, suponiendo sin conceder que hubiera una cierta parcialidad, ésta se equilibra por el hecho de que cada parte tiene a "su" árbitro, y a un presidente, en principio claramente imparcial.

---

[463] Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review*, 2010.339.

[464] Paulsson, Hypochondria and International Arbitration, *Arbitration International*, 1990.226.

[465] *Cf Pechstein*, OLG München, 15/01/2015, *Rev. arb.*, 2015.909, Maisonneuve.

282. Ahora bien, aunque en la práctica uno habla sólo de la acción de "designar" a un árbitro, legalmente las cosas no son tan claras y requieren ciertas explicaciones en relación con la calificación del acto de designación.

12.1.1. La calificación jurídica del acto de designación

283. La designación puede intervenir de tres modos. En primer lugar, son las partes las que designan al árbitro, y éste quien a su vez acepta su misión. En este momento se perfecciona el contrato entre el árbitro y la parte que lo designó (así como el contrato entre la institución arbitral y el árbitro). Lo anterior conlleva que el acto de "designar" a un árbitro es una oferta contractual que el árbitro acepta o rechaza. En segundo lugar, es el centro de arbitraje el que designa al árbitro. En este caso la designación por parte del centro también es una oferta contractual. Si el árbitro acepta, sigue una invitación a contratar con el árbitro por parte del centro arbitral a las partes, quienes aceptan o rechazan (vía la recusación). Sin embargo, la situación se complica cuando no obstante la recusación (que sería el rechazo de la invitación a contratar), el centro mantiene el nombramiento. Estaríamos en presencia de un contrato forzoso y obviamente nulo. En realidad, el mecanismo se explica por la cláusula arbitral que funciona como un contrato maestro en donde, por la inclusión del reglamento de arbitraje, contractualmente aceptan contratar al árbitro designado por el Centro arbitral. En tercer lugar, interviene la designación judicial del árbitro, si las partes solicitan al juez designar al árbitro. Aquí, el acta de designación es un

acto judicial con todos sus efectos legales.

284. En relación con la designación del árbitro por la contraparte[466], es de Derecho constante que tal nombramiento proviene de la voluntad común de ambas partes, es decir, también de la voluntad de la parte que no lo ha nombrado. La explicación de nueva cuenta reside en el acuerdo arbitral en el cual las partes se pusieron de acuerdo para que cada una de las partes pueda nombrar a un árbitro y la otra parte acepte tal designación (bajo la reserva de la recusación).

12.1.2 El modo de designación

285. En los arbitrajes institucionales, la mecánica de nombramiento de los árbitros es siempre la misma. Según lo que prevé el acuerdo arbitral, las partes tienen un plazo para nombrar a sus árbitros; en caso contrario algún órgano del centro arbitral nombrará al árbitro.

286. En el arbitraje *ad hoc*, las reglas UNCITRAL prevén que es la CPA la que actuará como autoridad nominadora. En los demás arbitrajes *ad hoc*, o las partes prevén que es un centro arbitral el que designará a los árbitros, o tendrán que recurrir al juez de apoyo. En el Derecho mexicano, el artículo 1427 Ccom[467] en su párrafo III, incisos a) y b)

---

[466] Clay, Le coarbitre, *Mélanges Mayer*, 2015.133.

[467] Art. 11 UNCITRAL.

establece que, a falta de acuerdo entre las partes para nombrar árbitros o cuando los árbitros propuestos no se pongan de acuerdo para nombrar a su presidente, después de los treinta días de haber sido designados por las partes, cualquiera de éstas podrá hacer la petición al juez para que proceda a dicho nombramiento. El Código de Comercio establece la obligación para el juez de cerciorarse de las condiciones estipuladas por las partes en el acuerdo arbitral, que el árbitro designado sea "independiente e imparcial" y "en el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tomará (el juez) en cuenta, asimismo, la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta de las partes"[468].

287. El artículo 1422 Ccom[469] establece que cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje, es decir, la sede jurídica del arbitraje. Según el nuevo artículo 1466 Ccom, el procedimiento se hará en la vía de jurisdicción voluntaria conforme a los artículos 530 a 532 y 534 a 537 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Toda decisión sobre el nombramiento encomendado al juez es inapelable, como tampoco lo es la decisión en materia de recusación.

[468] Art. 1427 Ccom.

[469] Art. 6 UNCITRAL.

12.2 La recusación de los árbitros

288. Todas las instituciones arbitrales permiten la recusación del árbitro de una u otra forma, por falta de independencia, o apariencia de parcialidad, o parcialidad[470]. En todos los procedimientos, el árbitro recusado tiene derecho de opinión, salvo en los procesos de la AAA[471]. La decisión sobre la recusación no es motivada en los sistemas de la CCI, ICDR y AAA por no dar pauta a más litigios paralelos, mientras que la CPA y la LCIA sí la motivan a fin de obtener una mayor transparencia. En todo caso, se trata de un acto administrativo por parte de la institución arbitral[472], contra la cual no se puede recurrir, pero al mismo tiempo no es constitutiva de la cosa juzgada y por lo tanto el argumento puede *de novo* ser presentado en el recurso de nulidad. La instancia arbitral no está suspendida, salvo decisión contraria, durante el tiempo que la institución arbitral decide sobre la recusación, y todos los actos tomados por el árbitro único o por el tribunal con el co-árbitro en proceso de recusación son válidos[473], lo que en nuestra opinión es una postura deplorable. En nombre de la celeridad, y al ver en cualquier recusación un acto de guerrilla, es no solamente falso, pero también incoherente. ¿Cómo, por ejemplo, un árbitro único impugnado por parcialidad podría rendir un laudo durante el proceso de recusación si

---

470 *Supra* # 225.

471 Born, p.1555.

472 Civ², 07/10/1987, *Rev.arb.*, 1987.479.

473 CA París, 12/11/1998, *Rev.arb.*, 1999.374.

después se confirma su destitución? El laudo será seguramente nulificado por la causal de que el tribunal arbitral fue constituido de manera irregular. Lo lógico sería suspender el proceso hasta que se decida, y se recomienda, como lo hacen la gran mayoría de las instituciones arbitrales, rendir sus decisiones no en días sino en pocas semanas, pues un arbitraje no será menos rápido si se espera un poco más…

289. También es relevante que el hecho de que ciertos centros no motivan o fundamentan sus decisiones, como por ejemplo en materia de recusaciones, y eso, según lo que se dice, no es violatorio del debido proceso, visto que la actividad del centro no es jurisdiccional[474]. Sin embargo, no compartimos tal postura. Una decisión de recusación es plenamente jurisdiccional y es parte del debido proceso. Si una parte considera a un árbitro como parcial, es lógico que tiene que saber por qué el centro no lo considera así, y no dejarla en estado de indefensión. ¿Qué acto es más importante que el que determina el juez o el árbitro? En particular, cuando el arbitraje se basa justamente en la idea de que las partes pueden elegir árbitros neutrales e imparciales. Si bien uno puede estar de acuerdo con la jurisprudencia en el sentido de que la decisión de (no)

[474] *Cubic*, Civ1, 20/02/2001, *Rev. arb.*, 2001.511, Clay; "La décision de nomination d'arbitre prise par la Cour d'arbitrage de la C.C.I. n'étant pas une sentence arbitrale, elle ne peut faire l'objet d'un recours en vertu de l'article 36 du Concordat intercantonal sur l'arbitrage devant l'autorité judiciaire prévue à l'article 3 Concordat intercantonal sur l'arbitrage, sous réserve du cas de la récusation", TFS, 26/11/1984, *Bull. ASA*, 1984.154.

recusación no es formalmente un acto jurisdiccional debido a que el centro de arbitraje no es un tribunal arbitral (porque no existe un pacto arbitral en este sentido) ni un tribunal judicial, eso no quiere decir que la decisión no puede ser materialmente jurisdiccional, visto que se trata de una litis sobre la calidad de un árbitro (lo anterior aplicándose por analogía para llegar a la conclusión de que una decisión de prórroga de plazo, por ejemplo, no es una decisión jurisdiccional en ausencia de litis). Si bien es cierto que hay un riesgo en abrir la caja de Pandora, y ver la multiplicación de los recursos, es también verdad que, por una parte, el derecho a la motivación es una garantía fundamental de las partes, y, por otra parte, una transparencia total hará que el arbitraje sea aún más un método de solución de controversias buscado. De todos modos, la ausencia de motivación de una decisión de confirmación de un árbitro, por ejemplo, no impide en sí un recurso contra esa decisión. Sólo lo hara más difícil y dejará un *mal sabor de boca*, porque se sospecha que hay "algo" atrás de esa decisión ya que nadie explica el porqué del sentido de la decisión. Afirmar que es suficiente decir que las partes tienen que confiarse en el centro que han elegido es un eufemismo. Cuando hay pleito, hay desconfianza. Tan sencillo. Se puede pensar que fue la razón principal por la que la LCIA cambia su reglamento al dar a sus decisiones sobre recusaciones la calificación jurisdiccional, por lo que el artículo 29.1 reformado establece que:

> The determinations of the L.C.I.A. Court with respect to all matters relating to the arbitration

> shall be conclusive and binding upon the parties and the Arbitral Tribunal, unless otherwise directed by the L.C.I.A. Court. Save for reasoned decisions on arbitral challenges under Article 10, such determinations are to be treated as administrative in nature; and the L.C.I.A. Court shall not be required to give reasons for any such determination.

Esperamos que la CCI no tarde demasiado tiempo para también cambiar su postura. Es su obligación ofrecer un arbitraje *à l'épreuve du feu*, aún si lo anterior conlleva el riesgo de litigios paralelos.

290. Ahora bien, según el art. 1429 Ccom[475], las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros, lo que normalmente es por reglamento arbitral. A falta de acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de su constitución o de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad del árbitro o su independencia, o si no posee las cualidades convenidas, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta. Si no prosperase la recusación incoada en los términos precitados, la parte recusante podrá pedir al juez, dentro de los treinta días siguientes de notificada la decisión por la que se rechaza la recusación,

[475] Art. 13 UNCITRAL.

resuelva sobre su procedencia, decisión que será inapelable. Mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrá proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo. Según el artículo 1470, fracción I, la recusación se tramitará según las reglas procesales del Juicio Especial sobre Arbitraje en los términos de los artículos 1472 y siguientes Ccom. Admitida la demanda, el juez ordenará emplazar a las demandadas, otorgándoles un término de quince días para contestar. Transcurrido el término para contestar la demanda, sin necesidad de acuse de rebeldía, si las partes no promovieren pruebas ni el juez las estimare necesarias, se citará, para dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, la que se verificará concurran o no las partes. Si se promoviere prueba o el juez la estimare necesaria previo a la celebración de la audiencia, se abrirá una dilación probatoria de diez días. Celebrada la audiencia el juez citará a las partes para oír sentencia. Las resoluciones intermedias dictadas en este juicio especial y la sentencia que lo resuelva no serán recurribles.

291. La recusación principalmente deberá basarse en "circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes". Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

292. El artículo 1428 Ccom[476] dio lugar a algunas dificultades de interpretación en la práctica. En el asunto *Grupo Radio Centro c. Infored*, la cláusula compromisoria previó que el tribunal arbitral tiene que ser compuesto por "juristas especializados en la materia de comunicación y medios de difusión". Ambas partes nombraron a "su" árbitro. Sin embargo, una vez el laudo rendido, Grupo Radio Centro buscó la nulidad del laudo argumentando que la composición del tribunal arbitral no se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes[477], porque se dio cuenta durante el procedimiento de que los árbitros, incluido el que fue nombrado por Grupo Radio Centro, no eran "juristas especializados en la materia de comunicación y medios de difusión". Sin embargo, su petición fue rechazada porque tanto según el reglamento arbitral aplicable[478] como según la *lex arbitri* mexicana, ambas partes tuvieron la posibilidad de recusar a los árbitros durante todo el tiempo del procedimiento (principio de la remoción), pero no se hizo uso de tal facultad[479]. En otras palabras, se opone a la acción de petición de nulidad lo que se llama en el *jargón* arbitral el "*estoppel*", o más ortodoxamente en Derecho civil, la regla del *venire contra factum proprium non valet*, que a su vez deriva del principio del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

---

[476] Art. 12 UNCITRAL.

[477] Art.1457.I.d) Ccom.

[478] Reglamento CCI.

[479] Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 12/05/2005.

293. Finalmente, vale la pena señalar la tendencia en Derecho comparado de considerar la recusación como un ejercicio proactivo. No es suficiente para una de las partes confiarse en la declaración de independencia, sino que tiene que buscar por cuenta propia, con sus propias investigaciones, si no existe alguna causal de recusación. En caso contrario, el argumento de que se descubrió un conflicto de intereses en el transcurso del arbitraje será rechazado si la parte hubiera podido descubrirlo al inicio del procedimiento arbitral[480].

294. Una vez removido el árbitro, se queda la cuestión de la repetición o no de todo lo ocurrido en el proceso. Es normalmente el tribunal arbitral el que decide.

12.3 La designación de un Secretario del Tribunal arbitral

ICC, *Introduction of revised Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries*, 2012; Joint Report of the International Commercial Disputes Committee and the Committee on Arbitration of the New York City Bar Association, Secretaries to international arbitral tribunals, *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2006.575

[480] Civ1, 10/12/2012.

295. El Secretario del tribunal arbitral es un fantasma legal. Ningún reglamento arbitral lo prevé tal cual, sin embargo, en casi todos los grandes arbitrajes, ¡él existe! A tal grado de que ciertos lo llaman el "cuarto" árbitro. Por lo tanto, dos cuestiones principales existen. En primer lugar, si el tribunal arbitral tiene el derecho a tener a un secretario, quién paga su labor, y cuáles son sus funciones. Y justamente este último punto nos lleva, en segundo lugar, a analizar los límites de esas funciones para evitar que el Secretario se vuelva árbitro.

296. Los secretarios son normalmente nombrados por el acuerdo de las partes. Es de sugerir adoptar la recomendación de la CCI sobre el tema en relación con los arbitrajes bajo su reglamento[481], que consiste en:

> [The Arbitral Tribunal shall inform the parties of its proposal to do so. For this purpose, the Arbitral Tribunal shall submit to the parties the proposed Administrative Secretary's *curriculum vitae*, together with a declaration of independence and impartiality, an undertaking on the part of the Administrative Secretary to act in accordance with the present Note and an undertaking on the part of the Arbitral Tribunal to ensure that this obligation on the part of the Administrative Secretary shall be met.

En caso de objeción de alguna de las partes, es recomendable renunciar al nombramiento. Tal es también

[481] Introduction of revised Note on the Appointment, Duties and Remuneration of Administrative Secretaries, effective 1 August 2012.

la posición de la CCI. La postura contraria puede encontrarse con el HKIAC que prevé que el Tribunal propone y permite a las partes objetar, pero que la decisión final es del Tribunal y no de las partes[482]. No nos parece que sea la manera de hacer las cosas. El tribunal *in integro* es de las partes, e incluyo, en este caso, al Secretario, eso además de que son las partes las que tienen que pagarlo.

297. Ahora bien, las funciones del Secretario pueden ser definidas según lo que indica la Nota de la CCI[483]:

> Administrative Secretaries act upon the Arbitral Tribunal's instructions and under its strict supervision. The Arbitral Tribunal shall, at all times, be responsible for the Administrative Secretary's conduct in relation to the arbitration.
>
> An Administrative Secretary may perform organizational and administrative tasks such as:
>
> - transmitting documents and communications on behalf of the Arbitral Tribunal; organizing and maintaining the Arbitral Tribunal's file and locating documents; organizing hearings and meetings;
> - attending hearings, meetings and deliberations; taking notes or minutes or keeping time; conducting legal or similar research; and
> - proofreading and checking citations, dates and cross-references in procedural orders and awards

[482] Art. 13.4.

[483] Introduction of revised Note, *op.cit.*

> as well as correcting typographical, grammatical or calculation errors.
>
> Under no circumstances may the Arbitral Tribunal delegate decision-making functions to an Administrative Secretary. Nor should the Arbitral Tribunal rely on the Administrative Secretary to perform any essential duties of an arbitrator.
>
> The Administrative Secretary may not act, or be required to act, in such a manner as to prevent or discourage direct communications among the arbitrators, between the Arbitral Tribunal and the parties, or between the Arbitral Tribunal and the Secretariat.
>
> A request by an Arbitral Tribunal to an Administrative Secretary to prepare written notes or memoranda shall in no circumstances release the Arbitral Tribunal from its duty personally to review the file and/or to draft any decision of the Arbitral Tribunal.

Como lo indica lo anterior, se trata de un verdadero servicio de secretaria, y no debe confundirse con el "famoso" Secretario del tribunal que tiene el poder *de facto* de decidir una controversia. Sin embargo, en la práctica las cosas no son tan claras. En el caso *Yukos*, la Federación Rusa buscó la nulidad, *inter alia*, con el argumento de que los árbitros no cumplieron personalmente con su misión, porque el Secretario participó, entre otras cuestiones, en las

deliberaciones y redactó el laudo[484]. El caso muestra la dificultad de comprobar que se cruzó la línea entre ser un apoyo para los árbitros, o un "delegado" de ellos para hacer el trabajo arbitral. Rusia intentó demostrar que, en relación con los montos pagados al Secretario, éste ha hecho más que solamente buscar y preparar documentos.

298. En relación con la remuneración, es obvio que existen dos posturas contradictorias. Por un lado, es obvio que el Secretario tiene que ser remunerado y, como trabaja para el tribunal, la carga financiera tiene que ser para los árbitros. Por otro lado, es posible considerar al Secretario como un elemento necesario para la organización del arbitraje, y corresponde a las partes cubrir los honorarios de éste. Si no hay acuerdo entre las partes y el tribunal, se pueden seguir las directrices de la CCI[485], y considerar que son los árbitros los que le pagan con los honorarios percibidos del arbitraje, cuyos montos serán determinados por común acuerdo, o en su caso, por el Derecho de la sede arbitral, noción que veremos ahora.

---

[484] La Corte de Distrito de La Haya anuló el laudo, pero por otros argumentos (20/04/2016). La Corte Suprema italiana consideró en un asunto que, no obstante que ningún miembro del tribunal arbitral era abogado, no pudieran delegar sin más control la redacción del laudo a un abogado no miembro del tribunal (*Sacheri v. Robotto*, Corte di cassazione, 07/06/1989, *Yearbook*, 1991.156).

[485] Introduction of revised Note, *op.cit.*

LECCIÓN 13: LA SEDE ARBITRAL

Fernández Rozas, Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral, *Lima Arbitration*, 2007.25; Vásquez Palma, Relevancia de la sede arbitral y los criterios que determinan su elección, *Revista chilena de derecho privado*, 2011.75.

299. La cuestión de la localización de la sede tiene importancia en la medida en que el *locus arbitri* puede intervenir en algunos casos, como para la aplicación de las reglas imperativas de procedimiento de un Estado, la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer los recursos de anulación, la satisfacción de la condición de reciprocidad (cuando sea requerida para la aplicación de las convenciones relativas al reconocimiento y la ejecución de los laudos), o también para el recurso al juez de apoyo. El artículo 1422§2[486] *a contrario* combinado con el artículo 1415[487] del Código de Comercio mexicano subordina la competencia del juez de apoyo mexicano a la condición de que el arbitraje tenga su sede en el territorio nacional.

[486] Art. 6 UNCITRAL.

[487] Art. 1 UNCITRAL.

13.1 La sede arbitral *de lege lata*

300. La noción de "sede" lleva a pensar que se trata del lugar donde el tribunal arbitral materialmente está. Sin embargo, tal lugar no existe, salvo para las audiencias. En realidad, la sede arbitral es una noción jurídica designada de manera abstracta por el orden jurídico para anclar jurídicamente al arbitraje, y no se confunde legalmente con el lugar donde se efectúan las audiencias (aunque en la práctica muchas veces ambos se confunden). Los efectos jurídicos de este anclaje son diversos e importantes. En primer lugar, según la Convención de Nueva York, sólo el juez de la sede arbitral puede nulificar un laudo. En segundo lugar, la sede también determina la competencia del juez de apoyo. Ahora bien, en la mayoría de las Leyes y reglamentos arbitrales se prevé el principio de la autonomía de la voluntad: las partes pueden elegir la sede que quieren. Si no lo hacen, se prevé normalmente que es el tribunal arbitral el que lo determina según sus propios criterios. En la práctica, resulta que se cristalizan dos principales factores para fijar la sede: la neutralidad del lugar, y la *lex arbitri* que resulta de la elección de la sede[488]. Algunos reglamentos arbitrales prevén una sede *per default* en ausencia de elección por las partes, tal como el reglamento del TAS que prevé que es Suiza la sede arbitral, o el reglamento de la LCIA que prevé a Londres como sede (salvo que el tribunal arbitral estime que hay que determinar otra sede más adecuada).

---

[488] *Waste Management, Inc. v. Mexico,* ICISD, Decisión sobre el lugar de arbitraje, 26/09/2001 (Cremades; Highet, Siqueiros).

301. Con respecto al Derecho mexicano, el art. 1436 Ccom dispone que las partes puedan determinar libremente el lugar del arbitraje. En ausencia de tal elección, el tribunal arbitral debe determinar el lugar del arbitraje, atendiendo, como lo prevé el mismo artículo, las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes. Es importante subrayar que, no obstante la mala redacción del art. 1436, el término "lugar de arbitraje" está muy relacionado con el de "sede del arbitraje" y no se refiere al lugar donde se efectúa el arbitraje, es decir, el lugar de audiencias.

13.2 La sede arbitral *de lege ferenda*

302. Es de preguntarse si en el futuro uno podrá anunciar la *muerte* programada del Estado sede del arbitraje[489] que sería una consecuencia lógica del proceso de desvinculación nacional del arbitraje, no siempre aceptado por todos[490], y de la abolición del recurso de nulidad. En este sentido una sentencia arbitral, en relación con la validez de un acuerdo arbitral, subraya que la jurisdicción de los árbitros no deriva del Derecho del Estado sede del arbitraje sino de la

[489] Pereznieto & Graham, La muerte programada del Estado sede del arbitraje, *RLMA*, 2006. 197.

[490] Fernández Rozas, Determinación del lugar de arbitraje …, *op.cit.*, #9.

autonomía de la voluntad[491]. Es el caso de un arbitraje que tuvo su sede en Addis Ababa, Etiopía. Una de las partes inició un litigio paralelo ante los tribunales de este país, los que a su vez emitieron una orden de suspensión del procedimiento arbitral. Sin embargo, el tribunal arbitral la rechazó, con base en los siguientes motivos:

> The Arbitral Tribunal accords the greatest respect to the Ethiopian courts. Nevertheless, for the reasons set out below, the Tribunal considers that it is not bound to suspend the proceedings as a result of the particular injunctions issued by the Federal Supreme Court and the Federal First Instance Court and that, in the particular circumstances of the case, it is under a duty to proceed with the arbitration.
> This tribunal is an ICC arbitral tribunal, constituted under the ICC Rules. Pending the decision of the Arbitral Tribunal on the question of jurisdiction, which is given below, it must be assumed that the parties have agreed to resolve their disputes through ICC arbitration with a seat in a particular country, namely, Ethiopia[492].
> [...]
> An international arbitral tribunal is not an organ of the state in which it has its seat in the same way that a court of the seat would be. The primary source of the Tribunal's powers is the parties' agreement to arbitrate. An important consequence

[491] *Salini Costruttori v. Etiopia,* CCI, Laudo sobre jurisdicción, 07/12/2001 (Gaillard; Bernardini, Bunni); comentado por Gaillard, L'interférence des jurisdictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage, *Liber amicorum Raymond*, París, Litec, 2004.83; y por Schwartz, Do international arbitrators have a duty to obey the orders of courts at the place of the arbitration? *Liber amicorum Briner*, París, ICC, 2005.795.

[492] #124 sq del laudo.

> of this is that the Tribunal has a duty vis à vis the parties to ensure that their arbitration agreement is not frustrated. In certain circumstances, it may be necessary to decline to comply with an order issued by a court of the seat, in the fulfilment of the Tribunal's larger duty to the parties[493].
> [...]
> To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement into a dead letter, with intolerable consequences for the practice of international arbitration more generally[494].

303. En relación con la práctica judicial, un primer paso, aunque indirecto, ya se llevó a cabo con la decisión de la Corte de Casación francesa estableciendo la competencia del juez de apoyo francés, no obstante que la sede del arbitraje se encontraba fuera de Francia y además, que la Ley designada aplicable al arbitraje no era la Ley francesa, exigiendo sólo un vínculo mínimo con Francia y que existiera riesgo de denegación de justicia[495]; jurisprudencia confirmada con la reforma de la Ley arbitral francesa. Pero es especialmente en materia de recursos de nulidad que opinamos que la noción de sede ya no tendría que tener la importancia que se le atribuye en la actualidad. Otra noción que también ha perdido mucha importancia es la

[493] # 128 del laudo.

[494] # 143 del laudo.

[495] Civ[1], 1/2/2005, *Rev. arb.*, 2005.693, Muir Watt; *D.* 2005.3054, Clay.

del Acta de misión.

LECCIÓN 14: EL ACTA DE MISIÓN

Goldsmith, How to draft Terms of Reference, *Arb. Int'l*, 1987.298; Arnaldez, L'acte déterminant la mission de l'arbitre, *Mélanges Bellet*, 1991.1.

304. Un procedimiento arbitral forzosamente tiene que tener al inicio una fase de organización tanto del tribunal como del procedimiento en sí mismo. En ciertos arbitrajes que se efectúan bajo reglamentos del "sistema CCI", como el CAM en México, por ejemplo, las partes tienen que celebrar un Acta de Misión que tiene por objetivo, como lo señala *per se* el término, definir la "misión" del tribunal arbitral.

305. El procedimiento arbitral inicia formalmente a partir de la notificación de la demanda al Centro de arbitraje, la organización procesal empieza normalmente con la *pre-trial conference* (o *pre-hearing conference*) pudiendo o no resultar en un Acta de Misión. Este último es un documento en el cual se exponen las pretensiones de las partes, se identifican los puntos sobre los cuales el tribunal tiene que pronunciarse, así como las principales reglas que regirán el procedimiento.

306. Desconocido por la mayoría de las instituciones arbitrales[496], criticado por la doctrina anglosajona, en México el CAM lo adoptó mientras que la CANACO prefirió no introducirlo en su reglamento. Por lo tanto, se debe analizar el Acta de Misión en cuanto a su utilidad, así como en relación con su naturaleza jurídica.

14.1 Utilidad del Acta de Misión

307. La raíz del acta de misión se encuentra en la práctica antigua del compromiso confirmativo.[497] En este sistema se necesitaba que el consentimiento expresado en la cláusula compromisoria tuviera que ser confirmado en un compromiso una vez que el litigio había nacido. Como tales requisitos legales ya no existen, muchos autores afirman que en consecuencia el acta de misión perdió su utilidad. Especialmente la doctrina americana afirma que es ilógico fijar de manera definitiva la litis antes del intercambio de todos los documentos y el interrogatorio de los testigos[498], sin hablar del hecho de que la preparación del documento en cuestión puede llevar mucho tiempo. Eso además se acentúa con la práctica de la muy frecuentemente utilizada

---

[496] Por ejemplo: AAA, LCIA, Instituto de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, etc.

[497] FGG, #1228.

[498] Smit, The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986.9, 21. Para una crítica de un autor francés: Kassis, *Réflexions*, *op.cit.*, p. 226.

cláusula "sin perjuicio"[499] que delude la función principal del acta que consiste a fijar la litis:

> ACTA DE MISIÓN. FIJA LA LITIS Y LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. En la etapa inicial del procedimiento arbitral al tenor de lo planteado por la parte actora y demandada, se define la materia de la controversia. En ciertos casos, conforme a lo pactado por las partes, por establecerlo en la cláusula arbitral o sujetarse a reglas de arbitraje institucional, dicha controversia puede quedar definida a través del acta de misión que consiste en un documento del tribunal arbitral que determina el marco general sobre el que se desarrollará el procedimiento acorde con la materia controvertida. Constituye una apreciación inicial sobre las pretensiones planteadas y sobre la materia de la contienda, que permite identificar a las partes, su existencia, calidad y representación, y domicilio; contiene, además, una exposición sucinta de las pretensiones citadas; la lista de los puntos litigiosos a resolver; el nombre completo, domicilio y calidad de los árbitros; el lugar o sede del arbitraje; la indicación de las reglas aplicables al procedimiento y las precisiones que las partes o el tribunal consideran relevantes a fin de resolver adecuadamente la controversia planteada, como resultaría de la modificación del acuerdo arbitral, determinación de reglas especiales de

[499] "Esta Acta de Misión es sin perjuicio a cualesquier otras alegaciones, argumentos, manifestaciones o negaciones a los hechos contenidas en los memoriales que ya hubieran presentado o que puedan presentar en lo futuro. Ninguna declaración u omisión en el resumen de las posiciones de cualquiera de las partes habrá de interpretarse como una renuncia o un reconocimiento a un hecho o a una cuestión de derecho aducida por la otra. Al suscribir la presente Acta de Misión, ninguna de las partes acepta el resumen de posiciones ni las prestaciones reclamadas por la otra parte".

> procedimiento o confirmar la competencia de los árbitros o la intención de cuestionar esa competencia; y dada su trascendencia para el procedimiento arbitral, es firmada por las partes y, en ciertos casos, por la institución arbitral[500].

308. El rechazo de alguna de las partes de participar en la elaboración del acta de misión no afecta la validez del laudo[501], lo que acentúa la inutilidad legal del acta de misión. Queda una cierta utilidad como *roadmap* para ciertas cuestiones procesales y prácticas. Sin embargo, lo anterior también pudiera hacerse vía una orden procesal, como lo hace por ejemplo la CANACO en México. Consecuentemente, una de las dos cosas. O, el acta de misión fija su litis y tiene un verdadero significado, o se elimina el acta de misión, cuya elaboración puede pesar en los honorarios.

14.1.1 Clarificación de las cuestiones procesales

309. En ausencia de precisión en la demanda y/o en la contestación, el acta de misión permite también determinar ciertos puntos fundamentales como la sede del arbitraje, la Ley aplicable, el idioma utilizado en el procedimiento, las fechas y la manera de organizar las audiencias, determinar el método de interrogatorio de los

---

[500] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 195/2010. **Maquinaria Igsa, S.A. de C.V.** y otra. 07/10/2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

[501] CA París, 28/6/1991, *Rev. arb.*, 1992.568, Bellet; *BNP,* CA París, 11/3/1993, *Int'l Arb. Rep.*, April 1993, F8.

testigos (lista de preguntas o "*cross examination*"), etc.

310. Una vez firmada o aprobada el acta de misión, las partes sólo podrán presentar reclamaciones no previstas en dicha acta con la autorización del tribunal arbitral, quien debe, para otorgar la autorización, tomar en consideración la naturaleza de las nuevas reclamaciones, la etapa procesal en que fueron presentadas y otras circunstancias relevantes. Ahora bien, nada impide a las partes de prever en el Acta de Misión la posibilidad de prever lo contrario, quiere decir, no excluir la posibilidad de presentar nuevas demandas después de la adopción del acta de misión. Ante el silencio del acta, se considera que tal facultad está excluida[502] y la nueva demanda tiene que ser declarada improcedente[503]. Eso no debe tener por efecto el excluir *ipso facto* cualquier nuevo argumento presentado durante el procedimiento. Si, por ejemplo, en la demanda se pidió sólo la rescisión del contrato, el reclamo posterior de daños y perjuicios presentado una vez que el acta de misión hubiera sido acordada por las partes tiene que ser visto como una demanda nueva, mientras que la exclusión errónea de una demanda principal o reconvencional de los escritos previos de las partes no debe obstaculizar su inclusión posterior en el procedimiento. El propósito del acta de misión es describir las demandas de las partes, pero de ningún modo reemplazarlas o sustituirlas[504]. Sin

[502] FGG, # 1233.

[503] #3267, CCI, 1984, *Yearbook*, 1987.87.

[504] Derains & Schwartz, *op.cit.*, p. 285.

embargo, lo contrario no es tan cierto en relación con la posibilidad de retirar una demanda del acta de misión posteriormente a su firma. En ausencia de cualquier decisión judicial mexicana sobre este punto, se puede opinar que la línea a seguir es la de la Corte Suprema suiza que estableció que no hay obstáculo para retirarla[505] sin, por lo tanto, olvidar señalar que varios tribunales arbitrales han decidido lo contrario[506].

311. Sin embargo, todo lo anterior es muy relativo en presencia de una cláusula "sin efecto" en el acta de misión, que justamente tiene por objetivo que todo lo acordado es sin perjuicio dado que ninguna declaración u omisión en el resumen de las posiciones de cualquiera de las partes habrá de interpretarse como una renuncia o un reconocimiento de un hecho o de una cuestión de derecho aducida por la otra. Asimismo, al suscribir el acta de misión, ninguna de las partes acepta el resumen de posiciones ni las prestaciones reclamadas por la otra parte, lo que obviamente tiene que lógicamente llevar a la admisión de nuevas demandas en el transcurso del arbitraje.

312. Un problema más consiste en la actualización de las cantidades del monto reclamado. No obstante la opinión de una eminente doctrina que consideró que se trata de una

---

[505] *Westland Helicopter*, TFS, 19/04/1994, *ASA Bull.*, #2, 1995.191.

[506] Derains & Schwartz, *op.cit.*, p. 293, nota 531.

nueva demanda[507], nos parece que la mera actualización por hechos nuevos descubiertos durante el transcurso del procedimiento arbitral no constituye una nueva demanda[508], salvo que en realidad no se tratara de "actualizar" sino de constituir una verdadera nueva demanda que nunca fue prevista al inicio cuando se redactó el Acta de Misión. Esta última también tiene por función la clarificación de dudas sustanciales que surgen de la demanda y de la contestación.

14.1.2 Clarificación de las cuestiones sustanciales

313. Es un hecho que existen demandas en las cuales las pretensiones pueden ser confusas o contradictorias como, por ejemplo, el ¡solicitar al mismo tiempo la ejecución forzosa del contrato y la rescisión del mismo! Las observaciones del tribunal arbitral o de su presidente al momento de preparar el Acta de misión[509] obligan a las partes a revisar y clarificar sus pretensiones y, según el caso, detallar sus argumentos. Desafortunadamente, la gran mayoría de los árbitros no lo hacen en perjuicio del expedito procedimiento.

---

[507] FGG, # 1233.

[508] Si la jurisprudencia arbitral prevé la posibilidad de reducir las pretensiones monetarias (CCI, #3281, *JDI*, 1982.990, Derains), no hay razón entonces para rechazar el "aumento".

[509] Goldsmith, How to draft Terms of Reference, *Arb. Int'l*, 1987.298.

314. Al estar el árbitro obligado a "cumplir con su misión", parece lógico que tenga un documento como el Acta de misión, además del reglamento de arbitraje, en donde justamente se establecen cuáles son los términos exactos de esta misión. En este sentido, un acta bien redactada es un instrumento que permite evitar causas de nulidades y permite asegurar la buena ejecución del laudo (y por esta razón la CCI adopta su práctica). Sin embargo, es cierto que, por el contrario, un acta mal redactada, confusa y demasiado complicada, constituiría un *tesoro* de argumentos para pedir la nulidad del laudo para la parte condenada.

14.2 Naturaleza jurídica del Acta de Misión

315. El acta de misión siempre se impone a las partes y a los árbitros a título de *pacta sunt servanda*[510], sea de manera directa porque ambas partes así la han adoptado o, si una de las partes ha rechazado firmarla, de manera indirecta por aceptación del reglamento de arbitraje. Sin embargo, muchos árbitros no lo ven así, y consideran al acta de misión como un simple papel de organización procesal. La cuestión es más que pertinente, en vista de quién lo firma. Si es un contrato, es el representante legal de la empresa o el abogado especialmente apoderado quien tiene que firmar; si es un acto procesal, el abogado autorizado podrá firmarlo solo. En nuestra opinión, es un contrato con todas

510 Y lógicamente, en caso de conflicto entre el acta de misión y el Reglamento arbitral, es el primero que prima (*Lapine Technology Corp. v. Kyocera Corp* (9th Cir. 1997)., 130 F.3d 884.

sus consecuencias. Deploramos tanto la existencia de la cláusula "sin perjuicio", como el hecho de que sea visto como una simple guía procesal sin muchos efectos. Esto, descuidado por parte de los árbitros, puede conllevar la eventual nulidad del laudo, visto que una de las principales causales de anulación es justamente el "no respeto de la misión del tribunal arbitral".

14.2.1 El acta de misión aceptada por ambas partes

316. Si bien para muchos, el acta de misión es sólo un "papel de guía" para las partes en el arbitraje, tal postura es errónea. Al constituir un intercambio de voluntades a través de la firma del acta de misión por las partes, y teniendo un objeto claro – definir la misión del árbitro –, no cabe duda de que estamos en presencia de un contrato. Todo acuerdo de las partes hecho en el acta de misión se impone como convenio a las partes y a los árbitros. Eso tiene por consecuencia que el acta de misión desplace al acuerdo arbitral que le sirvió de base.[511] Sin embargo, el acta de misión no puede siempre "salvar" a una cláusula compromisoria nula. En este caso, las partes pueden solicitar al tribunal arbitral declararse incompetente[512], a

511 CA París, 12/07/1984, *JDI*, 1985.129, Goldman (nota crítica del autor en relación con la asimilación del acta de misión al compromiso); *Kis France*, CA París , 19/03/1987, *Rev. arb.*, 1987.498, Zollinger; CA París, 12/01/1988, *Rev. arb.*, 1988.691, Zollinger; *Société Optimal conseil et stratégie SARL*, Civ1, 11/07/2006 (el rechazo de firmar un acta de misión porque cambia substancialmente el pacto arbitral da lugar a la nulidad del procedimiento arbitral).

512 *Diseno,* CA París, 27/10/1994, *Rev. arb.*, 1995.263, Level.

menos que resulte claramente del acta que éste también sirva de compromiso, sin que por lo tanto se pueda considerar al acta como una renuncia expresa a la invocación de eventuales vicios de competencia del tribunal arbitral[513]. También el acta de misión permite modificar la cláusula compromisoria inicial, cambiando, por ejemplo, el lugar del arbitraje inicialmente previsto, o aumentando/reduciendo la competencia del tribunal arbitral[514]. Por otra parte, la misma acta de misión puede modificar las pretensiones iniciales. La práctica de la cláusula "sin perjuicio", sin embargo, desvía al acta de misión de uno de sus principales objetivos: fijar la litis. Es cierto, que algunas decisiones judiciales van en este sentido afirmando que la litis se define por las pretensiones de las partes y no necesariamente por lo pactado en el acta[515], lo que da pauta al argumento de la inutilidad del acta de misión. En nuestra opinión, el acta tiene que ser un verdadero instrumento de definición y limitación del litigio para garantizar un procedimiento expedito y así evitar malas sorpresas durante el proceso.

---

[513] *Egypte c. SPP,* CA París, 12/07/1984.

[514] P.e.: CA París, 19/12/1986, *Rev. arb.*, 1987.359, Gaillard; Civ[1], 8/3/1988, *Rev. arb.*, 1989.481, Jarrosson.

[515] Por ejemplo: *Spedidam,* Civ[2], 24/06/2004; Com, nº 09-15810, 29/06/2010.

14.2.2 El acta de misión no aceptada por una o las dos partes

317. En caso de que al menos una de las partes no acepte el acta de misión tal como fue elaborada por el tribunal arbitral, este último normalmente se impone a la parte recalcitrante en virtud del reglamento[516], el cual fue libremente aceptado por esta parte. En otros términos, no hay aquí excepción alguna al principio del *pacta sunt servanda*.

318. Sin embargo, en realidad las cosas son un poco más complicadas. El acta de misión, siendo un contrato, presenta dificultades al reconciliar la facultad de substitución de la CCI o del CAM con los principios generales del Derecho de los contratos. La idea es desbloquear un proceso arbitral por el rechazo de alguna de las partes a firmar el acta de misión. Sin embargo, cuando existen razones legítimas para no firmar, no se puede entender por qué la institución podría hacerlo; sin hablar de que al final el laudo puede ser anulado.

14.2.3 El orden procesal como acta de misión

319. En los procedimientos institucionales donde el reglamento no prevé el acta de misión como el de la Canaco o del ICDR, se ha establecido la práctica de la conferencia preliminar y su orden procesal subsecuente donde se

[516] Por ejemplo art. 24 CAM.

establece más o menos lo mismo que en el acta de misión. Sin embargo, sería falso asimilar ambas prácticas. Una orden procesal no es un contrato, sino un acto unilateral del tribunal arbitral, y por lo tanto no puede ser anulado ni impugnado. Tampoco constituye una causal de nulidad, al contrario del acta de misión, cuya violación está prevista por la legislación arbitral mexicana.

LECCIÓN 15: EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

320. El proceso arbitral es un verdadero desafío organizacional, en particular cuando hay varios procedimientos al mismo tiempo, o cuando estamos en presencia de un proceso que involucra acciones masivas, entre otros. La organización de las pruebas y su desahogo, en particular en relación con el *discovery*, también tiene sus propias dificultades. Y la moda de solicitar más y más medidas cautelares, tampoco contribuye a hacer el arbitraje más fácil y más rápido. Al final del proceso, se concluirá el procedimiento con una audiencia final y, según el caso, con el memorial post-audiencia, antes de que se inicie la fase de la deliberación del tribunal arbitral.

15.1 Organización del procedimiento

321. Como lo ha establecido el fallo *Telmex*[517], las partes y los árbitros en México son libres de organizar el procedimiento según su conveniencia, tanto así que se respeta el reglamento aplicable. Tanto el Código de Comercio como los reglamentos del CAM y de la CANACO consagran esta libertad, y sus pocas disposiciones en la materia no llaman a más comentarios.

322. Es de precisar que las reglas aplicables son aquéllas en vigor en el momento de la celebración del acuerdo arbitral, visto que se trata de una incorporación contractual, y se aplica la teoría de la declaración en materia de formación del contrato de administración arbitral[518]. Si las reglas incorporadas prevén la aplicación del reglamento en vigor en el momento de la celebración del contrato de administración de arbitraje, pues entonces es obvio que se aplica el nuevo reglamento, con todo lo dispuesto, de lo cual derivan algunos puntos que requieren un análisis más detallado en las siguientes líneas.

---

[517] Amparo en Revisión 759/2003. **Teléfonos de México**. 30/06/2004.

[518] *Supra* # 263.

15.1.1 Organización de las audiencias

Magallanes & Barradas, Las formalidades esenciales del procedimiento y la oportunidad para presentar el caso en el arbitraje internacional, *A cien años de la Constitución de 1917*, Themis, 2016.2781; Paulsson, The Timely Arbitrator: Reflections on the Bockstiegel Method, *Arbitration International*, 2006.19.

323. Las audiencias no presentan muchos problemas legales. En primer lugar, organizar una audiencia no es una regla sino una posibilidad. Las partes pueden legítimamente renunciar a su organización. Asimismo, si bien por regla general se hace una sola audiencia, nada impide al tribunal de organizar varias si tal necesidad se presenta.

324. El gran problema de las audiencias son las fechas: el poner de acuerdo a 3 o 5 o más personas, viniendo muchas veces de varios países no es tarea fácil. La cuestión aquí es hasta qué punto el tribunal tiene que acomodarse a la agenda de los abogados. Si bien el sentido común recomienda hacer todo lo posible para convenir las fechas, el tribunal también tiene el deber de organizar la audiencia de la manera más expedita posible. En nuestra práctica, si después de la primera ronda de intercambio de fechas sale una fecha posible para el tribunal, esa fecha se impone a las partes salvo que puedan presentar alguna excusa legítima para no acudir, tal como una audiencia judicial. En

ausencia de excusa, la fecha prevalece; en presencia de una excusa legítima se propone otra fecha. Cuando existe un consenso de fecha entre las partes, pero es uno de los árbitros el que no puede, el mismo sistema tendrá que imponerse. Si ahora, como sucede algunas veces, un árbitro realmente tiene su agenda llena de audiencias durante varios meses, hay que preguntarse si aún es capaz de cumplir con su misión, véase solicitar su remisión (obviamente con el problema de que la fecha de audiencia también se aplazará para dar oportunidad al nuevo árbitro de estudiar el caso). En el sistema del CAM o de la CCI, por ejemplo, el problema es parcialmente resuelto por el uso de la redacción de un calendario procesal al momento de hacer el acta de misión.

325. En la audiencia, la regla de oro es la igualdad de las partes: igualdad de oportunidad de presentar su caso; igualdad de oportunidad de contestar a la parte contraria, etcétera. Sin embargo, no es muy claro cuál estándar se aplica a esta oportunidad: tiene que ser una oportunidad ¿justa?, ¿plena? Por ejemplo, el Código de Comercio habla de una oportunidad "plena", mientras que el reglamento LCIA habla de oportunidad "razonable", y el reglamente CCI prevé una oportunidad "suficiente". ¿Los adjetivos utilizados para calificar las oportunidades son solamente distintos en la semántica, mas significan lo mismo? ¿O hay algún grado de menos a más oportunidad? Sin entrar en el

debate doctrinal bastante estéril[519], es de subrayar que el debido proceso no se aprecia *in abstracto* sino *in concreto*: que cada parte tuvo oportunidad de presentar sus argumentos, y esa oportunidad tiene que ser razonable en el sentido de que no se trata de que una parte pueda presentar todo lo que quiera sin ningún control del tribunal arbitral – porque éste tiene la obligación de conducir un procedimiento expedito y eficaz –, sino que los árbitros admitan todo lo necesario para comprobar el caso de la parte.

326. La oportunidad de presentar su caso implica también el problema del tiempo. Como en el arbitraje el tiempo es dinero, pues se intenta hacer audiencias de uno o dos días, o en un caso complejo, en el *mínimum* de días posibles. Eso obliga a repartir el tiempo entre las partes. ¿Qué pasa si la parte actora presenta su caso en 20 minutos, y la contraparte toma 3 horas? La práctica normal es dar a cada parte un tiempo fijo, una hora, por ejemplo. Si la actora termina en 20 minutos, pues es su derecho. La demandada no tendrá 3 horas, pero deberá presentar todo en el mismo tiempo fijado: 1 hora. Así, *a priori*, se respeta la igualdad de oportunidad para las partes de presentar su caso. La regla, o mejor dicho esa práctica, hace sentido, pero se requiere de una cierta flexibilidad del tribunal. En ciertos casos, es cierto que una parte tiene mucho más que decir que la otra, y sería negarle su derecho fundamental de presentar su

[519] Para la discusión cf: Magallanes & Barradas, Las formalidades esenciales del procedimiento y la oportunidad para presentar el caso en el arbitraje internacional, *A cien años de la Constitución de 1917*, Themis, 2016.2781.

caso. Una manera de proceder es pedir a la parte que requiere más tiempo, que mande los puntos que quiere presentar para verificar si realmente requieren más tiempo, o si se trata sólo de un ostentoso alegato que fácilmente puede ser abreviado para entrar en los límites de tiempo que le fueron asignados.

15.1.2 Organización de las pruebas

327. En materia de administración de pruebas, se pueden distinguir ciertas reglas generales. Sin embargo, el *discovery*, base de toda la planificación de la litis para los abogados de Common Law – y hoy para la mayoría de los practicantes en la materia –, presenta varias dificultades para los arbitrajes en México.

A – El marco legal

328. El periodo probatorio siempre conlleva problemas preliminares tales como la cuestión sobre cuáles pruebas son admitidas, entre otras. Como corolario, también se debe tomar en cuenta el privilegio entre los abogados y sus clientes, que se puede oponer a la producción de ciertos documentos probatorios.

a) Las reglas generales para todas las pruebas

329. Por regla general, no hay muchas disposiciones en los reglamentos de arbitraje para la administración de las pruebas, permitiendo así al tribunal arbitral y a las partes gozar de una muy amplia libertad; por ejemplo, admitir los métodos de interrogatorio de los testigos típicos de la Common Law (*examination - cross examination*). Sin embargo, en la práctica se puede ver la consagración de un cierto modelo que consiste en administrar la fase escrita según el modelo continental, en donde cada parte presenta sus argumentos con las pruebas que tiene en ese momento, y administrar la fase oral sobre el modelo anglosajón, permitiendo a las partes interrogar a los testigos para descubrir nuevos hechos.

330. El propio Código de Comercio dispone solamente que el tribunal arbitral tiene la posibilidad, salvo pacto en contrario, de celebrar audiencias para la presentación de las pruebas y la facultad de nombrar peritos[520]. El único requisito legal, y cuya violación es causa de nulidad, es la obligación de dar la oportunidad a la contraparte de examinar y discutir las pruebas que se presenten ante el tribunal arbitral. La ausencia de reglas más precisas no es inconstitucional, como lo estableció la tesis *Telmex*[521], porque el Tribunal de arbitraje no cuenta con facultades omnímodas para dirigir el procedimiento desde el

[520] Art. 1440; Art. 24 UNCITRAL.

[521] Amparo en Revisión 759/2003. **Teléfonos de México**. 30/06/2004.

momento en que tiene que ajustarse, primero al procedimiento pactado por las partes y, en su defecto, al que considere apropiado, pero siempre constriñendo su actuación. En lo que concierne a eventuales lagunas, no se deben aplicar las demás reglas del Código de Comercio, sino tratarlas vía interpretación visto que el Título Cuarto, del Libro Quinto, del Código de Comercio es un título autónomo. Lo anterior, porque el artículo 1051 Ccom en forma expresa establece que el procedimiento arbitral se regirá por las disposiciones del multimencionado Título, lo cual hace inaplicable lo dispuesto en el diverso 1054 de la misma Ley, en lo relativo a la supletoriedad de algún otro título o legislación y por tanto de la aplicación de las normas relativas a las disposiciones generales a todo juicio mercantil, que comprende los artículos 1056 a 1376 del mismo cuerpo legal[522].

331. En lo relativo a las Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, ésas en teoría no tendrían que aplicarse en ausencia de un acuerdo entre las partes. Sin embargo, como lo dijo el tribunal en *Noble vs Rumania*[523], en la medida en que esas reglas son tan aceptadas, es posible para el tribunal aplicarlas en ausencia de cualquier pacto entre las partes sobre este punto.

332. Finalmente, se queda la cuestión de las facultades y deberes del tribunal arbitral de investigar *propio muto*

[522] *Idem*.

[523] *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID, 12/10/2005 (Böckstiegel; Lever, Dupuy).

hechos[524]. Si normalmente no hay muchos problemas para el tribunal de *poder* investigar hechos de oficio, debido a que casi todas las Leyes y reglamentos prevén que el tribunal arbitral puede conducir el procedimiento como lo entiende – con la reserva de dar a las partes el derecho de audiencia –, otra es la cuestión si el tribunal tiene el *deber* de verificar los hechos alegados. La respuesta en principio es negativa. No corresponde al tribunal arbitral jugar el papel del inquisitor. Sin embargo, como excepción a este principio, están los hechos que pueden conllevar a una situación contraria al orden público internacional, como por ejemplo en materia de corrupción. El debate está vivo en la doctrina[525]. En nuestra opinión, y no nos cansamos de repetirlo, el árbitro es un prestador de servicios, no un juez. No le corresponde verificar si había o no corrupción, si las partes no someten pruebas en este sentido[526]. Una cosa es que el árbitro se asegure de que su laudo no es contrario al orden público internacional, otra es que empiece a

---

[524] Giovannini, *Ex Officio* Powers to Investigate: When Do Arbitrators Cross the Lines?, *Mélanges Schneider*, Kluwer, 2015.59.

[525] A favor: Hanotiau, Misdeeds, Wrongful Conduct and Illegality in Arbitral Proceedings, *in: International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, ICCA, 2002.261; *Contra*: Mourre, Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal, *in: Arbitrability: International And Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009.207.

[526] En *Metal-Tech*, se alegaron actos de corrupción y se comprobaron ciertos pagos. Cuando el tribunal solicitó a una de las partes comprobar cuáles servicios fueron prestados por los montos pagados, la parte no produjo ningún documento. Lo anterior llevó al tribunal a presumir que se trataba de comisiones ocultas. Como se puede ver una cosa es presumir la corrupción, otra es ir a investigar si es cierto o no (*Metal-Tech v. Uzbekistan*, ICSID, 04/10/2013 (Kaufmann-Kohler; Townsend, von Wobeser).

investigar como un juez de instrucción para establecer la verdad. No es su misión descubrir la verdad, sino pronunciarse sobre la controversia alegada por las partes. Se puede mencionar el caso *Indian Oil*, donde los árbitros consideraban que una de las partes tuvo muchos más argumentos que los alegados y por eso le dieron razón. Sin embargo, el laudo fue anulado por violación de la misión del tribunal arbitral[527].

b) Las excepciones por el privilegio abogado-cliente

Sindler & Wüstermann, Privilege across Borders in Arbitration: Multijurisdictional Nightmare or a Storm in a Teacup?, *ASA Bull.*, 2005.611; Von Schlabrendorff & Sheppard, Conflict of legal privileges in international arbitration: an attempt to find a holistic solution, *Mélanges Briner*, CCI, 2005.743; Mosk & Ginsburg, Evidentiary Privileges, *Int'l & Comp. L.Q.,* 2001.345.

333. En materia de privilegios y secreto profesional, las definiciones cambian según la tradición de la *Common Law* o de Derecho civil. Los anglosajones tienen el "*privilege*" que puede ser definido como:

> a legally recognized right to withhold certain testimonial or documentary evidence from a legal

[527] *Indian Oil Corporation Limited v. Coastal (Bermuda) Limited*, English High Court, [1990] 2 Lloyd's Rep 407.

> proceeding, including the right to prevent another from disclosing such information[528].

Mientras los abogados de tradición civil son vinculados por el "secreto profesional", el cual fue definido, por ejemplo, por la Corte Constitucional colombiana como:

> la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad. En este sentido, el secreto profesional es un derecho – deber del profesional, pues de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento[529].

Para facilitar nuestra tarea, hablaremos del "principio de confidencialidad" cuando se trata de designar ambos.

334. Uno de los puntos más importantes es en relación con el *in-house counsel*. En los Estados Unidos y Reino Unido, la comunicación entre el *in-house* y el abogado externo está protegida. Sin embargo, tal no es el caso en Suiza y Francia, por ejemplo. En el asunto *Akzo Nobel*, la Corte Europea de la Comunidad Europea claramente estableció que las comunicaciones entre el abogado externo y el *in-house* no son cubiertas por el secreto profesional, porque no se reúnen las dos condiciones cumulativas establecidas en su fallo anterior *AM & S Europe*[530] que son que las

---

[528] Mosk & Ginsburg, Evidentiary Privileges in International Arbitration, *Int'l & Comp. L.Q.*, 2001.345, 346.

[529] Sentencia C-301, 25/04/2012.

[530] *AM & S Europe*, CJCE, C-155/79, 18/05/1982.

comunicaciones tienen que ser i) con un abogado independiente, y ii) en relación con el derecho a la defensa[531]

335. Para los tribunales arbitrales, el problema está en decidir hasta qué punto se aplica el principio de confidencialidad, visto que ya está establecido que los abogados y sus clientes pueden invocarlo en los procedimientos arbitrales. En efecto, el art. 9.2 de las Reglas IBA sobre la Obtención de Pruebas dispone:

> El Tribunal Arbitral deberá, a instancia de parte o de oficio, excluir de las pruebas o solicitud de presentación de pruebas cualquier documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:
> [....]
> impedimento o privilegio legal según las normas legales o éticas establecidas como aplicables por el Tribunal Arbitral.

336. Ahora, es un debate recurrente cuál Ley tendrá que aplicarse para determinar el alcance del privilegio. Opinamos que la solución tendría que ser fácil: es la Ley de la jurisdicción de registro del abogado la que se aplica. En efecto, al comunicarse con este abogado, se supone que la parte sabe el alcance de la confidencialidad y confía en él[532].

---

[531] Sentencia, 10/09/2009.

[532] En este sentido también: Von Schlabrendorff & Sheppard. Conflict of legal privileges in international arbitration: an attempt to find a holistic solution, *Mélanges Briner*, CCI, 2005.743, 771.

B – Discovery

337. El discovery es un procedimiento probatorio introducido en 1938 en el Derecho procesal americano. El artículo 26(b) del *Federal Rule of Civil Procedure* prevé que cada parte puede exigir a la contraparte todos los documentos y testimoniales que necesite para poder presentar su caso[533]. Desde ya hace muchos años se ve la implementación de este procedimiento en el arbitraje internacional.

[533] (1) *Scope in General.* Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense—including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.

a) El discovery en el arbitraje

Martinez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge, 2009; Bernini, The Civil Law Approach to Discovery, The Leading Arbitrators' *Guide to International Arbitration*, 2 ed, Jurisnet, 2008.265; Brower & Sharpe, Determing the Extent of Discovery: Perspetives from the Common Law, *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*, 2 ed, Jurisnet, 2008. 303; Ashford, Documentary Discovery and International Commercial Arbitration, *The American Review on Int´l Arbitration*, 2006.89.

338. El discovery tal cual normalmente no está ni permitido ni prohibido. Según la Ley arbitral mexicana, las partes pueden pactar a favor de la aplicación del discovery en su procedimiento arbitral. En ausencia de tal acuerdo, tampoco se prohíbe al tribunal arbitral permitirlo visto que según el artículo 1435 Ccom, éste tiene la facultad de "dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado". Ahora bien, en la medida en que la mayoría de los reglamentos arbitrales no establecen muchas normas con respecto al discovery, muchas cláusulas compromisorias prevén la aplicación de las Reglas IBA en la materia, que

también lidian con las consecuencias del incumplimiento de lo ordenado en el discovery.

1. El discovery segun los reglamentos de arbitraje

339. Las Reglas UNCITRAL, CCI, y LCIA, como las del CAM y las de la CANACO permiten al tribunal exigir cualquier documento a las partes si fuera necesario para la resolución del caso. En ausencia de una prohibición, el discovery puede aplicarse, pero con el consentimiento del tribunal que tiene el poder de limitar el discovery sólo a ciertos documentos y no a otros, por ejemplo, tomando siempre en cuenta los principios del *Due Process* y del *Fairness*. En conclusión, el discovery americano está excluido de la práctica internacional del arbitraje. Sin embargo, como lo vimos, un discovery limitado existe debido a que el tribunal puede ordenar la exhibición de ciertos documentos, con la condición de que la contraparte tenga el derecho de objetar tal discovery[534].

2. El discovery según las Reglas IBA

340. Consecuentemente, el discovery puede darse de dos maneras. El discovery "a la americana", o el conformado

[534] Para ver un discovery mal hecho, es interesante leer las siguientes decisiones: *Avco Corporation*, Iran-US Tribunal Claim, Partial award, 18/7/1988; *Iran Aircraft Indus v. Avco Corp* (2 Cir. 1992) 980 F2d 141, que declara el mencionado discovery inejcutable.

según las Reglas IBA. La diferencia entre este discovery "americano" y el de las Reglas IBA es *grosso modo*, que en los Estados Unidos el abogado entrega directamente a la contraparte la solicitud de documentos, sin justificar por qué quiere esos documentos (salvo excepciones que son cada vez más frecuentes). En el sistema de las Reglas IBA, la parte tiene que someter al tribunal su solicitud, así como las razones por las que se piden los documentos; la contraparte puede objetar la producción de documentos. Finalmente, es el tribunal el que decide y, en su caso, ordena la exhibición de los documentos solicitados. De manera práctica, eso se traduce en que en los Estados Unidos un abogado puede pedir todos los correos electrónicos de la contraparte desde la fecha de celebración del contrato en disputa hasta la actualidad. Mientras que según las Reglas IBA, el abogado puede sólo solicitar ciertos correos electrónicos y justificar por qué serían pruebas en la litis.

3. El incumplimiento del discovery

341. A diferencia de los tribunales judiciales, el tribunal arbitral no tiene la fuerza coactiva para obligar a la persona que se niegue a exhibir los documentos requeridos. Sin embargo, la parte afectada puede solicitar al juez de apoyo que ordene de manera coactiva a la parte que incumple con lo ordenado por el tribunal arbitral y, por qué no, demandar a la parte que se rehúsa a exhibir los documentos ante un tribunal estatal por violación del acuerdo arbitral. También vale la pena señalar que el tribunal arbitral tiene la libertad de sacar cualquier

conclusión que se derive de la negativa, y tomar en cuenta, en su caso, el incumplimiento en la atribución de los gastos y costos, como lo prevén por ejemplo las reglas CCI y LCIA.

b) El ancillary discovery

O'MalLey & Eaton, U.S. Discovery in Aid of International Arbitration: Where Things Presently Stand, *Journal of International Arbitration*, 2014.111.

342. Si el discovery americano, en principio, es sólo para los procedimientos judiciales en los Estados Unidos, en los últimos años se ha desarrollado la práctica de buscar a los tribunales norteamericanos para que ordenen el discovery como auxilio ("*ancillary*") en el procedimiento arbitral. El

fundamento legal es el 28 U.S.C § 1782[535] que prevé que el juez de distrito puede ordenar a cualquier persona en su jurisdicción producir documentos o dar su testimonio, según lo que la parte requiriente del discovery solicite. Ahora bien, se ha discutido mucho si la referencia a los "tribunales internacionales" tiene que ser interpretada tratándose solamente en el sentido de órganos permanentes como la Corte Internacional de Justicia, o si es posible considerar que un tribunal arbitral que resuelve un asunto internacional también es un "tribunal internacional"[536]. A la fecha, la jurisprudencia americana está dividida. Lo anterior implica que hay posibilidad para un arbitraje que no tiene vínculo alguno con los Estados Unidos, de que se ordene un discovery. Así, por ejemplo, es posible que en un caso de una parte mexicana contra una

[535] (a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure. A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.

[536] Contra: *In Re Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l* (5th Cir. 1999) 168 F.3d 880; a favor: *In re Roz Trading Ltd* (ND Ga. 2006) 469 F.Supp.2d 1221.

parte francesa con sede arbitral en París, pueda solicitar judicialmente en los Estados Unidos que un prestador de servicios como Google exhiba todos los *logs* de ciertas direcciones de correos electrónicos durante los último cinco años.

C – Los textos internacionales

343. Los principales textos emitidos por organismos internacionales son las Reglas de la IBA y las Notas de la UNCITRAL, cuyas disposiciones veremos a continuación.

a) Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional

344. Tomando en cuenta que probablemente todos los reglamentos de los centros de arbitraje no contienen una regulación precisa en materia probatoria, la IBA se propuso hacer un texto detallado sobre la materia, incluyendo el no-regulado discovery. Siendo un documento "privado", su aplicación depende *a priori* del acuerdo arbitral. Sin embargo, en los últimos años, su éxito ha llevado a ciertos tribunales arbitrales a aplicarlo no obstante que tal referencia no fuera prevista en la cláusula compromisoria:

> 3. The Tribunal recognises that, on one hand, requests and orders regarding the production of documents are today a regular feature of international arbitration, and that Romania has throughout expressed its willingness to produce

> documents provided that certain conditions, which it has specified, are satisfied, but, on the other hand, the present arbitration is a case between a Government of a Civil Law country where production of documents is used far less than in Common Law countries from where the investor comes.
>
> 4. The Tribunal further recognises that, on one hand, ordering the production of documents can be helpful in the Tribunal's task of establishing the facts of the case relevant for the issues to be decided, but, on the other hand, (1) the process of discovery and disclosure may be time-consuming, excessively burdensome and even oppressive and that unless carefully limited, the burden may be disproportionate to the value of the result, and (2) Parties may have a legitimate interest of confidentiality.
>
> 5. Finally the Tribunal notes that, insofar as a Party has the burden of proof, it is sufficient for the other Party to deny what the respective Party has alleged and then, later in the procedure, respond to and rebut the evidence provided by that respective Party to comply with its burden of proof[537].

Sin embargo, el tribunal aplicó sólo ciertas disposiciones de las reglas IBA bajo el amparo del artículo de pruebas del reglamento del centro de arbitraje. En otras palabras, no se considera a las Reglas IBA como algo "autoritativo", porque implicaría entrar en el debate sobre la *lex mercatoria*[538]. Ahora bien, suponiendo sin conceder que las Reglas IBA

[537] *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID, 12/10/2005.

[538] *Infra* # 431.

fueran "imperativas", su única fuente jurídica sería la aplicación de la *lex mercatoria* tal como la presentaremos[539], es decir, como un método que permite cumplir con la legítima expectativa de las partes, y hoy en día el discovery ya es una realidad en el mundo arbitral.

345. El principio básico de las Reglas IBA consiste en permitir a las partes (si el tribunal está de acuerdo) solicitar ciertos documentos de la contraparte: la solicitud tiene que definir claramente los documentos requeridos, y argumentar cuál es su relevancia. Después, el tribunal tiene que dar oportunidad a la contraparte de objetar la solicitud, argumentando las razones por las que no quiere exhibir los mencionados documentos. Finalmente, el tribunal decide cuáles documentos tienen que entregarse, enunciando los motivos para tal producción de documentos. Lo esencial es que no haya un *fishing expedition,* y que lo que se solicite sea posible y razonable, permitiendo encontrar las pruebas del asunto en cuestión, y que no se pierda demasiado tiempo.

346. Las Reglas IBA preservan los principios enunciados, aunque intentaron mejorar ciertos puntos. En este orden de ideas, enuncian:

> • La obligación del tribunal de consultar a las partes a la mayor brevedad proceda, con miras a convenir en un proceso eficiente, económico y equitativo para la práctica de pruebas. También incluye una

[539] *Infra* # 436

lista no exhaustiva de cuestiones que tal "consulta" puede abordar.

• Una mayor orientación al tribunal sobre la forma de abordar las solicitudes de documentos o información que mantienen en formato electrónico - el llamado 'e-revelación'. Del mismo modo, las revisiones de dar una mayor orientación en cuanto a las solicitudes de los documentos que obran en poder de terceros.

• Ampliación de la protección de la confidencialidad, respetando tanto los documentos elaborados en cumplimiento de solicitudes de documentos y documentos presentados por una de las partes en apoyo de su propio caso y los documentos presentados por terceras partes.

• Mayor claridad respecto a los contenidos de los informes de expertos y, en particular, el requisito de explicar las instrucciones dadas al experto y una declaración de su independencia de los partidos, los asesores legales y los tribunales, las Reglas de la IBA revisados también prevén la presentación de pruebas en responder a los informes de expertos.

• La obligación de los testigos a comparecer como testigo en una audiencia oral, sólo si su comparecencia ha sido solicitada por cualquiera de las partes o el tribunal, las Reglas de la IBA revisados también prevén la utilización de la tecnología de videoconferencia o similar.

• Una orientación más específica con respecto a las cuestiones de impedimento legal o privilegio, incluyendo la necesidad de mantener la equidad y

la igualdad en especial si las partes están sujetas a diferentes normas legales o éticas.

• Incorporación de un requerimiento expreso de la buena fe en la práctica de pruebas, junto con el aval de un tribunal para considerar la falta de buena fe en la imposición de costas.

Es destacable también que las Reglas prevén expresamente la independencia de los peritos y expertos nombrados por las partes (art. 5), lo que conlleva a la prohibición para las partes de "instruir" al perito. Sin embargo, ningún precepto establece cuál sería la sanción si se comprueba que el experto no es "independiente".

15.1.3 Las medidas cautelares

Newman & Ong, *Interim Measures in International Arbitration*, Juris Publishing, 2014; González de Cossio, Medidas precautorias en arbitraje: instrumento viejo, régimen nuevo; *Memorias XIII Congreso de la Barra Mexicana*, 2012; Bose & Meredith, Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis, *International Arbitration Law Review*, 2012.186; AIA, *Interim Measures in International Commercial Arbitration*, AIA, 2007.

348. No existe razón alguna para que un tribunal arbitral no pudiera ordenar medidas cautelares. La mayoría de las

leyes y de los reglamentos arbitrales lo prevén. Se puede entender por medidas cautelares o provisionales:

> toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:
> - Mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
>
> - Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
>
> - Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
>
> - Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia[540].

349. Desafortunadamente, en los últimos años la "legislación", según la expresión de Carbonnier, ha contaminado el mundo arbitral, en particular con la reforma de la Ley Modelo UNCITRAL, que ahora contiene nada más y nada menos que 11 artículos sobre este tema, o sea el 30% de todos los artículos de la Ley, lo que refleja la época actual de mediocridad de los árbitros que ya no son capaces tomar decisiones sin que haya un texto exprés que les dé el sustento legal, lo que obviamente perjudica

[540] Art. 31 del Reglamento de la CANACO.

altamente a la flexibilidad del arbitraje y genera procesos más lentos y más caros. La iniciativa de la UNCITRAL conllevó también la reforma de varios reglamentos arbitrales. Por lo tanto, veremos el marco legal para el otorgamiento de las medidas provisionales, su forma y ejecución, así como la problemática del *cautio judicatum solvi*.

A - Otorgamiento de las medidas

350. Existe una competencia concurrente entre el tribunal arbitral y el tribunal judicial para otorgar medidas provisionales en un procedimiento arbitral, visto que las partes pueden solicitarlas con los árbitros, mas que no tendrán la ejecución forzosa sin la intervención judicial; o directamente con el juez estatal cuya decisión sí tiene la ejecución forzosa. Corresponde a las partes elegir cuidadosamente las opciones.

a) Por el tribunal arbitral

351. Los árbitros tienen la facultad de ordenar medidas cautelares tanto en virtud de la Ley, como en virtud de los reglamentos arbitrales aplicables.

1. Disposiciones de la Ley

352. El artículo 1433 Ccom[541] permite al tribunal arbitral ordenar medidas cautelares, salvo que las partes hayan decidido no otorgar tal poder a los árbitros. Se trata de una facultad y no de una obligación; la decisión dependerá del requisito legal establecido en esta disposición de que se considere por el árbitro "necesario", es decir, que la medida tiene que ser "necesaria respecto al objeto del litigio". El tribunal no tiene la posibilidad de ordenar *ex officio* tales medidas, sino exclusivamente a petición de cualquiera de las partes. Una doctrina también afirma que la referencia "al objeto del litigio" excluye la posibilidad para los árbitros de ordenar un embargo preventivo sobre los activos de alguna de las partes con el fin de asegurar la ejecución del laudo[542]. En otras palabras, el tribunal podría solamente "dictar providencias precautorias que conserven su capacidad real para emitir un laudo, pero no para asegurarse de la ejecución del mismo"[543]. Sin embargo, una interpretación tan restrictiva parece peligrosa, porque al final de cuentas lo que importa en un arbitraje – como en un juicio – es tener una decisión ejecutable, lo que implica la existencia de un patrimonio sobre el cual, en dado caso, se pueda ir de manera coactiva. Si al inicio o durante el proceso arbitral existiera un riesgo de evasión de los activos nos parece lógico que el tribunal arbitral sea

[541] Art 17. UNCITRAL.

[542] Ogarrio, El procedimiento arbitral, in: Pereznieto, *Arbitraje comercial internacional*, DJC, 2000.75, 92.

[543] *Idem*.

competente para ordenar embargos cautelares. Aunque obvio, es menester señalar que el tribunal no puede ordenar medidas que perjudiquen derechos de terceros en el procedimiento arbitral.

2. Disposiciones de los reglamentos de arbitraje

353. Los reglamentos arbitrales distinguen entre las medidas cautelares de urgencia, que se requieren antes del inicio del arbitraje, y las demás, quiere decir las ordinarias que se soliciten durante el procedimiento arbitral.

i) Las medidas provisionales de urgencia

Santacroce, The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?, *International Arbitration*, 2015.283

354. La gran novedad en la mayoría de los reglamentos[544] de los últimos años es la introducción del concepto del "árbitro de urgencia", quien será nombrado antes de la constitución del tribunal arbitral para dictar medidas precautorias.

[544] CCI, LCIA, etc..

355. Es así como en aplicación del artículo 30bis del Reglamento del CAM, la parte que requiera una providencia precautoria previa a la constitución del Tribunal Arbitral, deberá solicitarla por escrito al Secretario General, indicando la naturaleza de la medida solicitada, y las razones por las que dicha parte considera que tiene derecho a tal providencia. El Consejo General nombrará a un árbitro de urgencia a la brevedad posible, quien tendrá la facultad para ordenar cualquier medida que considere necesaria, incluyendo prohibiciones y medidas para la protección o conservación de cualquier derecho, ya sea mediante un laudo o una orden procesal. Dicha resolución deberá ser motivada. Ahora bien, el hecho de prever que sea vía laudo u orden procesal introduce una inseguridad bastante grande. Al contrario de un laudo, el orden procesal no es recurrible ante las jurisdicciones estatales[545], y por lo tanto no es lo mismo que un laudo, que sí puede impugnarse ante el tribunal judicial. De todos modos, la calificación de la decisión del árbitro pertenece al juez estatal[546], quien necesariamente debe considerar una decisión sobre medidas provisionales como un laudo[547].

356. El Tribunal Arbitral que conozca del fondo del asunto podrá modificar o suspender la providencia precautoria de urgencia otorgada, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa

---

[545] *Infra* # 478.

[546] *Idem.*

[547] *Infra* #480.

propia. El otorgamiento de tal medida podrá ser condicionado a que la parte que solicita dicha providencia otorgue la garantía que, en su caso, fije el árbitro de urgencia. El reglamento también establece que el árbitro de urgencia no podrá actuar como miembro del Tribunal Arbitral o como árbitro único, salvo pacto en contrario de las partes.

357. Sin embargo, habrá que cuestionarse si es realmente buena idea pactar a favor de tal procedimiento de urgencia (el reglamento de la CCI por ejemplo permite excluirlo en el acuerdo arbitral). En efecto, en lugar de ser un procedimiento "urgente", existe el riesgo de que se inicie un litigio antes del litigio, con acciones de recusaciones, impugnaciones de la competencia del árbitro de urgencia, etcétera. Es cierto que el reglamento de la CANACO, por ejemplo, intenta minimizar tales riesgos. Cualquier recusación sobre el nombramiento de un árbitro de urgencia deberá hacerse dentro de un día hábil a partir de la comunicación por parte de la Comisión a las partes, del nombramiento del árbitro de urgencia y de las circunstancias reveladas. El árbitro de urgencia deberá establecer lo antes posible, pero en cualquier caso dentro de los dos días hábiles siguientes a su nombramiento, un calendario de actividades para la discusión sobre la solicitud de medida de urgencia. Dicho calendario de actividades deberá otorgar una oportunidad razonable a las partes para ser oídas, pero podrá disponer actuaciones por medio de conferencia telefónica o alegatos escritos como alternativas a una audiencia formal. El árbitro de

urgencia tendrá la facultad para decidir sobre su propia competencia y deberá resolver cualquier disputa relacionada. Sin embargo, tales disposiciones no son suficientes para evitar cualquier guerra litigiosa, y hay que preguntarse si realmente hay tantas situaciones que requieren realmente un árbitro de urgencia. Prueba es que el Règlement de référé pré-arbitral de la CCI de 1990, se convirtió en letra muerta en virtud de los practicantes[548]. El Centro de Arbitraje de Estocolmo tuvo sólo 3 procedimientos de urgencia en 4 años[549], lo que demuestra ampliamente nuestro punto.

ii) Las medidas cautelares ordinarias

358. Todos los reglamentos prevén de una u otra manera que el tribunal arbitral podrá ordenar cualquier providencia precautoria que estime apropiada, y que sea a petición de una de las partes. Un mecanismo de garantías también está normalmente previsto.

359. El Reglamento de la CANACO contiene una disposición bastante *sui generis* que permite la solicitud *ex parte* de medidas provisionales. La "orden preliminar", que se solicite por una parte sin dar aviso a la otra parte, para que

[548] IAI, *Les premières applications du Règlement de référé pré- arbitral de la CCI*, IAI, 2002. Sin embargo, vale la pena mencionar que en 2014, la CCI tuvo 6 solicitudes para tales medidas.

[549] Knaap, SCC Practice: Emergency Arbitrator Decisions Rendered 2014, *SCC*, 2014.

se ordene a la contraparte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada, el tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada. Sin embargo, con el fin de garantizar la igualdad de las partes, inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada, la propia orden preliminar, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello. Al mismo tiempo, el tribunal dará a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible. Ahora bien, toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar, una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. Finalmente, es menester señalar que una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será por sí misma objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo, lo que nos parece correcto. También, se debe resaltar que el tribunal arbitral deberá exigir al peticionario una orden preliminar que preste una garantía

respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario. El solicitante de una medida cautelar, o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debió haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

360. No cabe duda de que esa disposición novedosa tiene todas las buenas intenciones, ya que es cierto que al notificar una solicitud de embargo precautorio, por ejemplo, permite a la contraparte, en un acto de mala fe, que eventualmente evacúe su patrimonio. Sin embargo, dos observaciones son necesarias. En primer lugar, todo lo que huele o es *ex parte* es probablemente contrario al debido proceso, no obstante todas las precauciones que un reglamento pueda tomar. En segundo lugar, es poco probable que una contraparte que tiene solamente unos días para contestar a la solicitud de medidas provisionales, tenga tiempo para liquidar su patrimonio, eso además de que, en caso de que fuera así estaríamos en presencia de un fraude pauliano. Consecuentemente, por nuestra parte recomendamos excluir tal disposición del acuerdo arbitral.

b) Por el tribunal judicial

361. Ningún reglamento prohíbe a las partes solicitar medidas provisionales al juez estatal. Ahora bien, ¿la facultad de recurrir al juez estatal es de orden público o no?; es decir ¿las partes tienen la posibilidad de excluir tal recurso en su acuerdo arbitral? Opinamos que no es de orden público, desde el momento en que las partes decidieron prorrogar la competencia de un tribunal arbitral, y, por lo tanto, lo consideramos posible; sin embargo, no es seguro que sea muy recomendable. En efecto, según se considere que la decisión de los árbitros de otorgar medidas cautelares no es un laudo sino un orden procesal como lo prevé, por ejemplo, el reglamento del CAM, la parte beneficiaria batallará para obtener la ejecución coactiva de la decisión arbitral, si el juez coincide con la calificación de la decisión arbitral. Viceversa, si se considera que se trata de un laudo, es también importante resaltar que en materia internacional, el laudo es ejecutable bajo la Convención de Nueva York en casi todos los países, mientras que la sentencia judicial no lo es. Dicho de otra manera, es de estudiarse caso por caso si es mejor pedir las medidas ante un juez estatal – lo que es definitivamente el caso para un arbitraje nacional –, u obtener un laudo, en particular en materia internacional.

362. El juez estatal puede, a petición de las partes, ordenar con fundamento en el artículo 1425 Ccom[550], "medidas

[550] Art. 17 UNCITRAL.

cautelares con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso". Queda la cuestión del régimen de esas medidas. Como las disposiciones sobre arbitraje del Código de Comercio no estipulan nada al respecto, se puede considerar que, o es el Derecho común del mismo Código el que se aplica, o que el artículo 1425 Ccom establece un régimen autónomo. En un caso mencionado por un autor, el juez ordenó medidas precautorias sobre el fundamento del derecho común[551], pero en la medida en que el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es un título autónomo[552], no es posible en principio aplicar el Derecho común como ordenamiento supletorio, además de que el artículo 2A. de la Ley Modelo UNCITRAL prevé que son los principios generales en los que se basa la Ley Modelo los que tienen que suplir.

B - Forma y ejecución de las medidas

363. La Ley arbitral mexicana no precisa si la decisión de ordenar medidas provisionales tiene que ser hecha por el tribunal arbitral bajo la forma de una orden procesal o de un laudo. Eso tiene por consecuencia que no quede claro cómo podría hacerse la ejecución forzosa. En efecto, si se trata de un laudo, el juez puede ordenar la ejecución forzosa, mientras que si se trata de una orden procesal, la justicia estatal no puede asegurar coactivamente el respeto

[551] González de Cossío, *op. cit.*, p. 368.

[552] Amparo en Revisión 759/2003. **Teléfonos de México**. 30/06/2004.

de la decisión de los árbitros. Como lo explicaremos más adelante, las decisiones sobre medidas precautorias son laudos[553], porque la decisión es motivada sobre la pretensión de obtener las medidas cautelares, y esa pretensión surge después de un debate contradictorio entre las partes sobre la necesidad o no de acordar dicha medida. Tal es también la postura del artículo 1479 Ccom[554], que, sin decirlo expresamente, establece que:

> Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el juez competente, cualquiera que sea el estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 1480.

La ejecución forzosa de las medidas cautelares sólo puede ser rechazada por las causales del artículo 1480 Ccom[555]:

> Si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al juez le consta que:
>
> Dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos a), b), c) o d) de la fracción I del artículo 1462, o
> No se ha cumplido la decisión del Tribunal Arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el Tribunal Arbitral, o

553 *Infra* # 480.

554 Art. 17 H) UNCITRAL.

555 Art. 17 I) UNCITRAL.

La medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el Tribunal Arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó, o

Si el Juez resuelve que:
La medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que el mismo juez decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido, o bien que
Alguno de los motivos de denegación enunciados en la fracción II del artículo 1462[556] es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

---

[556] Art 1462: I.- La parte contra la cual se invoca el laudo, pruebe ante el juez competente del país en que se pide en reconocimiento o a la ejecución que: a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado el laudo. b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras. d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la Ley del país donde se efectúo el arbitraje, o e) El laudo no sea aún obligatorio para las partes o hubiere sido anulado o suspendido por el juez del país en que conforme a cuyo derecho hubiere sido dictado ese laudo; o II.- El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

> Toda determinación a la que llegue el juez respecto de cualquier motivo enunciado en la fracción I del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El juez al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

364. En este sentido no importa que el reglamento arbitral permita al tribunal arbitral rendir su decisión en la forma que desea, en la medida en que las calificaciones de las decisiones de los árbitros no se imponen a los tribunales estatales, que tienen toda la latitud de recalificar una "orden procesal" como "laudo". Y como lo hemos dicho, nos parece que el art. 1479 Ccom da pauta a tal razonamiento.

365. Ahora bien, es desafortunado que el legislador haya previsto en el artículo 1480 Ccom (que no tiene equivalencia con la Ley Modelo UNCITRAL) una responsabilidad patrimonial de los árbitros y de la parte solicitante, en caso de que éstos hubieran ordenado medidas cautelares que el Juez considere inapropiados. Si bien es cierto que tal disposición puede evitar solicitudes abusivas, es también un hecho que los tribunales arbitrales podrían caer en la trampa de rechazar sistemáticamente cualquier medida cautelar, por miedo a ser demandados, especialmente en relación con una de las medidas más solicitadas, que es la de la garantía de que las costas arbitrales sean cubiertas.

C - Cautio judicatum solvi

366. Vista la importancia de las costas del arbitraje, litigantes de mala fe pueden verse tentados a organizar de manera intencional su insolvencia o buscar otras medidas para no cumplir con el pago, entre otros, de las costas. En este sentido, es lógico pensar en el requerimiento de alguna forma de fianza para asegurarse de que las costas sean cubiertas al final. Es verdad también que el *cautio judicatum solvi* puede generar el mismo riesgo que se desea evitar, es decir, que se puede entablar tal petición *mala fides* con el objetivo de que la contraparte no pueda pagarla, y así *de facto* no podría participar en el procedimiento arbitral. Sin embargo, tal riesgo podría, en su caso, ser limitado por el otorgamiento de una contrafianza.

367. No está muy claro si el tribunal arbitral bajo la Ley arbitral mexicana puede ordenar tal medida. Si bien es cierto que el artículo 1433 Ccom faculta a los árbitros para ordenar la adopción de providencias precautorias, es también verdad que la misma disposición condiciona esta facultad estableciendo que tienen que ser "respecto del objeto del litigio". Tal cual no se puede pretender que el *cautio judicatum solvi* tiene relación con el objeto del litigio, porque en realidad tiene como objetivo garantizar el pago de las costas. Sin embargo, es posible considerar que al menos el pago de los anticipos, que *in casu* podrían ser garantizados por una caución, tiene por finalidad asegurar

que ciertamente hay un litigio, porque en su ausencia, el tribunal arbitral suspende su misión. Corolariamente, debería confesarse que el *cautio judicatum solvi* no puede ser otorgado para garantizar el pago final de las costas, sin embargo, consideramos que tal interpretación restrictiva es inadecuada. En efecto, como ya lo hemos mencionado, no vemos por qué un tribunal arbitral no pudiera extender una decisión cautelar de embargo preventivo para la ejecución del laudo, y entonces sería contradictorio afirmar que no se pudieran garantizar las costas arbitrales vía una providencia cautelar. La misma redacción del Código de Comercio se encuentra en el reglamento de la CANACO y no llama a más comentarios. En relación con las reglas del CAM, textualmente no hay ningún obstáculo para que el tribunal arbitral acuerde la caución[557].

15.2 Multiplicación de procedimientos

Holtzmann & Kristjánsdóttir, *International Mass Claims Processes Legal and Practical Perspectives*, Oxford, 2007; Hanotiau, *Complex Arbitration*, Kluwer, 2006; Whitesell & Silva-Romero, Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience, *ICC Complex Arbitration*,

[557] Artículo 30: Providencias precautorias: 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá ordenar cualquier providencia precautoria que estime apropiada siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que el tribunal arbitral haya recibido el expediente; b) que medie petición de Parte; y **c) que la Parte que solicite la adopción de dichas providencias otorgue la garantía que, en su caso, fije el tribunal arbitral**. [...]

2003.7; Platte, When should arbitrators join cases?, *Arb. Int'l*, 2002.69; Veeder, Multiparty Disputes: Consolidation under English Law, *Arb. Int'l*, 1986.310.

368. La multiplicación de los procedimientos puede surgir por la presencia de múltiples contratos o partes, por ejemplo. Otra situación, bastante particular, es la de la *class action* ante un tribunal arbitral.

15.2.1 Consolidación de los procedimientos

369. Es posible que se presenten situaciones donde más de dos partes tienen que participar en un procedimiento arbitral, o que existen varias litis proviniendo de contratos distintos pero entre las mismas partes, o que hay varios procedimientos arbitrales en paralelo entre las partes. En todos estos casos, por razones de eficacia, es lógico de pensar que se debería instaurar un solo procedimiento arbitral. Sin embargo, muchos problemas se presentan. Por ejemplo, ¿quién decide esa consolidación? ¿La institución arbitral? ¿Los árbitros? ¿Los tribunales judiciales de la sede arbitral? Sin embargo, hay que primero distinguir dos hipótesis. La primera hipótesis no requiere muchos comentarios. Si todas las partes acuerdan la consolidación, no hay razones para no aceptarla. La segunda hipótesis consiste en que las partes no lo han acordado. Varias situaciones pueden presentarse.

A - Consolidación de múltiples partes ("Joinder")

370. Cuando un procedimiento arbitral involucra más de dos partes, varias hipótesis existen, con diversas problemáticas comunes. En un primer caso, todos son partes del contrato base y del acuerdo arbitral. Ahora, consideremos que hay tres partes A, B, y C en el contrato base y en su cláusula compromisoria. Si A demanda a B, no hay muchas dificultades para admitir que B puede a su vez demandar a C, y así llevar a C dentro del procedimiento arbitral en contra de A. En una segunda hipótesis, todos son parte de la operación económica, pero no del contrato base y del acuerdo arbitral. En este caso estamos ante un problema de interpretación de la cláusula arbitral y su extensión a terceros, tal como lo hemos explicado con anterioridad[558].

371. Un gran número de problemas prácticos se presentan, entre otros, la imposibilidad para la tercera parte de nombrar a un árbitro. También, hay que preguntarse si la parte tercera goza de los mismos derechos que la parte inicial, dándole, en su caso, el derecho o no de demandar a su vez a una parte cuarta (parte del acuerdo arbitral). Otro problema es el de la confidencialidad, visto que muchas veces existe tal cláusula en el contrato base entre la parte primera y segunda, mas no en el acuerdo arbitral. Con respecto al primer punto, vale la pena citar el fallo *Dutko*[559] en donde la Corte de Casación francesa ha decidido que la

[558] *Supra* # 163.

[559] *Dutko*, Civ[1], 07/01/1992, *JDI*, 1992.707, Jarrosson.

imposibilidad para la parte tercera de poder nombrar a un árbitro es contraria al orden público internacional. El problema tampoco se resuelve si es la institución arbitral la que nombra a todos los árbitros, porque en ese caso también se violaría el derecho de la parte primera y segunda de nombrar a un árbitro por sí mismas. La única vía es un acuerdo entre todas las partes para que la institución nombre a los panelistas, o que la parte segunda y tercera se pongan de acuerdo para nombrar en conjunto a un árbitro. La nueva Ley arbitral francesa prevé, sin embargo, que en ausencia de acuerdo, es la institución arbitral o el juez de apoyo quien nombrará a los miembros del tribunal arbitral. La mayoría de los reglamentos arbitrales prevén lo mismo.

372. Es así que el artículo 7 del Reglamento de la CCI establece:

> La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la "Solicitud de Incorporación") a la Secretaría. Para todos los efectos, la fecha en la que la Solicitud de Incorporación sea recibida por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional. Toda incorporación estará sujeta a las disposiciones de los Artículos 6(3)–6(7) y 9. **Ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario**. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la Solicitud de Incorporación.

Como se desprende, la posibilidad de demandar a una parte adicional sin el consentimiento de la contraparte es solamente posible antes de la constitución del tribunal arbitral. Después de la constitución, una eventual demanda contra la parte tercera necesitará el acuerdo de la parte contraria.

373. En lo que concierne a la problemática del nombramiento del árbitro por la parte tercera, los artículos 12.7 y 12.8 del reglamento CCI disponen que a falta de acuerdo, es la Corte la que nombrará a los miembros del tribunal:

> Cuando una parte adicional haya sido incorporada, y cuando la controversia haya de ser sometida a la decisión de tres árbitros, la parte adicional podrá, conjuntamente con la(s) demandante(s) o con la(s) demandada(s), designar un árbitro para su confirmación según lo previsto en el Artículo 13.
> A falta de designación conjunta según lo previsto en los Artículos 12(6) o 12(7) y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, **la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros** de éste y designará a uno de ellos para que actué como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del Artículo 13.

Con respecto al artículo 3(1) del Reglamento del ICDR, éste dispone que:

> Dentro de los treinta días siguientes al inicio del arbitraje, el demandado dará traslado al demandante, **a cualquier otra parte** y al administrador de un escrito de contestación que responda a los asuntos planteados en la notificación de arbitraje.

El hecho de que se pueda notificar a "cualquier otra parte", además de la parte demandada, implica la posibilidad de incorporar partes terceras. También se desprende de la disposición que el ICDR no efectúa control alguno *a priori* sobre la calidad de esa parte incorporada, siendo esta tarea del tribunal arbitral. El Reglamento no prevé la posibilidad de incorporar otra parte después de la notificación de la demanda. El artículo 6(5) encarga al administrador del caso nombrar a los árbitros si las partes no se hubieran podido poner de acuerdo sobre designaciones comunes.

374. Si bien las disposiciones que hemos visto permiten resolver la mayoría de los problemas, según el caso otros persisten. Tal es el caso en relación con una cláusula arbitral que no determina el número total de árbitros, sino que sólo prevé que cada parte nombrará a un árbitro, y los árbitros así designados nombrarán al presidente. Ahora bien, si resultara que el asunto involucra a 3 partes actoras y una parte demandada, pues no hay lugar al nombramiento de un árbitro "consolidado" por la actora, sino que se debe dar eficiencia al acuerdo arbitral y establecer un tribunal de 3 árbitros más su presidente. Tal fue la decisión de una corte de apelación alemana[560]. Si el

[560] OLG Koblenz, 17/07/2012.

asunto citado hubiera surgido bajo el reglamento de la CCI, habría que preguntarse ¿cuál sería la solución? En efecto, por un laudo, los artículos 12.7 y 12.8 del Reglamento CCI establecen la hipótesis de un tribunal de 3 árbitros previsto por las partes. Consecuentemente, las disposiciones no se aplicarían *a priori*. Por otro lado, también es cierto que el Reglamento permite optar por cualquier número de árbitros, y por lo tanto no tiene que ser necesariamente un tribunal de 3 árbitros. Lo que nos lleva a la conclusión de que la solución de la corte de apelación de Koblenz se aplicaría según el reglamento de arbitraje que se pactó. En otras palabras, las disposiciones arbitrales de la CCI son solamente una ayuda para la mayoría de los casos, mas no necesariamente para todas las hipótesis. Les compete a las partes ser cuidadosos al momento de redactar su pacto arbitral.

B - Consolidación de múltiples contratos

375. El Reglamento de la CCI prevé, bajo el amparo del artículo 9, que las demandas que surjan de, o en relación con, más de un contrato podrán ser formuladas en un solo arbitraje, independientemente de si dichas demandas son formuladas bajo uno o más acuerdos arbitrales. Los demás reglamentos no contienen ninguna disposición específica sobre este punto, y es tarea de los árbitros tomar su decisión.

C - Consolidación de múltiples procedimientos

376. Algunas veces es posible estar en una situación donde varios procedimientos arbitrales se han iniciado en paralelo entre las partes, mas relativos a contratos distintos. La lógica de eficacia y costos permite la consolidación de todos los procedimientos en uno solo.

377. En su artículo 10, el Reglamento de la CCI dispone que la Corte podrá, a solicitud de alguna de las partes, consolidar dos o más arbitrajes pendientes bajo el Reglamento en un único arbitraje, cuando:

> a) las partes hayan acordado la consolidación; o
>
> b) todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje; o,
>
> c) si las demandas en los arbitrajes son formuladas bajo más de un acuerdo de arbitraje, los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes surjan en relación con la misma relación jurídica, y la Corte considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.
>
> Al decidir sobre la consolidación, la Corte puede tomar en cuenta cualquier circunstancia que considere relevante, incluyendo si uno o más árbitros han sido confirmados o nombrados en más de un arbitraje y, de ser el caso, si las mismas o diferentes personas han sido confirmadas o nombradas. Cuando los arbitrajes sean consolidados, lo serán en el arbitraje que haya

comenzado primero, salvo que todas las partes acuerden lo contrario.

378. Aquí, el problema fundamental es el de los recursos contra la facultad ampliamente discrecional que tiene la Corte para decidir la consolidación, cuando se trata de la hipótesis de una aparente "misma relación jurídica", y si los acuerdos arbitrales son "compatibles". No cabe duda de que se trata de cuestiones de interpretación, y si la parte que no solicitó la consolidación no estuviera de acuerdo con la Corte, sería complicado pensar qué tipo de recurso interpondría esa parte en contra de una decisión de consolidación. Sabemos que los tribunales judiciales tradicionalmente rechazan revisar las decisiones de la Corte de Arbitraje de la CCI, ya que consideran normalmente que son actos administrativos. En materia de consolidación, nos parece que es lo que los códigos procesales llaman la conexidad, y por lo tanto es claramente un acto jurisdiccional, y consecuentemente impugnable. Además, no nos parece que sea la Corte la que decida tal medida, sino que es una prerrogativa del tribunal arbitral, porque en realidad es una cuestión de competencia.

379. El Reglamento del ICDR no contiene disposición alguna sobre la posibilidad de consolidar procedimientos arbitrales, sin embargo, tampoco se opone si todas las partes están de acuerdo[561]. Las reglas de la LCIA tampoco

[561] Martínez, A Guide to ICDR Case Management, *ICDR Awards and Commentaries*, JurisNet, 2012.15.

prevén algo, pero la práctica demuestra que la Corte de la LCIA no se opone a la consolidación, desde el momento en que todas las partes así lo deseen. En un caso citado, el tribunal rechazó consolidar diversos procedimientos, no obstante que la parte actora lo argumentó bajo el principio de eficiencia que prevé el artículo 14.2 del Reglamento LCI[562]. La explicación reside probablemente en el hecho de que la Ley inglesa de arbitraje prohíbe la consolidación sin el consentimiento de todas las partes. Gary Born también opina que la consolidación de los procedimientos arbitrales LCIA no es posible salvo pacto en contrario[563].

15.2.2 Acciones masivas y colectivas

380. Las acciones colectivas se distinguen de las acciones masivas en el sentido de que, en las primeras, todas las partes actoras constituyen un bloque único en el cual todos los actores son tratados de la misma manera, y tienen un solo representante, el cual busca un remedio exclusivo que se aplica a todos los involucrados sin distinción. Mientras tanto, en la acción masiva, las partes actoras usan el mismo argumento legal, pero aplicado a la situación particular de cada actor.

---

562 Turner & Mohrashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules,* Oxford, 2009, #6.59

563 Born, p. 2098.

A - Acciones colectivas ("Class action")

381. Muchos reglamentos de asociaciones americanas de arbitraje son destinados a las acciones colectivas, tal como los del JAMS o de la AAA. Ni la CCI, ni la LCIA prevén tales procesos. Lo que *a contrario* también significa que no lo prohíben bajo su reglamento ordinario de arbitraje comercial. Se ha visto en la práctica que no es imposible llevar una acción colectiva ante un tribunal arbitral. Existen diversos *leading cases* en los Estados Unidos[564], y también países que tal cual no conocen la *class action* lo han admitido, como por ejemplo Colombia, donde en el asunto *Bancolombia*[565] los tribunales judiciales decretaron que una acción colectiva no excluida de un acuerdo arbitral es arbitrable.

382. Ahora bien, uno de los problemas del arbitraje en materia de acciones colectivas es la publicidad del arbitraje. En efecto, ¿cómo rendir una decisión oponible a todos los miembros de una clase, si no todos ellos saben que son vinculados por una cláusula arbitral, y que el laudo que se rindió es también obligatorio para ellos, sin que hayan podido, entre otras cosas, objetar a la validez de la

---

[564] *Harvard College v. JSC Surgutneftegaz*, (S.D.N.Y. Oct. 11, 2007); *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International Corp,* 130 S. Ct. 1758, 1775 (2010). Ver tambien: Strong, Does Class Arbitration "Change the Nature" of Arbitration? *Stolt-Nielsen, AT&T*, and a Return to First Principles, *Harvard Negotiation Law Review*, 2012.201; Mascarenhas, What is the future of class action arbitration? Development in US jurisprudence and investment treaty arbitration, *IBA's Arbitration News*, 2013.75

[565] *Valencia v. Bancolombia*, Suprema Corte de Justicia, 11/05/2001.

cláusula arbitral? A lo anterior se agrega la cuestión de la adecuación de admitir o no las acciones colectivas, entre otros, en relación con sus posibles efectos reguladores, ya que en materia judicial ciertas decisiones son la pauta para reformas legislativas. En realidad, se puede considerar que por el momento es más sencillo no admitir tales acciones por todo lo dicho, y si *per se* no hay una objeción al arbitraje, es fundamental de establecer reglas precisas sobre tales acciones, como también para las acciones masivas.

B - Acciones masivas ("Mass action")

383. En relación con las acciones masivas, la Corte Permanente de Arbitraje ha establecido un reglamento especifico para tales acciones. En la actualidad ha administrado varios procedimientos de este tipo[566].

384. Los demás reglamentos tales como el de la LCIA o de la CCI no establecen nada al respeto, pero tampoco lo prohíben, como se puede ver en el arbitraje *Andersen v. Andersen*, con más de 140 partes[567]. La misma situación

[566] Por ejemplo los procesos ante el Iran-US Claims Tribunal, la United Nations Compensation Commission (UNCC), la Foreign Claims Settlement Commission of the United States, la Kosovo Property Claims Commission (KPCC), la Iraq Property Claims Commission, etc…

[567] *Andersen v. Andersen,* CCI, 28/07/2000 (Gamboa Posada).

existe con respecto al CIADI. En el laudo *Abaclat*[568], la discusión entre la mayoría del tribunal y el árbitro disidente muestra sin embargo la problemática. Para Pierre Tercier y Albert Jan van den Berg, si bien no hay duda de que el arbitraje multi-partes es factible, es ilógico sostener que según el número de partes – pocas o muchas – el tribunal tiene o no tiene jurisdicción. Para el árbitro disidente Georges Abi-Saab, una *collective mass action* no puede ser comparada a un arbitraje multi-partes, justamente por el número de intervinientes (por ejemplo, ya había arbitrajes multi-partes con 100 partes[569], mas que en *Abaclat*, donde el tribunal tuvo que enfrentar a 60,000 personas como partes actoras). En realidad, como lo ha denotado el tribunal arbitral en su mayoría, no importa realmente el número de personas involucradas (aunque para la administración del arbitraje eso puede ser un reto importante), sino si la parte demandada puede defenderse de manera adecuada. Desde el momento en que las demandas son idénticas (o casi idénticas), la parte demandada tiene todas las oportunidades para defenderse.

15.3 Terminación del procedimiento

385. Dos hipótesis pueden llegar a realizarse al final de las audiencias, y que ponen fin al arbitraje. En el primer caso,

---

[568] *Abaclat and Others v. Argentine*, ICSID, Laudo sobre admisibilidad, 04/08/2011 (Tercier; Van den Berg, Abi-Saab).

[569] *Anderson v. Republic of Costa Rica*, ICSID, 10/05/2011 (Salacuse; Morelli Rico, Vinuesa).

el procedimiento se termina por una orden del tribunal arbitral cuando:

> El actor retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca su legítimo interés en obtener una solución definitiva de litigio;
>
> Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; y
>
> El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.[570]

386. En el segundo caso, las actuaciones del tribunal arbitral terminan por las deliberaciones del tribunal a fin de adoptar una decisión que se plasma en el laudo. Las deliberaciones son una parte esencial visto que el laudo tiene que ser adoptado en virtud de la opinión de cada uno de los árbitros, aunque sea una opinión disidente; un laudo rendido sin deliberación es una decisión nula por ser contrario al orden público internacional[571].

387. Toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos. Ahora bien, si durante las actuaciones arbitrales, las partes llegaran a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si

---

[570] Art. 1449 Ccom, Art. 32 UNCITRAL.

[571] Civ[1], 29/06/2011, *Rev.arb.*, 2011.959, Chantebout; TSF, 16/10/2003, *Rev.arb.*, 2004.695, Levy & Stuckl.

lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

388. En relación con el plazo para rendir un laudo, si uno ha sido fijado por las partes, es importante analizar lo que se debe entender por "rendir el laudo en el plazo". Se trata de firmar y enviar el laudo antes del término, sin tomar en cuenta el hecho de que, a lo mejor, el laudo puede llegar a las partes después de la expiración del plazo[572]. El no respetar el plazo puede dar lugar a una eventual nulidad del laudo por no haber cumplido con la misión del tribunal, y una eventual responsabilidad de los árbitros.

389. Queda precisar que el laudo no tiene que ser firmado en la sede arbitral[573], que no todas las hojas de un laudo tienen que ser firmadas, que un árbitro, que físicamente no pueda firmar el laudo, puede mandar una hoja blanca con su firma, que se anexará al laudo; y que se puede tratar de una firma escaneada (porque a final de cuentas lo único que cuenta es que el laudo haya sido firmado)[574].

390. Una vez el laudo notificado a las partes, el tribunal arbitral puede ser solicitado de nuevo por las partes en dos hipótesis. Por un lado, las partes tienen 30 días siguientes a

---

572 *Société Paprec Réseau*, CA París, 30/5/2006, *Rev. arb.*, 2007.837, Jarrosson.

573 CA París, 22/09/1995, *Rev.arb.*, 1996.100.

574 *Société Paprec Réseau*, precitado.

la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, para poder, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral: que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; errores que también puedan ser corregidos por la propia iniciativa del tribunal arbitral, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo. El mismo plazo corre para solicitar al tribunal una interpretación del laudo, que se otorgará en un plazo de treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. Dicha interpretación formará parte del laudo. Por otro lado, salvo acuerdo en contrario de las partes, en el mismo plazo de treinta días siguientes a la recepción del laudo, las partes, con notificación a la otra parte, podrán solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral lo estima justificado, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días. Ahora bien, en ambas hipótesis, el tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo para efectuar una corrección, dar una interpretación o dictar un laudo adicional.

LECCIÓN 16: LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

391. Como cualquier Derecho moderno, la Ley mexicana prevé en su artículo 1422 del Código de Comercio[575], la posibilidad para las partes de acudir al juez estatal para "apoyarlas" en caso de que se presenten dificultades en el procedimiento arbitral, con la condición de establecer su competencia. Las facultades del *juge d'appui*, según la expresión francesa de Fouchard, o sea del juez de apoyo, son diversas y tienden a facilitar el procedimiento arbitral. Por otra parte, desafortunadamente, es cada vez más "normal" la intervención del juez de Derecho común, ya sea para obtener *injunctions*, o para iniciar acciones penales paralelas al procedimiento arbitral.

[575] Art.6 UNCITRAL.

16.1 El juez de apoyo

Pluyette, Le juge d'appui: l'expérience française, *in*: Bostanji et al., *Le juge et l'arbitrage*, Pédone, 2014.131

392. En primer lugar, determinaremos los criterios de competencia del juez de apoyo, traducción de la expresión francesa consagrada del *juge d'appui*, para, en segundo lugar, explicar sus facultades.

16.1.1 Competencia

393. El artículo 1422, así como el art. 1415 Ccom, subordinan la competencia del juez mexicano a la condición de que la sede jurídica[576] del arbitraje se encuentra en el territorio nacional. Consecuentemente, una aplicación extraterritorial no puede ser posible tal cual, porque la fracción II del artículo 1422 Ccom expresamente dispone que para los arbitrajes fuera del país, los tribunales mexicanos son sólo competentes para el reconocimiento y la ejecución del laudo. Sin embargo, opinamos que sí es posible, como se hace en el extranjero[577], para el juez mexicano nombrar un árbitro a solicitud de una parte que tiene conexión con México, a través de su domicilio o su establecimiento permanente, o en caso de denegación de

[576] *Supra* # 393.

[577] Por ejemplo: BHRC, 5/10/2004, *SchiedsVZ*, 2004.316, *IBA's Arbitration Comité Newsletter*, marzo 2005.27.

justicia. La Corte de Casación francesa estableció la competencia del juez de apoyo francés no obstante que la sede del arbitraje se encontrara fuera de Francia, y además, que la Ley designada aplicable al arbitraje no fuera la Ley francesa; eso porque existía un vínculo aunque fuera mínimo con Francia, y un riesgo de denegación de justicia[578]. La reforma de la Ley arbitral francesa confirma este criterio[579].

16.1.2 Facultades

394. El juez de apoyo puede nombrar a los árbitros, ordenar medidas provisionales, o cualquier otra medida que contribuya al buen desarrollo del arbitraje. Sin embargo, el juez de apoyo no es el "juez del arbitraje" y no tiene facultades, por ejemplo, para nulificar actos que hayan ocurrido en el procedimiento arbitral. Las objeciones a las actuaciones de los árbitros tienen que ser presentadas ante el tribunal arbitral o, en su caso, ante el juez de Derecho común si se trata de laudos (interlocutorios o finales). Tal punto de vista también ha sido adoptado por el juzgador federal:

> NULIDAD DE ACTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL MERCANTIL. NO CORRESPONDE SU CONOCIMIENTO A UN TRIBUNAL JUDICIAL. La existencia de un acuerdo de arbitraje produce para las partes efectos

[578] Civ1, 1/2/2005, *Rev. arb.*, 2005.693; *D.* 2005.3054.

[579] Art. 1505.4.

positivos y negativos. Los primeros en relación con la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas. Los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la controversia o diferencia que es materia de compromiso arbitral, ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. **Existen casos en que legalmente es posible la intervención de la autoridad judicial en los procedimientos arbitrales**, antes o después de la instauración del procedimiento, para ejercer el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, al respecto el Código de Comercio establece en el título IV del libro V, denominado "Del arbitraje comercial", **específicamente los siguientes supuestos: solicitud de medidas cautelares, nombramiento, recusación o remoción de árbitro, cuando opuesta la excepción de incompetencia el tribunal arbitral la desestime, desahogo de pruebas, observaciones respecto de los honorarios de los integrantes del tribunal, anulación de laudos definitivos y reconocimiento y ejecución de laudos. De ahí que si el acto cuya nulidad se pretende ante un tribunal del Estado, deriva de un procedimiento arbitral que todavía no ha concluido, es ante el propio tribunal arbitral que debe obtenerse el remedio, toda vez que la validez del acto emitido dentro del procedimiento arbitral, puede ser resuelta por quien conoce de tal procedimiento, dado que la jurisdicción arbitral está latente mientras no se resuelva la controversia de fondo. Además, la improcedencia de la acción de nulidad autónoma contra un acto dictado dentro de un procedimiento arbitral que**

> **no ha concluido, tiende a evitar dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, pues de permitir la intervención judicial para revisar cada una de las actuaciones del tribunal arbitral haría nugatoria esa forma de justicia alternativa, porque no podrían lograr el objetivo que se pretendía con dicha estipulación, consistente en evitar la tramitación de un procedimiento judicial y únicamente dejar la intervención del tribunal estatal para lo expresamente regulado y en su caso, para la ejecución del laudo que resuelva la controversia.** Con esas bases, se da cabal eficacia al compromiso arbitral y se facilita la realización de los procedimientos arbitrales, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias.[580]

Como se desprende de esta decisión, la autoridad judicial tiene consciencia de la autonomía arbitral. En este sentido, de manera correcta, limita la intervención judicial a su estricto mínimo con el fin de evitar dilaciones provocadas por abogados "de mala fe".

395. Ahora bien, resulta que muchas veces las partes buscan al juez de apoyo para ordenar medidas en contra del centro de arbitraje. El caso clásico es aquél donde la actora pagó los anticipos, mas no la parte demandada. Según el reglamento aplicable, si la provisión de la demandada no está cubierta por el actor, pues se desecha la demanda. Tal actuación está sujeta al debate de si el derecho humano del

---

[580] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 350/2006. **Servicios Administrativos de Emergencia**, S.A. de C.V. 8 de septiembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lizette Arroyo Delgadillo.

acceso a la justicia se aplica en relación con un centro de arbitraje o no. Aquí, la cuestión es ¿el *juge d'appui* tiene la facultad de ordenar la continuación del arbitraje? Tanto en nuestra opinión como en la jurisprudencia extranjera[581], sí se considera que el mencionado derecho humano se aplica a los centros arbitrales, y por lo tanto el juez de apoyo tiene la facultad de ordenar la continuación del proceso, porque sin su intervención el arbitraje estaría muerto.

16.2 El juez de Derecho común

396. Si bien se ha previsto específicamente un juez "especial" para apoyar al arbitraje, lo anterior no impide que el juez de Derecho común pueda ser competente en paralelo a un arbitraje. Es así en materia de *injunctions*, donde una parte solicita al tribunal judicial ordenar al tribunal arbitral o a la otra parte hacer o no hacer algo. También es posible que, durante el procedimiento arbitral, se haga uso de documentos falsos, por ejemplo, lo que plantea el problema de la incidencia penal y sus consecuencias sobre el arbitraje.

[581] *Projet Pilote Garoubé*, TGI París, 16/11/2015, *Rev.arb.*, 2016.258, Jarrosson & Train.

16.2.1 Las *injunctions*

Mosimann, *Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration*, Eleven International Publishing, 2010; Ali, Nesbitt & Wessel, Anti-suit injunctions in support of International Arbitration in the United States and in the United Kingdom, *Intl. A.L.R.*, 2008.12; Gaillard (ed.), *Anti-Suit Injunctions In International Arbitration*, Staempfli, 2005; Gaillard (ed.), *Anti-suit Injunctions in International Arbitration*: *IAI Seminar*, Juris Publishing, 2005; Grigera Naón, Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences, *Mélanges Briner*, ICC Publication, 2005.335; Gaillard, Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international, *Rev. arb.*, 2004.47.

397. Las *injunctions*, y en particular las *anti-suit injunctions*, son herramientas tradicionales de Common Law, y comparables a las órdenes judiciales del sistema de Derecho civil. La *anti-suit injunction* tiene por propósito, a demanda de una de las partes, ordenar a la otra parte de no iniciar o no continuar con una acción legal en otra

jurisdicción[582]. La idea es proteger la jurisdicción e impedir litigios paralelos en otros países que podrían perturbar el resultado de la acción judicial o futura acción judicial de los tribunales donde se busca la *anti-suit injunction*. La desobediencia a una orden es sancionada por altas multas, normalmente a través de la noción de *contempt of court.*

398. En materia de arbitraje, se busca esos tipos de *injunctions* para interrumpir el arbitraje o para evitar la ejecución forzosa del laudo. Por sí mismas, las órdenes tienen efectos positivos. Es así que previenen que una parte que considere que no forma parte de un acuerdo arbitral, pierda dinero y tiempo en un procedimiento ilegítimo. También son positivas por el hecho de que ordenan a una de las partes a renunciar a recursos judiciales que entorpecerían al arbitraje. Lo negativo viene cuando se inicia un "pingpong" entre diversos tribunales judiciales, emitiendo uno contra el otro *injunctions*, como lo ilustra el caso *Pertamina* (que trata de una *injunction* en contra de una ejecución de un laudo, pero que nos sirve de ilustración).

La empresa KBC obtuvo un laudo favorable en contra de la paraestatal indonesia Pertamina[583]. Esta última, después de haber perdido la acción en nulidad en Suiza, sede del arbitraje, introdujo otro recurso en nulidad en los tribunales indonesia. En este procedimiento, también solicitó una

[582] Para casos de intéres, véase: *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v. AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* [2013] UKSC 35; Rainer, The impact of West Tankers on Parties' Choice of a Seat of Arbitration, *Cornell Law Review*, 2010.431 (para la problemática de los injunctions y las acciones "torpedo" en el sistema comunitario europeo); #8307, CCI, 14/5/2001.

[583] *KBC v. Pertamina*, Decision of 18 December 2000, 16(3) *MeaLey's* IAR C-2 (2001).

injunction en contra de KBC de ejecutar forzosamente el laudo. En el mismo tiempo, KBC solicitó ante una Corte de Distrito en Texas, una *anti-suit injunction* obligando Pertamina de desistirse de su procedimiento en nulidad del laudo. Cuando Pertamina obtuvo su *injunction* in Indonesia, la Corte de Distrito tejana condenó a Pertamina en *contempt of court*. Para no agravar la situación, Pertamina finalmente aceptó de obedecer a la *injunction* y solicitó ante la Corte de Jakarta la baja de su recurso. Sin embargo, la Corte rechazó la solicitud y rindió un fallo favorable a Pertamina decretando la nulidad del laudo. Junto con la sentencia la Corte de Distrito del Centro de Jakarta también emitió una orden permanente en contra de KBC de no ejecutar el laudo, con una pena de 500,000 USD *per diem* de procedimiento de ejecución forzosa en los Estados Unidos[584]. Sin embargo, la Corte de Distrito de Texas decretó el reconocimiento del laudo así que su ejecución forzosa[585].

Como se desprende de lo anterior, las *anti-suit injunctions* no sólo son peligrosas, sino que además son ineficientes cuando los tribunales de los diversos países empiezan a emitir *injunctions* unos contra otros. Para regresar al objeto del presente estudio, nos focalizaremos en las *injunctions* que tienen por objeto de suspender o cancelar el arbitraje.

399. Los tribunales judiciales ordenan *injunctions* en varias

---

[584] La decisión puede ser consultada en: www.mealeysonline.com (documento #05-021125-013Z). Para la pequeña historia, el 23/11/2004, la Suprema Corte de Indonesia canceló todas las órdenes de la Corte de Distrito por exceso de autoridad. Lo mismo pasó en los Estados Unidos, donde el 2nd Circuit estableció: "*As a court of secondary jurisdiction under the New York Convention, charged only with enforcing or refusing to enforce a foreign arbitral award, it is not the district court's burden or ours to protect KBC from all the legal hardships it might undergo in a foreign country as a result of this foreign arbitration or the international commercial dispute that spawned it*" (*Karaha Bodas Company v. Pertamani*, 500 F.3d 111 (2007).

[585] *KBC v. Pertamina* (5th Cir. 2003) 335 F.3d 357, 360-63.

hipótesis[586], siendo la principal cuando una parte alega que no hay lugar al procedimiento, porque no existe un acuerdo arbitral, o porque no forma parte de la cláusula compromisoria. La orden consecuentemente interviene antes de que el tribunal arbitral haya tenido la oportunidad de decidir sobre su competencia. Entre los casos de referencia se pueden mencionar el de *Petrobangla*, donde una corte superior "revocó la autoridad" de un tribunal CCI con sede en Dhaka, Bengladesh, y ordenó vía *injunction* a Saipem que no continuara con el arbitraje en contra de la paraestatal Petrobangla[587]. El tribunal ignoró la orden y rindió un laudo a favor de Saipem. En el asunto *Himpurna v. Pertamina*, la paraestatal obtuvo de los tribunales indonesios una *injunction* de suspender el arbitraje con sede en Jakarta bajo la pena de 1 millón de dólares por día en caso de no-suspensión. El tribunal arbitral consecuentemente tomó la decisión de mover la sede a La Haya, mas las autoridades impidieron a uno de los árbitros, de nacionalidad indonesia, salir de Indonesia y consecuentemente no pudo participar en el arbitraje. No obstante, el tribunal truncado falló a favor de la actora

[586] Para un análisis exhaustivo de los criterios en los Estados Unidos y Reino Unido: Ali, Nesbitt & Wessel, Anti-suit injunctions in support of International Arbitration in the United States and in the United Kingdom, *Intl. A.L.R.*, 2008.12

[587] *Saipem v. Petrobangla*, Corte Superior de Dhaka, 07/04/2000, *ASA Bulletin*, 2000.821.

Himpurna[588]. En *Salini*, el tribunal arbitral decidió también ignorar la orden[589], argumentando que su poder proviene del acuerdo arbitral y que su principal deber es el de no frustrar este acuerdo. En caso contrario, el tribunal arbitral cometería una denegada de justicia, y violaría el principio de *fairness* que corresponde a la legítima expectativa de las partes[590].

400. En México hay dos maneras para obtener este tipo de órdenes. La primera es ir con el juez de apoyo. No tenemos conocimiento de que un tribunal haya emitido tal orden, eso además de que no existe sustento legislativo alguno que le faculte en este sentido. La segunda, y la más problemática, es la suspensión del procedimiento en el marco de un amparo, ya que se debe lidiar con la problemática de si un tribunal arbitral es autoridad o no por efectos de amparo, ya que los jueces federales sólo pueden ordenar a autoridades y no a particulares. Sobre la propia discusión regresaremos más adelante, pero por el momento la respuesta es la del abogado: depende. Algunos

---

[588] *Himpurna v. Indonesia*, UNCITRAL, Interim Award, 26/09/1999 y Final Award, 16/10/2009 (Paulsson; de Fina, Abdurrasyd), *Yearbook Commercial Arbitration,* 2000.11.Véase también el relato del árbitro indonesiano y cómo fue amenazado por las autoridades de su país: They Said I Was Going to Be Kidnapped, *MeaLey's International Arbitration Report*, 2003.29.

[589] Ver también: *SGS v. Pakistan*, ICSID, Procedural Order No. 2, 16/10/2002.

[590] *Salini Costruttori v. Etiopia*, CCI, Award regarding the Suspension of the Proceedings and Jurisdiction, 07/12/2001, (Gaillard; Bernardini, Bunni), #142-143. Véase: Schwartz, Do International Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award, *Mélanges Briner*, ICC Publication, 2005.795.

jueces de distrito consideran que sí, y emiten suspensiones provisionales y definitivas; otros no. En caso de que se decrete tal suspensión, es importante considerar la hipótesis en la cual los miembros son mexicanos, y la otra donde los árbitros son extranjeros. En efecto, en vista de la posibilidad de incurrir en penas de aprisionamiento según la Ley de Amparo, pues los árbitros mexicanos no tienen opción. En el segundo caso, los árbitros extranjeros tienen que medir el riesgo de no respetar la suspensión. Existe una tercera hipótesis, la cual es la más complicada. Se trata de un tribunal mixto como, por ejemplo, dos árbitros extranjeros y un árbitro mexicano. Dado que el tribunal es un órgano colegiado, y suponemos que la decisión es no-respetar la suspensión decretada, el árbitro mexicano por un lado no tiene opción más que cumplir con lo ordenado por el tribunal arbitral, aunque, por otro lado, corre el riesgo de ser penalmente responsable, lo que lo pone en una situación bastante incómoda. La salida, según nuestra opinión, es que el no-respeto de la suspensión es un acto del tribunal arbitral como institución de autoridad, y no el acto de un particular, quien como miembro del tribunal no es la autoridad. En la práctica se recomienda que el árbitro mexicano renuncie a su cargo antes de la decisión del tribunal arbitral de no respetar la suspensión y de decretar la continuidad del procedimiento arbitral. La misma situación, y la misma recomendación, se aplica para todos los árbitros no-americanos objeto de una *injunction* de un tribunal americano, quienes corren aun más riesgos, ya que el tribunal americano puede considerar al árbitro como un particular quien realiza un *contempt of court*, lo

que puede acompañarse de una *obstruction of justice*, con el riesgo de que se le cancele la visa de entrada para los Estados Unidos, por lo menos.

16.2.2 Las acciones penales

Chilstein, Arbitrage et droit pénal, *Rev.arb.*, 2009.3; Mourre, Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal, *in: Arbitrability: International And Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009.207.

401. Como ya lo observó Oppetit en su tiempo, el arbitraje como pelea sin concesiones, es actualmente un procedimiento menos amigable que la continuación de la guerra por otros medios[591]... entre otros, las denuncias penales a raíz del proceso arbitral. Sin embargo, *time is money;* y por lo tanto el objetivo primordial de la justicia tiene que ser la celeridad, como lo expresa la *Rule* 7 de los *ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, y los tribunales federales mexicanos en materia de arbitraje[592]. Sin embargo, nadie pone en duda que la

[591] Oppetit, *Théorie de l'arbitrage,* Puf, 1998.15.

[592] Amparo en revisión 560/2007. **Certificados Integrales Funcionales**, S.A. de C.V. 31/10/2007; Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 274/2008. **Maquinaria Igsa,** S.A. de C.V. 4/12/ 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. *Adde*: Art. 33(1)b *Arbitration Act*, 1996; Art. 21 de la Ley arbitral de Suecia; art. 26 Reglamento CAM; art. 22 Reglamento CCI.

decisión tiene que ser "justa". Ahora bien, un fallo basado en pruebas falsificadas, o en falsas testimoniales, ¿realmente puede ser justo? La hipótesis que queremos analizar es bastante común: una parte presenta un documento como prueba que se considera como falso por la otra parte. Si los árbitros admiten tal prueba y están dispuestos a desahogarla, la parte que objeta legítimamente, denuncia estos hechos penalmente, y solicita al tribunal arbitral la suspensión del arbitraje. Otra hipótesis, que últimamente se ha repetido en bastantes ocasiones, en particular en el arbitraje sobre inversión extranjera en contra de un Estado, consiste en que el Estado intenta coercer a la contraparte, denunciándola con el propósito de obtener una orden de arresto, y así impedirla de continuar libremente con el proceso arbitral. Parece lógico que en tal caso también se suspenda el arbitraje. Sin embargo, no es un secreto que las averiguaciones previas en la mayoría de los países se tardan meses, incluso años, lo que impide que el proceso arbitral, en caso de suspensión, sea rápido y eficaz. En ausencia de reglas en la materia, tanto en la Ley arbitral mexicana, como en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, intentaremos analizar la problemática con el fin de proponer soluciones viables, tomando en consideración los derechos constitucionales[593], especialmente el derecho a la justicia pronta, pero también el derecho a la justicia y la verdad legal. Veremos en un primer movimiento la problemática del incidente criminal,

[593] Sin entrar en el debate, si el árbitro tiene o no que que aplicar los derechos constitucionales (*supra* # 81).

antes de analizar, en un segundo movimiento, el impacto de las acciones penales en contra de alguna de las partes en el arbitraje sobre el proceso arbitral.

A – El incidente criminal

402. Aunque no tendría que pasar, es bastante común de ver el uso de documentos falsos como pruebas en el arbitraje, o testigos que mienten. Y esos hechos son constitutivos de delitos penales. La reacción normal de la contraparte es denunciar penalmente estos hechos, y solicitar al tribunal la suspensión del arbitraje. También es cierto, que otros abogados "inventen" algo delictivo con el fin de entorpecer el procedimiento arbitral.

403. La regla normal debería ser la de "*le criminel tient le civil en échec*", quiere decir que la acción penal suspende la acción civil. En materia arbitral, sin embargo, no existen reglas específicas en relación con lo anterior. El Tribunal Federal suizo, analizando su Derecho nacional, llegó a la conclusión de que esa regla no es parte del orden público internacional porque no representa un valor fundamental:

> c) Les recourantes invoquent également, mais en vain, l'adage selon lequel "le pénal tient le civil en l'état". Celui-ci ne découle pas du droit d'être entendu des parties, mais il est issu de la conception juridique française selon laquelle il y a primauté de la décision du juge pénal sur celle du juge civil dans une même affaire (cf. ROLAND/ BOYER, Adages du droit français, 3e éd., p. 130 s., no

> 65). Il s'imposerait en procédure de recours, dans le domaine de l'arbitrage international, s'il faisait partie intégrante de l'ordre public. Toutefois, tel n'est pas le cas. Certes, il figure dans le droit de procédure genevois (cf. art. 7 al. 2 CPP et art. 107 LPC); mais si on l'examine au regard de l'art. 53 CO qui pose la règle contraire, son importance juridique n'est pour le moins pas évidente; les auteurs s'interrogent d'ailleurs sur sa constitutionnalité (HABSCHEID, loc.cit.; cf. art. 2 Disp. trans. Cst.). Il n'est ainsi pas possible d'affirmer, sans autre, que cet adage fait partie des principes fondamentaux de l'ordre juridique et du système des valeurs suisses[594].

Nos parece muy discutible tal afirmación, y estamos a favor de la regla mexicana contenida en el Código Federal de Procedimientos Penales:

> ARTÍCULO 141.- Cuando alguna de las partes sostenga la falsedad de un documento, se observarán las prescripciones relativas de las Leyes penales aplicables. En este caso, si el documento puede ser de influencia en el pleito, no se efectuará la audiencia final del juicio, sino hasta que se decida, sobre la falsedad, por las autoridades judiciales del orden penal, a no ser que la parte a quien beneficie el documento renuncie a que se tome como prueba.

El criterio del tribunal arbitral debe ser que no cualquier alegación denunciada penalmente tiene que suspender el proceso, sino la que verse sobre un documento esencial que

[594] TFS, 07/09/1993, BGE 119 II 386 S. 386; *adde*: TSF, 29/01/2015, BGer 4A_532/2014.

pueda tener una verdadera influencia sobre la decisión del tribunal. Lo contrario tendrá que llevar a la nulidad del laudo, porque una decisión basada en la producción de documentos falsificados es suficientemente *chocante* para ser contraria al orden público internacional. También, cabe señalar que la producción de documentos y testimoniales falsos constituyen un fraude procesal en los términos de la jurisprudencia federal, como lo demuestra la siguiente tesis:

> FRAUDE PROCESAL, DELITO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 310 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. CUÁNDO SE CONSUMA.
> El delito de fraude procesal en la hipótesis de cuando el sujeto activo realiza cualquier acto procesal con el objeto de lograr una resolución judicial de la que derive un beneficio indebido para sí, se configura sin que necesariamente exista una resolución judicial, incluso que efectivamente se obtenga un beneficio indebido, pues basta con que el acuerdo emitido dentro del proceso tenga como propósito otorgarle dicho beneficio de manera indebida. Ciertamente, se advierte que en el tipo penal en estudio, la intención del legislador fue la de proteger el buen desarrollo de la administración de justicia; por lo que se exige que las actuaciones derivadas del procedimiento judicial estén apegadas a las Leyes y se resuelva a favor de quien legalmente tiene la razón, por ende, si el activo realiza actos tendientes a inducir a error a la autoridad judicial para que se pronuncie de determinada forma, de la que puede derivarse un beneficio indebido para sí, entonces, tales actos procesales son por sí mismos suficientes para que se configure el delito de fraude procesal, porque, como ya se afirmó, no es necesario que exista una sentencia que resuelva el fondo del asunto, ya que

> ni siquiera es necesario que se dicte una sentencia para que el delito se consume, sino que es suficiente con que el sujeto activo obtenga cualquier acuerdo dentro del proceso y que de ello se pueda derivar un beneficio indebido para sí, con la consiguiente afectación de la contraparte[595].

404. Y según la Ley del Estado sede del tribunal arbitral, el árbitro podrá ser considerado como cómplice del delito al aceptar tal prueba en el procedimiento. La prudencia dicta al tribunal que suspenda el procedimiento arbitral en las hipótesis mencionadas en detrimento de la eficacia del proceso arbitral, tal como la ILA ya lo había señalado:

> ...as a matter of sound case management, or to avoid conflicting decisions, to prevent costly duplication of proceedings or to protect a party from oppressive tactics, an arbitral tribunal requested by a party to stay temporarily the Current Arbitration, on such conditions as it sees fit, until the outcome, or partial or interim outcome, or any other pending proceedings (whether court, arbitration or supra-national proceedings), or any active dispute settlement process, may grant the request, whether or not the other proceedings or settlement process are between the same parties, relate to the same subject matter, or raise one or more of the same issues as the Current Arbitration, provided that the arbitral tribunal in the Current Arbitration is:
>
> • not precluded from doing so under the applicable law;

[595] Sexto Tribunal colegiado en materia penal del primer circuito. **Amparo directo 335/2007**. 21/02/2008. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguízamo Ferrer. Secretaria: María Elvira Valladares Martínez.

> • satisfied that the outcome of the pending proceedings or settlement process is material to the outcome of the Current Arbitration; and
> • satisfied that there will be no material prejudice to the party opposing the stay[596].

Sin embargo, el árbitro no es el único que puede ser objeto de una denuncia penal en relación con un proceso arbitral, tal como lo veremos ahora.

B – La acción penal paralela

405. También es muy común intentar una acción penal en contra de alguna de las partes del arbitraje, para impedirle continuar el proceso arbitral. En particular, en los arbitrajes sobre inversión extranjera, en ciertas ocasiones el Estado intenta presionar a la parte actora, vía diversas acciones penales, para que desista del arbitraje.

406. En *Quiborax,* por ejemplo[597], las autoridades bolivianas, analizando la documentación societaria de las partes actoras que constaba en el Registro de Comercio de Bolivia, notaron la presencia de ciertas irregularidades, en particular que el gobierno boliviano detectó la existencia de un acta de la junta de accionistas de la empresa del 11 de

[596] *Recommendation 6 of Resolution 1/2006 adopted at the 72nd Conference of the International Law Association.*

[597] *Quiborax v. Bolivia*, ICSID, Decisión sobre medidas provisionales, 26/02/2010 (Kaufmann-Kohler; Lalonde, Stern).

septiembre de 2001, la cual no se había suministrado durante la auditoría y que contenía una nómina de accionistas distinta a la incluida en el acta de una junta supuestamente celebrada dos días más tarde, el 13 de septiembre de 2001. Ambas actas tenían casi idéntico contenido, pero mientras que el acta del 11 de septiembre de 2001 indicaba que los accionistas de la empresa eran Fernando Rojas, Gilka Salas, Dolly Paredes y RIGSSA, el acta del 13 de septiembre de 2001 mencionaba como accionistas de la empresa a Allan Fosk, Empresa Química Industrial del Bórax S.A. (actualmente Quiborax) y David Moscoso Ruiz. Según Bolivia, la existencia de estos dos documentos contradictorios, analizados conjuntamente con otros documentos societarios de la empresa, sugirió que el acta del 13 de septiembre de 2001 pudo haber sido falsificada. En función de esta sospecha, se acusó a los inversionistas de diversos delitos como falsedad ideológica, uso de instrumento falsificado, estafa, y destrucción de cosas propias para defraudar.

407. Su arresto, que finalmente no se dio, les hubiera impedido participar personalmente en el proceso arbitral, y por lo tanto esto conlleva a la interrogante de si el tribunal arbitral no tendría, en tal caso, que suspender el arbitraje para proteger los derechos de la parte impedida a acudir al arbitraje. En *Teinver*, el Estado argentino no sólo inició procedimientos penales contra los inversionistas, sino también en contra de sus abogados en el

procedimiento arbitral[598].

408. Consideramos que el tribunal arbitral tiene la obligación de asegurar i) la integridad procesal del arbitraje, ii) la no-agravación del conflicto, y iii) la eficacia del derecho de las partes de poder reclamar sus derechos en el arbitraje (o visto de otra manera, dar eficacia al acuerdo arbitral), y en este sentido, tiene que analizar si la acción penal *in concreto* impide un desarrollo no-problemático del proceso arbitral, tomando en cuenta si hay lugar a una preocupación "grave" y si la situación es "urgente"[599]. Sin embargo, no se consideró la suspensión del arbitraje, sino la eventual suspensión de los procedimientos penales. En tal caso, el tribunal arbitral puede sólo recomendar a la otra parte que se desista de la acción penal, mas no puede obligarla. En realidad, si una de las partes del arbitraje, o su abogado son detenidos, obviamente el arbitraje tiene que suspenderse, con el fin de proteger el derecho humano de la parte arrestada de estar presente en el procedimiento, y el derecho humano a la representación. En los demás casos, el Tribunal no tiene que interferir en las acciones penales paralelas, en particular en materia de arbitraje sobre inversión extranjera:[600]:

---

[598] *Teinver v. Argentina*, ICSID, Decision on Provisional Measures, 08/04/2016 (Buergenthal; Alvarez, Hossain).

[599] *Hydro v. Albania*, ICSID, Order on provisional measures, 03/03/2016 (Pryles; Glick, Poncet).

[600] *Teinver v. Argentina*, precit.

> The international protection granted to investors does not exempt suspected criminals from prosecution by virtue of them being investors[601].

En efecto, en caso de arresto de la parte o de su abogado por un delito que no tiene ninguna relación con el objeto del arbitraje, este último no puede suspenderse, dado que i) el derecho a la representación por un abogado no está vulnerado en la medida en que se puede contratar a otro abogado (y en el caso pedir, tal vez, un cierto plazo al tribunal arbitral) y ii) no es coherente pensar que un arbitraje se suspenda, por ejemplo, 10 años por la condena de una parte, ya que se vulneraría así el derecho humano a la justicia pronta de la otra parte.

409. En conclusión, se trata de encontrar un equilibrio entre el derecho constitucional a una justicia pronta y el derecho humano a la verdad legal que no es nada más que el derecho a la justicia. Dicho equilibrio tendrá que ser proporcionado por los árbitros *in casu*, dando una consideración especial a la querella presentada para determinar si el resultado posible de la averiguación previa pesa o no sobre la futura dictaminación de la sentencia arbitral. En particular, si la denuncia penal concierne a una prueba, se debe considerar que se trata de una cuestión de admisibilidad de la prueba. Si se trata de una testimonial, el tribunal tiene que determinar si descarta o no dicha testimonial en el momento de la deliberación. Si el tribunal arbitral decide admitir y desahogar la prueba incriminada,

[601] *Quiborax v. Bolivia*, precit.

deberá motivar tal decisión. Lo mismo se aplicará para las testimoniales. Una buena motivación impedirá, para retomar la observación de Oppetit, que la guerra continuará por otros medios…

16.3 La litispendencia

Gil Minguillón, *La litispendencia arbitral internacional: extensión de la eficacia del convenio*, Universidad de la Rioja, 2014; Brengesjö, *Lis Alibi Pendens in International Arbitration*, Tesis, Stockholm University, 2013; Cordero Alvarez, El arbitraje comercial internacional y la litispendencia jurisdiccional, *Anuario jurídico y económico escurialense*, 2007. 141; Orrego Vicuña, Lis Pendens Arbitralis, *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC, 2005. 207.

410. En el litigio clásico nacional ante tribunales estatales no existe un verdadero problema de litispendencia ("*lis pendens*") por tener a un superior que decide si un caso tiene que acumularse o no. En el litigio internacional, en ausencia de tal superior, la situación se complica. Y eso aún más en materia de arbitraje. En caso de que un tribunal arbitral esté encargado de juzgar un asunto, que también es objeto de un litigio judicial, ¿cuál tiene que ser la postura de los árbitros? También, puede presentarse una situación

de litispendencia entre dos o más tribunales arbitrales. El primer principio es que si hay un acuerdo arbitral válido, se debe procesar el arbitraje no obstante la litispendencia, y eso es de acuerdo con la Recomendación de la ILA:

> An arbitral tribunal that considers itself to be prima facie competent pursuant to the relevant arbitration agreement should, consistent with the principle of competence-competence, proceed with the arbitration ("Current Arbitration") and determine its own jurisdiction, regardless of any other proceedings pending before a national court or another arbitral tribunal in which the parties and one or more of the issues are the same or substantially the same as the ones before the arbitral tribunal in the Current Arbitration ("Parallel Proceedings"). Having determined that it has jurisdiction, the arbitral tribunal should proceed with the arbitration, subject to any successful setting aside application[602].

Sin embargo, una vez establecida su jurisdicción, el tribunal arbitral no puede *quedarse ciego*. Primero, tiene que verificar si hay una verdadera litispendencia. Segundo, en relación con una litispendencia entre dos o más tribunales arbitrales, se recomienda que el segundo tribunal decline su competencia a favor del primer tribunal encargado:

> Where the Parallel Proceedings have been commenced before the Current Arbitration and are pending before another arbitral tribunal, the

[602] ILA, Recommendations on Lis Pendens and Res judicata and Arbitration, Resolution 1/2006, #1.

> arbitral tribunal should decline jurisdiction or stay the Current Arbitration, in whole or in part, and on such conditions as it sees fit, for such duration as it sees fit (such as until a relevant determination in the Parallel Proceedings), provided that it is not precluded from doing so under the applicable law and provided that it appears that:
>
> 5.1 the arbitral tribunal in the Parallel Proceedings has jurisdiction to resolve the issues in the Current Arbitration; and
>
> 5.2 there will be no material prejudice to the party opposing the request because of (i) an inadequacy of relief available in the Parallel Proceedings; (ii) a lack of due process in the Parallel Proceedings; (iii) a risk of annulment or non-recognition or non-enforcement of an award that has been or may be rendered in the Parallel Proceedings; or (iv) some other compelling reason[603].

Si la litispendencia es con los tribunales judiciales, se recomienda hacer un "*enforcement test*", según lo propuesto por Matti Kurkela y Santtu Turunen [604], que tiene por objetivo analizar qué pasará con el laudo una vez emitido. ¿Podrá ser anulado en el Estado sede por ir en contra de una sentencia judicial? ¿Podrá ser ejecutado en los plausibles Estados de ejecución? Y según las respuestas, se suspendería el procedimiento hasta que el asunto se resuelva en los tribunales judiciales:

---

[603] *Idem*, #5.

[604] Kurkela & Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2 ed., Oxford, 2010.91.

> Also, as a matter of sound case management, or to avoid conflicting decisions, to prevent costly duplication of proceedings or to protect a party from oppressive tactics, an arbitral tribunal requested by a party to stay temporarily the Current Arbitration, on such conditions as it sees fit, until the outcome, or partial or interim outcome, of any other pending proceedings (whether court, arbitration or supra-national proceedings), or any active dispute settlement process, may grant the request, whether or not the other proceedings or settlement process are between the same parties, relate to the same subject matter, or raise one or more of the same issues as the Current Arbitration, provided that the arbitral tribunal in the Current Arbitration is:
>
> 6.1 not precluded from doing so under the applicable law;
>
> 6.2 satisfied that the outcome of the other pending proceedings or settlement process is material to the outcome of the Current Arbitration; and
>
> 6.3 satisfied that there will be no material prejudice to the party opposing the stay[605].

411. En resumen, el tribunal arbitral tiene que verificar en primer lugar si hay una real *lis pendens*; si la litispendencia es *bona fide* (quiere decir, que no es parte de una estrategia de guerilla); si lo es, entonces como lo dice Francisco Orrego Vicuña, se puede aplicar la doctrina del *forum non*

[605] ILA, Recommendations on Lis Pendens and Res judicata and Arbitration, Resolution 1/2006, #6.

conveniens, y también considerar la prioridad y la deferencia ("*deference*" o "*comity*")[606]. Por nuestra parte, consideramos que la eventual suspensión del proceso arbitral no se basa en una regla sino más bien en el sentido común. La noción americana de *Comity* es probablemente la que define mejor el actuar del tribunal arbitral. Según el precedente histórico de *Hilton v. Guyot*[607], la *Comity* es

> neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other". Sin embargo, su objetivo es "to give effect, whenever possible, to the executive, legislative and judicial acts of a foreign sovereign so as to strengthen international cooperation.

No es una regla de Derecho, sino una regla de práctica, conveniencia e intereses. En materia de arbitraje internacional, en el asunto *SPP* v. *Egypt*[608], un tribunal arbitral bajo las reglas del CIADI consideró que no estaba obligado a suspender su procedimiento por una regla de *lis*

---

[606] "If bona fide is established, there can be next the consideration of whether the parallel mechanism is or not more appropriate, a matter that both tribunals should consider. The criteria for the operation of forum non conveniens and what elements must be taken into account to decide on appropriateness have developed at a rapid pace in respect of transnational litigation and there appears to be no reason why the same should not apply mutatis mutandis to parallel international litigation proper. Priority and deference have indeed a role in this connection in order to determine which tribunal has the closest connection with the required jurisdiction" (Orrego Vicuña, *Lis Pendens Arbitralis, Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC, 2005. 207).

[607] 159 U.S. 113 (1895).

[608] 20/05/1992.

.

pendens, pero consideró que por cortesía internacional ("*comity*") se debía suspender el proceso arbitral hasta que el tribunal judicial rindiera su fallo (en este caso la Corte de Casación francesa).

412. Ahora bien, el sistema de remisión de la litis al arbitraje se basa en el principio de que no es posible tener una litispendencia entre un tribunal judicial y arbitral como lo indica la siguiente tesis:

> LITISPENDENCIA. NO PUEDE HACERSE VALER DICHA EXCEPCIÓN SI EXISTE, POR UNA PARTE, LA TRAMITACIÓN DE UN JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL Y, POR LA OTRA, UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL. De la interpretación del artículo 1123 del Código de Comercio, se advierte que es claro al señalar que dicha excepción únicamente procede cuando un Juez ya conoce de un juicio, en donde existe igualdad entre partes, acciones deducidas y cosas reclamadas, supuesto normativo que no se actualiza cuando la controversia surge entre un Juez y un árbitro. Se afirma lo anterior, porque un árbitro no es funcionario del Estado, puesto que sus facultades derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la Ley y, aunque la sentencia o laudo arbitral no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva, ya que sólo adquiere ese carácter por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; consecuentemente, las resoluciones de un árbitro carecen de imperio, dado que sus laudos son actos privados al provenir de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han

añadido, a la materia lógica del laudo la materia jurisdiccional de una sentencia, de ahí que resulte manifiesto que la función jurisdiccional compete al Estado y sólo puede ser conferida a los órganos de éste; en tales condiciones, si, por una parte existe la tramitación de un juicio ejecutivo mercantil y, por la otra, un procedimiento arbitral, no puede hacerse valer en el juicio ejecutivo la excepción de litispendencia, dado que ésta procede sólo cuando un Juez conoce ya del mismo negocio, supuesto que no se actualiza en la especie, porque el árbitro no es Juez ni autoridad judicial pues, como se ha dejado anotado, no es funcionario del Estado, y las facultades que ejerce derivan de la voluntad de las partes[609].

ARBITRAJE COMERCIAL. NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SON PROCEDIMIENTOS JUDICIALES RELACIONADOS CON LOS LAUDOS ARBITRALES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1422, 1457 A 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).

Una vez dictados, los laudos arbitrales podrán ser objeto de estudio por la autoridad judicial cuando se promuevan los procedimientos de nulidad (artículos 1422 y 1457 a 1460), reconocimiento y ejecución (artículos 1460 a 1462). La nulidad es una vía de naturaleza procesal interdictal especial (la Ley la denomina "incidental") que se sustancia a petición de parte ante la potestad judicial y tiene por objeto anular el laudo cuando se presente algún motivo para ello, y de resultar procedente, el fallo arbitral quedará sin efectos a partir de la fecha que así lo declare el juez competente (común o federal, a

[609] Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Amparo en revisión 255/2005. **Duroplast Ramos Arizpe**, S.A. de C.V. 17/01/ 2006. Unanimidad de votos. Ponente: José Martínez Guzmán. Secretario: Francisco Peñaloza Heras.

elección del actor y por efectos de la jurisdicción concurrente) aunque dicho laudo también puede quedar parcialmente nulificado y, en consecuencia, sujeto a los términos de la resolución de nulidad que dicte el juez que conozca del procedimiento. El reconocimiento de laudo arbitral es el acto formal realizado por la autoridad judicial que lo declara como final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes, el efecto de este procedimiento jurisdiccional es el de darle efectos jurídicos a los resolutivos de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa, concepto que deriva de la noción de que existen diferencias entre el reconocimiento del laudo y su ejecución, es decir, un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado, pues éste puede ser aportado a un juicio como prueba de que una controversia sobre la que versa ya representa cosa juzgada (res judicata) y, por ende, no sería necesario volver a litigar el asunto; así como también puede ser reconocido para aportarse como prueba y fundamento de la compensación. Por último, la ejecución de un laudo es el medio para que se materialicen los efectos de lo resuelto, incluso coactivamente y aun contra la voluntad de las partes comprometidas a cumplirlo; constituye el mecanismo por virtud del cual mediante la intervención judicial y con la posible utilización de la fuerza pública se conmina a materializar y consumar hasta sus últimas consecuencias los efectos del fallo arbitral. Además, el conocimiento de esta vía corresponde al juez del orden común o federal con jurisdicción territorial en el domicilio del demandado o, en su defecto, en el de ubicación de los bienes que serán objeto de la ejecución[610].

[610] Amparo en revisión 131/2009. **Talent Agency Unlimited** S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

La situación es distinta si en la demanda presentada ante un juez existen algunas pretensiones que corresponden a su jurisdicción y otras que deben ser objeto de juicio arbitral. En efecto, como lo ha dicho el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, si la solución del conflicto se inclinara hacia el conocimiento de todas las pretensiones por un árbitro, se le estarían ampliando las facultades más allá de las previstas para esta función. En cambio, es más natural, lógico y razonable que si es imposible dividir la demanda, el que conozca sea quien tiene más facultades y no el que las tiene limitadas:

> Si en la demanda presentada ante un Juez existen pretensiones que corresponden a su jurisdicción y otras que deben ser objeto de juicio arbitral, el juzgador debe dar curso a la demanda, seguir la instrucción y dictar la sentencia, en la cual decidirá lo atinente a su jurisdicción y dejará a salvo los derechos de las partes respecto de las otras pretensiones, para que se hagan valer en la vía arbitral. En el artículo 17 constitucional, se prevé el derecho de los gobernados a la jurisdicción, y conforme a los artículos 49, 94, 116 fracción III, y 122 de la propia Ley Suprema, como regla general, la función jurisdiccional se reserva a los tribunales judiciales. En los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se admite una excepción a esa regla general, pues permite que los litigios se resuelvan por árbitros, pero con ciertas limitantes, y por tratarse de una norma de excepción, la función arbitral no puede extenderse más allá, mediante interpretación analógica o por mayoría de razón. Por tanto, si para la solución del conflicto, se

> inclinara hacia el conocimiento de todas las pretensiones por un árbitro, se le estarían ampliando las facultades más allá de las previstas para esta función. En cambio, es más natural, lógico y razonable que si es imposible dividir la demanda, el que conozca sea quien tiene más facultades y no el que las tiene limitadas[611].

No cabe duda de que el tribunal se está expresando en términos muy generales y demasiado antiguos cuando dice que es el Estado quien "naturalmente" es el que debe resolver todos los conflictos. Además, el tribunal pone al arbitraje en términos de un procedimiento excepcional cuando en el Código de Comercio se ostenta como uno de los dos procedimientos principales en materia mercantil. En ausencia de una enunciación de los hechos *in casu*, se puede especular sobre las hipótesis que se han podido presentar. En la primera hipótesis, una de las partes se ha llevado directamente la disputa ante el tribunal judicial. Si fuera así, la presente decisión sería de alguna manera la continuación de la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre el principio de la *kompetenz-kompetenz*[612]. En efecto, al presentar el argumento de que las diversas cuestiones en disputa no son inseparables, el juez decidiría directamente si es así o no; sin embargo, el tribunal judicial tendría que mandar el caso a los árbitros, quienes en aplicación del principio de la competencia-competencia tendrían que

---

[611] Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 131/2007. **Lamex Mexicana**, S.A. de C.V. 24/01/2008. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Ma. Luz Silva Santillán.

[612] *Supra* # 203.

resolver en primer lugar cuáles cuestiones son o no separables.

413. No obstante lo anterior, el principio de exclusividad de competencias para decidir la litis es alternativo: es el tribunal judicial o el tribunal arbitral. Por eso, el artículo 1424 Ccom[613] prevé que:

> El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.
>
> Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior, se podrá no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez.

De la lectura de la citada disposición, se desprenden dos ideas preliminares que pueden ser precisadas. En primer lugar, el juez tiene la obligación, no la facultad, de remitirse al arbitraje en ausencia de la prueba de un "acuerdo nulo, ineficaz o de ejecución imposible", como se desprende del término "remitirá". En segundo lugar, no se trata de una obligación *ex officio*, en la medida en que las partes tienen el derecho de renunciar al foro arbitral. Sin embargo, la práctica ha demostrado que la disposición citada no resuelve todos los problemas.

[613] Art. 8.1 UNCITRAL.

LECCIÓN 17: LA LEY APLICABLE

Ferrari & Kröll, *Conflict of Laws in International Arbitration*, Walter de Gruyter, 2010; Nygh, *Choice of forum and laws in international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 1997. Grigera Naón, *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*, J.C.B. Mohr, 1992.

414. Sobre el fondo, los árbitros que tienen que pronunciarse en Derecho, deben aplicar normas jurídicas para resolver las controversias. Estas normas, no obstante la expresión general de "Ley aplicable", pueden ser distintas de las legislativas de origen estatal. El Derecho mexicano del arbitraje no difiere al respecto. Las normas que sean o no de origen estatal, pueden ser determinadas tanto por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, como por el tribunal arbitral en caso de omisión de las partes sobre este punto. La elección de Derecho podrá hacerse según varios métodos de designación.

17.1 La determinación e interpretación de las normas aplicables

415. La determinación de la Ley aplicable al contrato puede hacerse por las propias partes que prevén la *lex contractus* en su contrato. Si las partes no han pactado nada al respecto, corresponde a los árbitros determinar cuáles reglas jurídicas se aplican e interpretarlas. El principio *jura novit curia* – que postula que los tribunales judiciales conocen la Ley, más allá de lo que alegan las partes –, no tiene que aplicarse en los arbitrajes internacionales, visto la multiplicidad de Leyes que se presentan. No obstante lo anterior, se debe considerar que el tribunal arbitral tiene el poder de investigar por sus propios medios la Ley aplicable. En caso de discrepancia entre los *findings* del tribunal arbitral y los de las partes, el tribunal tiene que someterlos a las partes para su discusión.

17.1.1 La determinación de las normas aplicables

416. Aunque uno pudiera pensar que lo más común es que las partes aprovechan la autonomía de la voluntad para determinar por sí mismas la Ley aplicable al contrato, muchos de ellos, sin embargo, no lo hacen, y será el árbitro quien tendrá que decidir según cuáles reglas se resolverá la controversia.

A - La determinación por las partes

417. Como se lo planteó René-Jean Dupuy en su sentencia *Texaco*[614], uno tiene que preguntarse cuál es el orden jurídico que da el valor legal al contrato y autoriza el juego de la autonomía de la voluntad permitiendo a las partes elegir las reglas aplicables al contrato. Como lo notó el tribunal arbitral en el asunto *Aramco* "cualquier contrato no puede existir *in vacuo*, pero debe basarse sobre un Derecho"[615]. Las codificaciones modernas como la *Convención de Roma* o la *Convención de México* sobre las obligaciones contractuales prevén como *Grundlegung* de la *lex contractus* ésta misma. Sin embargo, tal postura es incoherente. ¿Cómo una Ley aún no electa podría autorizar a las partes a elegirla? Todo el problema proviene del hecho de que la doctrina quiere a fuerzas que sea una Ley estatal la que permita a las partes poder ser "libres" de elegir un Derecho aplicable. En realidad, la libertad no proviene de la Ley; la Ley es posterior a la libertad, que es el punto de partida de cualquier sistema positivo. El contrato *propio muto* constituye su *Grundlegung*. Sin embargo, por el momento, es el Derecho positivo el que continúa ofreciendo esa libertad, y el Código de Comercio no es la excepción.

---

[614] Texaco-Calasiatic v. Libya, Ad hoc, 19/01/1977 (Dupuy).

[615] *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company*, Ad hoc, 23/08/1958 (Sauser-Hall; Hassan, Habachi), *Rev. crit.*, 1963.272.

a) Código de Comercio

418. El artículo 1445 Ccom[616] confiere expresamente la facultad a las partes que tienen un arbitraje con sede en México de elegir las "normas de Derecho" que quieran ver aplicadas al fondo del litigio. La referencia al término de "norma" permite afirmar que las partes pueden adoptar cualquier Ley estatal, aunque no tenga ninguna conexión con el contrato, así como la *lex mercatoria*[617], o los "principios generales del comercio internacional", por ejemplo. En este contexto, se debe considerar que la frase de la segunda fracción que enuncia "si las partes no indicaran la Ley que debe regir el fondo del litigio…" tiene una mala redacción, y que se utilizó la expresión de "Ley" como sinónimo desafortunado de "normas de Derecho".

419. En ausencia de una estipulación contractual en sentido contrario se entiende que la indicación de la Ley aplicable de un país es el Derecho sustantivo a exclusión de sus normas de conflicto. De la misma manera, el principio del *dépeçage* está consagrado de manera implícita en el artículo 1445 que permite, como lo hemos señalado, la adopción de cualquier "norma de Derecho", si fuesen varias Leyes estatales. Tal interpretación se solidifica a la luz del artículo 14. V del Código Civil Federal que prevé:

---

616 Art. 28 UNCITRAL.

617 *Infra* # 431.

> Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Sin embargo, se recomienda hacer un uso muy cuidadoso de esa facultad en la medida en que la multiplicidad de Leyes aplicables a un contrato es normalmente fuente de serias dificultades[618], especialmente porque en la práctica judicial mexicana no existe siempre el conocimiento de tal técnica contractual.

420. Con respecto a la posibilidad de "estabilizar" la Ley a la fecha de la celebración del contrato, el Derecho mexicano lo permite, sin lugar a dudas, especialmente porque cuenta con el principio de la no-retroactividad de la nueva Ley en materia contractual tal como lo prevé el artículo 14 Constitucional y el artículo 5 del Código Civil Federal. Según el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en una decisión que constituye jurisprudencia por reiteración de criterio, se trata de un principio fundamental:

> CONTRATOS. SE RIGEN POR LA LEY SUSTANTIVA VIGENTE CUANDO SE CELEBRAN.
> El artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que los convenios que producen o

[618] Un ejemplo significativo: Cámara de Comercio de Zurich, # 273/95, 31/5/1996, *Yearbook*, 1998.128.

transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Por su parte, el artículo 1796 señala que desde que los contratos se perfeccionan obligan a las partes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a lo establecido por la Ley. Finalmente el numeral 1839 prevé que en un contrato, los concertantes pueden poner todas las cláusulas que estimen convenientes, pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato de que se trate, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas, aunque no se expresen, con la salvedad establecida en la última parte del propio precepto. Del contenido de las disposiciones mencionadas, se coligue que las relaciones contractuales se rigen por las normas que provienen tanto de las cláusulas convenidas expresamente por las partes, como de la Ley vigente en el momento en que se perfecciona el contrato, puesto que al llevarse a cabo tal perfeccionamiento se entiende que las partes han tomado el contenido de la Ley vigente, que es la que indica qué tipo de relación jurídica se contrae (arrendamiento, compraventa, permuta, etcétera); la que suple la voluntad de los contratantes en los puntos que no hubieran sido materia expresa de la convención y que, sin embargo son necesarios para el cumplimiento y ejecución del contrato, y la que pone límites a la libertad contractual. Lo expuesto pone de manifiesto la existencia de un principio de no retroactividad de las Leyes en materia contractual, pues los contratos se rigen por la Ley en vigor al momento de celebrarse. No pasa inadvertido el hecho de que las Leyes son obligatorias desde su entrada en vigor, pero en materia contractual esto implica que la nueva Ley se aplicará a los contratos que se perfeccionen

> durante su vigencia, y no a los celebrados con anterioridad a ella, pues de lo contrario se le daría efecto retroactivo en perjuicio de alguno de los contratantes, lo cual está prohibido expresamente en el artículo 14 constitucional[619].

Lo anterior tampoco está prohibido por los reglamentos de arbitraje.

b) Reglamentos arbitrales

421. Todos los reglamentos que sean de la CCI, de la ICDR, de la LCIA, del CAM o de la CANACO prevén la posibilidad para las partes de determinar la Ley aplicable a su arbitraje. Lo mismo ocurre con el Reglamento UNCITRAL.

B - La determinación por los árbitros

422. El Código de Comercio establece para los árbitros reglas claras para determinar la Ley aplicable al fondo en ausencia de una elección por las partes. Con respecto a los reglamentos de los centros de arbitraje, no difieren mucho de lo que prevé el Derecho mexicano. En ambos sistemas, nos parece que no hay lugar a buscar una voluntad implícita o hipotética de elección de Derecho. Al contrario

[619] Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 1391/92. **Luis Olguín González**. 19/03/1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores. Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia I.4o.C. J/2, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, Agosto de 1995, pág. 319.

de la práctica de un árbitro europeo de gran renombre[620], no creemos que la gran mayoría de los árbitros se preguntarían el porqué de una ausencia de elección de una Ley aplicable. Se dará constancia de que no hay una Ley designada y consecuentemente se aplicarán las reglas previstas por el reglamento de arbitraje para tales efectos.

a) Código de Comercio

423. Si las partes no indicaren el Derecho que debe regir el fondo del litigio, el tribunal arbitral, según el artículo 1445 Ccom[621], tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará la Ley aplicable. La misma disposición prevé que en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso. En la hipótesis de que haya una contradicción entre el reglamento de arbitraje adoptado por las partes y el Derecho mexicano, en relación con el método de designación de la Ley aplicable, se puede afirmar que el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio es, en relación con este punto, sólo supletorio a la voluntad de

620 Blessing, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn, 1999.213.

621 Art. 28 UNCITRAL.

las partes[622].

424. El artículo 1445 Ccom es uno de los pocos que difiere sustancialmente de la Ley Modelo UNCITRAL que dispone, en su artículo 28.2 que, "si las partes no indican la Ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la Ley que determinen las normas de conflicto de Leyes que estime aplicable". Así existen dos diferencias principales entre la Ley Modelo y el Derecho mexicano: la referencia mexicana al "Derecho aplicable" y no a la "Ley"; y el abandono del método tradicional del conflicto de Leyes. Con respecto al

[622] Amparo 124/92: SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE. Los requisitos necesarios para que exista la supletoriedad de unas normas respecto de otras, son: a) que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio; b) que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; c) que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria, y d) que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.. Amparo en revisión 124/92. **Microtodo Azteca**, S.A. de C.V. 06/02/1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera. Amparo en revisión 958/91. Desarrollo Galerías Reforma, S.A. de C.V. 19 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera. Amparo directo 1433/92. Gilberto Flores Aguilar y otros. 26 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Villagómez Gordillo en sustitución de la Magistrada Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera. Amparo directo 3582/92. Tumbo de la Montaña, S.P.R. de R.L. 9 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger. Amparo directo 604/94. Videotique, S.A. de C.V. y otros. 17 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Más. Elisa Delgadillo Granados.

"Derecho aplicable", la legislación mexicana permite a los árbitros reglar la disputa con referencia a cualquier tipo de normas de Derecho, por ejemplo, las convenciones internacionales, o, de manera general, todo lo que se puede entender como *lex mercatoria*. Sin embargo, es cierto también que en la práctica arbitral mexicana, sólo de manera excepcional, los árbitros se refieren a la *lex mercatoria* en vista de la dificultad de identificar de manera precisa cuál es su contenido; la tendencia es seguramente a favor de la elección de una Ley estatal, que se designa en *voie directe*, en la medida en que el Derecho mexicano abonó el método conflictual clásico. No obstante, el artículo 1445 Ccom impone a los árbitros una obligación de motivación en relación con el Derecho aplicable en virtud de que tienen que justificar su elección con respecto a "las características y conexiones del caso". Aguilar Álvarez va un paso más allá, sosteniendo que no es suficiente designar normas que tengan vínculos con el asunto, sino que el tribunal tiene la obligación de buscar las reglas de Derecho con las que la causa tenga los "nexos *más* estrechos"[623]. Es importante destacar que ni la ausencia de motivación ni la metodología de designación de las reglas aplicables constituyen una causa de nulidad en la mayoría de las jurisdicciones estatales. Sin embargo, nos parece que si el tribunal arbitral elige normas que realmente no tienen nada que ver con el asunto, fallara en su misión, lo que sí es una causa de nulidad del laudo.

---

[623] El Título Cuarto del Código de Comercio Mexicano y la Legislación Comparada en Materia de Arbitraje Comercial Internacional, *Centenario del Código de Comercio*, UNAM, 1991.53, 61.

b) Reglamentos arbitrales

425. Todos los reglamentos se parecen visto que prevén que el tribunal arbitral aplicará las reglas de Derecho que juzgue apropiadas. Sin embargo, el CAM, el CCI y el ICDR establecen que el tribunal arbitral también deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes. Sólo el reglamento UNCITRAL constituye una excepción a obligar al tribunal a aplicar una Ley estatal, la cual juzgue apropiada, y en su caso, también aplicará las Leyes de policía.

C - La auto-aplicación de las Leyes de policía

Radicati Brozolo, Arbitrage commercial international et lois de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international, *RCADI*, 2006.269; Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001.

426. No obstante la variación terminológica – normas de aplicación inmediata, normas de aplicación necesaria, Leyes de policía[624], las "*lois de police*", según la expresión

[624] Utilizamos los términos citados como sinónimos, aunque algunos autores proponen distinciones sutiles para cada término (Mayer, Les lois de police étrangères, *JDI*, 1981.277; Holleaux-Foyer-de La Pradelle, *Droit international privé*, París, 1987, #643).

francesa de Franceskakis[625], todas son normas de designación *sui generis,* postulando que en todas las hipótesis esta Ley siempre se aplica, y por lo tanto se distinguen de las Leyes de "orden público" del Derecho interno. La única disposición de Derecho mexicano que evoca las Leyes de policía es el artículo 11 de la *Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* que enuncia que "no obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones de derecho del foro cuando tengan carácter imperativo", sin definir qué se entiende por Leyes de aplicación necesaria. La doctrina mexicana define las Leyes de policía como normas en las que se reflejan determinadas políticas legislativas estatales con diferentes objetivos que, en todos los casos, son normas que deben ser aplicadas obligatoriamente, evitando, por tanto, cualquier otro método de aplicación de Derecho extranjero o cualquier disposición voluntaria de las particulares sobre dichas normas. Y se considera que tienen tal carácter la Ley Monetaria, la Ley Federal de Protección del Consumidor, y la Ley Federal de Competencia Económica, por ejemplo[626].

427. El Código de Comercio no señala nada al respecto en materia de arbitraje, es decir, no precisa si un tribunal arbitral tiene que aplicar las Leyes de policía de la *lex contractus*. Sin embargo, se puede afirmar que las Leyes de

[625] Franceskakis, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate, *Rev. crit.*, 1966.16.

[626] Graham, *Manual de Derecho internacional privado de Nuevo León*, Zamanga Editores, 2016.55 (itunes; google play)

aplicación inmediata que pertenecen a la Ley aplicable al asunto tienen que ser aplicadas por el árbitro, como lo prevé por analogía la Convención de México. Tampoco hay disposiciones mexicanas sobre la problemática de la aplicación de las Leyes de aplicación inmediata que no son parte de la *lex contractus*. Como se ha escrito, las hesitaciones del árbitro a aplicar las Leyes de policía en general, y las Leyes de policía extranjeras a la *lex contractus* vienen de que tal aplicación asimila el árbitro al juez estatal salvaguardando preferentemente los intereses generales de un orden jurídico particular a los de las partes que lo han contratado para resolver su disputa[627]. Un caso ilustrativo en este sentido es el objeto del laudo 1399 de la CCI, en donde la parte mexicana y la parte francesa pactaron la Ley francesa como aplicable al contrato, con el objetivo de no caer bajo las Leyes aduaneras mexicanas con carácter de *lois de police*. El tribunal arbitral estimó que en la medida en que el Derecho mexicano no se aplique, no hay razón para dar efecto a sus reglas aduaneras[628]. Varios autores, sin embargo, sostienen la posición de que el carácter ilícito de un contrato siempre tiene que ser sancionado, aunque formalmente sea válido según la *lex contractus*[629]. A razón de que la Ley de arbitraje mexicana no prevé nada sobre la problemática, se debe concluir que los árbitros no tienen la obligación de aplicar otras Leyes, sino la que tiene que ser aplicada *in casu*, siguiendo así lo que dispone el artículo 11

[627] Pommier, La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit: le rôle de l'arbitre, *Clunet*, 1992.5, 35.

[628] Citado por FGG, # 1518.

[629] FGG, *idem*.

de la Convención de México que enuncia que "será a discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos". La determinación de la Ley de policía es, como lo es para cualquier otra norma, cuestión de interpretación.

17.1.2 La interpretación de las normas aplicables

428. El concepto de la interpretación implica métodos: métodos de interpretación; el cómo interpretar palabras, sentencias, términos, instrumentos. En materia judicial, la interpretación también implica un orden: la interpretación del superior vincula al inferior; o una tesis jurisprudencial constituye un precedente para los demás tribunales. Esta cuestión de los precedentes también surge en nuestra materia.

A – La interpretación

Lévy & Robert-Tissot, L'interprétation arbitrale, *Rev.arb.*, 2013.861.

429. En materia de *arbitraje comercial* se puede afirmar que el método más común de interpretación es el método subjetivo basado en la búsqueda de la *voluntad real de las partes*, tanto en la determinación de la Ley aplicable como en su aplicación concreta a los hechos a través de un análisis más factual que legal. Lo anterior por lo tanto no

tiene que llevar al árbitro a caer en la amigable composición si su mandato se pronuncia en el marco del Derecho. En relación con el arbitraje sobre inversión extranjera, también es muy común utilizar el método subjetivo buscando cuál fue la *expectativa legítima del inversionista*. Respecto del arbitraje deportivo, se aplica normalmente el método objetivo, determinando el *sentido normativo de las reglas aplicables*.

B – Los precedentes

Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, *Int`l Arb.*, 2007.357.

430. No existe una regla del precedente en materia de arbitraje, aunque en los procesos arbitrales sobre inversión extranjera y deportivos es una práctica constante referirse a la "jurisprudencia" anterior, visto que los árbitros en algunas ocasiones se consideran a sí mismos como los "guardianes" de un "sistema". Sin embargo, se puede afirmar que en la gran mayoría de los casos, los tribunales no hablan de precedentes, en el sentido imperativo, sino de directivas:

> El Tribunal considera que no está obligado a seguir decisiones anteriores. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones

> establecidas en una serie de casos consistentes. Cree asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo de este modo las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del estado de derecho. El árbitro Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera ya que considera que es su deber decidir cada caso de acuerdo a sus propios méritos, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente[630].

Con respeto al TAS, donde a los árbitros también les gusta referirse todo el tiempo a "precedentes", el Tribunal Federal suizo estableció claramente que esas referencias no constituyen una "fuente de Derecho" y los laudos emitidos con anterioridad de ninguna manera son "obligatorios" para futuras decisiones[631].

17.2 La lex mercatoria

Berger, The Creeping Codification of the New lex mercatoria, Kluwer, 2010; Gaillard, Trente ans de lex mercatoria, *JDI*, 1995.5; Lagarde, Approche critique de la lex mercatoria, *Mélanges Goldman*, Paris, 1987.125. Goldman,

---

[630] *Burlington Resources Inc c. República del Ecuador*, ICSID, Decisión sobre jurisdicción, 02/06/2010 (Kaufmann-Kohler; Stern, Orrego Vicuña).

[631] *X. c/UCI et fédération Z.*, TFS, aff. 4A_110/2012, 09/10/2012.

L'arbitrage internationaux: réalités et perspectives, *JDI*, 1979.475; Goldman, Frontières du droit et lex mercatoria, *Arch.phil.dr.*, 1964.184; Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, 1965.407; Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1918.

431. Desde hace más de 50 años, mucho se ha escrito sobre la *lex mercatoria*, que es un debate bastante "francés", y que desconcierta de cierta maneja a los anglosajones que no entienden la pelea intelectual que existe alrededor de este concepto. Por lo tanto, es nuestro turno: vamos a participar en el *fight* para llegar a algo concreto, que es el contenido de la *lex mercatoria*.

432. En los años 60, Goldman parte de la base de que en el comercio internacional hay ciertos principios constantes derivados de los principios comunes de los Derechos nacionales, y que constituirían un embrión de un Derecho común[632]. El primer principio internacional sería entonces el *Pacta sunt servanda*, a partir del cual se pudieran deducir otros principios y reglas. Con respecto a los usos, Goldman los define como reglas específicas a diferentes sectores del comercio internacional (acero, café, frutas, etcétera). Así, sería un uso las "reglas" sobre los créditos documentarios en materia de transporte internacional. En 1979, en su famoso artículo La lex mercatoria dans les contrats et

[632] Goldman, Frontières du droit et lex mercatoria, *Arch.phil.dr.*, 1964.184; Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, 1965.407.

l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives[633], Goldman va aún mas allá y afirma que la *lex mercatoria no* es nada más y nada menos que un nuevo orden jurídico, con sus principios y usos; y sus órganos jurisdiccionales que serían los tribunales arbitrales. Para cimentar su demostración, Goldman invoca a Santi Romano, padrino de la teoría del "pluralismo jurídico", defendiendo la idea de que la familia, la mafia, la iglesia, etcétera, constituyen su propio orden jurídico[634]. Rigaux toma el ejemplo de las federaciones deportivas, y Berger cita la comunidad del negocio de los diamantes. Sin embargo, todos confunden auto-regulación y fuerza obligatoria. Es cierto que un futbolista, por ejemplo, tiene que respetar el reglamento de la FIFA, porque sino no va a poder jugar. Pero, si el jugador no está de acuerdo, puede ir a los tribunales estatales que sí pueden imponer sus decisiones mediante la fuerza pública.

[633] *JDI*, 1979.475.

[634] Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 3 ed., 1977.

El caso *Bosman* es el perfecto ejemplo[635].

433. Vehemente combatido por Lagarde y Kassis, la *lex mercatoria* no duró mucho como idea de un nuevo orden

---

El fallo *Bosman* de la Corte de Justicia de la Unión Europea provocó un verdadero terremoto en el mundo del fútbol europeo, cancelando las reglas de la FIFA sobre la duración de los contratos y las indemnidades de transferencia, por violación del principio comunitario de la libre circulación de los trabajadores en la Unión, dando así un anexo en aparto en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores para las transferencias en la Unión Europea, pero no aplicables al resto del mundo (Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, CJCE, 15/12/1995).

El propio reglamento de la FIFA reconoce el no poder escapar a la jurisdicción estatal, en la medida que dispone, por ejemplo, en su artículo 22 de su Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores: "Sin perjuicio del derecho de cualquier jugador o club a elevar un caso ante un tribunal ordinario de disputas laborales, la FIFA tiene la competencia […]". En otras palabras, si fuera un verdadero orden jurídico, no habría la necesidad de reconocer la jurisdicción de otro orden jurídico – el estatal. Sería como si el orden jurídico mexicano dispondría que es competente sin perjuicio a elevar un caso ante un tribunal extranjero. En orden jurídico estatal es completo – ¡por eso es un orden jurídico! En el marco de la FIFA, se trata de un sistema legal muy elaborado pero subordinado al orden estatal. En este contexto, es menester señalar una sentencia del Tribunal de Primer Instancia de la Unión Europea que considera la FIFA no como autoridad sino como una asociación de empresas. La decisión mas importante para demostrar la sumisión de la FIFA a los ordenes jurídicos estatales es incontestablemente el fallo comunitario *Bosman* por el cual se denegó una "excepción deportiva del fútbol" a las reglas generales del Derecho comunitario de la libre circulación de los trabajadores. Ahora bien, parece que el debate se acabó de manera definitiva con el fallo del 20 de diciembre de 2005 del Tribunal Federal Suizo en el cual este establece que las reglas de la FIFA no son "reglas de Derecho" pudiendo ser objeto de una elección de *lex contractus*, sino que sólo se trata de un reenvío material, quiere decir reglas contractuales que están sometidas a la *lex contractus* que tiene que ser una Ley estatal[635]. Eso no impide que las reglas de la FIFA tienen su valor, pero que es otro que la de una Ley estatal (Graham & Sánchez, El Derecho internacional del futbol, 2 ed., Zamanga Editores, 2014.166).

jurídico, y tuvo que ceder ante la *Nueva lex mercatoria*, definida por Emmanuel Gaillard como un método de Derecho comparado, que permite encontrar una decisión que responde a la legítima expectativa de las partes en disputa:

> La idea hoy en día no es la oposición entre órdenes jurídicos estatales y un hipotético orden jurídico transnacional, sino el de un recurso global a un conjunto de derechos nacionales... En otros términos, el postulado de la inadecuación de los derechos nacionales da lugar a la preocupación, más legítima, de fundar la solución de algunos asuntos sobre un conjunto de derechos en lugar de un único en donde las soluciones originales podrían decepcionar la espera legítima de las partes[636],

siendo hoy en día el concepto que prevalece.

17.2.1 El concepto de la *lex mercatoria*

434. La mayoría de la doctrina tiene el mismo entendimiento del concepto de *lex mercatoria*[637] muy cercano a los primeros promotores como Goldman. Se trata del conjunto de usos, costumbres, prácticas y principios generales del comercio internacional, constituyendo de este modo las

---

[636] Gaillard, Trente ans de *lex mercatoria*, *JDI*, 1995.5, 8.

[637] Pereznieto, Consideraciones entorno a la lex mercatoria el caso de México, *in*: Silva Silva (coord), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006.

reglas aplicables a las controversias "internacionales"[638]. Sin embargo, vamos a demostrar que tal perspectiva de la *lex mercatoria* es errónea. El orden jurídico es un sistema de reglas y tiene instituciones que las aplican y sancionan su incumplimiento. Un sistema de reglas – o sistema jurídico – es un conjunto coordinado de reglas. A su vez, las reglas se basen en una hipótesis que, si se realiza, produce un efecto y/o una sanción. Con respecto a la costumbre, ésta se constituye de una práctica general y del sentimiento de que esta práctica es obligatoria (la "*opinio juris*"). El uso, al contrario de lo que se dice, no es una regla, sino una presunción contractual: se trata de una práctica contractual generalizada, y utilizada como prueba de la voluntad en las relaciones contractuales[639], y el siguiente criterio federal refuerza nuestra postura:

> USOS Y TÉRMINOS COMERCIALES INTERNACIONALES. SIRVEN PARA INTERPRETAR LA INTENCIÓN DE LAS PARTES EN UN CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.
>
> La práctica del comercio internacional utiliza determinados términos comerciales, desarrollados, mantenidos y promovidos por la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional y que constituyen estándares que facilitan el comercio internacional

[638] Gómez-Urrutia, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Oxford, 2000.74; Pereznieto, Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, *Revista de Derecho Privado*, 1994.774.

[639] En este sentido: *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA y Hugo Trumpy SpA*, CJCE, 16/11/2004.

al permitir que agentes de diversos países se entiendan entre sí y hagan prácticos y eficientes los contratos internacionales. La observancia de esos términos derivados de los usos comerciales se desprende de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compra-Venta Internacional de Mercaderías, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, la cual tiene como propósito, entre otros, la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos para contribuir a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promover el desarrollo del comercio internacional. De la lectura armónica y sistemática de los artículos 4, 8, 9, 25, 26, 27 y 28 de esa convención se desprende el ámbito de aplicación de ésta en cuanto regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Según dichas normas, para los efectos de esa convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención, pero si tales reglas no fueren aplicables, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte. Igualmente, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, entre las que se encuentran las negociaciones, cualesquiera

prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes. También se dispone que las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas, y se dispone que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Luego, la convención de mérito reconoce las prácticas comerciales internacionales y deben entenderse comprendidas en ellas los usos, términos o conceptos desarrollados, mantenidos y promovidos por la Comisión de Derecho y Práctica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional y que constituyen estándares que facilitan el comercio internacional y hacen prácticos y eficientes los contratos internacionales. Así, deben observarse las reglas de la referida convención sobre cómo se cumple con la obligación de entrega de las mercancías y en su caso, cualquier controversia que se suscite puede sustentarse en esos términos comerciales internacionales y su empleo por las partes por tener conocimiento de él o porque deben tener conocimiento del mismo[640].

435. En relación con los principios de Derecho, son catalizadores de reglas obtenidas o por inducción de varias

[640] TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 140/2009. **Ana Luisa Lerdo de Tejada Luna de Landucci**. 28 de mayo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

otras reglas; o por deducción de un valor moral. Por lo tanto, por sí mismos no son reglas. En conclusión, la *lex mercatoria* y sus componentes en la definición clásica son ineptos para cumplir con el papel de normas para resolver una controversia.

436. La nueva *lex mercatoria*, que se considera como un método y no un sistema normativo, hace sentido. Por lo tanto, en aquellos casos en los que existe una cláusula de Ley aplicable a favor de la *lex mercatoria*, los árbitros pueden aplicar en primer lugar las normas "codificadas" como los Principios Unidroit o la *Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías*, con la interpretación que se dio hasta ahora por los tribunales judiciales y arbitrales[641]. En segundo lugar, el tribunal arbitral puede inspirarse de las varias obras doctrinales que intentan enunciar las reglas que serían parte de esta *lex mercatoria*[642]. Como se puede ver, es posible identificar un cierto conformado por principios y reglas transnacionales, para retomar una expresión de moda, aunque no existe el detallismo tal como uno puede encontrarlo en los Derechos nacionales. Insistimos, que más allá del contenido de la *lex mercatoria*, lo que importa es que el tribunal arbitral construye su decisión de manera que ésta corresponde a la legítima expectativa de las

[641] Michael Joachim Bonell pública en el sitio unilex tanto las decisiones judiciales como las arbitrales que han aplicado los Principios Unidroit, o la Convención de Viena.

[642] Por ejemplo se puede consultar la base de datos Central List of lex mercatoria principles, rules and standards, publicada por Peter Berger.

partes. En la práctica, lo de la "*lex mercatoria*", en realidad, se confunde con la designación *en voie directe* de las normas aplicables a la controversia. Sin embargo, que tal manera de operar sea admitida por los tribunales judiciales es otra cuestión.

17.2.2 La lex mercatoria en la jurisprudencia judicial

437. Reglas o no, la cuestión se queda en ¿qué se debe hacer en un arbitraje donde las partes pactaron la *lex mercatoria*, y en el que, lógicamente, los árbitros han decidido la controversia según ésta? Pues, la Corte de Casación francesa no tuvo objeción alguna al admitir en su famoso fallo Valenciana[643] que el tribunal arbitral se había pronunciado "en Derecho" al aplicar la *lex mercatoria*, que es "el conjunto de las reglas del comercio internacional sobreviniendo de la práctica y sancionadas por las jurisprudencias nacionales". Si bien es cierto que la Corte admite la *lex mercatoria*, es también verdad que claramente enuncia que por una parte, no se trata de reglas propias a la *lex mercatoria*, sino de reglas "preexistentes" que fueron reveladas por la práctica. Pero además, la Corte se reserva el control visto que esas reglas tienen que ser "sancionadas" por las jurisprudencias nacionales. Consecuentemente, es claro que para la Corte, la *lex mercatoria* no es un orden jurídico[644], sino un método que los árbitros pueden utilizar,

---

[643] 22/10/1991, *Rev. crit.*, 1992.460, note Lagarde; *Rev. crit.*, 1992.116, note Oppetit; *JDI*, 1992.185, note Goldman.

[644] Al contrario de lo que Goldman y Oppetit intentaron hacer decir al fallo…

si las partes los autorizan, para decidir en Derecho una controversia. Es cierto que eso contradice de cierta manera a la jurisprudencia Putrabali[645] que considera que el laudo es una "decisión judicial internacional", pero nunca fue intención de la Corte de Casación establecer la existencia de un "orden arbitral internacional".

438. Lo mismo se puede decir de la *lex sportiva*. Rigaux en su Curso General de Derecho Internacional Privado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya[646], vehemente defendió la idea de la existencia de que los órdenes deportivos son órdenes jurídicos autónomos, en virtud del pluralismo de los ordenamientos jurídicos[647], teorizado por Santi Romano[648]. Citando justamente la teoría del pluralismo de los órdenes jurídicos, un tribunal comercial de primera instancia belga subrayó la importancia de la efectividad y de la capacidad de las reglas que rigen a los miembros del supuesto orden jurídico, condición verificada, según los jueces, en el caso de la FIFA. Las relaciones entre los clubes y la FIFA no son de tipo contractual (en el marco de su membresía a una asociación sin lucro, lo que es jurídicamente la FIFA), sino que se trata de una sumisión a "la autoridad de las reglas impuestas

---

[645] Civ[1], 29/6/2007.

[646] Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale, *RCADI*, T. 1, 1989.

[647] *Idem*, # 38 sq.

[648] Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 3 ed., 1977.

por la FIFA"[649]. La posición contraria fue adoptada por un tribunal alemán, que simplemente estableció que "no existe una *lex sportiva* independiente del derecho nacional"[650], retomando la doctrina de Paul Lagarde, quien sostiene que no hay un orden jurídico si no se verifican al menos dos condiciones fundamentales: que haya instituciones permanentes para aplicar las reglas, y que estas instituciones no sean sometidas a otra autoridad. Las condiciones mencionadas se verifican por el orden jurídico estatal (la sentencia de la Suprema Corte de un país no puede ser nulificada por un tribunal de otro país), mas no por las instituciones arbitrales (cuyas decisiones siempre pueden ser nulificadas por tribunales estatales)[651].

439. El propio reglamento de la FIFA reconoce la imposibilidad de escapar a la jurisdicción estatal, en la medida en que dispone, por ejemplo, en su artículo 22 de su Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores: "Sin perjuicio del derecho de cualquier jugador o club a elevar un caso ante un tribunal ordinario de disputas laborales, la FIFA tiene la competencia [...]". En otras palabras, si se tratara de un verdadero orden jurídico, no habría la necesidad de reconocer la jurisdicción de otro orden jurídico – el estatal. Sería como si el orden jurídico

---

[649] *Charleroi c/ Européen d'Intérêt Economique* (GEIE), Tcom Charleroi, 15/5/2006; *Lassana Diarra*, Tcom Hainaut, 19/01/2017.

[650] *Baumann v. DLV*, OLG Frankfurt,18/4/2001.

[651] Lagarde, Approche critique de la lex mercatoria, *Mélanges Goldman*, París, 1987.125.

mexicano dispusiera que es competente sin perjuicio de elevar un caso ante un tribunal extranjero. El orden jurídico estatal es completo – ¡por eso es un orden jurídico! En el marco de la FIFA se trata de un sistema legal muy elaborado, pero subordinado al orden estatal. En este contexto, es menester señalar una sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea que considera a la FIFA no como autoridad sino como una asociación de empresas.[652] La decisión mas importante para demostrar la sumisión de la FIFA a los ordenamientos jurídicos estatales es incontestablemente el fallo comunitario *Bosman*[653] por el cual se denegó una "excepción deportiva del fútbol" a las reglas generales del derecho comunitario de la libre circulación de los trabajadores.

440. El debate se acabó – por el momento – con el fallo del 20 de diciembre de 2005 del Tribunal Federal Suizo en el cual

---

[652] "72. Puesto que las asociaciones nacionales constituyen asociaciones de empresas y también, debido a las actividades económicas que desarrollan, empresas, la FIFA, asociación que agrupa a las asociaciones nacionales, constituye igualmente una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE. En efecto, esta disposición se aplica a las asociaciones en la medida en que sus propias actividades o las de las empresas que pertenecen a ellas estén destinadas a producir los resultados a que se refiere la disposición (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión, 71/74, Rec. p. 563, apartado 30). El marco jurídico en el que se toman las decisiones de las empresas y la calificación jurídica que a dicho marco dan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no tienen influencia alguna en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la competencia". (*Laurent Piau contra Comisión*, CJCE, 26/01/2005).

[653] *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman*, CJCE, 15/12/1995, *JDI*, 1997.550.

éste establece que las reglas de la FIFA no son "reglas de Derecho" que pueden ser objeto de una elección de *lex contractus*, sino que sólo se trata de un reenvío material, es decir, que las reglas contractuales están sometidas a la *lex contractus,* misma que tiene que ser una Ley estatal[654]. Eso no impide que las reglas de la FIFA tengan su valor, pero es otro distinto al de una Ley estatal.

17.2.3 Contenido de la *lex mercatoria*

441. Los siguientes principios y "reglas" provienen de varias sentencias arbitrales y obras doctrinales, aunque no citaremos todas las fuentes. Se trata sólo de dar una idea de lo que puede ser la *lex mercatoria*, sin que de manera alguna afirmemos que éstas son las "reglas". Así las cosas, se afirma que los siguientes principios son parte de la *lex mercatoria*: los Principios Unidroit, el *Pacta sunt servanda*, el *favor contractus*, el *favor negotii*, el principio de la buena fe, el hardship, el estoppel, ciertas disposiciones de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, etcétera... Cabe señalar la doctrina de la *creeping codification*, que se debe a Klaus Peter Berger y su proyecto de trans-lex, que consiste en poco a poco identificar el nacimiento y la existencia de ciertos principios a partir de las sentencias judiciales y arbitrales y de la doctrina. En su obra[655], Klaus Peter Berger identifica unos 120 principios, que son explicados y "comprobados"

---

654 *Bulletin ASA*, 2006.742.

655 Berger, *The creeping codification of the new lex mercatoria*, Kluwer, 2010.

por varias fuentes.

442. En conclusión, es más que dudoso que la simple aplicación de principios puede ser considerada como un "Derecho aplicable". El supuesto es que se aplican "reglas", quiere decir una hipótesis y una consecuencia. En este sentido, los Principios Unidroit constituyen en nuestra opinión "reglas", mientras que los Principios Generales del Comercio Internacional *per se* no son reglas. Otra es la situación, si se deducen reglas de ciertos principios. En ese caso son esas reglas las que constituyen el "Derecho" aplicable. Una cláusula que opta por tales principios, deberá obligar al árbitro a deducir de esos principios, reglas que se aplicarán al asunto. Una tarea bastante complicada para el tribunal arbitral. Por lo tanto, de verdad no es recomendable prever la aplicación tal cual de los Principios Generales del Comercio Internacional en un contrato. Diferente es la situación en materia de inversión extranjera en el marco de los BITs por ejemplo.

17.3 La lex inversionis

443. La *lex* "*inversionis*" – neologismo que utilizaremos por comodidad – designa la Ley aplicable a los arbitrajes en materia de inversión extranjera. Siendo contratos entre un particular y un ente soberano, el Estado, es normal que la Ley aplicable no sea la misma que en materia contractual comercial, por ejemplo (aunque fuera con un Estado, pero actuando *de jure gestionis*). En particular, se debe preguntar

cuál es la *Grundlegung* de tal contrato, cuyo régimen se mueve más allá de la frontera tradicional entre el Derecho privado y el Derecho público.

17.3.1 La Grundlegung

Mayer, Le mythe de l' « ordre juridique de base » (ou Grundlegung), *Mélanges Goldmann*, Paris, 1987.199; Mann, The Law Governing State Contracts, *BYBIL*, 1944.11.

444. El contrato estatal – el "*State Contract*" según la expresión de F.A. Mann[656] – puede ser definido como un contrato en donde una parte es un Estado soberano (Por la distinción entre los contratos que el Estado celebra de *jure gestionis* y los contratos que el Estado celebra *de jure imperii* (a los que llamamos el "contrato estatal[657]") y la otra parte es una persona privada con carácter extranjero – persona física o natural. El contrato tiene la particularidad de que normalmente la Ley aplicable es elegida por una parte, quien puede a cada momento cambiarla y así escapar a sus obligaciones. El Estado puede expropiar los derechos contractuales de la empresa, modificar o anular unilateralmente el contrato, o sin *tocar* directamente al contrato, modificar su fisonomía, prohibiendo la exportación de los beneficios o, por ejemplo, aumentar

[656] Mann, The Law Governing State Contracts, *BYBIL*, 1944.11.

[657] Mayer, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, *JDI*, 1986.5.

algunos impuestos. En otras palabras, no obstante el aspecto internacional, se trata *nolens volens* de un contrato "nacional".

445. Para evitar lo anterior, la primera solución consiste en prever cláusulas especiales: de intangibilidad y de estabilización[658]. La primera tiene por objetivo prohibir al Estado usar los poderes exorbitantes que tiene en su Derecho nacional; la segunda consiste en congelar la legislación del Estado en la fecha del contrato. Sin embargo, esta última no tiene mucha eficacia en la medida en que se trata solamente de la *lex contractus*, pero como vimos, el Estado puede intervenir de manera indirecta a través de otras Leyes, como en materia fiscal. Es solamente la acumulación de las cláusulas de intangibilidad y de estabilización que podrían en este caso dar una apariencia de seguridad; no obstante, si el contrato es sometido al Derecho del Estado contratante, pueden ser anuladas por una Ley posterior como se hizo en el asunto *Losinger* en 1934. La segunda solución consiste en hacer regir el contrato por la Ley de otro Estado; sin embargo, podemos comprender que un Estado soberano tiene muchas dificultades para aceptar tal opción. Por eso, en la práctica se busca que esos contratos sean sometidos a otras reglas distintas a las del Derecho interno del Estado contratante, elegidas por ambas partes y sometidas al arbitraje. Sin embargo, muchas veces no hay ninguna indicación sobre las reglas aplicables. ¿Cuáles deben entonces regir al

[658] Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélange Rousseau*, Pedone, 1974.301.

contrato? La doctrina propone varias respuestas.

446. Algunos autores sostienen que tenemos que considerar estos contratos como sistemas jurídicos autosuficientes – contratos sin Derecho. Sin embargo, gran parte de la doctrina critica a esta teoría, porque no es posible encontrar las reglas que gobiernan el contrato. Otros autores sugieren someter esos contratos a un tercer orden jurídico que sería algo como la *lex mercatoria* – el Derecho transnacional[659]. Sin embargo, ya hemos dicho que la lex *mercatoria* no es un orden jurídico, sino un método de identificación de reglas[660], y parece que para estos autores hay una *lex mercatoria general* para los contratos internacionales y una *lex mercatoria specialis* para los contratos estatales, sin precisar cuál sería la diferencia y el contenido de esa *lex mercatoria specialis*. La idea es buscar principios comunes a todos los contratos estatales y a partir de esos principios deducir reglas. La tercera corriente defiende la idea de que estos contratos tienen que ser regidos por el Derecho internacional público porque se trataría de un derecho "neutral" y "exterior" a las partes; olvidando que el Derecho internacional es el Derecho de los Estados y seguramente no neutral, ni exterior a ninguna de las partes. Sin embargo, el Instituto de Derecho Internacional adoptó en 1979 en su sesión de Atenas una resolución que prevé la facultad de las partes de adoptar al

[659] Lalive, Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents, *RCADI*, 1983.9.

[660] *Supra* # 436.

derecho internacional como Derecho aplicable[661] y algunos árbitros retomaron este punto de vista, como podemos verlo en las sentencias *Scheikh de Abu Dhabi*[662], *ARAMCO*[663], *Texaco-Calasiatic*[664], *Liamco*[665] o *Aminoil v. Kuwait*[666]. Sin embargo, hay una confusión entre la *Grundlegung* y la *lex contractus*. En otras palabras, las partes pueden incorporar en su contrato así bien una Ley estatal como un Derecho transnacional o el derecho internacional. Sin embargo, la primera cuestión es, como se lo planteó R-J Dupuy en su sentencia *Texaco*; cuál es el orden jurídico que va a dar valor legal al contrato y autoriza el juego de la autonomía de la voluntad permitiendo a las partes elegir las reglas aplicables al mismo. Como lo precisó el tribunal arbitral en el asunto *Aramco* "cualquier contrato no puede existir *in vacuo*, pero debe basarse sobre un Derecho". Las codificaciones modernas como la *Convención de Roma* o la *Convención de México* sobre las obligaciones contractuales prevén como *Grundlegung* la *lex contractus*. ¿La misma regla se aplica a los contratos estatales?

---

[661] *Rev.crit.*, 1980.427.

[662] *Petroleum Dev. v. Scheikh de Abu Dhabi,* Ad hoc, 28/08/1951 (Lord Asquith of Bishopstone), *ICLQ*, 1952.247.

[663] *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Company*, Ad hoc, 23/08/1958 (Sauser-Hall; Hassan, Habachi), *Rev. crit.*, 1963.272.

[664] *Texaco-Calasiatic v. Libya*, Ad hoc, 19/01/1977 (Dupuy), *ILM*, 1978.1.

[665] *Liamco v. Libya*, Ad hoc, 12/4/77 (Mahmassani), *Rev. crit.*, 1980.132.

[666] *Aminoil v. Kuwait,* Ad hoc, 24/03/1982 (Reuter; Sultan, Fitzmaurice), *ILM*, 1982.976.

447. Debemos tener en cuenta que un Estado nunca considera renunciar a su soberanía, como lo dice la *Convención de Washington* de 1965 y el orden jurídico de base del contrato es por consecuencia el presunto Derecho interno del Estado contratante, como lo confirmaron la anulación de la sentencia *Klöckner v. Camerún*[667]. Es en este Derecho, por ejemplo, que se debe buscar una regla que permita al Estado y a sus contratantes elegir otro derecho como aplicable al contrato estatal. Esto último puede valer solamente como incorporación, o puede ser al mismo tiempo la *Grundlegung*, en caso de que la regla de conflicto sea la misma como en la Convención de Roma o de México. Si al contrario, hay indicaciones de que las partes quisieron sustraer del contrato estatal al Derecho nacional del Estado contratante – por ejemplo, por una cláusula de estabilización – un derecho estabilizado no puede valer como *Grundlegung*, ya que no es posible establecer un derecho estatal objetivo. El Derecho establecido actúa entonces como incorporación y no tiene más valor que las otras cláusulas contractuales –, entonces, tenemos que buscar otro sistema de validez.

448. Varios autores defienden la idea de que el orden jurídico de base es el Derecho internacional. Autoridades como el profesor Mayer replican que el Derecho internacional público no puede ser la *Grundlegung* porque el orden jurídico es concebido exclusivamente para los Estados; las personas no son sujetos. Sin embargo, en nuestra opinión,

[667] *Klöckner v. Cameroon*, Comité ad hoc, 03/05/1985 (Lalive; El-Kosheri, Seidl-Hohenveldern).

las personas son sujetos, y precisamente sujetos derivados de la voluntad de los Estados. Consecuentemente, el Estado puede consentir en un contrato estatal tratar al contratante particular como su igual – como un sujeto de Derecho internacional porque tal es la voluntad del Estado. Sin embargo, es un hecho que en el *jus gentium* no hay ninguna regla que autorice a las partes a elegir un derecho como *lex contractus*. Suponemos que hay un contrato entre el Estado A y la empresa B sobre inversiones y que las partes eligen como *lex contractus* los *Principios Unidroit*: ¿cómo podemos verificar si tal opción es válida, si el Derecho internacional público general – que tendría que ser el orden jurídico de base – no contiene ninguna regla de conflicto consagrando, por ejemplo, la autonomía de la voluntad? La situación es diferente cuando el contrato se inscribe en el marco de un tratado. Así, por ejemplo, en el TLCAN se prevé en su artículo 1131 expresamente que los contratos estatales son sometidos a sus principios y a las reglas del Derecho internacional, contradiciendo la tesis de que las personas privadas nunca pueden ser sujeto del Derecho internacional. Por nuestra parte, defendemos el punto de vista que ya hemos mencionado de que el contrato es su propio sistema de validez, su propia *Grundlegung*[668].

[668] *Supra* # 28.

17.3.2 El Derecho aplicable

Banifatemi, The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration, in: *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues,* Oxford University Press, 2010.191; Parra, Applicable Law in Investor-State Arbitration, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, Brill, 2008.3.

449. La Convención de Washington prevé la aplicación del Derecho nacional del Estado de recepción salvo pacto contrario. No obstante, la Convención dispone también la aplicación de los "principios internacionales en la materia". ¿Principios de complementariedad, o principios a función de una norma suprema? Si bien algunas decisiones fueron en el sentido de la primera hipótesis, por ejemplo, la jurisprudencia *Kloeckner*[669], otros laudos fueron más allá. Los árbitros desde la jurisprudencia *LETCO v. Liberia*[670] someten regularmente la *lex causae* al Derecho internacional. No se trata de llenar las *lacunae*

[669] Decisión de anulación, 03/05/1985, *Clunet*, 1987.163, Gaillard.

[670] 31/03/1986, *Clunet*, 1988.166, Gaillard. A señalar que de cierta manera la decisión de anulación en el caso *Kloeckner* ya anunció que el Derecho internacional podría servir como estándar correctivo.

legislativas[671], como lo expresó el tribunal arbitral en el

[671] Cada regla jurídica puede ser escrita ya sea bajo la forma "Si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica resulta", o bajo la forma "si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica no resulta". La primera proposición de la frase se llama la hipótesis o el presupuesto; la segunda el efecto o la consecuencia jurídica. Si ninguna fuente del Derecho ha expresamente formulado una regla con tal consecuencia jurídica por tal tipo de efecto, se resuelve del silencio una regla implícita según la cual este tipo de hechos no tiene consecuencias. Imaginemos que ninguna fuente de Derecho (ni la Ley, ni la jurisprudencia, ni la costumbre) dice que la presencia en el hogar familiar de un niño legítimo tiene por consecuencia la nulidad de una adopción, un juez, ante el cual el demandante invoca esta nulidad, concluirá que el Estado acepta la presencia de un niño adoptado de lado de un niño legítimo – existe así una regla implícita, una regla de independencia, según la expresión de Pierre Mayer. Sin embargo, es posible también que el juez considere la adopción como nula creando así una nueva regla explícita. Claro que es posible objetar que la regla de independencia (la adopción es válida) es una regla implícita hecha por el legislador y no es posible para un juez cambiarla según el principio de la sumisión de la jurisprudencia a la Ley. Pero se olvida que si ninguna fuente de Derecho propone una regla explícita, no quiere decir que es la Ley en ese sentido la que puso una regla implícita. En realidad, es el legislador *latu sensu* quien puso la regla implícita y así un juez puede cambiarla sin poner en peligro la autoridad de la Ley *stricto sensu*. Más allá de esta discusión abstracta, debemos ver la cuestión bajo el ángulo concreto: un árbitro es designado a resolver una disputa portando sobre una cuestión A según el Derecho B. Pero, no encuentra en el Derecho B ni una Ley, ni una jurisprudencia, ni una costumbre sobre la cuestión A. ¿Qué hacer? Decir que el Derecho B es lagunoso y recorrer a otro derecho como la hizo Lord Asquith of Bishopstone en el diferente *Petroleum Development contre el Cheik d'Abu Dhabi* (28/8/1951, *ICLQ*, 1952.247)? O, ¿hacer como haría el juez del Estado B? ¿Éste rechazaría aplicar su derecho con el pretexto de que no hay ninguna regla? ¡Obviamente que no! Él encontrará una regla: ya sea una regla explícita (tal no es el caso) o una regla implícita como una regla de independencia o por interpretación de una regla explícita (analogía, *a contrario*, etc..). Es por eso por lo que ningún orden jurídico es lacunario y que la justificación de la intervención del Derecho internacional en esta hipótesis es ¡más que discutible!

asunto de las *Pirámides*[672], sino de verificar si la Ley nacional no contraviene al *jus gentium*. Tal fue la posición en el caso *AMCO*[673] y en el segundo Tribunal Arbitral presidido por Rosalyn Higgins[674]. Con la decisión *Wena* del comité de revisión[675], una nueva etapa fue iniciada. En ausencia de un *electum juri*, los árbitros que tienen que aplicar la Ley nacional del Estado de recepción ya no van a utilizar el derecho internacional en su función de corrección – llenar *lacuna* o resolver contradicciones entre la Ley nacional y el *jus gentium*[676] – sino como una fuente autónoma. En efecto, se decidió que está permitido aplicar el derecho internacional en conjunto con el derecho local o "aplicar el derecho internacional de manera autónoma cuando la regla apropiada es parte de su campo de aplicación".

450. Esta verificación normativa interviene también en presencia de una elección de Ley aplicable, restringiendo así de manera sustancial la voluntad de las partes; no obstante se puede pensar que las partes en litigio tienen la

---

672 *SPP v. Egypt,* ICSID, 10/05/1992 (Jimenez de Arechaga; El Mahdi, Pietrowski), *Clunet*, 1994.229, Gaillard.

673 *AMCO v. Indonesia*, ICSID, 20/11/1984 (Goldman; Foighel, Rubin), *Clunet*, 1987.145, Gaillard.

674 *AMCO v. Indonesia*, Comite ad hoc, 05/06/1990 (Higgins; Lalonde, Magid), *Clunet*, 1991.173, Gaillard.

675 *Wena v. Egypt*, Comite ad hoc, 05/02/2002 (Kerameus; Bucher, Vicuña), *ILM*, 2002.933.

676 Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, *ICSID Rev*., 2000.362.

posibilidad de precisar en su *electum juri* la posibilidad de prever de manera expresa la exclusión del derecho internacional. Con el TLCAN, la regla indirecta se vuelve directa. En efecto, el artículo 1131 del Capítulo 11 prevé que la controversia se resolverá según las reglas del Tratado y del Derecho internacional eliminando así la Ley nacional.

451. Y cuando no es posible eliminar plenamente la Ley nacional, los tribunales arbitrales intentan sustituirla por el Derecho internacional. En el caso *Pope*[677], Canadá rechazó en el marco de un arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN, presentar ciertos documentos, basándose en su legislación nacional que dispone que el Estado tiene el derecho de no divulgar información si éste opina que por razones de seguridad tal tiene que ser el caso. El argumento fue denegado por el Tribunal Arbitral en base a que pertenece al Tribunal y no al Estado parte, decidir qué tiene que ser considerado como confidencial; eso a la luz del principio de la igualdad de las partes.

452. Y esta deslocalización sustancial no termina de acentuarse. Un mecanismo parecido al del TLCAN se encuentra también en otros textos contemporáneos: la Convención de Montego Bay y su anexo VI, la Carta sobre la Energía de 1994, y el Protocolo de Colonia en el marco del MERCOSUR. Sin embargo, queda abierta la cuestión de la definición del término "Derecho internacional". Así en el

[677] Orden procesal #11, 06/09/2000 (Dervaird; Greenberg, Belman).

marco del TLCAN ¿la expresión se refiere únicamente a la costumbre internacional o a las fuentes del artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia? Con fecha del 31 de julio de 2001, la Comisión del TLC emitió una nota interpretativa sobre el artículo 1105 estableciendo que se entiende por "trato acorde con el Derecho internacional" "Derecho internacional consuetudinario". Según el artículo 1131(2) la interpretación es autoritativa y se impone a los tribunales arbitrales. Sin embargo, el Tribunal en el caso Pope, primero al haber tenido que aplicar la nota interpretativa, se sintió obligado a criticarla, calificándola de enmienda escondida al tratado y reservándose el derecho de aplicarla únicamente si tal – para retomar una expresión real – es el "bon vouloir" del Tribunal:

> [...] Canada took the further point that it was not within the powers of an arbitral tribunal under Chapter Eleven to challenge that which was issued by the Commission as an interpretation of a provision of the NAFTA. [...]
> The Tribunal fins the latter argument unpersuasive[678]. Article 1131(1) requires an arbitral tribunal under Chapter 11 to decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and applicable rules of international law. If a question is raised whether, in issuing an interpretation, the Commission has acted in accordance with Article 2001, an arbitral tribunal has a duty to consider and decide that question and not simply to accept that whatever the Commission has stated (sic![679]).

[678] Subrayado por nosotros.

[679] Award in respect to damages, 31/5/2002.

Jennings, emitiendo sus propias opiniones[680], llevándonos a interrogarnos si corresponde a un árbitro, siendo uno con un prestigio indiscutible, poner en duda la pertinencia o no de las decisiones de la Comisión[681]; porque al final de cuentas no son "*ni des dieux ni des héros*", según la expresión del profesor Rigaux[682].

453. En realidad, la pregunta fundamental reenvía a la cuestión de la existencia de un orden jurídico transnacional. Si uno considera que este orden existe, es lógico considerar que los árbitros son de cierta manera "jueces", a quienes incumbe interpretar y defender los principios de este orden[683]. La otra postura es considerar al árbitro como un prestador de servicios[684] – y no un juez[685]: Contraparte contractual de las partes en litigio, él tiene que cumplir con el objeto de su contrato, saber resolver una

---

[680] Véase la segunda opinión mandada por fax en fecha de 10/09/2001, www.naftalaw.com.

[681] A leer en este contexto: Bredin, A la recherche de *l'aequitas mercatoria, Mélanges Loussouarn*, 1994.109.

[682] Rigaux, Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, *Rev. crit.*, 1978.435.

[683] Véase por ejemplo: Kamto, La notion de contrat d'Etat: une contribution au débat, *Rev.arb.*, 2003.719, 749.

[684] FGG, p.616 y las numerosas referencias a varios autores ingleses, alemanes, italianos, etc...

[685] La objeción del *amicus curiae* en el caso *UPS* según cual "investor-state claims can been seen more analogous to the judicial review applications than a private contract dispute" no fue aceptada por el tribunal arbitral (*UPS v. Canada*, ICSID, Decision on petitions to intervene, 17/10/2001). Véase: Stern, L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur, *Rev.arb.*, 2002.229.

controversia y pronunciarse sobre las pretensiones de las partes; y solamente sobre ésas. Como lo subrayó el Tribunal en el caso *Técnicas*: "Un tribunal arbitral no puede decidir ni más ni menos que lo necesario para dirimir las controversias que le son sometidas"[686] . En otras palabras, el *omnia petita* es la *ratio legis* de la misión del árbitro, y no le da la posibilidad de caer en la interpretación teleológica que puede cambiar fundamentalmente la ergonomía de un sistema convencional como lo hemos visto en el caso *Van Gend en Loos*[687] con las entonces Comunidades Económicas Europeas. Y eso es también confirmado por la *Convención de Viena de 1968 sobre el Derecho de los Tratados Internacionales* que destaca siempre la importancia de que la interpretación debe ser respetuosa de la voluntad de las partes al tratado[688]. Cierto, el artículo 31 fracción 1 podría ser interpretado (*sic*) de manera que permita la teleología, porque prevé tomar en cuenta el objeto y fin del tratado a interpretar. Sin embargo, además de la exigencia de la buena fe prevista en la misma disposición, la fracción 2 insiste continuamente sobre la necesidad del consentimiento de las partes al tratado. Así, por ejemplo, se admite que el interpretador puede tomar en cuenta la práctica subsecuente de los Estados parte, pero solamente si se "consta el acuerdo de las partes acerca de la

---

686 *TECMED S.A. v. México*, ICSID, 29/05/2003 (Grigera Naon; Fernandez Rozas, Bernal Verea).

687 *Van Gend en Loos*, CJCE, 05/02/1963, aff. 26/62, Rec., 1.

688 Para el contexto de la OMC, véase: Canal-Forgues, Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC, *RGDIP*, 2001.5.

interpretación del tratado"[689]. Parece que aquí también hay un revés del paradigma. Si hasta ahora, las cláusulas de intangibilidad y de estabilidad[690] tienen por objeto proteger al inversionista contra el *fait du prince*, parece que a la fecha es el Estado quien debe prever este tipo de disposiciones en sus tratados sobre inversión extranjera.

454. Como lo hemos mencionado, en el caso *Técnicas,* el tribunal arbitral puso el acento sobre el *omnia petita* para inmediatamente contradecirse y hacer obra de doctrina. *In casu*, la disputa se refirió a un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, en donde no se define el término "expropiación", ni se establece cuáles serían las medidas, acciones o conductas que serían equivalentes a una expropiación o tendrían características similares a ésta. Para cubrir estas lagunas, el tribunal da su propia definición:

> Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha

[689] Al respecto, ver la posición de los Estados Unidos en los casos *Methanex* y *Pope*.

[690] Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélanges Rousseau*, Pedone, 1974.301; Graham, *Grundlegung* y *lex contractus* en los contratos estatales, *RLMA*, 2001.18.

> legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado,

inspirándose en el laudo *Metalclad*:

> Thus, expropriation [...] includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

Sin embargo, el problema es que el laudo *Metalclad* fue emitido en el marco del TLCAN, que contiene una definición de la expropiación, a saber, el artículo 1110 que prevé:

> Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea [..]

En otras palabras, los árbitros han construido una definición general a partir de un solo caso que se desarrolló en un marco convencional especial, en lugar de verificar cuál es la definición en el Derecho internacional general.

Cierto que el tribunal *prima facie* no dice nada más, porque subraya que:

> al tribunal de continuar a decir que la definición tiene que verse a la luz del derecho internacional (Título VI.1 del Apéndice del Acuerdo), que el Tribunal Arbitral estima que deben ser ubicadas, al entender en dichas controversias y para decidirlas, recurriendo a las fuentes contempladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [...]". "En este orden de ideas, se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad de facto si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que « ...toda manera de explotarlos... » ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido.

Y para sostener su argumentación, el tribunal se refiere a una sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos[691]. En efecto, nos parece que se trata realmente de una construcción *ultra petita*. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, igual que la jurisprudencia en el marco del TLCAN, se inscribe en un sistema convencional particular y no refleja el Derecho internacional general. Una aceptación contraria implicaría que países latinoamericanos que acuden a un tratado refriéndose al Derecho internacional, también tendrían

[691] *Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, CEDH, 16/09/1996.

que contar con la aplicación de la jurisprudencia, por ejemplo, de la Corte Africana de Derechos Humanos. Cuando México firmó el acuerdo con España y aceptó la referencia al Derecho internacional, ¿realmente previó ver un día la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Europea, de la cual además no es parte? No lo pensamos. *In casu*, los árbitros hubieran podido referirse, por ejemplo, a la definición del artículo 10.7 del *Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*[692] o el caso *Starret Housing Corporation v. Iran* ante el *Iran-US Claims Tribunal*[693] que estableció que:

> measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the state does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.

No se trata de saber si tal o cual definición es mejor, sino de destacar el origen de ésta. Como lo ha mencionado una de las más autoritarias doctrinas, la misión principal del árbitro es tomar en cuenta la legítima expectativa de las partes, especialmente en materia de la *lex causae*[694] y que no sean, para regresar a nuestro tema, sorprendidas por definiciones fuera del derecho internacional general. Así en el caso *Feldman*, el Tribunal arbitral consideró

[692] *AJIL*, 61.548.

[693] Laudo parcial, 4 *Iran-US CTR*, 122.

[694] Gaillard, Trente ans de lex mercatoria, *Clunet*, 1995.5, 8.

pertinente referirse al *Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States*, para definir a la "expropiación progresiva". Pero insistimos, la Ley aplicable es el TLC y el Derecho internacional, y no el Derecho comparado. En este caso, ¿por qué la definición del *Restatement*, y no la doctrina mexicana? Por eso merece ser aprobado el razonamiento de Mason, Fortier y Mikva en el asunto *Loewen*[695] en donde los árbitros, para constar que una decisión judicial puede ser una "medida" en el sentido del Capítulo 11, se han referido a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, que justamente tiene por misión la codificación del derecho consuetudinario.

455. Un ejemplo parecido de construcción doctrinal se encuentra también en el marco del TLCAN y precisamente en el muy debatido laudo Metalclad[696] y la decisión de anulación parcial del Juez Tysoe[697]. Recordemos que en el caso Lauterpacht, Civiletti y Siqueiros decidieron condenar a México no solamente por la violación del artículo 1105 sobre las expropiaciones, sino también por la violación de la obligación de transparencia contenida en los artículos 1801 a 1803. Sin embargo, esta última obligación se encuentra en el capítulo 18 del Tratado y no en el capítulo 11 y no es susceptible de ser sancionada vía un procedimiento arbitral. México interpuso un recurso de anulación ante la *Supreme Court of British Colombia,* y

[695] *Loewen v. United States*, ICSID, Laudo sobre la competencia, 09/01/2001 (Mason; Abner, Mustill).

[696] *Metalclad v. Mexico*, ICSID, 30/08/2000 (Lauterpacht; Civiletti, Siqueiros).

[697] *Mexico v. Metalclad*, BCSC, 02/05/2001.

obtuvo una anulación parcial sobre el fundamento del *ultra petita*. La decisión del juez Tysoe fue muy criticada, en particular, porque se le ha denegado el derecho a que un tribunal judicial opere una revisión sobre el fondo. ¿Las críticas son justificadas? No lo creemos; al contrario, pensamos que la decisión del juez fue apropiada, aunque no al gusto de todos aquéllos que consideran que la misión del árbitro es de construir el Derecho en lugar de solamente decir cuál de las partes presentes en el litigio tiene razón. Sabemos que el artículo 1105 se refiere al Derecho internacional y tal cual no permite referirse a otra norma, sea de otro Capítulo del TLCAN como el 18. Y por eso, el Juez Tysoe observó:

> On my reading of the Award, the Tribunal did not simply interpret Article 1105 to include a minimum standard of transparency. No authority was cited or evidence introduced to establish that transparency has become part of customary international law.

Y de subrayar que no es aceptable dar al término "Derecho internacional" otro sentido que el que es común, condenando así la tentativa de Schwartz en el caso *Meyers*[698] de sostener:

> [The] words "international law" in Article 1105 were not intended to have their routine meaning and should be interpreted in an expansive manner to include norms that have not yet technically passed into customary international law.

[698] *S.D. Myers v. Canada*, Ad hoc, 13/11/2000 (Hunter; Schwartz, Chiasson).

Consecuentemente, el juez consta que el tribunal arbitral en *Metalclad* no interpretó el artículo 1105 sino que se equivocó en la Ley aplicable y se pronunció sobre la obligación de transparencia que no fue sujeta de las pretensiones de las partes, constituyendo así un *ultra petita*. La decisión judicial fue muy criticada. Así, uno de los mejores especialistas del arbitraje, el profesor Gaillard reclama la decisión de haber efectuado una revisión de nuevo:

> En réalité, quelle que soit l'appréciation que l'on puisse porter sur le contenu de la notion de « traitement juste et équitable » au sens de l'article 1105 de l'ALENA [TLCAN], pour y inclure ou non l'obligation de ne pas induire en erreur un investisseur en l'autorisant d'un coté à procéder à un investissement et en lui refusant de l'autre le bénéfice de cet investissement, c'est là une question de fond qui devrait échapper au juge de l'annulation[699].

Sin embargo, nos parece que en realidad el juez sancionó, a justo título, la aplicación de una Ley falsa. En efecto, si las partes en un arbitraje prevén la aplicación de la Ley francesa y el tribunal arbitral aplica en su lugar la Ley alemana, es obvio que el laudo tiene que ser anulado. ¿La situación no es parecida a la de *Metalclad*? Cierto, se podría argumentar que el término "Derecho internacional" es sujeto a interpretación; pero no hay lugar a interpretación sobre incluir una obligación del Capítulo 18 en el Capítulo

[699] Obs. bajo *Metaclad*, *Clunet*, 2002.189, 193.

11. Lo que hicieron los árbitros es una construcción teleológica. En verdad, el resultado sobre el fondo tal cual merece la aprobación; el único problema es que no fue previsto por el tratado y que, consecuentemente, no correspondía a los árbitros perfeccionarlo, sino aplicarlo tal cual, con defectos incluidos.

LECCIÓN 18: LA CUANTIFICACIÓN DE LOS INTERESES, GASTOS Y COSTOS

456. Es cada vez más y más frecuente que los litigantes ya no consideren las cuestiones de los intereses como un "accesorio" de lo principal; lo mismo pasa con las gastos y costos. Uno de los principales problemas en relación con los intereses moratorios y compensatorios es según la Ley que determina la tasa del interés. Con respecto a los gastos y costas, dos principales sistemas existen, a saber el americano según el cual cada parte paga lo suyo, y el inglés que mete todo a cargo de la parte vencida. Veremos en qué situaciones y en qué condiciones se aplican. De la misma manera, vamos a mencionar el concepto procesal inglés de la *sealed offer*, que empieza a utilizarse en el arbitraje internacional.

18.1 Intereses

Gotanda, Awarding Interests in International Arbitration, *AJIL*, 1996.40.

457. Si bien es usual que las partes soliciten al tribunal arbitral otorgar intereses sobre los montos reclamados, pocas veces se precisa según cuál Ley se deberían calcular y cuál sería la tasa aplicable. Se puede pensar que es obvio que la Ley aplicable a los intereses es la misma que la del fondo, sin embargo, en algunos ordenamientos jurídicos se considera que la cuestión de los intereses no es una cuestión de fondo, sino procesal. Asimismo, es posible de disociar la cuestión del derecho a los intereses, cuestión de fondo, y el cálculo del periodo para el cual se otorgan dichos intereses, como una cuestión procesal. Es así como un arbitraje con sede en Inglaterra, con la Ley aplicable al fondo siendo la Ley alemana, llevará al tribunal a aplicar la Ley alemana para determinar el derecho de otorgar intereses, y la Ley inglesa determinará el periodo y la tasa, visto que el Derecho de la sede prevé justamente la disociación de ambas cuestiones. Para evitar tales complicaciones, se puede optar por aplicar los principios generales del arbitraje, aunque no sea siempre muy claro si tanto los intereses compensatorios como los moratorios son universalmente aceptados. A lo anterior se agrega el problema de la tasa.

458. Por eso nos parece que la mejor solución es la de considerar como un principio general del arbitraje que la cuestión del interés es única y que es un principio general del comercio internacional que la tasa es la calculada en el Principio Unidroit 7.4.9:

> El tipo de interés será el promedio del tipo de préstamos bancarios a corto plazo en favor de clientes calificados y predominante para la moneda de pago en el lugar donde éste ha de ser efectuado. Cuando no exista tal tipo en ese lugar, entonces se aplicará el mismo tipo en el Estado de la moneda de pago. En ausencia de dicho tipo en esos lugares, el tipo de interés será el que sea apropiado conforme al derecho del Estado de la moneda de pago.

Se puede observar que en materia de inversión extranjera, los tribunales arbitrales tienden a buscar la tasa que de cierta manera tenga los vínculos más estrechos con el asunto, normalmente una tasa en relación con el inversionista, como por ejemplo la tasa de los bonos del Tesoro[700].

18.2 Gastos y costos

Smit & Robinson, Cost awards in international commercial arbitration: proposed guidelines for promoting time and cost efficiency, *American Review of*

[700] Graham, The compensation of damages as result of the State's international responsability: an overview, *in: Responsabilidad internacional de los Estados*, EDUCC, 2012.43, 53.

International Arbitration, 2009.267; Thiel & Poernbacher, Kostenentscheidungen und Kompetenz des Schiedsgerichts – Probleme aus der Praxis, *SchiedsVZ*, 2007.295; Kreindler, Final rulings on costs: Loser pays all?, *Best practices in international arbitration*, ASA, 2006.41; Bühler, Costs of Arbitration: Some Further Considerations, *Mélanges Briner*, ICC Publishing, 2005.179

459. El Derecho mexicano distingue entre las costas, que son los honorarios del tribunal arbitral, los costos, que son los honorarios de los abogados y peritos, y los gastos que son lo que se paga a título de viáticos, entre otros. No cabe duda de que los costos y los gastos son cada día mayores, y este hecho daña a la institución arbitral. En realidad no es el arbitraje el que es costoso, sino los abogados que cada vez intentan cobrar más. Sus honorarios constituyen hasta un 80% del total que se paga en un procedimiento[701]. Consecuentemente, es lógico que las partes intenten todo lo posible para hacer condenar a la contraparte al pago de la "factura"[702].

---

[701] Aksen, International Arbitration – Knowing the Practical Differences, *Mélanges Briner*, ICC Publication, 2005.17,19

[702] Kreindler, Final rulings on costs: Loser pays all?, *Best practices in international arbitration*, ASA, 2006.41. Para una problemática más detallada en lo que concierne a las costas de procedimientos judiciales en paralelo, honorarios de investigadores privados, etcétera, véase: Thiel & Poernbacher, Kostenentscheidungen und Kompetenz des Schiedsgerichts – Probleme aus der Praxis, *SchiedsVZ*, 2007. 295.

460. Consideramos que el tribunal arbitral tiene que distinguir, en primer lugar, entre las costas del procedimiento y los costos. Las primeras *per se* no presentan muchos problemas y son bastantes previsibles para el caso de una condena, ya que normalmente el reglamento de arbitraje aplicable permite calcularlas con anticipación – hasta cierto punto. Pero los costos, y en particular los honorarios, sí constituyen verdaderos problemas. Por ejemplo, no existe una clara línea en relación con el costo de los abogados *in-house*. En efecto, el *in-house* tiene un sueldo, y lo que trabaja para un arbitraje determinado tiene *a priori* que ser parte de su trabajo. Sin embargo, es también cierto que por la carga de trabajo por el arbitraje, probablemente tenga que hacer horas extras para cumplir con sus deberes cotidianos. En este sentido, podrá verse como un costo a considerar por el tribunal arbitral. Otro problema consiste en determinar lo que es un costo "razonable". Tal es el caso si una parte llega a la audiencia con 5 abogados, mientras que la otra parte llega con uno solo; compete al tribunal determinar si es realmente necesaria la presencia de esos 5 abogados y sus honorarios asociados. En segundo lugar, si las partes no han previsto nada al respecto, es el tribunal arbitral el que tiene que elegir entre la regla "americana" o la regla "inglesa", o sea, cada parte paga lo suyo, o el que pierde paga ("*costs follow the event*"). La gran mayoría del tiempo es la regla inglesa la que se aplica, dado que los reglamentos arbitrales otorgan una gran libertad en la materia, tomando en cuenta la práctica constante de sancionar la mala fe y el abuso de derecho, es decir, hacer

pagar a la parte todo lo relativo a sus evidentes tácticas de guerilla para obstaculizar de manera inútil el proceso arbitral. Finalmente, se queda la problemática de los costos de las financiadoras. Como lo hemos visto[703], en *Norscot*[704], la High Court of England confirmó un laudo CCI en el cual el Tribunal arbitral condenó a la parte vencida no solamente a pagar los costos del arbitraje, pero también el monto que la parte actora tuvo que pagar a su TPF en caso de éxito, y eso bajo el rubro de "otros costos", previsto, tanto por el reglamento de la CCI, como por la Ley inglesa, Ley de la sede arbitral.

461. Tomando en cuenta todo lo anterior, es obvio que es imposible adivinar cómo resultará la sentencia sobre costos, y más de una vez viene la pésima sorpresa. Para evitar tales situaciones, se sugiere que el tribunal emita de vez en cuando órdenes procesales sobre cómo van los diversos rubros de costas, – costos, gastos, y, en su caso, los costos del TPF durante las diversas fases del arbitraje. Eso permite, por una parte, al cliente ver cómo va la cuenta de su abogado, y en su caso frenarlo en sus múltiples recursos; por otro lado, también evitar que se agreguen aún más gastos, como por ejemplo la audiencia de testigos que en verdad no aportan absolutamente nada a los argumentos del caso. Veremos las disposiciones del Derecho mexicano sobre este tema, y después las reglas de las instituciones mexicanas al respecto, así como las de las instituciones

[703] *Supra* #278.

[704] *Essar v Norscot* [2016] EWHC 2361 (Comm).

internacionales[705].

18.2.1. Derecho mexicano

462. El pago de las costas, los costos y los gastos se hace normalmente en dos tiempos: en primer lugar, un anticipo, y al momento de la rendición del laudo el pago del monto final, aunque según las circunstancias, el tribunal puede ordenar ciertos otros anticipos o provisiones durante el procedimiento. El Código de Comercio define en su artículo 1416 fracción IV[706] los diversos conceptos como sigue:

> Costas, los honorarios del tribunal arbitral; los gastos de viaje y demás expensan realizadas por los árbitros; costo de la asesoría pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, siempre que sean aprobados por el tribunal arbitral; costo de representación y asistencia legal de la parte vencedora si se reclamó dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto es razonable; y honorarios y gastos de la institución que haya designado a los árbitros.

Salvo pacto en contrario, los árbitros no pueden cobrar honorarios adicionales para la interpretación, rectificación

[705] Sobre la práctica de los sealed settlement offers, *cf*: Schwartz, A Sealed Letter Crosses the Chanel, *Mélanges Schneider*, Kluwer, 2015.167.

[706] Disposición que no se encuentra en la Ley Modelo UNCITRAL.

o para completar el laudo[707]. El artículo 1453 Ccom[708] confiere al tribunal arbitral una competencia exclusiva para determinar las costas, lo que excluye la posibilidad para las partes de pedir a un juez estatal la reducción de la condenación en costas. Sin embargo, el artículo 1454 Ccom[709] prevé una excepción bastante interesante. Cuando una parte lo pida, y el juez consienta en desempeñar esta función, el tribunal arbitral fijará sus honorarios solamente tras consultar al juez, el cual podrá hacer al tribunal arbitral las observaciones que considere apropiadas respecto de los honorarios. Sin embargo, no cabe duda de que se trata solamente de una opinión consultiva que no vincula legalmente al tribunal arbitral. Con la reforma de 2011 se precisa que la consulta del tribunal estatal sobre los honorarios se tramitará vía la jurisdicción voluntaria conforme a los artículos 530 a 532 y 534 a 537 CFPC[710].

463. Con respecto a la metodología para reglar la cuestión de las costas, el Código de Comercio prevé, en primer lugar, la autonomía de la voluntad. En segundo lugar, en ausencia de tal pacto (que puede ser directo o indirecto mediante reenvío al reglamento de arbitraje), la Ley mexicana dispone que será la parte vencida la que tiene que cubrir las

[707] Art 1455.

[708] Disposición que no se encuentra en la Ley Modelo UNCITRAL.

[709] Disposición que no se encuentra en la Ley Modelo UNCITRAL.

[710] Art. 1466, fracción III Ccom.

costas[711], a menos que el tribunal arbitral estime pertinente de prorratearles entre las partes a razón de las circunstancias del caso y si decide que es lo razonable. En relación con los costos de representación y asistencia legal, la Ley dispone que sólo la parte vencedora puede obtenerlos, y a condición de que se reclame dicho costo durante el procedimiento arbitral, y que el monto sea razonable.

18.2.2 Los reglamentos arbitrales

464. Si bien *grosso modo*, las dos instituciones mexicanas de arbitraje prevén lo mismo, es también verdad que prevalecen pequeñas diferencias entre las reglas del CAM y las de la CANACO, así como entre los reglamentos de los centros internacionales.

A - CAM

465. Las costas del arbitraje son determinadas por el Consejo General y por el tribunal arbitral. El primero determina los honorarios y gastos de los árbitros – que pueden ser fijados en un monto superior o inferior al que resulta de la aplicación del *Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje* que establece el Apéndice II, si las circunstancias del caso lo justifican –, y la tasa administrativa del CAM; al segundo corresponde fijar los honorarios y gastos del

[711] Art 1455 Ccom.

perito o de la persona que intervenga, los gastos en que razonablemente hubieren incurrido las partes para la defensa de sus intereses en el procedimiento arbitral, y otros gastos en que razonablemente hubieren incurrido las partes en el procedimiento arbitral. El total del monto será incorporado en el laudo, y los árbitros determinarán "a cuál de las partes corresponde pagar las costas del arbitraje o en qué proporción se reparten entre ellas", otorgando así a los árbitros una completa libertad para la condena de gastos y costos.

B - CANACO

466. El artículo 45 de las Reglas de la CANACO dispone que el tribunal arbitral determinará en el laudo la proporción en la que las partes contribuirán al pago de las costas del arbitraje, cuyo monto será determinado por la Comisión. El término "costas" comprende los honorarios del tribunal arbitral, los gastos de viajes y demás expensas realizadas por los árbitros, el costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos – en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por la Comisión –, el costo de representación y de asistencia de los abogados de la parte vencedora – si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral en el laudo determine que su pago sea a cargo de la parte perdedora – , y los cargos administrativos

de la Comisión, los que se calcularán según el arancel respectivo. La Comisión determinará los honorarios del tribunal arbitral y las cuotas administrativas de acuerdo con el arancel, teniendo en cuenta el monto del litigio, la complejidad del asunto, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso[712].

467. Con respecto a la repartición de las costas, el artículo 47 establece el principio según el cual las costas del arbitraje estarán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes, si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Respecto del costo de representación y asesoramiento, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo, o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable. Finalmente, el tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación o complementación de su laudo.

C - Instituciones internacionales

468. Las reglas de la LCIA prevén que, en relación con las costas arbitrales, el tribunal tiene la libertad de determinar

[712] Art. 46.

cuál de las partes y en qué proporción pagará[713]. Lo mismo se aplica a los costos[714]. Como directiva de "repartición", el reglamento establece que las costas y los costos se distribuyen según el "relativo éxito o fracaso" en las pretensiones de las partes, salvo que por "circunstancias particulares" otra repartición se imponga[715]. Las decisiones sobre las costas y costos tienen que ser motivadas.

469. El reglamento de la CCI se parece al de la LCIA, sin embargo, difiere en lo de los principios de distribución de las costas y costos. Si la LCIA se va sobre el principio de "el que pierde, paga", la CCI prevé que:

> al tomar decisiones sobre costos, el tribunal arbitral podrá tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo la medida en la que cada parte haya conducido el arbitraje de forma expedita y eficaz en término de costos[716].

El ICDR también prevé que la distribución de las costas y costos tiene que ser "razonable" según "las circunstancias"[717].

470. Finalmente se puede ver que no existen criterios unitarios, y que aquellos criterios que existen son bastante

[713] Art. 28.2.

[714] Art. 28.3.

[715] Art. 28.4.

[716] Art. 37.4.

[717] Art. 31.

vagos, lo que implica que, en realidad, el tribunal arbitral puede hacer lo que quiera, destacando la directiva de la CCI de sancionar las malas prácticas arbitrales a través del otorgamiento de los gastos y costos. Se reitera que corresponde a las partes convenir en el acuerdo arbitral sobre las costas y costos, si no quieren tener una mala sorpresa al final.

18.2.3 La oferta sellada

Seppälä et al., The New Assistance ICC Provides to Protect the Confidentiality of a 'Sealed Offer', *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2017.147.

471. Últimamente, se promueve mucho la *sealed offer*, mecanismo originario de la *Common Law* inglesa, como remedio al incremento de los gastos y costos arbitrales, y también como una manera de promover la transacción en el arbitraje. La idea es que la demandada haga una oferta a la actora, y si ésta rechaza dicha oferta, y el tribunal arbitral condena a la demandada a un monto inferior que el que se propuso en la oferta, la actora deberá cubrir los gastos y costos. Para ilustrar lo anterior, supongamos que la actora demanda 5 millones como indemnización, y la demandada consiente a ofrecer un pago de 5 millones; obviamente, si la actora acepta la oferta el asunto se cierra. Si la actora rechaza la oferta, y finalmente obtiene un monto superior a 5 millones, significa que tuvo razón al continuar con el proceso arbitral, y consecuentemente los

gastos y costos se repartirán según las reglas aplicables. Ahora bien, si la actora obtiene menos de 5 millones, entonces también deberá pagar los gastos y costos de la parte vencida. Como se puede ver, el mecanismo promueve un arreglo anticipado del asunto, sin, por lo tanto, perder su carácter equitativo. También sirve de freno a la inflación de los gastos, dado que es del interés de cada parte controlarlos en la medida en que ninguna de las partes sabe quién pagará al final la cuenta total.

LECCIÓN 19: EL LAUDO

472. En primer lugar, es menester definir lo que es conceptualmente un laudo, y preguntarse cuál es su naturaleza jurídica con el fin de distinguirlo de otros instrumentos semejantes, mas no idénticos, antes de ver, en un segundo lugar, los requisitos formales de la sentencia arbitral, que algunas veces son revisados por los centros de arbitraje antes de que el tribunal arbitral entregue la decisión a las partes. Una vez que el laudo fue rendido, tiene que ser notificado, si no existe un procedimiento de apelación, aunque tal concepto *a priori* parece incongruente.

19.1 Concepto y Naturaleza del Laudo

473. Con el fin de poder distinguir al laudo de otras decisiones del tribunal arbitral, como las órdenes procesales, tenemos que analizar la naturaleza jurídica del laudo. También debe uno interrogarse sobre las decisiones en materia de medidas cautelares para poder afirmar o negar el carácter de laudo perteneciente a estas decisiones de los árbitros.

19.1.1 Definición del laudo

Pellerin, La sentence arbitrale, incertitudes et proposition, *Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015.679.

474. El laudo es el resultado de una deliberación, y lleva a una decisión final sobre uno o más puntos controvertidos entre las partes, en relación con la competencia, las cuestiones de fondo, y las medidas procesales que ponen fin a la instancia arbitral. Se define por su carácter "definitivo" y "obligatorio". El primer término designa el hecho de que ya no hay manera de impugnar la decisión sobre el fondo vía un recurso de apelación (salvo el recurso de nulidad), y, por lo tanto, el segundo término caracteriza a la obligación para las partes de cumplir con lo decidido en el laudo:

ARBITRAJE. ES UNA INSTITUCIÓN CONVENCIONAL PARA RESOLVER LITIGIOS MEDIANTE UN LAUDO.

El arbitraje es una institución que nace del pacto expreso de dos o más partes para resolver las controversias que surjan o hayan surgido, mediante un procedimiento legal o específico que debe respetar las formalidades esenciales del procedimiento, atribuyendo a un tercero la facultad de resolver el litigio existente mediante un laudo, que tendrá fuerza vinculatoria para ambas partes, como si hubiera resuelto un Juez del Estado; por la voluntad de las partes el tercero se convierte en Juez de esa controversia específica, cuya facultad queda limitada a resolver sobre lo que se le encomienda y que no está reservado al Juez estatal. El árbitro realiza una actividad materialmente jurisdiccional, pero carece de imperium para ejecutar, por lo que debe ser auxiliado por el órgano estatal. El arbitraje es de naturaleza convencional, porque se finca en la autonomía de la voluntad, con sustento en la libertad contractual de las partes, solamente que su objeto específico es otorgar facultades a un tercero para resolver una controversia que puede ser sustraída del ámbito jurisdiccional estatal; de modo que por su propia finalidad el pacto arbitral necesariamente contiene o remite a un procedimiento. **El laudo que se dicta es materialmente un acto jurisdiccional, que resulta vinculatorio para las partes contendientes**, puesto que se sometieron a la decisión de un tercero en ejercicio de la autonomía de su voluntad, que ha sido libre in causa, lo que le confiere fuerza de obligar. El artículo 1416, fracción II, del Código de Comercio define al arbitraje como cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con

> independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo[718].

Sin embargo, algunos jueces federales mexicanos continúan sosteniendo que un laudo no puede ser "obligatorio" sin la intervención judicial. Es así como el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito enunció en su decisión del 29 de junio de 1995 que:

> En concreto, la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de las partes. Es lo que conocemos como la homologación, la sanción jurisdiccional que otorgan las autoridades al laudo arbitral para proveerle de fuerza jurídica suficiente para su completa obligatoriedad.

Afortunadamente, el criterio ha cambiado, y en la decisión *Koblenz Eléctrica* quedaba claramente definida la diferencia que venimos aludiendo. Así, en 2002 se dijo que,

> [es] doctrina nacional uniforme que los laudos [comerciales] pronunciados en nuestro país no

[718] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 195/2010. **Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. y otra**. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

> requieren de la aprobación judicial para que puedan ser ejecutados[719].

Sólo los laudos extranjeros tuvieron que pasar por la homologación para ser ejecutados, es decir, que en el procedimiento del *exequatur* el juez tuvo que aprobar la decisión extranjera en vista de las normas mexicanas antes de ordenar su ejecución coactiva[720]. La contradicción de tesis 78/2007[721] también confirmaba este punto, subrayando que es el laudo el que pone fin al "juicio", y que la decisión de nulificar o no es un acto "fuera de juicio". La reforma de 2011 confirma la obligatoriedad *per se* del laudo, subrayando que el "reconocimiento" no es otro procedimiento que el de la "ejecución", como lo señala perfectamente la siguiente tesis:

> ARBITRAJE COMERCIAL. NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SON PROCEDIMIENTOS JUDICIALES RELACIONADOS CON LOS LAUDOS ARBITRALES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1422, 1457 A 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).
> Una vez dictados, los laudos arbitrales podrán ser objeto de estudio por la autoridad judicial cuando se promuevan los procedimientos de nulidad (artículos 1422 y 1457 a 1460), reconocimiento y ejecución (artículos 1460 a 1462). La nulidad es

[719] Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 364/2002. **Koblenz Eléctrica**. 22/02/2002, Unanimidad de votos, Núm. 53 C.

[720] Con la reforma de 2011, tampoco se requiere la homologación para los laudos extranjeros (*infra* #)

[721] 19/09/2007.

una vía de naturaleza procesal interdictal especial (la Ley la denomina "incidental") que se sustancia a petición de parte ante la potestad judicial y tiene por objeto anular el laudo cuando se presente algún motivo para ello, y de resultar procedente, el fallo arbitral quedará sin efectos a partir de la fecha que así lo declare el juez competente (común o federal, a elección del actor y por efectos de la jurisdicción concurrente) aunque dicho laudo también puede quedar parcialmente nulificado y, en consecuencia, sujeto a los términos de la resolución de nulidad que dicte el juez que conozca del procedimiento. El reconocimiento de laudo arbitral es el acto formal realizado por la autoridad judicial que lo declara como final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes, el efecto de este procedimiento jurisdiccional es el de darle efectos jurídicos a los resolutivos de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa, concepto que deriva de la noción de que existen diferencias entre el reconocimiento del laudo y su ejecución, **es decir, un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado, pues éste puede ser aportado a un juicio como prueba** de que una controversia sobre la que versa ya representa cosa juzgada (res judicata) y, por ende, no sería necesario volver a litigar el asunto; así como también puede ser reconocido para aportarse como prueba y fundamento de la compensación. Por último, la ejecución de un laudo es el medio para que se materialicen los efectos de lo resuelto, incluso coactivamente y aun contra la voluntad de las partes comprometidas a cumplirlo; constituye el mecanismo por virtud del cual mediante la intervención judicial y con la posible utilización de la fuerza pública se conmina a materializar y consumar hasta sus últimas consecuencias los efectos del fallo arbitral. Además, el conocimiento de esta vía corresponde al juez del orden común o

> federal con jurisdicción territorial en el domicilio del demandado o, en su defecto, en el de ubicación de los bienes que serán objeto de la ejecución[722].

Sin embargo, desafortunadamente en la práctica, los tribunales rechazan cualquier demanda de ejecución, si antes no se ha procesado una acción de reconocimiento, porque, según lo expresado en la tesis *Radio Monitor*, sólo una sentencia puede ser ejecutada y por lo tanto se requiere de la homologación/reconocimiento para transformar el laudo en sentencia antes de su ejecución. Tal punto de vista proviene de una visión judicial-estatal, y no entiende que la propia Ley prevé el mandato para los jueces de ordenar su ejecución forzosa, después de haber controlado que no existe causa alguna de inejecutabilidad. La verdadera problemática reside en el hecho de que se confunden todos los elementos de la ecuación: ¿el laudo es obligatorio por sí mismo o no?; ¿el laudo es ejecutable por sí mismo o no?; ¿el laudo es un acta de autoridad por efectos de amparo o no?; ¿el laudo es una sentencia que pone fin a un juicio en el sentido de la Ley de Amparo?; ¿el arbitraje es una delegación de justicia estatal? Los diversos elementos son independientes uno de otro. El arbitraje no es una delegación de justicia, sino que nace de la voluntad de las partes. Sin embargo, al contrario de lo pretendido por el Ministro José Ramón Cossío, no se trata de los efectos de un simple contrato, porque la Ley establece claramente sus efectos: sin intervención judicial necesaria, el laudo es cosa

---

[722] Amparo en revisión 131/2009. **Talent Agency Unlimited**, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

juzgada y título ejecutivo[723] que no requiere el reconocimiento. Sin embargo, eso no influye sobre el hecho de si el árbitro es o no autoridad para efectos del amparo. Como lo veremos[724], el laudo no es un acta de autoridad, porque el árbitro, en relación con el laudo, carece del *imperium*. En otras palabras, los tribunales continúan actuando como un *agujero negro* que postula que afuera de la esfera judicial nada puede existir…y cuando vienen elementos que intentan evadirlo, pues se les atrae de inmediato para hacerlos desparecer, como lo demuestra claramente el fallo *Radio Monitor*, cuyo texto íntegro se presenta a continuación. Queda sólo mencionar que, no obstante la aún actualidad de la tesis, la discusión alrededor del procedimiento incidental en relación con el juicio de nulidad del laudo ya no tiene interés visto que, a la fecha, con la reforma de 2011, se ha instaurado el Juicio Especial sobre Transacción y Arbitraje, que da lugar al amparo directo[725].

***

[723] No obstante que la jurisprudencia considere lo contrario, véase *infra* # 523.

[724] *Infra* # 498.

[725] *Infra* # 513.

Saltar a la próxima sección

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1225/2006

QUEJOSAS: GRUPO RADIO CENTRO, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE Y OTROS.

PONENTE: MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA. SECRETARIO: PEDRO ARROYO SOTO.

México, Distrito Federal. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al día treinta de enero de dos mil siete.

V I S T O S; y,
R E S U L T A N D O:

PRIMERO.- Por escrito presentado el veinticinco de noviembre de dos mil cuatro, en la Oficialía de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Civil del Primer Circuito en el Distrito Federal, **Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable,** por conducto de su apoderado, solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal, en contra de la autoridad y por el acto que a continuación se indican:

AUTORIDAD RESPONSABLE: Juez Sexagésimo Tercero de lo Civil en el Distrito Federal.

ACTO RECLAMADO: La sentencia de fecha diez de noviembre de dos mil cuatro, mediante la cual se declaró la nulidad del laudo arbitral, en el expediente relativo al incidente de nulidad número 645/2004, promovido por Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable.

La parte quejosa expresó los antecedentes y conceptos de violación que estimó pertinentes. Por razón de turno correspondió conocer del asunto al Juez Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, mismo que admitió la demanda de garantías registrándola con el número 1092/2004.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado el tres de diciembre de dos mil cuatro, en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, **Infored, Sociedad Anónima de Capital Variable, y José Elías Gutiérrez Vivó,** por conducto de su apoderado, promovieron juicio de amparo indirecto, contra la misma autoridad y el señalado acto reclamado.

Los quejosos expresaron los antecedentes y conceptos de violación que estimaron pertinentes. Por razón de turno, tocó conocer de la demanda de garantías al Juzgado Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, donde se admitió a trámite y registró con el número 1123/2004.

TERCERO.- Mediante auto de fecha cinco de enero de dos mil cinco, el Secretario del Juzgado Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, encargado del despacho, declaró procedente la **acumulación** del juicio de amparo 1123/2004, al diverso juicio 1092/2004.

CUARTO.- Por auto de fecha once de febrero de dos mil cinco y con fundamento en el Acuerdo General número 23/2002 del Consejo de la Judicatura Federal, el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal ordenó se remitieran al Juzgado Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal los autos del juicio de amparo 1092/2004 y su acumulado 1123/2004, así como los cuadernos incidentales respectivos. En este último órgano jurisdiccional se ordenó registrarlos con el número 137/2005-II, y se pronunció sentencia el doce de mayo de dos mil cinco, en la cual se concedió el amparo a Infored, Sociedad Anónima de Capital Variable y José Elías Gutiérrez Vivó y, por otro lado, se negó la protección constitucional a Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable.

QUINTO.- Inconforme con dicha resolución, Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable, por conducto de su representante legal, interpuso recurso de revisión, cuyo conocimiento correspondió, por razón de turno, al **Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito,** donde fue admitido por conducto de su Presidente mediante auto de fecha treinta de agosto de dos mil cinco, ordenando su registro bajo el número 311/2005.

Asimismo, José Elías Gutiérrez Vivó e Infored, Sociedad Anónima de

Capital Variable, por conducto de su apoderado, interpusieron recurso de revisión adhesiva, el cual fue admitido por auto de Presidencia del citado Tribunal Colegiado el siete de septiembre de dos mil cinco.

SEXTO.- Seguidos los trámites de Ley, el Tribunal Colegiado mencionado, dictó sentencia el ocho de junio de dos mil seis, en la cual con fundamento en el artículo 94, de la Ley de Amparo, dejó insubsistente la sentencia recurrida, al considerar que el juicio debió tramitarse como amparo directo; y después de analizar los conceptos de violación, concedió el amparo, tanto a Infored, Sociedad Anónima de Capital Variable, y José Elías Gutiérrez Vivó, como a Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable, exclusivamente por la condena en costas que les fue impuesta en la sentencia reclamada.

Inconformes con la sentencia anterior, la parte quejosa: Infored, Sociedad Anónima de Capital Variable, y José Elías Gutiérrez Vivó interpusieron recurso de revisión, razón por la que el Tribunal Colegiado del conocimiento, remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SÉPTIMO.- Recibidos los autos en este Alto Tribunal, por proveído de fecha once de julio de dos mil seis, el Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenó registrar el recurso de revisión al que le correspondió el número 1225/2006. En el propio auto determinó que el Tribunal Pleno no era legalmente competente para conocer del citado recurso, por lo que dispuso que se remitieran los autos y las constancias necesarias, a la Primera Sala de este Alto Tribunal, para los efectos legales consiguientes.

OCTAVO.- Por auto de fecha catorce de julio de dos mil seis, el Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió el recurso de revisión, sin perjuicio del examen que posteriormente se hiciera para determinar si el caso se ajusta al requisito previsto en la fracción IX del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consistente en que la resolución que al efecto deba dictarse entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia; asimismo ordenó dar vista al Procurador General de la República; y dispuso turnar el presente asunto al señor Ministro Juan N. Silva Meza, para la elaboración del proyecto de resolución respectivo.

El Agente del Ministerio Público de la Federación, designado por el Procurador General de la República, para intervenir en el presente asunto, a través del pedimento número III/108/2006, solicitó que se deseche el recurso de revisión, al considerar que es improcedente porque no se surten los requisitos previstos en la fracción IX del artículo 107 constitucional.

NOVENO.- Previo dictamen del Ministro ponente, el Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por auto de fecha dieciocho de septiembre de dos mil seis, ordenó se enviaran los autos al Tribunal Pleno donde su Presidente, en proveído dictado el día veintiuno del mismo mes y año acordó que se radicara en el Pleno y se devolvieran los autos al Ministro ponente para que formulara el proyecto de resolución respectivo y diera cuenta con él al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

C O N S I D E R A N D O:

PRIMERO.- El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 83, fracción V y 84, fracción II, de la Ley de Amparo; y 10, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, toda vez que el recurso fue interpuesto en contra de una sentencia pronunciada en amparo directo por un Tribunal Colegiado de Circuito, en donde según el recurrente se interpretaron los artículos 14, 107, fracciones III, V y VII y 133, de la Constitución Federal.

SEGUNDO.- El recurso de revisión fue interpuesto en tiempo, toda vez que la sentencia recurrida fue notificada a la quejosa recurrente el viernes dieciséis de junio de dos mil seis (foja 1075 vuelta del cuaderno de amparo), la notificación surtió efectos el lunes diecinueve por lo que el plazo para interponerlo corrió del martes veinte de junio al lunes tres de julio del mismo año, con exclusión de los días sábados veinticuatro de junio y primero de julio y domingos veinticinco de junio y dos de julio, por ser considerados días inhábiles, de conformidad con los artículos 23, de la Ley de Amparo, y 163, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; y si el escrito por el que se interpone el recurso de revisión se presentó en la Oficialía de Partes Común de los Tribunales Colegiados en

Materia Civil del Primer Circuito el lunes tres de julio de dos mil cinco (foja 2 del cuaderno en que se actúa), es evidente que se hizo dentro del plazo de diez días que establece el artículo 86, de la Ley de Amparo.

TERCERO.- La sentencia recurrida dictada por el Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el ocho de junio de dos mil seis, está sustentada en las siguientes **consideraciones:**

"PRIMERO.- Por tratarse de una cuestión de orden público y de estudio preferente, este Tribunal emprenderá el examen de la competencia legal para conocer y resolver sobre el juicio de garantías materia del presente recurso de revisión, conforme a la facultad conferida por el artículo 94 de la Ley de Amparo.--- El citado precepto legal establece: 'Cuando la Suprema Corte de Justicia o alguno de los Tribunales Colegiados de Circuito conozca de la revisión interpuesta contra la sentencia definitiva dictada en un juicio de amparo, de que debió conocer un Tribunal Colegiado de Circuito en única instancia conforme al artículo 44, por no haber dado cumplimiento oportunamente el juez de Distrito o la autoridad que haya conocido de él conforme a lo dispuesto en el artículo 49, la Suprema Corte de Justicia o el Tribunal Colegiado declarará insubsistente la sentencia recurrida y lo remitirá al correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito o se avocará al conocimiento del amparo, dictando las resoluciones que procedan'.--- De lo anterior se advierte en lo conducente, la facultad que tiene el Tribunal Colegiado de examinar si el juicio de amparo cuya sentencia definitiva se revisa, corresponde o no a la competencia del juzgado de Distrito o en su defecto, al propio Tribunal revisor, para proceder en consecuencia.--- Al efecto, el artículo 107 fracción V, inciso d), de la Constitución Federal, establece: 'Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la Ley, de acuerdo con las bases siguientes: ... V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes: ... c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común'.--- Los artículos 44, 46 y 158, de la Ley

de Amparo, disponen: 'Artículo 44. El amparo contra sentencias definitivas o laudos, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, o contra resoluciones que pongan fin al juicio, se promoverá por conducto de la autoridad responsable, la que procederá en los términos señalados en los artículos 167, 168 y 169 de esta Ley'.--- 'Artículo 46. Para los efectos del artículo 44, se entenderán por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal, y respecto de las cuales las Leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas'.--- 'También se considerarán como sentencias definitivas las dictadas en primera instancia en asuntos judiciales del orden civil, cuando los interesados hubieren renunciado expresamente la interposición de los recursos ordinarios que procedan, si las Leyes comunes permiten la renuncia de referencia.--- Para los efectos del artículo 44, se entenderán por resoluciones que ponen fin al juicio, aquéllas que sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido, y respecto de las cuales las Leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas'.--- 'Artículo 158. El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 Constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados'.--- El artículo 37, fracción I, inciso c), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, señala: 'Artículo 37. Con las salvedades que se refieren los artículos 10 y 21 de esta Ley, son competentes los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer: ... I. De los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas, laudos o contra resoluciones que pongan fin al juicio por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento, cuando se trate: ... c) En materia civil o mercantil, de sentencias o resoluciones respecto de las que no proceda el recurso de apelación, de acuerdo a las Leyes que las rigen, o de sentencias o resoluciones dictadas en apelación en juicios del orden común o federal'.--- De acuerdo con los artículos 107 fracción V, inciso c), constitucional, 44, 46 y 158, de la Ley de Amparo, y 37, fracción I, inciso c), de la Ley Orgánica del

Poder Judicial de la Federación, los Tribunales Colegiados de Circuito conocerán del juicio de amparo directo respecto a sentencias, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio.--- En cambio, el artículo 107, fracción VII, de la Constitución Federal dispone: 'Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la Ley, de acuerdo con las bases siguientes: ... VII.- El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio, contra Leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el juez de Distrito bajo cuya jurisdicción se encuentre el lugar en que el acto reclamado se ejecute o trate de ejecutarse, y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia'.--- El artículo 114, de la Ley de Amparo establece: 'El amparo se pedirá ante el juez de Distrito I.- Contra Leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de Leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso; II.- Contra actos que no provengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo.--- En estos casos, cuando el acto reclamado emane de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento, si por virtud de estas últimas hubiere quedado sin defensa el quejoso o privado de los derechos que la Ley de la materia le conceda, a no ser que el amparo sea promovido por persona extraña a la controversia. III.- Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.--- Si se trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso.--- Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben.--- IV.- Contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación; V.- Contra actos

ejecutados dentro o fuera de juicio, que afecten a personas extrañas a él, cuando la Ley no establezca a favor del afectado algún recurso ordinario o medio de defensa que pueda tener por efecto modificarlos o revocarlos, siempre que no se trate del juicio de tercería; VI.- Contra Leyes o actos de la autoridad federal o de los Estados, en los casos de las fracciones II y III del artículo 1° de esta Ley; VII.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 Constitucional'.--- El artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación prevé: 'Los jueces de distrito de amparo en materia civil conocerán: I. De los amparos que se promuevan contra resoluciones del orden civil, en los casos a que se refiere la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; II. De los juicios de amparo que se promuevan contra Leyes y demás disposiciones de observancia general en materia civil, en los términos de la Ley de Amparo, y III. De los asuntos de la competencia de los juzgados de distrito en materia de amparo que no estén enumerados en los artículos 51, 52 y 55 de esta Ley'.--- Conforme a lo establecido en los artículos 107, fracción VII constitucional, 114, de la Ley de Amparo, y 54, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en lo que interesa, corresponde conocer a los juzgados de Distrito en Materia Civil, tratándose del juicio de amparo indirecto que se promueva esencialmente contra actos dentro de juicio (de ejecución irreparable), fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al mismo, o contra disposiciones de carácter general.--- De los antecedentes que informan el caso, se desprende que, en la especie, ambos quejosos: 1.- Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable; y 2.- Infored, Sociedad Anónima de Capital Variable y José Elías Gutiérrez Vivó, señalaron como acto reclamado: 'La sentencia de fecha 10 de noviembre de 2004, dictada por el Juez Sexagésimo Tercero de lo Civil en el Distrito Federal, dentro del Incidente de Nulidad de Laudo Arbitral promovido por Grupo Radio Centro, S. A. de C. V., en contra de Infored, S. A. de C. V., el C. José Elías Gutiérrez Vivó y otros, expediente número 645/04'.--- Debe resaltarse que aun cuando ambos juicios de garantías se tramitaron en forma separada, a petición del primero, la Juez Tercero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal declaró procedente la acumulación para resolver en una sola sentencia y recibidos los autos por el Juez Sexto del Ramo, en términos del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal 23/2002, lo registró con el número 137/2005-II,

resolvió lo conducente.--- Puede advertirse que el acto reclamado fue dictado en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral previsto por el artículo 1457, del Código de Comercio, incidente que fue promovido por Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable, contra Infored, Sociedad Anónima de Capital Variable y otros, expediente número 645/2004, del índice del Juzgado Sexagésimo Tercero de lo Civil de esta ciudad.--- Por principio de cuentas, debe destacarse que el laudo cuya anulación se persigue, se encomendó a un tribunal de arbitraje, integrado, conforme a la cláusula vigésima octava del compromiso arbitral celebrado por un lado, entre Infored, Sociedad Anónima de Capital Variable, y José Gutiérrez Vivó, y por otro, por Grupo Radio Centro, Sociedad Anónima de Capital Variable, que dice: 'Vigésima Octava. Ley Aplicable y Jurisdicción. Las partes se someterán al arbitraje conforme al siguiente procedimiento: (i) Reglas de Arbitraje. Para la interpretación de este Contrato y para la solución de cualquier controversia que se derive del mismo, las Partes se someten expresa e irrevocablemente al procedimiento arbitral regulado por las reglas de arbitraje (las 'Reglas de Arbitraje') de la Cámara Internacional de Comercio, capítulo mexicano ('CIC'); por lo tanto cualquier controversia que surja de, o en relación con este Contrato, y el supuesto incumplimiento, terminación o validez del mismo ('Controversia'), deberá, a petición por escrito de una parte entregada a las otras partes (una 'Solicitud de Arbitraje'), ser resuelta definitivamente por arbitraje, sustanciado de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CIC excepto por las reglas especiales que se establecen en este párrafo, que en su caso modifiquen las Reglas de Arbitraje. (ii) Procedimiento Arbitral. El procedimiento de arbitraje será llevado a cabo y el laudo será emitido en la Ciudad de México, Distrito Federal, Estados Unidos Mexicanos, en el idioma español. El procedimiento de arbitraje se llevará ante tres árbitros neutrales, de acuerdo con lo establecido más adelante. Radio Centro designará un árbitro y el Conductor de Monitor de la Mañana e Infored designará a otro dentro de los 15 (quince) días siguientes a que una Solicitud de Arbitraje sea hecha, en el entendido de que todos los árbitros serán de nacionalidad mexicana. Los dos árbitros nombrados designarán de mutuo acuerdo al tercer árbitro en un plazo no mayor de 15 (quince) días siguientes a la designación del último de los primeros dos. Los árbitros designarán de entre ellos a aquel árbitro que fungirá como presidente del tribunal, dentro de los 5 (cinco) días siguientes a la fecha de la última de sus designaciones. Si cualquier designación de los árbitros no se hace dentro de los plazos aquí establecidos, la CIC hará dicha designación a

solicitud de cualquier parte. Los árbitros deberán ser capaces de leer, escribir y conversar con soltura tanto en inglés como español y deberán ser expertos en la materia en cuestión. Las audiencias se llevarán a cabo a más tardar dentro de los 20 (veinte) días hábiles y el laudo deberá ser otorgado a más tardar dentro de los 60 (sesenta) días hábiles, ambos plazos siguientes al nombramiento del tercer árbitro. (iii) Cumplimiento Específico. En cualquier procedimiento arbitral bajo este Contrato, las partes estarán autorizadas para solicitar a un juez competente que ordene el cumplimiento específico de cualquier obligación que surja bajo este Contrato y, en términos del artículo 1425 del Código de Comercio, se podrán solicitar las medidas precautorias que consideren convenientes. (iv) Legislación Aplicable y Ejecución de Laudos. Los árbitros decidirán la Controversia de conformidad con las Leyes sustantivas de los Estados Unidos Mexicanos. En caso de requerir la ejecución forzosa de este laudo en jurisdicción distinta a los Estados Unidos Mexicanos el convenio de arbitraje y cualquier laudo bajo el presente, estará regido por la Convención de las Naciones Unidas de 1958 relativa al Procedimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. La decisión por escrito de los árbitros, firmada por la mayoría de ellos, será definitiva y obligatoria para las partes. Al recibirse tal laudo, cada parte deberá inmediatamente (i) adoptar la acción, (ii) efectuar los cambios en la conducción de sus negocios o (iii) efectuar los pagos o restituciones que la decisión arbitral requiera según sea el caso. El laudo podrá ser revisado y ejecutado en cualquier tribunal con jurisdicción competente. (v) Asignación de Costos y Moneda del Laudo. La parte en contra de quien se dicte un laudo de conformidad con esta cláusula, deberá pagar todos los gastos y costos que se causen con motivo del procedimiento arbitral de que se trate, incluyendo los gastos y costos correspondientes a los árbitros y a la CIC. Con excepción de lo establecido en el enunciado inmediato anterior, cada una de las partes deberá cubrir todos los gastos y costos incurridos por dicha parte en relación con el procedimiento arbitral distintos de los antes mencionados. Cualquier laudo de carácter pecuniario deberá hacerse en Dólares de Estados Unidos de América, se podrá pagar en dicha moneda o en moneda del curso legal en los Estados Unidos Mexicanos, al tipo de cambio vigente en la fecha de pago a elección del deudor, libre de cualquier impuesto u otra deducción, y deberá incluir intereses desde la fecha de cualquier incumplimiento u otra violación de este Contrato, a la fecha en que el laudo sea pagado, con una tasa de intereses justa determinada por los árbitros. (vi) Acceso a Documentos. Los libros y documentos no confidenciales de cada parte en un procedimiento

arbitral en tanto tengan relación con asuntos sometidos al arbitraje, estarán disponibles al examen de los árbitros y las otras partes durante dicho procedimiento en forma previa de la audiencia de que se trate. (vii) Causahabientes, Cesionarios, etc. El convenio de arbitraje referido en esta cláusula será obligatorio para los causahabientes, cesionarios y cualquier fiduciario o síndico de cada parte...'. (Fojas 1569 a 1571 del Tomo II).--- De lo transcrito se advierte que se trata de un arbitraje de carácter privado, distinto al institucional privado y al oficial, esto es, diverso al que lleva a cabo una institución o asociación privada, sin participación del poder público, o del que nace de la Ley y se controla por el poder público, este último, como el desarrollado por los tribunales del trabajo o la Procuraduría Federal del Consumidor; por lo que únicamente el presente estudio se limitará al primero de los mencionados. Sobre el tema, la doctrina se encuentra dividida, pues la naturaleza jurídica del arbitraje se encuentra acogida en dos teorías: la contractualista y la jurisdiccionalista. La primera, que es la adoptada en nuestro derecho objetivo nacional, a la que se hará referencia más adelante; y la segunda, que considera al juicio arbitral, como un verdadero proceso jurisdiccional, en el que los árbitros y sus resoluciones, adquieren, por autorización expresa de la Ley y de la voluntad manifestada por las partes, autoridad jurisdiccional limitada al objeto sometido al compromiso. Esta teoría, aunque todavía no es la predominante, ha venido a matizar implícitamente la primera de ellas, como se explicará al particularizar la impugnación del laudo arbitral.--- Giusseppe Chiovenda, considerado como uno de los más prestigiados expositores de la teoría contractualista, al referirse al compromiso, enseña que: 'La Ley reconoce este contrato, que tiene una importancia procesal negativa, en cuanto da a las partes una excepción procesal, o sea, el derecho de impedir la constitución de una relación procesal: el compromiso, el acuerdo de las partes de conferir la resolución de sus controversias a uno o más privados (árbitros; Cód. Proc. Civ., arts. 8 y ss).--- Resulta pues el compromiso una renuncia a que conozca de una controversia la autoridad judicial.--- Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es decir, en ser una resolución de controversias mediante un juicio ajeno; pero el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada; no actúa la Ley, no la ejecuta; sus facultades derivan de la voluntad de las partes expresadas conforme a la Ley; su decisión (sentencia arbitral o laudo) es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva. El Estado convierte en ejecución el laudo, mediante un acto de un órgano jurisdiccional propio (Cód. Proc.

Civ., art. 24), el cual respeta la naturaleza privada del laudo en sus orígenes y en su exterioridad, pero asume su contenido en propio fundamento; con esto el laudo, convertido en ejecutivo adquiere rango de acto jurisdiccional.--- ... la actividad arbitral se manifiesta falto de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etcétera.--- ... en la sentencia el elemento lógico no tiene otro valor sino ser la preparación del acto de voluntad con que el juez formula la voluntad de la Ley, y en el cual consiste el acto jurisdiccional, la sentencia. La sola preparación lógica de la sentencia no es por sí acto jurisdiccional, sólo en cuanto sea llevada a cabo por un órgano jurisdiccional. Por esto, cuando la Ley consiente que el órgano del Estado formule la voluntad de la Ley deduciendo su contenido del trabajo lógico llevado a cabo por un particular (lo cual puede asumir en la práctica la forma de una simple sentencia o decreto, de ejecutoriedad del laudo), no por esto atribuye carácter jurisdiccional al laudo, y mucho menos a la actividad desplegada por los árbitros para ponerse en condiciones de dictarlo'. (Istituzione di Dirittio Processuale Civile, de Giusseppe Chiovenda, 1997, Ed. Harla, traducida y compilada por Enrique Figueroa Alfonzo, página 43).--- Los anteriores principios, que caracterizan a la doctrina italiana en este tema, fueron adoptados por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sustentar la tesis número 41, visible en las páginas 29 y siguientes, del tomo IV, materia civil, volumen uno, precedentes relevantes, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, compilación 1917-2000, que es de este tenor: 'ARBITRAJE. El arbitraje es una convención que la Ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares; de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supuesto que en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la Ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se

equipara al acto jurisdiccional. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica, que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas permitidas por la Ley. El laudo es como los considerandos de la sentencia, en la que el elemento lógico, no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el Juez formula la voluntad de la Ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano del Estado. El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares, etcétera; y sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia. La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir, con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen las partes cuando comprometen en árbitros sus cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado y no sentencia, y estando desprovisto, por lo mismo, del elemento jurisdiccional de un fallo judicial, no es ejecutable sino hasta que le preste su autoridad algún órgano del Estado que lo mande cumplir. El laudo y el exeqüatur, deben ser considerados como complementarios, son dos aspectos de un solo acto jurídico; uno, es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la Ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro, consiste precisamente, en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción. Estas teorías han sido aceptadas por nuestra legislación, pues la Ley de enjuiciamiento civil del Distrito dispone, en sus artículos 1314 y 1324, que los Jueces tienen la obligación de impartir a los árbitros, cuando así lo soliciten, el auxilio de su jurisdicción, y de ejecutar, en su caso, la decisión que aquéllos pronuncien, y el artículo 1302, coloca al árbitro en la imprescindible necesidad de ocurrir al Juez ordinario, para toda clase de apremios; pero más claramente se advierte el carácter de simples particulares que tienen los árbitros, del contexto del artículo 5o. de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito, de treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiocho, que declara que los árbitros no ejercen autoridad pública; por tanto, desde el punto de vista de nuestra legislación, los laudos arbitrales son actos privados que por sí mismos no constituyen una sentencia, y el mandamiento de ejecución que libra el Juez

competente, cuando es requerido para el cumplimiento de un laudo, integra, juntamente con éste, la sentencia. Por otra parte, el citado artículo 5o. de la Ley orgánica, al declarar que los tribunales deben prestar el apoyo de su autoridad a los laudos arbitrales, cuando éstos estuvieren dentro de la Ley, implícitamente reconoce a los tribunales la facultad de hacer un análisis del laudo, a efecto de determinar si está conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pero no es racional suponer que tales facultades sean absolutas, esto es, que los Jueces estén autorizados para revisar los laudos de una manera completa. Esta resolución no sería posible, porque no se advierte por los términos en que está concebido el repetido artículo 5o., que el legislador haya tenido la intención de que los Jueces pudieran nulificar el juicio arbitral y a esto equivaldría la facultad otorgada a los tribunales para determinar, revisando las cuestiones de fondo, si el árbitro aplicó correctamente el derecho, en el caso sometido a su decisión. Además, para que los Jueces pudieran proceder con completo conocimiento del negocio, y dictar una resolución justa, sería necesario que el pronunciamiento estuviera precedido de un debate habido entre las partes, ante el mismo Juez, lo cual no está autorizado por nuestra Ley de enjuiciamiento. El sistema generalmente adoptado, se basa en la distinción siguiente: si la violación contenida en el laudo ataca el orden público, el Juez debe rehusar el exeqüatur, y por el contrario, debe decretar la ejecución, si la violación perjudica solamente intereses privados, mas como surge la dificultad sobre lo que debe considerarse intereses de orden público, debe atenderse a lo mandado por el artículo 1329, del Código de Procedimientos Civiles, del que se deduce que la intención del legislador fue que cuando la sentencia arbitral no se arregle a los términos del compromiso, o cuando se niegue a las partes la audiencia, la prueba o las defensas que pretendieron hacer valer, la impugnación del laudo se haga, no cuando se trata de ejecutarlo, sino mediante la interposición de un recurso; y aun cuando en el citado precepto se habla del ya suprimido recurso de casación, de todas maneras queda en pie la voluntad de la Ley, sobre que estas infracciones no preocupen al Juez ejecutor, para el efecto de otorgar el exeqüatur; tanto más, cuanto que los interesados disponen de la vía del amparo para reclamar dichas violaciones; de modo que puede afirmarse que la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de los compromitentes y que las violaciones que daban lugar a la casación, no deben ser materia de la revisión de que se trate. El laudo, una vez que se

decrete su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y el agraviado puede entonces ocurrir a los tribunales de la Federación, en demanda de amparo, a fin de que se subsanen los vicios de que adolezca, desde el punto de vista constitucional, en la inteligencia de que el término para promover el juicio de garantías, empieza a correr desde la fecha en que se notifica legalmente la resolución que acuerde, en definitiva, la ejecución'.--- El criterio justiciable que antecede, aunque deriva de las disposiciones relativas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales, abrogado por el similar de mil novecientos treinta y dos, sigue vigente, tanto que los principios de la doctrina italiana ya expresados, se retomaron en lo conducente, para resolver la contradicción de tesis número 21/93, en la que el citado Alto Tribunal de la Nación, estableció que el juicio arbitral es aquél que se tramita ante personas que no son jueces del Estado, o que siéndolo no actúan como tales, sino de particulares; que su reconocimiento en la legislación, permite a los particulares acogerse a él, tratándose de cuestiones de derecho privado, como una manifestación más de voluntad de aquéllos, para dar lugar al nacimiento de relaciones jurídicas a las que desean obligarse, como Ley suprema en los contratos o como el señalamiento de procedimientos a seguir para dirimir sus controversias en determinados aspectos o campos de la relación de que se trate.--- Así, considera ese Máximo Tribunal del país, que en el funcionamiento del procedimiento arbitral, tanto las partes como los árbitros cuentan con amplia libertad, en los negocios en que se sujetan, pero, su ejecución, precisa que se someta a la autoridad judicial, para su homologación, que consiste en la sanción que otorgan las autoridades al laudo arbitral para proveerlo de fuerza jurídica suficiente para su completa obligatoriedad; y, que el laudo homologado por la autoridad judicial, constituye una verdadera sentencia firme y definitiva que ha puesto fin al juicio correspondiente.--- Tales consideraciones llevadas a la luz de los principios que rigen la procedencia del amparo, condujeron al citado Alto Tribunal del país, a concluir que si solamente se reclamara el laudo homologado, sería procedente el amparo directo, conforme a lo establecido en el artículo 158, de la Ley de Amparo, mas como los actos reclamados generalmente consisten, no sólo en dicha homologación, sino en los actos posteriores y tendentes a su ejecución, ello actualizaba el supuesto contenido en el artículo 114, fracción III, del propio ordenamiento legal, para que su examen sea competencia de los juzgados de Distrito, mediante el juicio de amparo indirecto.--- Los anteriores razonamientos nutrieron la

jurisprudencia número 265, publicada en la página 223, del tomo IV, materia civil, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, compilación 1917-2000, que es como sigue: 'LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO.- Cuando se reclama en juicio de garantías un laudo arbitral homologado a los acuerdos tendientes a declararlo, así como los actos de ejecución con relación al mismo, el procedente es el juicio de amparo indirecto ante los jueces federales, atento lo que al respecto dispone el artículo 114, fracción III, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, ya que por la complejidad de los mismos actos que se impugnan no se está en el caso de la sola sentencia definitiva que constituye el laudo arbitral homologado, para reclamarlo en amparo directo, conforme al señalamiento del artículo 158 del mismo cuerpo legal'.--- De lo hasta aquí expresado, se colige que los actos desplegados por quien o quienes hayan sido designados árbitros, carecen de imperio, su función no implica ejercicio jurisdiccional alguno, solamente proveen el elemento lógico, que antecede al acto de voluntad del Estado, para que a través de su sanción (homologación), adquiera la calidad de acto jurisdiccional, en el que el juez competente asume su contenido, momento en el que el laudo alcanza la calidad de sentencia jurisdiccional, pero por mediación del auto de homologación, en donde ambos constituyen un binomio indisoluble.--- Al tenor de los lineamientos anteriores, deberán examinarse los procedimientos de nulidad, así como de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, regulados por el Código de Comercio, en su Título IV, capítulos VIII y IX y para ello se transcribirán los artículos 1449, 1450, 1451, 1457 a 1463, del Código de Comercio, que establecen: (transcribe).--- De lo anterior, se advierte en lo conducente, que una vez dictado el laudo arbitral, por regla general, el tribunal arbitral cesará en sus funciones, por tratarse del acto mediante el cual terminan las actuaciones arbitrales; sin embargo, cualquiera de las partes podrá solicitar su aclaración, nueva interpretación o que se emita un laudo adicional, sobre las cuestiones omitidas, cuyas determinaciones vendrán a complementar el laudo definitivo.--- Así, frente al laudo las partes podrán asumir posturas diferentes, según corresponda, ya que bien pueden promover su nulidad, o su reconocimiento y ejecución, ante el juez competente, en forma incidental.--- El reconocimiento viene a constituir el acto de homologación antes referido,

lo que revela la presencia de los principios que rigen la doctrina italiana sobre el juicio arbitral, que exige ese acto judicial, para revestir de imperio al laudo, elevándolo a la categoría de sentencia jurisdiccional. Lo que significa que persiste el principio de que el laudo, no es acto jurisdiccional, sino hasta su homologación.--- Sin embargo, para evitar una ejecución injusta o indebida, se concede a la parte que se sienta agraviada con el laudo arbitral, que dentro de los tres meses siguientes al en que se dicte el laudo definitivo, incluyendo sus aclaraciones, interpretaciones o adiciones posteriores, ejerza la acción de nulidad de laudo, con base en cualquiera de las causas enumeradas en el artículo 1457, del Código de Comercio, o bien, dentro del término de tres días siguientes al traslado de la demanda incidental de reconocimiento y ejecución respectiva, manifieste su oposición, en razón de alguna hipótesis comprendida en el diverso numeral 1462 del propio ordenamiento legal, que resultan esencialmente coincidentes, porque las causas de nulidad en uno y otro caso, sirven tanto para obtener la anulación de las actuaciones arbitrales, como para denegar la homologación y consiguiente ejecución del laudo, sólo que la resolución que se pronuncie habrá de adecuar sus efectos al incidente que corresponda.--- El ejercicio de la acción de nulidad, supone la impugnación de un laudo que no ha alcanzado el rango de acto jurisdiccional, pero, que puede anularse antes de que se produzca el acto de homologación.--- En este aspecto, es en el que la teoría jurisdiccionalista logra matizar a la teoría contractualista, en la medida que, esta última acepta su impugnación, a través de una demanda de nulidad, una vez que haya adquirido su fuerza ejecutiva, esto es, cuando se ha materializado en una sentencia judicial, por virtud de su homologación; así es, el tratadista Giusseppe Chiovenda, afirmó: 'Ante la autoridad judicial, puede impugnarse el laudo hecho ejecutivo por los medios idóneos para las sentencias... y aún con un medio especial, la demanda de nulidad, que se funda en la nulidad del compromiso, o en su cesación (art. 32), en la incapacidad de los árbitros (art. 32), en el pronunciamiento omitido, en el pronunciamiento contradictorio o que traspase los límites del compromiso (art. 32), o en la violación de las formas (art. 32).' (Op. cit. página 47).--- En cambio, el legislador se apartó ligeramente de los principios de la doctrina italiana, al menos en la regulación de la impugnación del laudo, mediante una acción y procedimiento autónomos, generalmente reservados a sentencias que han pasado a la categoría de cosa juzgada, la que solamente podría alcanzarse propiamente como efecto del proceso, por tratarse de un atributo de la

jurisdicción; porque es claro que en el caso concreto, ello no ocurre, pues de otro modo, sería inocua la sanción jurisdiccional del laudo, a través del incidente de reconocimiento respectivo.--- A mayor abundamiento, el incidente de nulidad se asemeja a los procesos impugnativos de la cosa juzgada, formalmente considerados, porque en contra del laudo arbitral no se encuentra previsto recurso ordinario, que tenga por objeto su modificación, revocación o anulación; por lo que en ese sentido, se trataría de una determinación firme, respecto a su impugnación.--- Por tanto, la sentencia que recaiga en el mencionado incidente, deberá considerarse como definitiva, por alcanzar el rango de cosa juzgada, caracterizada por su inimpugnabilidad, inmutabilidad e imperatividad.--- En efecto, en su contra no procede recurso alguno, atento a lo establecido en el referido artículo 1460 del Código de Comercio; además que ninguna autoridad podrá nuevamente, de oficio, o a instancia de parte, alterar el caso juzgado, esto es, pronunciarse nuevamente sobre la validez o invalidez del laudo impugnado; y la resolución proviene de un órgano jurisdiccional.--- Aunado a lo anterior, se trata de una resolución definitiva, porque, verbigracia, declarándose nulo extingue los efectos vinculativos del laudo y, por el contrario, de no acreditarse las causas de anulación, o de no advertir el juzgador, que se hayan violentado disposiciones de orden público, dará lugar a declarar válido y firme lo actuado ante el tribunal arbitral; lo cual, aunque no constituya formalmente el acto de homologación correspondiente, sus efectos repercutirán necesariamente cuando quien obtuvo, pretenda el reconocimiento y ejecución formal del laudo, caso en el que, no obstante la posibilidad que tiene la parte perdidosa para oponerse a ello, se verá impedida de renovar el debate sobre la validez del laudo.--- Al margen de la conclusión que antecede, deberá mantenerse la facultad que tienen los jueces del país distinto al que pertenezca el juez que conoció de la nulidad del arbitraje, para salvaguardar las disposiciones de orden público de dicho país.--- Otras razones para sustentar lo anterior, se fincan en la circunstancia correlacionada a que el incidente de nulidad al asemejarse a los medios de impugnación extraordinarios en cuanto a que están reservados para obtener la invalidez, anulación o ineficacia de un procedimiento con autoridad de cosa juzgada, participa así, en forma análoga, de la nulidad de juicio concluido, por fraude procesal, respecto al cual, no existe duda alguna la autonomía de que se encuentra revestido, pues aunque tenga como antecedente el juicio cuya nulidad se pide, desde luego, esa acción mantiene completa desvinculación del objeto materia de la

sentencia pronunciada, de tal suerte que, aun cuando incida en el mismo, no por eso significaría que se tramitara en una vía incidental, sino que se impone la necesidad de ventilarse a través de un juicio autónomo.--- Al respecto es aplicable en lo conducente, la jurisprudencia 296, del mencionado Alto Tribunal del país, consultable en la página 249, del tomo IV, materia civil, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, compilación 1917-2000, que dice: 'NULIDAD DE JUICIO CONCLUIDO. SÓLO PROCEDE RESPECTO DEL PROCESO FRAUDULENTO.- En principio no procede la nulidad de un juicio mediante la tramitación de un segundo juicio, por respeto a la autoridad de la cosa juzgada; pero cuando el primer proceso fue fraudulento, entonces su procedencia es manifiesta y el tercero puede también excepcionarse contra la sentencia firme, pero no contra la que recayó en juicio de estado civil, a menos que alegue colusión de los litigantes para perjudicarlo'.--- Asimismo en que no es la denominación o trámite en forma de incidente, en sí mismos, los que determinan la naturaleza del procedimiento correspondiente, pues el ordenamiento jurídico podrá establecer que una determinada acción sea ejercida incidentalmente, sin embargo, podrá tratarse sobre una cuestión contradictoria o debatida, cuya decisión produzca efectos vinculativos entre las partes, incluso, mediante el cumplimiento coactivo de la condena impuesta contra una de ellas, aunado a que siga mediante el debido proceso legal, es decir, que la acción ejercida inicie con una demanda, se corra traslado a la contraparte para que dé su contestación, se ofrezcan pruebas y se alegue jurídicamente, con la culminación de una decisión vinculante, que puede o no ser susceptible de impugnación a través de un recurso ordinario; entonces, reunidas estas propiedades normativas, se estará en presencia de un verdadero juicio, aun ante la denominación y trámite incidental que se conceda a la relativa acción.--- En el caso, se cumplen con todos estos requisitos que informan un verdadero juicio: la acción se ejerce mediante una demanda de la cual se corre traslado a la parte contraria, se concede la oportunidad de que se ofrezcan pruebas y aleguen las partes como corresponde, dictándose la sentencia vinculante entre los contendientes.--- Es verdad que en contra de esa resolución no procede recurso ordinario alguno, pero ello no es una propiedad suficiente y necesaria que determine la naturaleza de un juicio, sino una que puede o no concederse para que la sentencia adquiera firmeza y, consiguientemente, autoridad de cosa juzgada; sin que la inimpugnabilidad a través de recurso ordinario, haga perder la naturaleza de juicio al procedimiento respecto al cual no se prevé

esa posible impugnación ordinaria.--- Tiene aplicación, en de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 103, del tomo XXII, octubre de 2005, de la novena época del Semanario Judicial de la Federación, que reza: 'ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. EL PROCEDIMIENTO EN FORMA DE INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 185 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES TIENE LA NATURALEZA DE JUICIO Y, POR ENDE, LA SENTENCIA QUE LE PONE FIN ES IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL AMPARO DIRECTO. De los artículos 185 y 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se advierte la existencia de una acción judicial tendente a obtener de parte del Juez la convocatoria a una asamblea general de accionistas, la cual se tramita mediante un juicio contradictorio seguido conforme a las reglas procesales de los incidentes previstos en el Código de Comercio, donde la parte actora es el titular incluso de una sola acción de la empresa -en los casos expresamente señalados en la Ley citada- y el demandado puede ser el administrador, el consejo de administración o los comisarios, a quienes se les correrá traslado, los cuales en virtud de la determinación que en sentencia definitiva se dicte sobre la procedencia de la convocatoria a tal asamblea, que ellos en particular fueron renuentes a celebrar, quedan vinculados a acatarla; procedimiento judicial que al tomar la forma de los incidentes que regula el mencionado Código, da a la demandada la oportunidad de oponerse a la solicitud, ofrecer pruebas y alegar, e incluso impugnar la determinación correspondiente, características propias del debido proceso que exige la garantía de seguridad jurídica de audiencia prevista en el artículo 14, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí que la sentencia que se dicte en el juicio es susceptible de reclamarse en amparo directo, previa satisfacción del principio de definitividad, en términos del artículo 158, de la Ley de Amparo'.--- Bajo ese contexto, la sentencia que se dicte en el incidente de nulidad de laudo arbitral, al tener la calidad de sentencia definitiva, puede ser reclamada en amparo directo, en términos de lo establecido en los artículos 107, fracción V, inciso c), constitucional, 44, 46 y 158 de la Ley de Amparo, y 37, fracción I, inciso c), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, surtiéndose la competencia legal de este Tribunal Colegiado, para conocer y resolver sobre los actos reclamados.--- Similar criterio sostuvo este tribunal, en sesión de diez de septiembre de dos mil dos, al resolver por unanimidad de votos, el amparo directo DC-440/2002-13, promovido por Rafael Izquierdo Vicuña.--- En mérito de lo expresado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 94 de la Ley de

Amparo, debe dejarse insubsistente la sentencia recurrida cuya competencia corresponde a este Colegiado por ser materia de amparo directo, y como en autos obran todas las constancias necesarias para resolver el asunto en única instancia, carece de objeto realizar el trámite como amparo directo, por lo que este Colegiado se avoca a su conocimiento para resolver lo procedente conforme a derecho.--- Es aplicable al caso, la jurisprudencia número 52, publicada en la página 33, Tomo VI, Materia Común, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, que a la letra dice: 'AMPARO FALLADO POR UN JUEZ DE DISTRITO Y QUE DEBIÓ TRAMITARSE DIRECTAMENTE ANTE LA SUPREMA CORTE.- De acuerdo con el artículo 94 de la Ley de Amparo, cuando una de las Salas de la Suprema Corte conozca de la revisión interpuesta contra la sentencia definitiva dictada en un juicio de amparo, el cual debió conocer en única instancia, conforme al artículo 44, de la propia Ley, por no haber dado cumplimiento oportunamente el juez de Distrito o la autoridad que haya conocido de él, a lo dispuesto por el artículo 49, dicha Sala declarará insubsistente la sentencia recurrida, remitiendo los autos al Presidente de la Corte para que provea lo que corresponda; pero cuando en el caso previsto por esa disposición legal, la Sala respectiva de la Suprema Corte, encuentre que existen en autos los elementos indispensables para conocer en única instancia, de la constitucionalidad o inconstitucionalidad, del acto reclamado, carece de objeto ordenar una nueva tramitación, en la forma de amparo directo, que no podría permitir a las partes una mayor amplitud de defensa, y en tales condiciones, la propia Sala puede desde luego avocarse al conocimiento del negocio".

CUARTO.- La parte quejosa recurrente expresó en su escrito de agravios, los siguientes argumentos:

"PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE REVISIÓN. El presente recurso de revisión es procedente en términos de lo establecido en los artículos 107 fracción IX de la Constitución, 82, 83 fracción V, 84 fracción II, 86, 88 y demás relativos de la Ley de Amparo, así como en el apartado Primero del Acuerdo número 5/1999 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que se interpone en contra de una resolución en materia de amparo directo pronunciada por un tribunal colegiado de Circuito en la que se hace una interpretación directa de preceptos de la Constitución, lo que entraña la fijación de criterios y

precedentes jurisprudenciales de indiscutible importancia y trascendencia.--- a) En primer término, como ya se ha dicho, la resolución emitida por el Décimo Tercer Tribunal Colegiado es una sentencia de amparo directo.--- b) En segundo lugar, en ella se establece una interpretación directa de los artículos 14, segundo párrafo, 107, fracciones III, V y VII, y 133, de la Constitución.--- La interpretación directa de un artículo constitucional a que se refieren los artículos 107 fracción IX de la Constitución y 83 fracción V de la Ley de Amparo, consiste en que los tribunales Colegiados 'fijen por sí mismos el sentido de una disposición constitucional, determinando su alcance jurídico'.--- El espíritu de la norma constitucional y legal a este respecto radica en la necesidad de que sea la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y no un tribunal inferior, quien establezca en definitiva el sentido jurídico de cualquier disposición constitucional, como máximo intérprete de la Ley fundamental y órgano de jurisdicción respecto de cuestiones estrictamente constitucionales.--- Dichos espíritu y finalidad se consignan en el criterio jurisprudencial: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO CONTRA SENTENCIAS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO, PROCEDENCIA DEL RECURSO DE. Para que proceda el recurso de revisión contra las resoluciones pronunciadas en
los Tribunales Colegiados de
que en ellos se decida sobre
de una Ley, de un tratado
reglamento, o bien que se establezca la interpretación directa de un precepto de la constitución. La finalidad que se persigue al establecer la procedencia del recurso de revisión en las hipótesis señaladas, consiste en que sea la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien, como intérprete definitivo de la Ley Fundamental, en última instancia determine si una norma secundaria se ajusta o no al texto de aquélla, o bien, fije el alcance y sentido jurídico de amparo directo por Circuito, se requiere la constitucionalidad internacional o de un determinada disposición de rango constitucional'.--- Por ello, si un tribunal colegiado establece, como sucede en la especie, la interpretación directa de un precepto constitucional, el constituyente y el legislador federal decidieron permitir que el gobernado solicite o pueda solicitar su revisión ante la Suprema Corte, para que sea ésta, y nadie más, quien establezca en definitiva el alcance jurídico de tal disposición fundante.--- Esta Suprema Corte ha definido la interpretación directa de la Constitución para efectos de la procedencia del recurso de revisión en contra de sentencias dictadas por tribunales colegiados de Circuito en los siguientes

términos: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN `INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL´ COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de definir lo que se entiende por interpretación directa de un precepto constitucional, emitió la tesis de jurisprudencia P./J. 46/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, noviembre de 1991, página 39, de rubro: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA, EXISTE CUANDO A TRAVÉS DE ELLA SE DETERMINAN EL SENTIDO Y EL ALCANCE JURÍDICOS AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1225/2006 *DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO O SISTEMÁTICO'. Ahora bien, si se toma en cuenta que 'interpretar', en términos generales, significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa, y que 'interpretar una Ley' es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien al sentido lógico objetivo de la Ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos, se concluye que en la interpretación de las normas constitucionales, además de concurrir las reglas generales destacadas, y dadas las especiales características derivadas de su materia y carácter supremo del órgano que las crea y modifica, entre otros, existen aspectos peculiares en la interpretación de tales normas que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos para entender su significado'.--- 'SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS DE AMPARO DIRECTO, HIPÓTESIS EN QUE ADMITEN SER IMPUGNADAS A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVISIÓN. Los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 83, fracción V, de la Ley de Amparo, prevén la procedencia del recurso de revisión contra las sentencias que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la inconstitucionalidad de una Ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Carta Magna. Ahora bien, para que pueda estimarse válidamente que en un fallo dictado en un juicio de amparo directo, existe*

una interpretación directa de un precepto constitucional, es menester que alguna o algunas de las consideraciones de la sentencia correspondiente se encaminen a desentrañar el sentido de una disposición de la Constitución Federal mediante un análisis gramatical, histórico, lógico, sistemático o jurídico. Por tanto, si un Tribunal Colegiado de Circuito en una resolución de amparo directo desestimó un concepto de violación en el que se alegó que el acto de autoridad combatido transgredió un precepto constitucional, por advertir que no se dio tal conculcación, es inconcuso que ese solo hecho no trae como consecuencia que dicha resolución admita en su contra recurso de revisión.'--- En la especie, el tribunal a quo interpretó directamente el sentido y alcances de los artículos 107 fracciones III, V y VII, 14 y 133 de la Constitución, y lo hizo a través de un análisis gramatical, lógico y sistemático. Concretamente, el primer considerando de la sentencia impugnada contiene múltiples citas y consideraciones en las que el tribunal a quo intentó desentrañar el alcance y sentido de las disposiciones constitucionales mencionadas, a través de sus palabras, mediante la comparación entre diversas figuras del sistema jurídico nacional y atendiendo la opinión de la doctrina conocida y la mención de interpretaciones jurisprudenciales emitidas en otros casos.--- Claro está que la simple mención de un precepto constitucional por parte de un tribunal colegiado no entraña su interpretación directa, según lo ha resuelto este alto tribunal en la siguiente tesis de jurisprudencia definida: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INVOCACIÓN EN LA SENTENCIA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, NO PUEDE CONSIDERARSE COMO LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DEL MISMO Y, POR TANTO, NO SE SATISFACE EL REQUISITO DE EXCEPCIÓN DE PROCEDENCIA DEL REFERIDO RECURSO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo en la tesis de jurisprudencia P./J. 46/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, noviembre (sic), página 39, que para determinar si en la sentencia de un juicio de amparo directo existe o no interpretación directa de un precepto constitucional, no basta que la parte inconforme con dicho fallo manifieste que en la citada resolución el Tribunal Colegiado de Circuito hizo tal interpretación, sino que es necesario que, efectivamente, se interprete el sentido y alcance de algún precepto constitucional. En consecuencia, no puede considerarse que se efectúa la interpretación directa de un precepto constitucional, cuando en la sentencia de amparo el Tribunal Colegiado simplemente invoque algunos preceptos constitucionales, ya que el juicio constitucional se contrae,

precisamente, en una adecuada referencia de tales preceptos, de modo que su cita, para la solución de la controversia respectiva, no sólo se encuentra inmersa como presupuesto indispensable al efecto; sino que la aislada aplicación efectuada por los órganos de amparo, no colma el requerimiento de excepcionalidad de procedencia del recurso de revisión conforme a los rasgos citados, pues arribar a una determinación en sentido opuesto, daría lugar a aceptar que todas las sentencias de amparo, por el hecho de haberse fundado en la cita de artículos de nuestra Carta Magna, son impugnables, con riesgo de violar la regla general de irrecurribilidad de dichos fallos'.--- Es indudable que el tribunal colegiado citó, mencionó y/o se refirió a los preceptos constitucionales antes aludidos, entre otras, en las páginas 9, 13 y 58 de la sentencia impugnada.

Sin embargo, no se limitó a invocar o a aludir implícitamente o a mencionar aquellos preceptos constitucionales, sino que verdaderamente buscó desentrañar su sentido y sus alcances jurídicos, definir sus efectos y delimitar sus conceptos.--- Los preceptos constitucionales que fueron materia de interpretación directa por parte del Tribunal a quo son del tenor literal siguiente: 'Artículo 107.- (transcribe).--- 'Artículo 14.- (transcribe).--- 'Artículo 133.- (transcribe).--- En la sentencia recurrida el Tribunal a quo hizo una interpretación directa de dichos preceptos, pues determinó el sentido y alcances de los términos 'sentencias definitivas' y 'resoluciones que ponen fin al juicio', 'sentencias definitivas dictadas en juicios mercantiles', 'amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido', 'juicio', 'formalidades esenciales del procedimiento' y 'se arreglarán a tratados', todos ellos contenidos en los artículos invocados.--- En efecto, a lo largo de la sentencia impugnada, pero particularmente en el primero de sus considerandos, el tribunal a quo pretendió determinar el alcance y sentido de esos conceptos y mandatos constitucionales con el fin de analizar su supuesta competencia para resolver de nueva cuenta un juicio de garantías ya resuelto y no limitarse como correspondía, a resolver las revisiones principal y adhesiva que le fueron planteadas.--- En efecto el Tribunal Colegiado se apartó de la litis y mediante la interpretación directa de los artículos citados lo que debe entenderse por 'juicio' y por 'sentencia definitiva' para concluir que un amparo que se planteó como indirecto debió plantearse como directo y así, sin estudiar los recursos con base en los cuales asumió jurisdicción, deja sin efectos lo resuelto por el inferior y se avoca al estudio de los conceptos de violación de un amparo previamente resuelto con

la interpretación constitucional de su competencia y la conclusión de que se debió plantear y resolver como amparo directo y no como indirecto.--- Por ello el tribunal a quo citó las fracciones mencionadas del artículo 107 constitucional (páginas 9 y 13); hizo hincapié en los diferentes supuestos de procedencia establecidos constitucionalmente en materia de amparo para efectos del directo y del indirecto (páginas 13 y 17); analizó la naturaleza del arbitraje comercial (páginas 24 a 37); examinó los procedimientos de nulidad de laudo arbitral (páginas 37, 48 a 54) así como de los de su reconocimiento y ejecución (páginas 48 a 51); contrastó los conceptos de 'incidente', 'procesos impugnativos de la cosa juzgada' y 'juicio' (páginas 51 a 53, 55 Y 56); calificó la resolución que resuelve el incidente de nulidad de laudo arbitral como una sentencia definitiva (página 51); reconoció 'la facultad que tienen los jueces del país distinto al que pertenezca el juez que conoció de la nulidad del arbitraje, para salvaguardar las disposiciones de orden público de dicho país' (página 53); definió lo que en su criterio es un 'verdadero juicio' independientemente de la denominación de incidente (página 55); delimitó las 'formalidades esenciales', 'propiedades normativas' o 'requisitos que informan un verdadero juicio' (páginas 55 y 56) y, posteriormente, definió la naturaleza del incidente natural y del acto reclamado para establecer su supuesta competencia al señalar que 'al tener la calidad de sentencia definitiva, puede ser reclamada en amparo directo, en términos de lo establecido en los artículos 107, fracción V, inciso c), constitucional ...' (página 58).--- Con las transcripciones anteriores se cumple con lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley de Amparo, atento a lo resuelto por la Segunda Sala de este Alto Tribunal en la tesis denominada: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. PROCEDE AUN CUANDO NO SE TRANSCRIBA LA PARTE CONSIDERATIVA DE LA SENTENCIA QUE CONTENGA LA CALIFICACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD O EN LA QUE SE ESTABLEZCA LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN'. Como fuere, en la parte final de este escrito se reproduce en lo conducente la parte considerativa de la sentencia que se impugna, en la que se encuentran inmersas dichas transcripciones, que contienen la interpretación directa de los preceptos constitucionales citados.--- Ese análisis gramatical, lógico, jurídico y sistemático, en el que además se reconocieron ciertos factores sociales que rodean la materia del arbitraje, incluyendo las políticas legislativas y jurisdiccionales, fue hecho al interpretar directamente los citados preceptos constitucionales y determinar su alcance y su sentido.--- La interpretación directa de tales preceptos

constitucionales hecha por el Tribunal a quo en la sentencia impugnada es la siguiente:--- 1. El artículo 107, fracción V, inciso c), constitucional incluye dentro del concepto 'sentencia definitiva', a la que se dicta con motivo de un incidente de nulidad de laudo arbitral.--- 2. En el mismo precepto el poder constituyente pretendió conceder competencia a los tribunales colegiados de Circuito para conocer en amparo directo de las sentencias que se dicten en los procedimientos establecidos como incidentes.--- 3. En el mismo precepto el poder constituyente pretendió conceder competencia a los tribunales colegiados de circuito para conocer en amparo directo de las sentencias interlocutorias que se dicten en los incidentes de nulidad de laudo arbitral.--- 4. El artículo 107 fracción VII constitucional no incluye ni alcanza a las sentencias dictadas en los incidentes de nulidad de laudo arbitral como actos fuera de juicio o después de concluido, contra las que procede el amparo indirecto.--- 5. El poder constituyente decidió, en términos del artículo 107 constitucional, que no existiera la posibilidad de amparo bi-instancial en tratándose de procedimientos llamados incidentes.--- 6. En relación con el artículo 107 constitucional, el término 'juicio' alcanza o incluye el concepto 'incidente de nulidad de laudo arbitral'.--- 7. El concepto 'mediante juicio' contenido en el artículo 14 constitucional alcanza o comprende o equivale a 'mediante incidente de nulidad de laudo arbitral'.--- 8. El debido proceso legal y las formalidades esenciales del procedimiento son las señaladas en la página 55 de la sentencia impugnada, a saber: 'que la acción ejercida inicie con una demanda, se corra traslado a la contraparte para que dé su contestación, se ofrezcan pruebas y se alegue jurídicamente, con la culminación de una decisión vinculante, que puede o no ser susceptible de impugnación a través de un recurso ordinario'.--- 9. La posibilidad de impugnación a través de un recurso ordinario no está comprendida dentro de las formalidades esenciales del procedimiento a que se refiere el artículo 14 constitucional.--- 10. El artículo 14 constitucional da la definición de lo que debe entenderse como 'juicio' para los efectos de la interpretación y aplicación de la fracción V del artículo 107 constitucional y, por tanto, para definir la procedencia del juicio de amparo directo.--- 11. El concepto de 'sentencia definitiva' establecido en la fracción V del artículo 107 de la carta magna incluye a resoluciones dictadas en incidentes.--- 12. El principio de definitividad consagrado en la fracción III del artículo 107 de la norma suprema significa que toda resolución, aunque no sea propiamente una 'sentencia definitiva', según se define en la fracción V de ese mismo precepto, en tanto vincule a las

partes del procedimiento en cuestión, sea inimpugnable, inmutable e imperativa, y aunque resuelva un incidente, se convierte en 'sentencia definitiva' para los efectos de la procedencia del amparo directo.--- 13. El artículo 133 constitucional y los tratados internacionales que son Ley suprema de la Unión en materia de arbitraje, establecen que los laudos privados no admiten recurso, a pesar de lo cual ha de comparárseles con procedimientos que sí lo admiten.--- 14. Los procedimientos de homologación y ejecución y de nulidad de laudo arbitral incluidos en los convenios internacionales de los que México es parte, reciben un tratamiento constitucional distinto.--- Todos esos criterios, interpretaciones y delimitaciones sobre la naturaleza jurídica tanto del juicio en general como del incidente natural en particular, así como de las competencias jurisdiccionales establecidas constitucionalmente en materia de amparo, constituyen base suficiente para sostener que en la especie el tribunal a quo interpretó en forma directa los citados preceptos constitucionales.--- Es aplicable el siguiente criterio jurisprudencial: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. CUANDO UN TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DETERMINA EN LA SENTENCIA DE AMPARO LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PUESTO DE UN SERVIDOR PÚBLICO, A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XIII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, EXISTE INTERPRETACIÓN DIRECTA DE ESE PRECEPTO Y, POR TANTO, RESULTA PROCEDENTE DICHO RECURSO. Cuando un Tribunal Colegiado de Circuito, al conocer de un juicio de amparo directo, en su sentencia analiza los conceptos de violación planteados por el quejoso en torno a la naturaleza jurídica del puesto que desempeñaba al servicio de la administración pública a la luz del contenido del artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Federal, realiza una interpretación directa de esta disposición, por lo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción IX, de la propia Carta Magna; 83, fracción V y 84, fracción II, de la Ley de Amparo y 21, fracción XI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, es procedente la revisión de esa sentencia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá realizar el estudio respectivo, siempre que sobre el tema no haya emitido pronunciamiento previo, pues con ello se satisfacen los requisitos de importancia y trascendencia a que se refiere el precepto constitucional últimamente citado'.--- Así las cosas, es precisamente la interpretación directa de preceptos constitucionales hecha por el tribunal a quo lo que determina la procedencia y admisibilidad de este recurso de revisión.---

Como es evidente, mis mandantes no alegan simplemente que en la sentencia impugnada se hubiesen aplicado indebidamente, o dejado de aplicar o violado normas constitucionales o secundarias. Por el contrario, se invoca e impugna la delimitación de los alcances y del sentido de los textos constitucionales que llevó a cabo el tribunal colegiado.--- Además, la interpretación del tribunal a quo sobre el sentido de dichos artículos constitucionales es directa y no se funda en precedentes o tesis de jurisprudencia que hubiese establecido esta Suprema Corte.--- En efecto, no existe precedente ni jurisprudencia de este alto tribunal en que se hubiese definido que la sentencia interlocutoria que se dicte judicialmente en el incidente de nulidad del laudo arbitral constituye una sentencia definitiva que pone fin al juicio en términos del artículo 107, fracción V, de la Constitución. Tampoco existe precedente o jurisprudencia que determine que el incidente de nulidad de laudo arbitral previsto en el Código de Comercio tenga la naturaleza de 'juicio', por lo que evidentemente el tribunal a quo no tuvo ni tiene base jurisprudencial alguna para su pronunciamiento e interpretación.--- A mayor abundamiento, si el Tribunal a quo mencionó o transcribió algún criterio jurisprudencial, no lo hizo como fundamento de su interpretación directa de los preceptos constitucionales aludidos ni lo invocó o acogió como refuerzo de su sentencia, menos aún para aplicarlos al caso concreto, sino que lo hizo exclusivamente para formular una interpretación específica y sui generis de sus contenidos y marcar la diferencia de criterios que sostuvo en la sentencia impugnada respecto de los otros que en ella menciona.--- En todo caso el tribunal a quo se desentendió de los criterios por contradicción de tesis que pudo haber invocado y que pudo haber juzgado como análogos y que se transcriben en la demanda de amparo de mis mandantes. Prefirió hacer caso omiso de tales determinaciones previas e incurrió en una interpretación motu proprio del texto constitucional.--- Por lo antes dicho, el tribunal colegiado estableció la interpretación directa de preceptos constitucionales, por lo que la admisión de este recurso es indiscutible.--- c) Por último, la interpretación directa de los referidos preceptos constitucionales por parte del tribunal a quo es de manifiesta e indiscutible importancia y trascendencia.--- En términos del último párrafo de la fracción I del apartado Primero del Acuerdo número 5/1999, del 21 de junio de 1999, del Pleno de esta Suprema Corte, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo (Acuerdo 5/1999), 'se entenderá que un asunto es importante cuando ... del planteamiento jurídico ... se vea que

los argumentos (o derivaciones) son excepcionales o extraordinarios, esto es, de especial interés; y será trascendente cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en la materia de constitucionalidad'.--- Por otro lado, en la fracción II del propio apartado Primero, se dice que 'se entenderá que no se surten los requisitos de importancia y trascendencia cuando: a) Exista jurisprudencia sobre el tema de constitucionalidad planteado; b) Cuando no se hayan expresado agravios o cuando, habiéndose expresado, sean ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes, siempre que no se advierta queja deficiente que suplir; c) En los demás casos análogos a juicio de la sala correspondiente'.--- En la especie, los criterios jurídicos fijados en la interpretación directa que llevó a cabo el Tribunal a quo son importantes, porque los argumentos o derivaciones que de ellos se desprenden son excepcionales y extraordinarios, esto es, son de especial interés para el medio jurídico nacional e internacional en materia de arbitraje, para la determinación de la competencia constitucional en materia de amparo directo de los Tribunales Colegiados de Circuito, para la determinación de incompetencia de los Juzgados de Distrito en materia de amparo indirecto, para la delimitación de lo que debe entenderse en términos constitucionales por juicio y por sentencia que pone fin a un juicio, y para la determinación de la revisión o los recursos que en contra de un laudo privado pueden plantearse a la luz de los tratados internacionales de los que México es parte.--- En efecto, en forma excepcional y extraordinaria el tribunal a quo argumentó y definió cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje y, más aún, del incidente de nulidad de laudo arbitral. Es evidente que resulta fuera de lo común que un tribunal colegiado sostenga que lo que el legislador llamó incidente o procedimiento que se tramita en forma incidental, tal y como lo hizo el legislador federal en el Código de Comercio al regular el incidente de nulidad de laudo arbitral de acuerdo con los tratados internacionales celebrados por México, no es un incidente sino un juicio principal. Esto resulta excepcional, dado que por regla general el juzgador debe considerar que la letra de la Ley usada por el legislador al definir la naturaleza y trámite de un procedimiento en forma clara y expresa dice lo que dice y no otra cosa.--- Ello genera un indudable, notorio y especial interés en el medio jurídico mexicano y en la comunidad de negocios de nuestro país. Lo anterior se desprende no solamente del hecho de que esta interpretación ha causado revuelo en los medios de comunicación de nuestro país, en los foros y en la comunidad jurídica nacional e internacional, sino también de la

lógica.--- Es razonable sostener que las personas físicas y morales, nacionales o extranjeras, privadas, institucionales o públicas, que cada vez con mayor frecuencia celebran compromisos arbitrales al tenor de las normas jurídicas nacionales e internacionales en el desarrollo de sus actividades jurídicas y comerciales, así como los propios juzgadores, tienen un gran interés en saber cuál es la concepción del Derecho mexicano respecto de la naturaleza del arbitraje, de los laudos arbitrales, del medio establecido en nuestro orden jurídico para su nulidad y de las facultades que los órganos jurisdiccionales mexicanos tienen para revisar la actividad arbitral.--- Además, para el medio jurídico nacional, desde el punto de vista de la abogacía y de la judicatura, resulta indudablemente interesante y necesario conocer cuál es el órgano de revisión constitucional en materia de amparo, así como cuál es el juicio de amparo que procede para la revisión de la decisión de un juez común respecto del incidente de nulidad de un laudo arbitral.--- En efecto, el foro y la judicatura tienen interés y necesitan saber si la revisión limitativa de todo laudo arbitral puede ser objeto a su vez de una revisión constitucional que se tramite en una o en dos instancias. Necesitan saber qué medio de defensa es el procedente.--- A este respecto, indudablemente que la interpretación directa formulada por el tribunal a quo fija un criterio que, además de generar interés, resulta excepcional y extraordinario, toda vez que la tramitación del incidente espejo o correlativo de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ha sido definido jurisprudencialmente como tal, es decir, como un incidente, en contra de cuya sentencia interlocutoria procede el amparo indirecto, del que conocerá un juez de Distrito, y no el amparo directo a resolverse en única instancia por un tribunal colegiado de Circuito.--- Asimismo, la definición del concepto de juicio y de sentencia que pone fin a un juicio genera indudablemente interés desde el punto de vista de las garantías individuales consagradas en la Constitución y del juicio de amparo. A este respecto, el criterio fijado por el tribunal a quo es también excepcional y extraordinario, pues en contra de la concepción común, tanto de la teoría general del proceso, como de la doctrina y la legislación, ha sostenido que un incidente o un procedimiento incidental es en realidad un juicio principal en toda la extensión de la expresión. Ha resuelto, además, que en tales condiciones es necesaria la aplicación taxativa de todos los alcances del debido proceso legal en los incidentes y que lo que hasta hoy se conoce como sentencia interlocutoria es en realidad una sentencia definitiva.--- Por lo demás, el criterio fijado en la sentencia impugnada es también trascendente por la altísima probabilidad

de que la resolución que se pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en materia de constitucionalidad.--- Como se ha demostrado, dicho criterio y sus argumentos y derivaciones impactan en forma directa e importante la competencia constitucional en materia de amparo para los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito al incluir la sentencia interlocutoria que se dicten en un incidente de nulidad de laudo arbitral, dentro de las sentencias definitivas que ponen fin a juicio, y por ende, excluida de los actos emitidos fuera o después de concluido un juicio. Ello también es trascendente en tanto que a criterio del tribunal a quo el arbitraje no es en realidad un juicio para efectos de la Constitución.--- Por otra parte, desde un punto de vista constitucional, es también trascendente y por demás sobresaliente el que se establezca o se infiera que un Tribunal Colegiado puede, motu proprio, bajo el argumento de la realización de la interpretación del contenido de un precepto constitucional, como lo es el artículo 107, y de la naturaleza de un procedimiento establecido por el legislador como incidente, atribuirse competencia a sí mismo. Ello equivale a decir que la Constitución Federal permite que un órgano jurisdiccional federal en materia de amparo puede interpretar en definitiva el precepto constitucional que le otorga competencia en ciertos supuestos y ampliarla o reducirla según su criterio. Más aún cuando en contra del texto expreso de la Constitución se interpreta qué juicio e incidente pueden ser (pero no siempre) la misma cosa, creando con ello una indefinición constitucional inapropiada e incorrecta.--- Además, también es trascendente desde el punto de vista constitucional que un tribunal colegiado haya definido su competencia en relación con el juicio de amparo al desentrañar en su criterio el contenido de un precepto constitucional, atribuyéndose competencia sobre las resoluciones que se dicten en los incidentes o procedimientos tramitados en vía incidental, sin siquiera considerar las Leyes supremas de la Unión, al tenor del artículo 133, de la Ley Fundamental, como lo son las convenciones que en materia de arbitraje y laudos arbitrales ha celebrado nuestro país. En efecto, el criterio fijado por el tribunal a quo significa que la determinación de competencia que él mismo se atribuye está más allá de esas Leyes supremas de la Unión, que establecen supuestos, límites y conceptos básicos en la materia que nos ocupa.--- En suma, el criterio fijado por el tribunal a quo al interpretar directamente el texto constitucional entraña planteamientos jurídicos cuyos argumentos y derivaciones son importantes y trascendentes al tenor del Acuerdo 5/1999.--- Por lo demás, no se está en ninguno de los supuestos contemplados en la fracción II del apartado

primero del propio Acuerdo 5/1999.--- En primer lugar, a la fecha no existe jurisprudencia alguna sobre el tema constitucional planteado, pues no se ha establecido ningún criterio vinculante sobre la naturaleza del incidente de nulidad de laudo arbitral ni sobre la competencia de un Tribunal Colegiado de Circuito para conocer directamente del juicio de amparo que se promueva en contra de la sentencia interlocutoria que se emita en aquél. No existe jurisprudencia que aborde en modo directo o preciso este tema.--- En segundo lugar, los agravios que se expresan en este escrito y que se han causado a mis mandantes no pueden ser considerados en forma alguna como ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes, ya que todos ellos trascendieron a su esfera jurídica al privárseles de la adecuada defensa que la Constitución establece en su favor, tanto en la forma como en la materia. Los conceptos de agravio están investidos de racionalidad y razonabilidad y atacan en forma plena y suficiente las consideraciones de la interpretación constitucional directa e indebida que ha hecho el tribunal a quo.--- Por último, no existe en la especie caso análogo decidido por las Salas o el Pleno de este Máximo Tribunal en que se hubiese determinado la materia de esta revisión, es decir, que el criterio fijado en la interpretación del tribunal a quo no sea por ello de importancia o trascendencia. Ese Alto Tribunal no se ha pronunciado aún sobre esta cuestión, por lo que no puede considerarse ociosa la apertura de la instancia de revisión.--- A mayor abundamiento, es razonable sostener que el criterio sustentado por el tribunal a quo al interpretar directamente la Constitución, en particular el artículo 107, fracciones V y VII, es contrario a lo sostenido en la tesis jurisprudencial 32/93 y, en consecuencia, es de importancia y trascendencia. Resulta aplicable el siguiente criterio jurisprudencial: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. SE SURTE EL REQUISITO DE IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA SI EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO SUSTENTA UN CRITERIO CONTRARIO A UNA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AL PRONUNCIARSE EN TORNO A UN PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del once de junio de mil novecientos noventa y nueve; 83, fracción V, de la Ley de Amparo y 10, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como en el punto primero del Acuerdo 5/1999 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil

novecientos noventa y nueve, para la procedencia del recurso de revisión en amparo directo se requiere que se reúnan los siguientes supuestos: Que en la sentencia recurrida se haya hecho pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una Ley, tratado internacional o reglamento, o se establezca la interpretación directa de un precepto constitucional, o que, habiéndose planteado alguna de esas cuestiones en la demanda de amparo, se haya omitido su estudio, y que el problema de constitucionalidad entrañe la fijación de un criterio jurídico de importancia y trascendencia, a juicio de la Sala respectiva. Ahora bien, si un Tribunal Colegiado se pronuncia en torno a un problema de constitucionalidad, pero en contravención a una jurisprudencia sustentada por esa Suprema Corte, es indudable que se surte el requisito de importancia y trascendencia aludido, pues tal proceder es contrario a la naturaleza obligatoria de ese criterio, en términos del artículo 192 de la Ley de Amparo en mención'.--- La tesis de jurisprudencia definida 32/93, fijada por la contradicción 21/93, es del tenor literal siguiente: 'LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACION Y EJECUCION DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCION III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO. Cuando se reclama en juicio de garantías un laudo arbitral homologado y los acuerdos tendientes a declararlo, así como los actos de ejecución con relación al mismo, el procedente es el juicio de amparo indirecto ante los Jueces Federales, atento lo que al respecto dispone el artículo 114, fracción III, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, ya que por la complejidad de los mismos actos que se impugnan no se está en el caso de la sola sentencia definitiva que constituye el laudo arbitral homologado, para reclamarlo en amparo directo, conforme al señalamiento del artículo 158, del mismo cuerpo legal'.--- Así las cosas, en jurisprudencia definida se ha establecido que en contra de la decisión emitida en el procedimiento de homologación de laudo arbitral, esto es, en el incidente de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, procede el juicio de amparo indirecto ante los juzgados de distrito.--- Ahora bien, al tenor de lo establecido en los tratados internacionales de los que México es parte, concretamente en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York en 1958 (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá en 1975 (Convención de Panamá), así como en el Código de Comercio, el incidente de reconocimiento y ejecución de laudo

arbitral y el incidente de nulidad del laudo arbitral son procedimientos 'espejo', que se promueven y tramitan de la misma manera, y en los que los argumentos que pueden hacer valer las partes son los mismos.--- En ese sentido, si en virtud de la interpretación hecha en la jurisprudencia citada se ha concedido a los Juzgados de Distrito la competencia para conocer en la vía del amparo indirecto de la impugnación constitucional que se haga valer en contra de la sentencia interlocutoria dictada en el incidente de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, entonces la interpretación directa realizada por el tribunal colegiado a quo respecto de su competencia en amparo directo para conocer de la sentencia dictada en el incidente de nulidad de laudo arbitral resulta contraria al criterio jurisprudencial vigente y, en consecuencia, es de importancia y trascendencia para los efectos del presente recurso de revisión.--- Por todo lo expuesto, el recurso de revisión que se hace valer por mis mandantes es procedente y admisible al tenor de los preceptos constitucionales y legales invocados.--- CONCEPTO DE AGRAVIO. Es incorrecto el pronunciamiento que sobre su propia competencia ha hecho el tribunal a quo, al interpretar erróneamente el concepto de 'juicio', contenido en las fracciones V y VII del artículo 107 constitucional, al pretender asimilarlo al concepto de juicio expresado únicamente para efectos de regular las 'formalidades esenciales del procedimiento' materia de las garantías de legalidad, en el artículo 14 de nuestra Carta Magna.--- En efecto, en el primer considerando de la sentencia materia de este recurso se afirma: 'Asimismo, en que no es la denominación o trámite en forma de incidente, en si mismos, los que determinan la naturaleza del procedimiento correspondiente, pues el ordenamiento jurídico podrá establecer que una determinada acción sea ejercida incidentalmente, sin embargo podrá tratarse sobre una cuestión contradictoria o debatida cuya decisión produzca efectos vinculativos entre las partes, incluso, mediante el cumplimiento coactivo de la condena impuesta contra una de ellas, aunado a que siga mediante el debido proceso legal, es decir, que la acción ejercida inicie con una demanda, se corra traslado a la contraparte para que dé su contestación, se ofrezcan pruebas y se alegue jurídicamente, con la culminación de una decisión vinculante, que puede o no ser susceptible de impugnación a través de un recurso ordinario; entonces reunidas estas propiedades normativas, se estará en presencia de un verdadero juicio, aun ante la denominación y trámite incidental que se conceda a la relativa acción'.--- De esa parte de la sentencia se desprende que, al interpretar el texto de las fracciones V y VII del artículo 107

constitucional, que establecen la competencia de los tribunales colegiados en el caso del amparo directo y de los juzgados de distrito en el indirecto, respectivamente, la sentencia que se impugna afirma que, en todos aquellos casos en que un 'proceso legal' respete las formalidades esenciales del procedimiento y concluya con una 'decisión vinculante', se está en presencia de un verdadero juicio y, por lo tanto, procede el amparo directo, a pesar de que se trate de un incidente.--- Con esa interpretación, el Tribunal a quo incorrectamente pretende equiparar el concepto de 'juicio' contenido en el artículo 107 constitucional con la definición contenida en el artículo 14, de la Carta Magna, que hace referencia a ese concepto en sentido amplio, es decir, a cualquier tipo de procedimiento en el que toda autoridad tiene la obligación de respetar las 'formalidades esenciales del procedimiento', y no sólo a lo que en la materia procesal del juicio de amparo se ha definido como 'juicio' para los efectos de la procedencia de un amparo directo o uno indirecto, según el acto que sea materia de la reclamación.--- Aun cuando el artículo 14 constitucional dice en su segundo párrafo que 'nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento', ello no implica que ese artículo fije un concepto de 'juicio' en el sentido procesal constitucional en que sí se pronuncia el 107 y, mucho menos, que pretenda definirlo como todo aquel proceso en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.--- El artículo 14 constitucional regula el derecho de defensa y la garantía de un debido proceso legal. La palabra juicio se contiene en ese precepto únicamente como una referencia a la existencia de un procedimiento o proceso, pero no por ello puede interpretarse, como lo hace el tribunal a quo, en el sentido de que implica una definición procesal específica de 'juicio', asimilable o aplicable a la que utiliza el artículo 107, de nuestra Carta Magna para los efectos del amparo.--- Más aún, existen multitud de actos de autoridad que igualmente se emiten y se producen en el contexto de un procedimiento en el que por disposición del artículo 14 constitucional deben respetarse las formalidades esenciales del procedimiento (oportunidad de defensa, oportunidad probatoria, oportunidad de alegar y de recurrir) y no por ello adquieren automáticamente ni en forma alguna el carácter de sentencias definitivas o resoluciones que ponen fin a un juicio, para que en términos de la fracción V del artículo 107 de la norma suprema sean reclamables en amparo directo. Tal es el caso de los incidentes de ejecución de sentencia (a los que sí se

asimila el incidente natural del que deriva este juicio de garantías y no al juicio de nulidad de juicio concluido al que forzada y arbitrariamente quiso asimilarlo el tribunal a quo) o los procedimientos seguidos en forma de juicio, entre otros, en los que igualmente deben respetarse las formalidades esenciales del procedimiento que consigna el artículo 14 constitucional, sin que en razón de ello las resoluciones que en definitiva los resuelvan se vuelvan reclamables por medio del amparo directo, ya que en contra de ellas procede el amparo indirecto o bi-instancial de conformidad con la fracción VII del artículo 107 citado.--- Ahora bien, como se ha dicho, el Tribunal a quo interpretó directamente el texto de la fracción V del artículo 107 constitucional en cuanto a los conceptos de 'juicio' y 'sentencia definitiva o resolución que pone fin a juicio', y determinó que incluyen los diversos de 'incidente de nulidad de laudo arbitral' y sentencia interlocutoria. Esa interpretación es indebida, desmedida y contraria a la lógica jurídica constitucional.--- Además, esa interpretación pervierte y contradice el sentido de las disposiciones constitucionales en materia de juicio de garantías, que distribuyen competencias y regulan procedimientos diferentes para el amparo directo y el indirecto.--- En efecto, es incorrecta la interpretación del Tribunal a quo en el sentido de que el 'juicio' y las 'sentencias o laudos o resoluciones que ponen fin a juicio' a que se refiere la fracción V del artículo 107 constitucional alcanzan y abarcan a los procedimientos tramitados en vía incidental de nulidad de laudo arbitral y a las sentencias interlocutorias les pongan fin.--- La más reconocida, por no decir elemental técnica procesal, exige la distinción de dichos conceptos para efectos de las competencias atribuidas y los procedimientos establecidos en la Constitución en materia de juicio de amparo, que es distinto del alcance que el concepto juicio pueda tener respecto de la garantía de audiencia.--- Se trata, pues, de figuras procesales diferentes, que entrañan diferentes causas, efectos y consecuencias, y cuya impugnación por la vía del amparo fue concebida y establecida en forma diferente por el Constituyente.--- La lógica jurídica procesal está indudablemente presente en la Constitución, pues la Ley fundamental reconoce en el propio artículo 107, pero en su fracción VII, que existen actos que se emiten durante el juicio, fuera de juicio o una vez concluido éste, cuya impugnación es materia del amparo indirecto. Es decir, no todas las resoluciones de una autoridad jurisdiccional son sentencias definitivas, sino que las hay de otra naturaleza, forma y efectos. Por ello sus impugnaciones a través del juicio de garantías se siguen en procedimientos y ante autoridades jurisdiccionales distintas.--- La interpretación gramatical,

reconocida como prioritaria en términos del artículo 14 constitucional, in fine, impone la necesidad de que se atienda en primer lugar a la letra de la norma. Así, el significado de los términos, el rigor constitucional y la técnica jurídica procesal obligan a concluir que un juicio no es lo mismo que un incidente.--- Los términos gramaticales que nos ocupan no dan lugar a duda, ya que un incidente es precisamente eso, una figura o idea accidental respecto de una principal, que es el juicio. 'La palabra `incidente´, dice Emilio Reus (Ley de Enjuiciamiento Civil, 2-285), deriva del latín, incido incidens (acontecer, interrumpir, suspender) significa en su acepción más amplia, lo que sobreviene accesoriamente en algún asunto o negocio fuera de lo principal, y jurídicamente, la cuestión que sobreviene entre los litigantes durante el curso de la acción principal ... Por regla general, se considerará que la cuestión es incidental, en el sentido de tener relación con la principal, cuando entre las dos hay una relación jurídica de conexidad o de incompatibilidad, o bien, cuando el incidente se refiere a la validez del procedimiento'.--- De esta manera, la nulidad de un laudo arbitral debe evidentemente ser solicitada y tramitada como una cuestión incidental, pues su marco de referencia es el juicio arbitral substanciado entre las partes y su materia no es otra que la determinación de validez o invalidez del laudo arbitral emitido en función de que se actualicen o no las hipótesis taxativamente establecidas en la Ley, que sólo se refieren a cuestiones relativas al respeto del orden público y al aseguramiento de que las partes hubiesen tenido la oportunidad de defensa que para los juicios seguidos ante autoridad formalmente judicial se encuentra contemplada en el derecho aplicable.--- Ahora bien, lo que está regulado por el artículo 107 constitucional es el juicio de amparo, razón por la cual los términos y conceptos que contiene deben ser apreciados desde el punto de vista de la teoría general del proceso y del juicio de garantías.--- A diferencia de su amplia definición en relación con la garantía de audiencia, para efectos estrictamente procesales en materia de amparo como los relativos al artículo 107 constitucional, un juicio es 'el procedimiento contencioso desde que se inicia en cualquier forma, hasta que queda ejecutada la sentencia definitiva'. Ahora bien, la doctrina del amparo suele señalar que el juicio no incluye necesariamente los actos de ejecución de la sentencia definitiva, y que concluye con la sentencia definitiva misma. En cualquier caso, al hablar de juicio en materia procesal y de amparo, se tiene en cuenta el concepto de proceso seguido para sustanciar y resolver desde el punto de vista sustantivo una determinada categoría de litigios en su totalidad.--- Por otro lado,

'procesalmente, los incidentes son procedimientos que tienden a resolver controversias de carácter adjetivo relacionadas inmediata y directamente con el asunto principal'. En otras palabras, es un procedimiento accesorio cuya materia se restringe a la decisión de una controversia adjetiva, procesal, que se origine a partir de un juicio que le resulta principal. Desde luego, no debe incurrirse en el error de pensar que los incidentes sólo se pueden tramitar en los juicios ordinarios, sino que también existen en los especiales, sumarios, ejecutivos, universales, arbitrales, etc.--- En esa virtud, resulta evidente que, para efectos procesales, los términos juicio e incidente no son lo mismo, no tienen los mismos alcances, ni la misma materia, ni los mismos efectos.--- Por lo anterior, si un precepto constitucional, como lo es el artículo 107, que regula un procedimiento como lo es el juicio de amparo, contiene el término juicio en su postulado, de ninguna manera puede interpretarse que alcanza y se refiere a los incidentes.--- Más aún, por sentencia definitiva se entiende 'la resolución que pronuncia un juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso'.--- Ahora bien, también 'se han calificado como tales (sentencias) otras resoluciones que no tienen estas características, y a la inversa, lo que ha provocado confusión especialmente en la legislación y en la jurisprudencia ... Así, se ha utilizado en el ordenamiento mexicano ... la denominación de sentencias interlocutorias para designar a las resoluciones judiciales que ponen fin a una cuestión incidental'.--- Por lo tanto, las sentencias definitivas no pueden confundirse con las interlocutorias, no sólo porque aquéllas se dictan en un juicio y éstas en un incidente, sino porque sus materias son distintas. Las primeras deciden el litigio en lo principal, en lo sustantivo, mientras que las segundas sólo se refieren a cuestiones adjetivas adicionales o accesorias.--- 'Al tratar acerca de la competencia dijimos que el juicio de amparo directo procede contra sentencias definitivas civiles, penales, administrativas o laudos arbitrales definitivos, según lo establecen los artículos 107 constitucional, fracciones V y VI, y 158, de la Ley de Amparo ... A. La idea de sentencias definitivas, para los efectos de la procedencia del juicio uni-instancial de garantías, se concibe en el artículo 46 de dicha Ley, como aquellos fallos 'que deciden el juicio en lo principal y respecto de los cuales las Leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificados o revocados'; o que, dictados 'en primera instancia en asuntos judiciales del orden civil', las partes hayan formulado renuncia expresa a la interposición de dichos recursos, si legalmente tal renuncia estuviese

permitida. La mencionada concepción legal proporciona los siguientes elementos que necesariamente deben concurrir para calificar a una resolución como 'sentencia definitiva', impugnable en amparo directo: a) Que decida la controversia fundamental o principal en el juicio en que se dicte. 'La jurisprudencia de la Suprema Corte ha reiterado este elemento, al afirmar que la sentencia definitiva, para los efectos del amparo, es la que define una controversia en lo principal, estableciendo el derecho en cuanto a la acción y la excepción que hayan motivado la litis contestatio ...' (Apéndice al Tomo CXVIII, tesis 995. Tesis 322 de la Compilación 1917-1965, y tesis 340 del Apéndice 1975, Tercera Sala). Conforme a este elemento, no son, por ende, sentencias definitivas, las resoluciones que diriman una cuestión incidental o accesoria dentro de un procedimiento jurisdiccional, o sea, las sentencias interlocutorias, aunque pongan fin a la contienda, puesto que no dilucidan las pretensiones primordiales de las partes. Debemos insistir en que, desde el punto de vista de su materia decisoria, la definitividad de un fallo consiste en que éste dirima la contienda fundamental, diciendo el derecho sobre la acción y sobre las defensas y excepciones opuestas, sin que se comprenda, dentro de dichos elementos, a las resoluciones que decreten el sobreseimiento del juicio respectivo, contra las que procede el amparo bi-instancial. Huelga recordar que ese fenómeno se registra frecuentemente en los procesos contencioso- administrativos, conforme a las Leyes adjetivas que los rigen ... D. El amparo directo o uni-instancial procede contra los citados fallos definitivos, tanto por violaciones cometidas en ellos, como por infracciones habidas durante la secuela del procedimiento correspondiente, siempre que estas infracciones hayan afectado a las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo. De lo anterior se deduce que dicho tipo procedimental del juicio de amparo se traduce en un medio de control de la legalidad sustantiva y de la legalidad procesal, para enmendar los errores 'in judicando' e 'in procedendo', que se hubiesen cometido en los juicios civiles, penales, administrativos o del trabajo ... I. Las violaciones substanciales en que pueden incurrir una sentencia definitiva civil, penal o administrativa o un laudo laboral definitivo, en sí mismos, se traduce en la indebida aplicación de Leyes sustantivas o adjetivas para dirimir la controversia materia del juicio correspondiente, así como en la omisión de aplicar los preceptos de fondo o procesales conducentes. Las infracciones a Leyes adjetivas que en tales casos pueden cometerse, generalmente se registran al realizarse la apreciación probatoria, violando las normas que rigen la valoración de las probanzas u omitiendo el análisis de éstas. Como se ve, el

amparo directo se ostenta como un verdadero medio extraordinario de control de la legalidad de dichas resoluciones, coincidiendo en su teleología con el extinto recurso de casación, según advertimos en otra ocasión'.--- Así las cosas, como al interpretar el texto constitucional debe tenerse en consideración la letra del mandato que contiene, tales significados y distinciones llevan a concluir que al regular el procedimiento del juicio de amparo, el poder constituyente estableció en el artículo 107 constitucional fracción V que los tribunales colegiados de circuito sólo tienen competencia para resolver los juicios de amparo directo que se promuevan en contra de las sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin a un juicio, esto es, a un juicio en lo principal, a diferencia de la decisión sobre cuestiones adjetivas que son materia de un incidente.--- Por otro lado, en la fracción VII del mencionado precepto, el propio Constituyente estableció que los actos por los que no se pone fin a un juicio en lo principal, ya sea porque no ha culminado o ya culminó pero se dictó una resolución fuera de él o simplemente no existe en el caso, son atacables en la vía del amparo indirecto, que es competencia de un juez de Distrito y admiten la posibilidad de una revisión de la sentencia ante un tribunal de alzada, es decir, ante un colegiado de circuito.--- Pero además, la necesidad de que el acto de autoridad deba ser definitivo para el efecto de que pueda ser reclamado en juicio de amparo, ya sea porque no admita recurso o porque ya se hubiesen agotado los medios ordinarios de defensa que en su contra procedan, no debe confundirse con el concepto de sentencia definitiva o resolución que pone fin a un juicio a que se refiere la fracción V del artículo 107 constitucional, ya que se trata de conceptos distintos. De este modo, si para que los actos puedan ser reclamables en la vía del amparo tienen que ser definitivos y por serlo todos se consideraran sentencias definitivas, según el erróneo concepto del Tribunal a quo, entonces se llegaría a la absurda conclusión de que todos los actos impugnables en amparo tendrían que ser reclamados en amparo directo competencia de los Tribunales Colegiados.--- Se trata, pues, de distinguir el concepto relativo al principio de definitividad que rige el juicio de amparo establecido en la fracción III del artículo 107 de la Ley fundamental con el concepto de sentencia definitiva dispuesto en la fracción V del propio precepto para efectos de determinar la procedencia del juicio de amparo directo.--- En tal virtud, el que se resuelva en definitiva una cuestión incidental no convierte a esa resolución en una sentencia definitiva para efectos de la procedencia del juicio de amparo directo, por más que esa resolución sea vinculatoria para las partes y se caracterice por su

'inimpugnabilidad, inmutabilidad e imperatividad', como lo dice el tribunal a quo. Simplemente la determinación que resuelva en definitiva el incidente, si no admite recurso, como es el caso del que nos ocupa, será reclamable en amparo indirecto, y no por vía del directo que corresponde a las sentencias definitivas dictadas en juicios propiamente dichos, según se ha explicado con antelación.--- Así las cosas, si incidente no es lo mismo que juicio, y sentencia interlocutoria no es lo mismo que sentencia definitiva o resolución que pone fin a un juicio, por más que esa interlocutoria sea un acto definitivo para efectos de ser susceptible de reclamación en juicio de amparo, entonces la materia incidental no encuadra dentro del supuesto de la fracción V del artículo 107 constitucional. Ello con mayor razón si se considera que existe otra fracción del mismo artículo que sí incluye expresamente un género de actos en donde la naturaleza de los incidentes y las sentencias interlocutorias encuadran perfectamente, como lo es la fracción VII.--- Esta es la única interpretación coherente del texto constitucional si se considera la naturaleza del juicio de amparo en sus dos tipos, directo e indirecto. El primero es en realidad una casación, una instancia adicional de revisión de un acto jurisdiccional por el que se puso fin a un juicio principal. El segundo es un verdadero juicio autónomo de revisión constitucional de un acto de autoridad emitido dentro de juicio, fuera de juicio o una vez concluido el juicio, pero en el que no se pone fin a ese juicio principal, si es que lo hubo.--- Es evidente, pues, que los términos 'juicio' o 'sentencia que pone fin a juicio' no pueden ser interpretados de la misma manera, ni tener el mismo alcance y sentido para el artículo 14 constitucional que establece la garantía de audiencia, que para el 107, fracciones V y VII, que regulan el juicio de amparo.--- Las realidades reconocidas y las figuras establecidas en ambos preceptos son diferentes, sus fines son distintos y sus significados diversos, razón por la cual, pretender darles los mismos alcances resulta ilógico, injusto y contrario al sentido y los alcances de las propias disposiciones constitucionales.--- En consecuencia, la interpretación directa de los preceptos mencionados que llevó a cabo el tribunal a quo y que tuvo como causa la confusión de conceptos que tienen significados diferentes, generó una indebida ampliación de su competencia en materia de amparo, que resulta incorrecta.--- Los incidentes de nulidad de laudo arbitral y las sentencias interlocutorias que los resuelven, por no existir en sí mismos, sino sólo en función de un juicio arbitral (que para esos efectos es el juicio principal), por no referirse a la integridad de una controversia sino solamente a una cuestión adjetiva y por no poner fin a un

juicio en lo principal, no son juicios ni sentencias definitivas para efectos del artículo 107 constitucional.--- A mayor abundamiento, es menester considerar que la interpretación adecuada del texto constitucional y de la realidad jurídica que regula, según impera en el orden jurídico mexicano e internacional, el juicio arbitral es el juicio del que el incidente de nulidad de laudo arbitral resulta incidental o accesorio.--- En el arbitraje se establece una verdadera relación jurídico-procesal. Se sigue un proceso jurisdiccional y finalmente a través de un laudo se deciden las cuestiones tanto adjetivas como sustantivas que se presentan en la controversia entre actor y demandado. Por otro lado, en el incidente de nulidad de laudo arbitral sólo se incluyen cuestiones adjetivas, no sustantivas, que se encuentran establecidas en forma limitativa y que no tienden a resolver la controversia suscitada entre las partes.--- En efecto, en el juicio arbitral, una vez que existe un acuerdo arbitral dentro del cual encuadra la controversia concreta (como indudablemente sucede en la especie), al establecerse los presupuestos procesales (existencia de las partes, demanda y existencia del órgano jurisdiccional), se llevan a cabo las etapas procesales de un juicio principal propiamente dicho con sus formalidades esenciales. Además, los árbitros tienen y ejercen jurisdicción, es decir, están investidos por las partes, con autorización y sanción de la Ley, de la facultad exclusiva de decidir la controversia o disputa con fuerza vinculativa para las partes. En otras palabras, en el arbitraje se establece una verdadera relación jurídico-procesal entre las partes y el órgano jurisdiccional, que es el árbitro o el tribunal arbitral. Se siguen los trámites y formalidades del juicio arbitral y finalmente el órgano resuelve la controversia a través de una resolución definitiva que pone fin al juicio arbitral y que se llama laudo.--- Cuestión muy diferente es que ese laudo sea o no ejecutable por sí mismo y que los árbitros sean o no autoridades para efectos del juicio de amparo. Estos temas nada tienen que ver con la naturaleza del arbitraje como verdadero juicio y del laudo como sentencia que le pone fin.--- 'En la actual legislación mexicana el juicio arbitral es un verdadero juicio y los árbitros ejercen jurisdicción a pesar de no ser autoridades. ¿Cómo puede ser esto? La doctrina de Rocco a la que me adhiero, lo explica fácilmente. Según este jurisconsulto, no son las partes que celebran el compromiso las que atribuyen jurisdicción a los árbitros, sino la Ley misma la que lo hace. El compromiso no ha de considerarse como la fuente de la que dimana la jurisdicción arbitral, sino como una condición impuesta por el Estado para que los árbitros puedan gozar de aquélla. El hecho de que sean particulares y no autoridades, no es

razón bastante para negarles el atributo de la jurisdicción ya que el Estado puede, en uso de su soberanía; autorizar a un particular para realizar determinadas funciones públicas porque así convenga al interés general ... Si se tienen en cuenta las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles vigente en esta fecha, no se puede negar seriamente: a) Que los árbitros tienen jurisdicción; b) Que el juicio arbitral es un verdadero juicio; c) Que el laudo de los árbitros es una auténtica sentencia'.--- En tal virtud, los árbitros sí gozan, de jurisdicción, aunque limitada y circunscrita a las facultades de conocimiento y decisión. Por tanto, si bien carecen de la facultad de imperio, no por ello no tienen competencia. La de imperio no es una facultad que determine la existencia de una jurisdicción, ya que la palabra jurisdicción significa definir el derecho, declararlo, respecto de lo cual los árbitros tienen plena facultad. Es más, existen en nuestro derecho positivo mexicano varios casos en que el tribunal que decide o declara no ejecuta la resolución, sin que ello implique que carece de jurisdicción para conocer del caso.--- Resulta significativo y revelador que en nuestro derecho mercantil se defina al arbitraje como un procedimiento, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo, y que se entienda por tribunal arbitral al árbitro o árbitros designados para decidir una controversia.--- 'En consecuencia, es innegable que conforme al régimen jurídico mexicano los árbitros gozan de jurisdicción y que el procedimiento arbitral es un verdadero juicio.--- Esta interpretación es coherente con los tratados internacionales suscritos por México, en particular la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, que están de acuerdo con la Constitución y constituyen Ley Suprema de la Unión.--- En dichos tratados se reconoce el concepto de arbitraje como juicio, esto es, como procedimiento en el que los árbitros ejercen la jurisdicción por voluntad de las partes y en el que se emite un laudo que las vincula y que materialmente es una sentencia.--- Asimismo, es congruente con la realidad social, política, cultural, económica y jurídica que se vive en el mundo y en el país, donde el arbitraje se contempla, opera y funciona cada vez con mayor frecuencia y eficacia como un medio para resolver las controversias por parte de un tercero con fuerza vinculatoria para las partes.--- Desde luego, el reconocimiento del juicio arbitral como juicio principal, para efectos del artículo referido, no implica ni quiere decir que en contra del laudo arbitral proceda el amparo directo. El juicio de garantías no es procedente en contra del laudo arbitral, pero ello no se debe a que el procedimiento arbitral no sea un juicio, sino a que el laudo no

constituye un acto de autoridad para efectos del amparo. Esa es otra cuestión.--- Lo que aquí interesa es que a través de un correcto concepto del juicio arbitral y sus diferencias con el incidente de nulidad del laudo arbitral, sus Señorías deben percatarse de que la interpretación constitucional que hizo el Tribunal a quo respecto del artículo 107 constitucional, fracciones III, V y VII, es incorrecta, pues deriva de una evidente confusión de conceptos y de una indebida e ilógica apreciación de la materia regulada por el constituyente. Ese precepto no puede ni debe interpretarse en el sentido de incluir en el concepto de juicio al incidente de nulidad de laudo arbitral. La interpretación directa de la Constitución que llevó a cabo el tribunal a quo para atribuirse competencia es indebida e incorrecta y debe ser revocada para todos los efectos de Ley.--- Pero además, existe error y contradicción en la sentencia del tribunal a quo cuando se dice que el laudo y su homologación son un binomio indisoluble y que la homologación convierte al laudo en una sentencia definitiva impugnable en amparo directo.--- Existe error porque eso no se desprende de la doctrina contractualista que cita ni de las dos tesis de la Suprema Corte a que alude, ya que de ellas sólo se desprende que el laudo no es ejecutable sino por autoridad judicial. También es errónea porque la impugnación de la homologación sólo puede referirse a lo que el juez hubiese resuelto sobre los aspectos adjetivos que pueden dar lugar a que no se reconozca (homologue) el laudo, no al fondo de la cuestión sometida a la consideración y resolución de los árbitros. Lo que el tribunal a quo afirma, implicaría que entonces, una vez homologado el laudo y convertido por ese hecho en sentencia definitiva, la parte vencida en el arbitraje pudiera incluir en su amparo directo contra la homologación, la impugnación de aquellas cuestiones de fondo, de carácter sustantivo propias de la controversia entre las partes derivadas de su relación jurídica (contractual o extra-contractual) sometidas a la decisión de los árbitros, y no sólo de aquéllas relativas a los supuestos o hipótesis enumerados taxativamente, es decir, aquéllas de carácter exclusivamente adjetivo que impiden el reconocimiento del laudo por la autoridad judicial.--- Es además contradictorio que en la sentencia se diga que la teoría contractualista del arbitraje establezca que la nulidad sólo puede pedirse una vez que el laudo sea homologado y que el Código de Comercio, en cambio, apartándose de esa teoría y acercándose a la jurisdiccionalista, prevenga que la nulidad puede pedirse antes de que el laudo sea homologado, y que después se diga que la resolución de nulidad es sentencia definitiva. La contradicción consiste en que, si según el Tribunal a

quo, el laudo sólo adquiere el carácter de acto jurisdiccional y sentencia definitiva hasta que es homologado, entonces si la nulidad se pide y debe pedirse antes de que ello ocurra, se concluiría que el laudo no alcanzó ese carácter de sentencia y por tanto la nulidad que respecto de él se decrete no sería impugnable por la vía del amparo directo.--- Por esas mismas razones es que resulta incorrecto que se asevere que el incidente de nulidad de laudo arbitral se asemeja a los procesos impugnativos de la cosa juzgada.--- Por lo demás, no puede pretenderse, como lo hizo el tribunal a quo, que por el sólo hecho de llevar por nombre o efecto la palabra 'nulidad', el incidente de nulidad de laudo arbitral sea un juicio. Como ha sido jurisprudencialmente definido, en realidad los incidentes de nulidad de actuaciones judiciales son eso; incidentes, no un juicio principal y autónomo per se.--- Tampoco es cierto que, como lo pretende el Tribunal a quo, la sentencia interlocutoria que se dicte en el incidente de nulidad de laudo arbitral sea de aquéllas que ponen fin al juicio en términos del citado artículo 107, fracción V, porque constituya un juicio especial como los establecidos en los artículos 185 y 201, de la Ley General de Sociedades Mercantiles. Estos pueden considerarse como verdaderos juicios, con una materia especial y requisitos de procedencia particulares, pero cuya litis es principal, es decir no es accesoria de un juicio diverso, mientras que el incidente de nulidad de laudo arbitral no es un juicio principal, sino un procedimiento de trámite incidental al diverso juicio principal que es el arbitral y que tiene una litis limitada por dicho juicio y ciertas causales. Por ello, la interpretación que ha hecho el tribunal a quo es incorrecta.--- El destacado procesalista Humberto Briseño Sierra, sin duda la más alta autoridad en la materia, en su obra capital El Arbitraje en el Derecho Privado, sostiene, por ejemplo, 'que no es definitiva para los efectos del amparo ante la Suprema Corte, la sentencia de segunda instancia que resuelve sobre irregularidades cometidas en el procedimiento de la primera, no por tratarse de cuestiones de fondo, sino por circunstancias formales, en cuanto el amparo conduciría a la reposición del proceso, porque si formalmente el fallo representa una unidad en cuanto actuación de la autoridad responsable, desde el punto de vista procesal, la impugnación de actos realizados durante su desarrollo y cuya nulidad implicaría la repetición de la actividad procesal, no se endereza en contra de una sentencia que resuelve el fondo de la contienda'.--- A este respecto existe la jurisprudencia definida número 1003, de la antigua Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Apéndice al Tomo CXVIII del Semanario Judicial de la Federación, que a la letra dice:

'SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. Aun cuando tengan efectos definitivos, no tienen carácter de sentencia definitiva, si no resuelven la cuestión procesal y, por tanto, del amparo que contra ella se pida, deben conocer los Jueces de Distrito'.--- De hecho, en la especie, como sus Señorías podrán apreciar, es claro que el propio Tribunal a quo y la autoridad responsable en realidad sí distinguieron los conceptos de juicio e incidente, pero no para efectos de la determinación de la competencia de aquel tribunal y su interpretación directa del texto constitucional, sino para efectos de evitar la condena en daños y perjuicios que Radio Centro había solicitado respecto de los árbitros que fueron parte en el incidente de nulidad del laudo arbitral.--- La indebida, excesiva, ilógica y confusa interpretación directa de los preceptos constitucionales referidos ha causado agravio a mis mandantes, ya que ha violado en su perjuicio lo dispuesto por el propio artículo 107 constitucional y demás disposiciones relativas.--- El simple hecho de que no se siguiera el procedimiento establecido en la Constitución y que el juicio de amparo no quedara resuelto por la autoridad competente para ello agravia a mis mandantes, quienes tienen el derecho innegable e irrenunciable de que la justicia federal les sea impartida precisamente en la forma y términos en que lo establece la Ley fundamental.--- El debido proceso legal para la revisión constitucional del acto reclamado -sentencia interlocutoria dictada en el incidente de nulidad de laudo arbitral-, es el amparo indirecto. Fue por ello que las dos partes acudieron a esa vía y obtuvieron sentencia de un juez de Distrito.--- No cabe duda que la Constitución reconoce que no es lo mismo el amparo directo que el indirecto. Reconoce que esos dos tipos de juicio de garantías tienen distintos supuestos de procedencia, diferentes órganos de decisión, diverso número de instancias, distintas etapas procesales, diferentes cargas y derechos procesales para las partes y, desde luego, una distinta posibilidad de impugnación. Todas estas diferencias están consignadas en los artículos 103 y 107, de la Constitución y el recibir justicia en las formas y en los términos que esos preceptos establecen es un derecho fundamental de todo gobernado.--- En ese sentido, mis mandantes tienen derecho a que su caso sea tramitado y resuelto en amparo indirecto, con todas sus características, etapas, reglas procesales, efectos y consecuencias. Así, Infored y Gutiérrez Vivó tienen derecho a que su demanda de amparo se tramite por un juez de Distrito, tienen derecho a que se lleve a cabo un juicio bi-instancial en el que se les conceda la oportunidad de aportar pruebas y alegar en la audiencia constitucional. A que se dicte una sentencia de amparo por un órgano

unipersonal en la que se estudien los conceptos de violación y a que se tramite y se resuelva una revisión principal y una revisión adhesiva por un tribunal colegiado, que debe atender únicamente al contenido de los conceptos de agravio expresados en tales recursos y no a los conceptos de violación, cuyo análisis directo es función exclusiva del juez de Distrito.--- Esos derechos fueron afectados y violados por la indebida interpretación llevada a cabo por el tribunal a quo. A partir de semejante interpretación se impidió que se surtieran los efectos del juicio de amparo indirecto a que tienen derecho mis mandantes, incluyendo la sentencia emitida por el juez Sexto de Distrito. Se les negó de plano la posibilidad de ser escuchados en dos instancias en las que la materia de la litis es distinta. Se decidió estudiar los conceptos de violación directamente, en exceso de su competencia constitucional e ignorando las revisiones propuestas.--- En otras palabras, la interpretación constitucional del tribunal a quo respecto de su competencia entraña la violación de los derechos de mis mandantes, ya que viola el procedimiento establecido en el texto constitucional en su favor, impide que surta efectos la tramitación del debido juicio de amparo indirecto y hace nugatorios los efectos de la sentencia de amparo del juez de Distrito a que tienen derecho.--- A mayor abundamiento, es evidente que la interpretación del tribunal a quo causa agravio, toda vez que las atribuciones de ese órgano jurisdiccional como autoridad directa de amparo y las funciones que tiene como órgano, una sentencia dictada por un juez de Distrito, sobre todo en materia mercantil, son diametralmente diferentes.--- En efecto, en el caso del amparo directo el tribunal colegiado de Circuito debe atender a los conceptos de violación que se expresen en la demanda de garantías y decidir si concede o no el amparo y la protección de la justicia federal. En cambio, en la revisión de una sentencia de amparo indirecto el Tribunal Colegiado debe limitarse a resolver lo planteado por el recurrente en los conceptos de agravio hechos valer en contra de la sentencia dictada por el juez de Distrito, mas no sobre los conceptos de violación que se hubiesen expresado contra el acto reclamado. La litis a resolver en uno y otro casos es completamente diferente e impacta las atribuciones del órgano jurisdiccional y los correlativos derechos del justiciable.--- En el caso concreto es evidente lo antes expresado, toda vez que, no obstante que es falso que en sus conceptos de violación mis mandantes no hubiesen atacado el argumento toral en que se sustenta el acto reclamado al Juez Sexagésimo Tercero de lo Civil del Distrito Federal, suponiendo sin conceder que tal falta de impugnación hubiese existido, ello no fue obstáculo para que el Juez Sexto de Distrito les concediera el amparo y

protección de la Justicia de la Unión, de modo que si, como correspondía, el Tribunal a quo se hubiera constreñido a estudiar y resolver los conceptos de agravio de los recursos de revisión principal y adhesiva interpuestos por las partes, no habría podido resolver como lo hizo y negar el amparo solicitado sobre la base de que los conceptos de violación expresados, según dice, hubiesen sido insuficientes.--- Por ello, al llevar a cabo una interpretación indebida de su competencia constitucional y exceder en consecuencia sus atribuciones jurisdiccionales en la especie, el tribunal a quo violó el debido proceso legal a que tienen derecho mis mandantes, lo que impone que este recurso de revisión se declare fundado.--- Una vez que el recurso se declare fundado y se revoque la interpretación llevada a cabo por el tribunal a quo, su incompetencia para resolver el juicio de garantías como amparo directo será manifiesta, su determinación deberá quedar sin efecto y deberá darse el adecuado trámite y la debida resolución a los recursos de revisión planteados por las partes en contra de la sentencia dictada en el amparo indirecto".

QUINTO.- La naturaleza jurídica del amparo directo en revisión exige que, antes de analizar la cuestión de fondo planteada en el recurso, se verifique si se cumplen o no los requisitos de procedencia de dicho medio de impugnación.

El artículo 107, fracciones V y IX, de la Constitución Federal, establecen lo siguiente:

"Art. 107.- ... V. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes: ... IX. Las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito no admiten recurso alguno, a menos de que decidan sobre la inconstitucionalidad de una Ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en esta hipótesis procederá la revisión ante la Suprema Corte de Justicia, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones

propiamente constitucionales; ...".

Por su parte el artículo 83, fracción V, de la Ley de Amparo, señala que procede el recurso de revisión:

"Art. 83.- ... V. Contra las resoluciones que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la constitucionalidad de Leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional y reglamentos de Leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, o cuando establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución.

La materia del recurso se limitará, exclusivamente, a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras. ...".

De acuerdo con los preceptos transcritos, para la procedencia del recurso de revisión en amparo directo, se requiere que el Tribunal Colegiado haya emitido un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de una norma legal o haya establecido la interpretación directa de un precepto de la Constitución General de la República.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la interpretación directa de un precepto constitucional implica desentrañar, esclarecer o revelar el sentido de la norma, atendiendo a la voluntad del legislador o al sentido lingüistico, lógico u objetivo de las palabras, a fin de encontrar el completo y auténtico sentido de la disposición constitucional. Así se desprende de la siguiente tesis:

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXI, abril de 2005
Tesis: 1a./J. 34/2005
Página: 631

"REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN 'INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL' COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de definir lo que se

entiende por interpretación directa de un precepto constitucional, emitió la tesis de jurisprudencia P./J. 46/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, noviembre de 1991, página 39, de rubro: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA, EXISTE CUANDO A TRAVÉS DE ELLA SE DETERMINAN EL SENTIDO Y EL ALCANCE JURÍDICOS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO O SISTEMÁTICO.'. Ahora bien, si se toma en cuenta que 'interpretar', en términos generales, significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa, y que 'interpretar una Ley' es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien al sentido lógico objetivo de la Ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos, se concluye que en la interpretación de las normas constitucionales, además de concurrir las reglas generales destacadas, y dadas las especiales características derivadas de su materia y carácter supremo del órgano que las crea y modifica, entre otros, existen aspectos peculiares en la interpretación de tales normas que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos para entender su significado".

Dicho objetivo, a saber: Determinar el sentido y alcance jurídicos de una disposición constitucional, puede lograrse de diversas maneras a través de un análisis gramatical, histórico, lógico, sistemático, causal o teleológico. Para fijar el justo alcance de una norma de tal naturaleza, el intérprete puede acudir indistintamente a cualquiera de los aludidos métodos, en el orden que el grado de dificultad para interpretar la norma lo exija o así resulte jurídicamente conveniente, de tal manera que si no resultara suficiente la sola interpretación literal, habría que acudir al análisis sistemático, teleológico o histórico, hasta desentrañar el verdadero y auténtico sentido de la norma, sin que ello implique que, en todos los casos, sea necesario agotar la totalidad de los referidos métodos de interpretación, pues basta que uno de ellos lleve a convicción, para

que se considere suficiente y del todo válido para lograr el objetivo buscado.

Este Tribunal Pleno también ha establecido que para estimar que existe interpretación directa de un precepto constitucional, es necesario que alguna o algunas de las consideraciones expresadas en la sentencia estén encaminadas a desentrañar el sentido de la referida disposición constitucional, mediante un análisis gramatical o de cualquier otra índole, en los términos arriba apuntados. Lo anterior, de acuerdo con la siguiente tesis:

Octava Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tomo: 77, mayo de 1994
Tesis: 1a./J. 4/94
Página: 15

"SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS DE AMPARO DIRECTO, HIPÓTESIS EN QUE ADMITEN SER IMPUGNADAS A TRAVÉS DEL RECURSO DE REVISIÓN. Los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 83, fracción V, de la Ley de Amparo, prevén la procedencia del recurso de revisión contra las sentencias que en materia de amparo directo pronuncien los Tribunales Colegiados de Circuito, cuando decidan sobre la inconstitucionalidad de una Ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Carta Magna. Ahora bien, para que pueda estimarse válidamente que en un fallo dictado en un juicio de amparo directo, existe una interpretación directa de un precepto constitucional, es menester que alguna o algunas de las consideraciones de la sentencia correspondiente se encaminen a desentrañar el sentido de una disposición de la Constitución Federal mediante un análisis gramatical, histórico, lógico, sistemático o jurídico. Por tanto, si un Tribunal Colegiado de Circuito en una resolución de amparo directo desestimó un concepto de violación en el que se alegó que el acto de autoridad combatido transgredió un precepto constitucional, por advertir que no se dio tal conculcación, es inconcuso que ese solo hecho no trae como consecuencia que dicha resolución admita en su contra recurso de revisión".

Resulta igualmente aplicable la siguiente jurisprudencia: *Novena Época*

Instancia: Segunda Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIV, diciembre de 2001
Tesis: 2a./J. 64/2001
Página: 315 "REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA. Los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 83, fracción V, 86 y 93 de la Ley de Amparo, 10, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Acuerdo 5/1999, del 21 de junio de 1999, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo, permiten inferir que un recurso de esa naturaleza sólo será procedente si reúne los siguientes requisitos: I. Que se presente oportunamente; II. Que en la demanda se haya planteado la inconstitucionalidad de una Ley o la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal y en la sentencia se hubiera omitido su estudio o en ella se contenga alguno de esos pronunciamientos; y III. Que el problema de constitucionalidad referido entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia a juicio de la Sala respectiva de la Suprema Corte; en el entendido de que un asunto será importante cuando de los conceptos de violación (o del planteamiento jurídico, si opera la suplencia de la queja deficiente) se advierta que los argumentos o derivaciones son excepcionales o extraordinarios, esto es, de especial interés; y será trascendente cuando se aprecie la probabilidad de que la resolución que se pronuncie establezca un criterio que tenga efectos sobresalientes en materia de constitucionalidad; por el contrario, deberá considerarse que no se surten los requisitos de importancia y trascendencia cuando exista jurisprudencia sobre el tema de constitucionalidad planteado, cuando no se hayan expresado agravios o cuando, habiéndose expresado, sean ineficaces, inoperantes, inatendibles o insuficientes, siempre que no se advierta queja deficiente que suplir y en los demás casos análogos a juicio de la referida Sala, lo que, conforme a la lógica del sistema, tendrá que justificarse debidamente".

En torno a la procedencia del recurso de revisión, la parte recurrente expresó los siguientes argumentos:

I. Que el Tribunal Colegiado llevó a cabo la interpretación directa de los artículos 14, segundo párrafo, 107, fracciones V y VII; y 133 de la

Constitución General de la República. Dice la recurrente que en el primer considerando de la sentencia impugnada, el Tribunal Colegiado realizó un análisis gramatical, lógico y sistemático de dichas disposiciones, y que con ello intentó desentrañar su sentido y alcance, al definir sus efectos y delimitar los conceptos "sentencias definitivas" y "resoluciones que ponen fin al juicio", entre otros mandatos constitucionales.

II. Que el Tribunal Colegiado, al interpretar dichos preceptos constitucionales, hizo hincapié en los diferentes supuestos de procedencia del juicio de amparo, analizó la naturaleza del arbitraje comercial, examinó los procedimientos de nulidad de laudo arbitral, definió lo que, en su criterio es "un verdadero juicio", delimitó las formalidades esenciales y "requisitos que informan un verdadero juicio"; definió la naturaleza del incidente y del acto reclamado, para establecer su "supuesta competencia", al sostener que la sentencia de nulidad de laudo, tiene la calidad de definitiva, y que por ello debió ser impugnada en amparo directo.

III. Que la interpretación efectuada por el Tribunal Colegiado es directa, en tanto que no existe jurisprudencia que haya definido que la sentencia interlocutoria dictada en el incidente de nulidad de laudo arbitral constituya una sentencia definitiva, que pone fin al juicio en términos del artículo 107, fracción V, constitucional; que tampoco existe jurisprudencia que determine que dicho incidente, previsto en el Código de Comercio, tenga la naturaleza de juicio; y que la cita de los criterios jurisprudenciales a los que se refirió no resuelven el caso concreto.

IV. Que la interpretación directa que realizó el Tribunal Colegiado es de importancia y trascendencia, en tanto que del planteamiento jurídico que desarrolla el a quo se advierte que los planteamientos son excepcionales y de especial interés, dado su carácter extraordinario, en la medida que involucra la competencia para conocer del juicio de amparo contra una sentencia dictada en un incidente de nulidad de un laudo arbitral emitido con apoyo en tratados internacionales de los que México es parte.

Dice la recurrente que está fuera de lo común que un Tribunal Colegiado sostenga que lo que el legislador llamó incidente de nulidad de laudo arbitral, no lo sea, sino que se trata de un juicio principal, lo cual genera

un especial interés en el medio jurídico mexicano y en la comunidad de negocios del país, quienes tienen un gran interés en saber cuál es la concepción respecto de la naturaleza del arbitraje y de la procedencia del juicio de amparo contra una resolución dictada en un incidente de nulidad de laudo arbitral.

Dice la recurrente que lo anterior tiene relevancia jurídica, toda vez que la tramitación del incidente espejo, de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, ha sido definido jurisprudencialmente como un incidente, contra el que procede el amparo indirecto.

V. Que el criterio fijado por el Tribunal Colegiado tiene trascendencia por la alta probabilidad de que la resolución que aquí se dicte fije un criterio con efectos sobresalientes, en materia de constitucionalidad, relacionado con la competencia para conocer de una resolución dictada en un incidente de nulidad de laudo arbitral, involucrando la interpretación del artículo 107 constitucional, con lo que el Tribunal Colegiado generó una indefinición competencial inapropiada, porque va más allá de los límites constitucionalmente establecidos.

La recurrente señala que no existe en la especie un caso análogo decidido por las Salas o el Pleno de este Máximo Tribunal, y que por otro lado, el criterio sustentado por el Tribunal Colegiado es contrario a la jurisprudencia 32/93, cuyo rubro es:

"LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO".

Argumenta la recurrente que lo anterior tiene relevancia jurídica, porque conforme a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York en 1958, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá en 1975, el incidente de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral y el incidente de nulidad de laudo arbitral, son procedimientos "espejo", que se promueven y se tramitan de la misma manera, razón por la que si se ha concedido a los Jueces de

Distrito, la competencia para conocer de la sentencia dictada en el incidente de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, entonces la interpretación directa establecida por el Tribunal Colegiado, respecto de su competencia para conocer de la sentencia dictada en el incidente de nulidad de laudo arbitral, resulta contraria a la jurisprudencia vigente.

VI. Que es incorrecto el pronunciamiento que, sobre su propia competencia hizo el Tribunal Colegiado, al interpretar el concepto "juicio", contenido en las fracciones V y VII del artículo 107 constitucional, y asimilarlo al concepto "juicio", expresado sólo para efectos de las formalidades esenciales del procedimiento a las que se refiere el artículo 14 constitucional, que concluye con una decisión vinculante.

Dice la recurrente que la palabra juicio contenida en el citado artículo 14, sólo es una referencia a la existencia de un procedimiento, pero que no por ello constituye una definición procesal específica de "juicio", por ello aduce que dicha interpretación, relacionada con los conceptos de juicio, sentencia definitiva o resolución que pone fin al juicio, es desmedida y contraria a la lógica constitucional.

VII. Que un juicio, de ninguna manera es un incidente y que la nulidad de un laudo arbitral debe ser solicitada y tramitada como una cuestión incidental, y que debe tomarse en cuenta que, para efectos procesales, los términos juicio e incidente no son lo mismo, no tienen los mismos alcances, ni la misma materia, ni los mismos efectos. Por ende, las sentencias definitivas no pueden confundirse con las interlocutorias, no sólo porque aquéllas se dictan en un juicio y éstas es un incidente, sino porque sus materias son distintas.

La recurrente argumenta que el Poder Constituyente, en el artículo 107, fracción V, constitucional, estableció que los tribunales colegiados de circuito sólo tienen competencia para resolver los juicios de amparo directo que se promuevan en contra de las sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin a un juicio, esto es, a un juicio en lo principal. El propio Constituyente estableció que los actos por los que no se pone fin a un juicio en lo principal, ya sea porque no ha culminado o ya culminó pero se dictó una resolución fuera de él o simplemente no existe en el caso, son atacables en la vía del amparo indirecto. La

necesidad de que el acto de autoridad deba ser definitivo para el efecto de que pueda ser reclamado en juicio de amparo. No debe confundirse con el concepto de sentencia definitiva o resolución que pone fin a un juicio a que se refiere la fracción V del artículo 107 constitucional, ya que se trata de conceptos distintos.

VIII. Que el problema jurídico abordado por el Tribunal Colegiado, obliga a analizar el principio de definitividad para los efectos del juicio de amparo, ya que un incidente no es lo mismo que un juicio, y una sentencia interlocutoria no es igual que una definitiva, o que una resolución que pone fin al juicio, aunque ésta sea también un acto definitivo. Por ello, la materia incidental no queda dentro del supuesto de la fracción V del artículo 107 constitucional.

La recurrente argumenta que la interpretación directa que realizó el Tribunal Colegiado, y la confusión de conceptos generó una indebida ampliación de su competencia, ya que dejó de tomar en cuenta que el juicio arbitral es aquél respecto del cual el incidente de nulidad de laudo arbitral resulta incidental o accesorio, y que una cuestión diferente es que ese laudo sea o no ejecutable por si mismo y que los árbitros sean o no autoridades para los efectos del amparo.

IX. Que la interpretación constitucional que hizo el Tribunal Colegiado es incorrecta, porque deriva de una confusión de conceptos y de una ilógica apreciación de la materia regulada por el constituyente, al darle la categoría de juicio al incidente de nulidad de laudo arbitral.

Dice la recurrente que existe error y contradicción en la sentencia del Tribunal Colegiado al afirmar que el laudo y su homologación son un binomio indisoluble, ya que eso no se desprende ni de la doctrina, ni de las dos tesis a las que aludió el Tribunal Colegiado, quien afirma que el laudo sólo adquiere el carácter de acto jurisdiccional y de sentencia definitiva hasta que es homologado, lo cual conduce a sostener que si la nulidad se pide antes de que eso ocurra, entonces el laudo no alcanzó el carácter de sentencia, y por lo tanto la nulidad que respecto de él se decrete no sería impugnable en amparo directo.

Al respecto, en la sentencia recurrida, el Tribunal Colegiado expresó las consideraciones que enseguida se sintetizan:

Sostuvo que, conforme al artículo 94 constitucional, tiene la facultad de examinar si el juicio de amparo sujeto a revisión, corresponde o no a la competencia del Juez de Distrito, o debió corresponder al propio Tribunal Colegiado.

Después de transcribir los artículos 107, fracción V, inciso c), de la Constitución General de la República, 44, 46 y 158, de la Ley de Amparo; 37, fracción I, inciso c), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, sostuvo que el Tribunal Colegiado es competente para conocer, en amparo directo, de sentencias, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio.

Señaló que, en términos del artículo 107, fracción VII, constitucional y artículo 114, fracción I, de la Ley de Amparo, y 54, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, corresponde a los jueces de Distrito conocer del amparo indirecto, promovido contra actos dentro de juicio, cuya ejecución sea irreparable; contra actos fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a personas extrañas.

Se refirió al acto reclamado consistente en la sentencia dictada por el Juez Sexagésimo Tercero de lo Civil del Distrito Federal, dentro del incidente de nulidad de laudo arbitral, en contra de la cual, tanto Grupo Radio Centro, como Infored, promovieron amparo indirecto.

Destacó que dicho acto reclamado fue dictado en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral, y que dicho laudo fue dictado por un tribunal de arbitraje, quien actuó en términos de las cláusulas del compromiso arbitral.

Precisó que se trató de un arbitraje de carácter privado, sin participación del poder público. Luego, el Tribunal Colegiado analizó la naturaleza jurídica del arbitraje a la luz de las teorías contractualista y jurisdiccionalista.

Se refirió al contenido de la Contradicción de Tesis 21/93, en la que se estableció que el juicio arbitral se tramita ante personas que no son jueces del Estado, sino que se trata de particulares ventilando cuestiones de derecho privado.

Puntualizó que “el laudo homologado por la autoridad judicial

constituye una verdadera sentencia firme y definitiva que ha puesto fin al juicio correspondiente".

Señaló que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que si sólo se reclama el laudo homologado es procedente el amparo directo, en términos de la jurisprudencia de rubro: "LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y

EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO".

El Tribunal Colegiado sostuvo que los actos desplegados por los árbitros carecen de imperio, su función no implicó ejercicio jurisdiccional. Que el laudo alcanza la calidad de sentencia jurisdiccional por medio del auto de homologación, constituyendo así un binomio indisoluble.

Entró al análisis de los procedimientos de nulidad, así como del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, regulados en los artículos 1449 a 1451, y 1457 a 1463, del Código de Comercio. Señaló que una vez dictado el laudo arbitral, por regla general, el Tribunal que lo dictó cesa en sus funciones, aunque cualquiera de las partes puede solicitar aclaración o el dictado de un laudo adicional que se ocupe de las cuestiones omitidas. Precisó que las partes pueden solicitar su nulidad o su reconocimiento (homologación) y ejecución, en forma incidental, con lo que el laudo adquiere la categoría de sentencia jurisdiccional.

El Tribunal Colegiado sostuvo que la acción de nulidad del laudo arbitral presupone que éste no ha alcanzado el rango de acto jurisdiccional, debido a que el laudo no ha sido homologado. Puntualizó que en contra del laudo arbitral no existe previsto un recurso ordinario, "por lo que en ese sentido se trataría de una determinación firme ... por tanto, la sentencia que recaiga en el mencionado incidente, deberá considerarse como definitiva por alcanzar el rango de cosa juzgada".

Abundó y dijo que se trata de una resolución definitiva porque la declaratoria de nulidad extingue los efectos vinculativos del laudo; y que al asemejarse a los medios de impugnación extraordinarios reservados

para pedir la invalidez de un procedimiento con autoridad de cosa juzgada, participa así de la naturaleza de la nulidad de juicio concluido.

Sostuvo que en el presente caso, se cumplen todos los requisitos que informan un verdadero juicio, sin que la inimpugnabilidad a través de recurso ordinario haga perder la naturaleza de juicio, con lo que concluyó que la sentencia que se dicte en el incidente de nulidad de laudo arbitral, al tener la calidad de sentencia definitiva, puede ser reclamada en amparo directo; consecuentemente, declaró insubsistente la sentencia del Juez de Distrito y el Tribunal Colegiado sostuvo su competencia para resolver el asunto en única instancia.

En ese contexto, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que, en la especie, el recurso de revisión es procedente por las razones que se expresan a continuación:

Ya quedó establecido que el recurso de revisión en amparo directo, en términos de los artículos 107, fracciones V y IX, constitucional, y artículo 83, fracción V, de la Ley de Amparo, procede cuando en la sentencia recurrida el Tribunal Colegiado se pronuncia respecto de la constitucionalidad de una Ley, o establece la interpretación directa de algún precepto de la Constitución General de la República.

De la sentencia recurrida se desprende que el Tribunal Colegiado sí realizó un análisis e interpretación analógica, gramatical y sistemática de los artículos 14, segundo párrafo, y 107, fracciones V y VII, constitucionales. En dichas disposiciones se establece lo siguiente:

"Artículo 14.- ... (segundo párrafo). Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho".

"Artículo 107.- ... (fracción V). El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el Tribunal Colegiado que corresponda ... (fracción VII) El amparo contra actos en juicio, fuera de juicio o después de concluido, o que afecten a

personas extrañas al juicio, contra Leyes o contra actos de autoridad administrativa, se interpondrá ante el Juez de Distrito ...".

En torno a la actividad interpretativa, particularmente por lo que se refiere a normas jurídicas, resulta pertinente precisar lo siguiente:

Interpretar, en un sentido general, significa explicar, esclarecer y por ende descifrar el sentido de alguna cosa, desentrañar el sentido de una expresión, para descubrir lo que significa el sentido de esa expresión.

Partiendo de la anterior idea, interpretar una Ley, es descubrir el sentido que encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, investigar lo que quiso decir o al sentido lingüístico de las palabras que el legislador utiliza o al sentido lógico objetivo de la Ley como expresión del derecho, si se pretende que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos.

A la interpretación de las normas constitucionales pueden concurrir las reglas generales destacadas, pero dadas las especiales características derivadas de su materia, de su carácter supremo, del órgano que las crea y modifica entre otros, existen aspectos peculiares en la interpretación de las normas constitucionales, que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos, para poder percatarse del significado de la norma constitucional.

El Tribunal Pleno se ha manifestado al respecto, en la siguiente jurisprudencia:

Octava Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: VIII, noviembre de 1991
Tesis: P./J. 46/91
Página: 39

"REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA, EXISTE CUANDO A TRAVÉS DE ELLA SE DETERMINAN EL SENTIDO Y EL

ALCANCE JURÍDICOS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO O SISTEMÁTICO. Para determinar si en la sentencia de un juicio de amparo directo se efectúa la interpretación directa de un precepto constitucional, no basta que el Tribunal Colegiado de Circuito lo invoque o lo aplique en su sentencia, sino que es necesario que dicho Tribunal desentrañe y explique el contenido de la norma constitucional, determinando su sentido y alcance con base en un análisis gramatical, histórico, lógico o sistemático. Por consiguiente, si la sentencia recurrida no contiene ninguna interpretación en estos términos, no se da el presupuesto necesario para la procedencia del recurso de revisión en el amparo directo".

En el mismo sentido, la Tercera Sala en la anterior integración sostuvo la siguiente jurisprudencia:

Octava Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo: III, Primera Parte, enero a junio de 1989 Tesis: 3a./J. 28 11/89
Página: 397

"REVISIÓN EN CONTRA DE UNA SENTENCIA DICTADA EN AMPARO DIRECTO, POR INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE SI EN LA MISMA SE REALIZA UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO, SISTEMÁTICO O JURÍDICO DEL MISMO. Para determinar si en la sentencia de un juicio de amparo directo existe o no interpretación directa a un precepto constitucional, no basta que la parte inconforme con dicho fallo manifieste que en la citada resolución el Tribunal Colegiado de Circuito hizo tal interpretación, sino que es necesario que, efectivamente, se interprete el sentido y/o el alcance de algún precepto constitucional. Por consiguiente, si la sentencia referida no contiene ninguna interpretación de algún precepto constitucional, por no hacerse ningún análisis gramatical, histórico, lógico, sistemático o jurídico de algún precepto de la Constitución General de la República, no se da dicho presupuesto para la precedencia del recurso de revisión".

Como se ve, el criterio constante sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a los diversos métodos de análisis e interpretación, es en el sentido de que ésta existirá cuando se realiza

cualquiera de las referidas formas de interpretación, pero no necesariamente todas en un mismo análisis de la norma, pues basta con la utilización de uno de los métodos de interpretación para estimar que se cumple con el requisito constitucional de procedencia del recurso de revisión en amparo directo.

Al analizar dichas disposiciones constitucionales, el Tribunal Colegiado estableció el alcance de los conceptos, sentencias definitivas, laudos y resoluciones que ponen fin al juicio, con el propósito de delimitar la procedencia del amparo directo a fin de poder justificar su competencia para conocer del asunto de mérito, previa declaratoria de insubsistencia de la sentencia que había dictado el Juez de Distrito, al conocer de sendos amparos indirectos promovidos por las partes.

En efecto, al interpretar los referidos preceptos constitucionales, el Tribunal Colegiado hizo hincapié en los diferentes supuestos de procedencia del amparo, con base en lo que al efecto establecen los artículos 44, 46 y 158, de la Ley de Amparo, así como los diversos 114, fracción I, de la propia Ley, y 54, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

El Tribunal Colegiado partió de la base consistente en que el acto reclamado lo constituye la sentencia dictada por el Juez Sexagésimo Tercero de lo Civil en el Distrito Federal quien, en la vía incidental, declaró la nulidad del laudo arbitral, cuya legalidad y validez aún se encuentra subjudice. No obstante que reconoció que dicho laudo provino de un procedimiento de carácter privado, destacó que una vez homologado por la autoridad judicial constituye una sentencia firme y definitiva.

En esa tesitura, el Tribunal Colegiado reconoció que los actos desplegados por los árbitros carecen de imperio, porque no ejercen una función jurisdiccional, y sobre esas bases analizó el procedimiento de nulidad de laudo arbitral que se tramita en forma incidental. Con ello sostuvo que la acción de nulidad presupone que el laudo arbitral no ha alcanzado el rango de sentencia definitiva, pero que debido a que no existe previsto en Ley ningún recurso ordinario para impugnar dicho laudo, se le considera como una determinación firme y sostuvo que la sentencia que resuelve el referido incidente de nulidad, según su

apreciación debe considerarse como definitiva, con el rango de cosa juzgada.

En ese orden de ideas, el Tribunal Colegiado precisó que la resolución que declaró la nulidad del laudo arbitral es una sentencia definitiva, porque fue dictada en un procedimiento en el que se cumplieron todos los requisitos de un verdadero juicio, y concluyó que dicha sentencia, al tener carácter definitivo, puede ser reclamada en amparo directo.

Lo anterior pone de manifiesto que el Tribunal Colegiado sí realizó una interpretación analógica, gramatical y sistemática de las referidas disposiciones constitucionales, en tanto que conforme a su criterio, definió o estableció lo que debía entenderse como un verdadero juicio, así como los requisitos que lo conforman. Definió la naturaleza del incidente y del acto reclamado a fin de justificar su competencia, al sostener que la sentencia de nulidad del laudo arbitral, según el Tribunal Colegiado, tiene la calidad de definitiva y que por ello debió ser impugnada mediante el amparo directo.

Este Tribunal Pleno considera que la actuación del Tribunal Colegiado sí conlleva la interpretación directa de las referidas disposiciones constitucionales, en tanto que no existe pronunciamiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se hubiese definido que una resolución dictada en un incidente de nulidad de laudo arbitral, constituya una sentencia definitiva para los efectos del amparo. En esa medida y atento a las referidas consideraciones se concluye que el presente recurso de revisión sí resulta procedente, en tanto que según ha quedado explicado, el Tribunal Colegiado sí realizó la interpretación directa del artículo 107, fracción V, constitucional, que establece la procedencia del amparo directo contra "sentencias definitivas, laudos o resoluciones que ponen fin al juicio".

Al respecto, resulta ilustrativa la jurisprudencia de la Primera Sala de este Alto Tribunal, cuyos datos de localización y texto son los siguientes:

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXI, abril de 2005

Tesis: 1a./J. 34/2005
Página: 631

"REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN 'INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL' COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a propósito de definir lo que se entiende por interpretación directa de un precepto constitucional, emitió la tesis de jurisprudencia P./J. 46/91, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo VIII, noviembre de 1991, página 39, de rubro: 'REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL, COMO SUPUESTO DE PROCEDENCIA, EXISTE CUANDO A TRAVÉS DE ELLA SE DETERMINAN EL SENTIDO Y EL ALCANCE JURÍDICOS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL SOBRE LA BASE DE UN ANÁLISIS GRAMATICAL, HISTÓRICO, LÓGICO O SISTEMÁTICO.'. Ahora bien, si se toma en cuenta que "interpretar", en términos generales, significa explicar, esclarecer y, por ende, desentrañar el sentido de alguna cosa o de una expresión para descubrir lo que significa, y que "interpretar una Ley" es revelar el sentido que ésta encierra, ya sea atendiendo a la voluntad del legislador, al sentido lingüístico de las palabras que utiliza, o bien al sentido lógico objetivo de la Ley como expresión del derecho cuando se considera que el texto legal tiene una significación propia e independiente de la voluntad real o presunta de sus autores, que se obtiene de las conexiones sistemáticas que existan entre el sentido de un texto y otros que pertenezcan al ordenamiento jurídico de que se trata u otros diversos, se concluye que en la interpretación de las normas constitucionales, además de concurrir las reglas generales destacadas, y dadas las especiales características derivadas de su materia y carácter supremo del órgano que las crea y modifica, entre otros, existen aspectos peculiares en la interpretación de tales normas que también pueden tomarse en cuenta, como los factores políticos, históricos, sociales y económicos para entender su significado".

Una vez establecida la procedencia del recurso de revisión, debe ponerse de manifiesto que el referido medio de impugnación está encaminado a desvirtuar las consideraciones del Tribunal Colegiado, únicamente en lo que atañe al tema de constitucionalidad, en la medida en que dicho pronunciamiento le generó un agravio a la recurrente.

A este respecto, resulta pertinente puntualizar algunos antecedentes del presente asunto.

I. En mil novecientos noventa y ocho, por un lado, Grupo Radio Centro, y por otro Infored y José Elías Gutiérrez Vivó celebraron un "Contrato de prestación de producción de noticiarios, programas informativos y eventos especiales", en el que para la solución de las controversias derivadas del mismo, acordaron someterse al procedimiento de arbitraje previsto en la cláusula vigésima octava de dicho contrato, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

II. El siete de mayo de dos mil dos, Infored comunicó a Radio Centro, su decisión de dar por terminado el citado contrato, por incumplimiento de obligaciones contractuales, y le reclamó el pago de diversas cantidades que consideró se le adeudaban. En la misma fecha, Infored presentó ante la Corte Internacional de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional, una solicitud de inicio de arbitraje y el reclamo de las prestaciones señaladas.

III. Agotada la secuela arbitral, el treinta de enero de dos mil cuatro, el Tribunal Arbitral dictó el laudo final, en términos condenatorios para Grupo Radio Centro, en el que: A) Declaró la resolución del contrato, por incumplimiento por parte de Grupo Radio Centro; B) Ordenó el resarcimiento de los daños causados por Grupo Radio Centro a Infored; y C) Ordenó a Grupo Radio Centro pagar a Infored determinada cantidad, así como los gastos de arbitraje que fijó la misma Corte Internacional de Arbitraje. Posteriormente, el Tribunal Arbitral dictó un Addendum con aclaraciones y correcciones al laudo final.

IV. En el mismo año, Grupo Radio Centro demandó, en ejercicio de la acción de nulidad y del pacto de revisión, en la vía incidental civil, la nulidad del laudo arbitral. Ese mismo año, el Juez Sexagésimo Tercero Civil del Distrito Federal, a quien correspondió conocer de dicho incidente, dictó resolución en la que declaró la nulidad del laudo arbitral y negó a Grupo Radio Centro su reclamo por daños y perjuicios. Contra dicha resolución tanto Infored como Grupo Radio Centro promovieron demanda de amparo indirecto en contra de la sentencia referida en el párrafo anterior. De los relatados antecedentes se desprende que la decisión del Tribunal Colegiado, de dejar insubsistente la sentencia que

había dictado el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, evidentemente le causó agravio a la hoy recurrente, en virtud de que tanto ella como su contraparte habían impugnado, en amparo indirecto, la resolución recaída al incidente de nulidad del laudo arbitral, sus respectivos conceptos de violación estuvieron encaminados a cuestionar la legalidad de dicha resolución, razón por la cual no plantearon aspectos de inconstitucionalidad de alguna Ley o que involucraran la interpretación directa de una disposición constitucional. No obstante, de manera oficiosa, el Tribunal Colegiado determinó que, atento a la naturaleza del acto reclamado, debía quedar insubsistente todo lo actuado ante el Juez de Distrito y, después de un análisis analógico, gramatical y sistemático de lo dispuesto en el artículo 107, fracciones V y VII, constitucional, decidió asumir competencia para resolver el asunto como amparo directo, a pesar de que no fue así como las partes lo plantearon. En este contexto, con base en todos los elementos que han quedado puntualizados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluye que le asiste la razón a la recurrente, en el aspecto relativo a que el Tribunal Colegiado no debió dejar insubsistente la sentencia y todo lo actuado ante el Juez de Distrito, ya que su determinación de considerar que contra la resolución dictada en un **incidente** de nulidad de laudo arbitral procede el amparo directo, resultó equivocada, por las razones que enseguida se exponen. En la sentencia recurrida, el Tribunal Colegiado, después de desglosar el contenido de diversos artículos de la Ley de Amparo y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, relativos a la procedencia del juicio de amparo directo e indirecto y a la competencia de los Juzgados de Distrito y de los Tribunales Colegiados de Circuito para conocer de dichas instancias, analizó la naturaleza jurídica del acto reclamado así como del arbitraje, y concluyó que la resolución dictada en un incidente de nulidad de laudo arbitral es una sentencia definitiva para los efectos del amparo. Dicha conclusión del Tribunal Colegiado deviene inexacta por lo siguiente:

Los artículos 44, 46, 47 y 158, de la Ley de Amparo, establecen lo siguiente:

"Artículo 44.- El amparo contra sentencias definitivas o laudos, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, o contra resoluciones que pongan fin al juicio, se promoverá por conducto de la

autoridad responsable, la que procederá en los términos señalados en los artículos 167, 168 y 169 de esta Ley".

"Artículo 46.- Para los efectos del artículo 44, se entenderá por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal, y respecto de las cuales las Leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas.

También se considerarán como sentencias definitivas las dictadas en primera instancia en asuntos judiciales del orden civil, cuando los interesados hubieren renunciado expresamente la interposición de los recursos ordinarios que procedan, si las Leyes comunes permiten la renuncia de referencia.

Para los efectos del artículo 44, se entenderán por resoluciones que ponen fin al juicio, aquéllas que sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido, y respecto de las cuales las Leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas".

"Artículo 47.- Cuando se reciba en la Suprema Corte de Justicia un juicio de amparo directo del que debe conocer un Tribunal Colegiado de Circuito, se declarará incompetente de plano y se remitirá la demanda con sus anexos, al Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda. El Tribunal Colegiado de Circuito designado por la Suprema Corte de Justicia, conocerá del juicio sin que pueda objetarse su competencia.

Cuando se reciba en la Suprema Corte de Justicia un juicio de amparo indirecto, se declarará incompetente de plano y remitirá la demanda con sus anexos, al juez de Distrito a quien corresponda su conocimiento, quien conocerá del juicio sin que pueda objetarse su competencia, a no ser en el caso a que se refiere el artículo 51.

Si se recibe en un Tribunal Colegiado de Circuito un juicio de amparo del que deba conocer un juez de Distrito, se declarará incompetente de plano y remitirá la demanda, con sus anexos, al que corresponda su conocimiento, y el juez designado en este caso por el Tribunal Colegiado de Circuito, si se trata de un juzgado de Distrito de su jurisdicción, conocerá del juicio sin que pueda objetarse su competencia, a no ser en el caso a que se refiere el artículo 51. Si el juzgado de Distrito no pertenece a la jurisdicción del Tribunal

Colegiado de Circuito, podrá plantearse la competencia por razón del territorio, en los términos del artículo 52".

"Artículo 158.- El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones V y VI del artículo 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados.

Para los efectos de este artículo, sólo será procedente el juicio de amparo directo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales civiles, administrativos o del trabajo, cuando sean contrarios a la letra de la Ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales del Derecho a falta de Ley aplicable, cuando comprendan acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio, o cuando no las comprendan todas, por omisión o negación expresa.

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones, que no sean de imposible reparación, sobre constitucionalidad de Leyes, tratados internacionales o reglamentos, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda en contra de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pongan fin al juicio".

Resulta pertinente señalar que, paralelamente a la cuestión relativa a la definitividad de las sentencias, existe la diversa característica conocida como cosa juzgada, la cual se ha definido como el atributo, la calidad o la autoridad de definitividad que adquieren las sentencias. La cosa juzgada puede entenderse en dos sentidos: uno formal o procesal, y otro sustancial o material. El primero implica la imposibilidad de impugnación de una sentencia, bien porque no exista recurso contra ella, o porque se ha dejado transcurrir el término señalado para interponerlo. En el sentido sustancial, material o de fondo, la cosa juzgada alude al carácter irrebatible, indiscutible e inmodificable de la decisión reflejada

en la sentencia. En este sentido, puede afirmarse que la cosa juzgada es la verdad legal, es una verdad definitiva que ya no puede ser rebatida, desde ningún punto de vista y en ninguna oportunidad. Por lo tanto, el objetivo inmediato de la cosa juzgada es establecer el carácter definitivo de las situaciones jurídicas creadas o determinadas en la sentencia, de ahí la relevante importancia del principio de definitividad y la trascendencia jurídica de la obligación legal de agotar los recursos ordinarios. El Tribunal Colegiado, además de apoyarse en las características del arbitraje y de los procedimientos de nulidad o de homologación del laudo arbitral, sustentó su conclusión básicamente en tres consideraciones, a saber: A) Que en contra del laudo arbitral no se encuentra previsto ningún recurso ordinario; B) Que la resolución del incidente de nulidad de laudo, debe considerarse como definitiva, con carácter de cosa juzgada, porque en su contra tampoco procede recurso alguno; C) Que en el caso se cumplieron todos los requisitos que informan un verdadero juicio, sin que el rasgo de inimpugnabilidad le haga perder esa naturaleza. Esta última consideración, el Tribunal Colegiado la apoyó en la siguiente jurisprudencia de la Primera Sala de este Alto Tribunal:

Novena Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XXII, octubre de 2005
Tesis: 1a./J. 124/2005
Página: 103

"ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. EL PROCEDIMIENTO EN FORMA DE INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 185 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES TIENE LA NATURALEZA DE JUICIO Y, POR ENDE, LA SENTENCIA QUE LE PONE FIN ES IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL AMPARO DIRECTO. De los artículos 185 y 205 de la Ley General de Sociedades Mercantiles se advierte la existencia de una acción judicial tendente a obtener de parte del Juez la convocatoria a una asamblea general de accionistas, la cual se tramita mediante un juicio contradictorio seguido conforme a las reglas procesales de los incidentes previstos en el Código de Comercio, donde la parte actora es el titular incluso de una sola acción de la empresa -en los casos expresamente señalados en la Ley citada- y el demandado puede ser el administrador, el consejo de administración o los

comisarios, a quienes se les correrá traslado, los cuales en virtud de la determinación que en sentencia definitiva se dicte sobre la procedencia de la convocatoria a tal asamblea, que ellos en particular fueron renuentes a celebrar, quedan vinculados a acatarla; procedimiento judicial que al tomar la forma de los incidentes que regula el mencionado código, da a la demandada la oportunidad de oponerse a la solicitud, ofrecer pruebas y alegar, e incluso impugnar la determinación correspondiente, características propias del debido proceso que exige la garantía de seguridad jurídica de audiencia prevista en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de ahí que la sentencia que se dicte en el juicio es susceptible de reclamarse en amparo directo, previa satisfacción del principio de definitividad, en términos del artículo 158 de la Ley de Amparo".

Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que el solo hecho de que ni contra el laudo arbitral, ni contra la resolución que declaró su nulidad, proceda algún recurso, no convierte a dicha resolución en una sentencia definitiva para los efectos del amparo, lo anterior, con independencia de que en la substanciación de dicho incidente se hayan observado o no los requisitos y formalidades de un verdadero juicio. Debe tomarse en cuenta que el arbitraje es un medio jurídico de arreglo de litigios, basado en la voluntad de las partes, que eligen a particulares a quienes se les confía la toma de una decisión de suyo obligatoria. En todo caso, lo que buscan las partes que se someten al arbitraje es la rapidez, la economía, la imparcialidad, etcétera. El arbitraje, como negocio jurídico, en gran medida sustituye a la jurisdicción civil del Estado, por ello el auténtico arbitraje es el que participa de la voluntad de los sujetos obligados, quienes acuden a él buscando evitar un procedimiento ante los Tribunales, que puede resultar lento, complicado, costoso, demasiado formal y sin la especialización que las partes esperarían de un Tribunal. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá, 1975), se refiere al arbitraje como el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral, las diferencias que pudieran surgir o que hayan surgido entre ellas, con relación a un negocio de carácter mercantil. El laudo arbitral constituye la decisión tomada por el árbitro o por un tribunal arbitral, encaminada a resolver el conflicto de intereses que llevó a las partes a someterse a dicha decisión arbitral. Dicho laudo no es propiamente una sentencia,

sino que es simplemente una resolución que pone fin a un procedimiento arbitral, llevado a cabo con motivo de un compromiso inter-partes, quienes previamente acordaron o convinieron en someterse a ese procedimiento y a dicha decisión que, una vez tomada, les obliga. No obstante, en el propio compromiso arbitral, generalmente se establecen las causas por las que una de las partes podría oponerse a la ejecución del laudo, para el caso de que éste hubiese sido homologado y con ello elevado a la categoría de acto jurisdiccional, cuando ese requisito sea legalmente indispensable para su ejecución. Al respecto, resulta ilustrativo y orientador el contenido de los artículos 1457 y 1460 del Código de Comercio, ubicados en el Capítulo VIII, denominado "De la nulidad del laudo":

"Art. 1,457. Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando:

I. La parte que intente la acción pruebe que:

a). Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana;

b). No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

c). El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d). La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la

controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público".

"Art. 1,460. El procedimiento de nulidad se sustanciará incidentalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

La resolución no será objeto de recurso alguno".

Es cierto que, por regla general, los incidentes se tramitan en forma de juicio, con una demanda o solicitud inicial, cuya copia sirve para correr traslado a la contraparte a fin de que ésta conteste, se pasa luego a un periodo de ofrecimiento y desahogo de pruebas, se oyen alegatos y se dicta una resolución que se conoce como sentencia interlocutoria. Sin embargo, ésta sola circunstancia no determina la procedencia del amparo directo, en virtud de que, de acuerdo con los antecedentes del caso, antes de que el laudo arbitral fuera homologado, mediante un procedimiento incidental similar, fue demandada su nulidad debido a que la parte promovente de dicho incidente consideró que durante la substanciación del procedimiento arbitral se cometieron determinadas irregularidades que trascendieron a la decisión arbitral, razones por las cuales solicitó la nulidad. Debe ponerse de manifiesto que el procedimiento previsto en el artículo 1457 del Código de Comercio —incidente de nulidad de laudo arbitral— no se instaura en el ejercicio de una acción personal, ni real ni del estado civil, pues su objeto —nulificar un laudo— no es ni equivale a hacer efectivo un derecho personal, ni uno real, ni está referido al estatuto civil de la persona física. En ese orden, la sentencia con la que culmina dicho incidente no puede reputarse igual a las que ponen fin a juicios del orden civil. Por sentencia definitiva para el amparo directo, se entiende la que decide el juicio en lo principal, estableciendo el derecho en cuanto a la acción y la excepción que hayan motivado la litis- contestatio. Esta definición (netamente jurisprudencial), si bien implica que en materia civil sólo se permite la procedencia del amparo directo cuando el acto reclamado (la sentencia definitiva) pone fin a un juicio en el que se hicieron valer ciertas pretensiones al cobijo de cierta clase de acciones. El sistema de competencia por materia en amparo directo es un sistema complejo, que encuentra su base en la Constitución Federal, y ésta remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para su detalle. La

Constitución define la materia; la Ley Orgánica, con base en ello, dispondrá la competencia. Prescindiendo de las materias penal, laboral y administrativa, que no incumben al presente caso: la materia civil se define constitucionalmente en función de un parámetro suficientemente claro, como para concluir que la resolución que pone fin al incidente de nulidad del laudo arbitral no es una sentencia definitiva civil que pone fin al juicio, para efectos de la procedencia del amparo directo. La materia del amparo directo se determina según la naturaleza de la acción de la que emanen las sentencias que constituyen el acto reclamado, sin que en principio cuente la índole del Tribunal que las hubiera dictado ni la forma del procedimiento. La materia civil se define en función de la clase de asunto de la que derive el acto reclamado —juicios del orden civil, bien del fuero federal o bien del común, y juicios mercantiles—. Así, para que se repute de materia civil a una sentencia definitiva o resolución que pone fin a juicio, el requisito que debe satisfacerse es el de que haya sido dictada en un juicio civil federal, civil local o mercantil. Esta clase de juicios, según se ha visto, derivan del ejercicio de acciones civiles o mercantiles y son del conocimiento de tribunales judiciales, bien federales o bien de las entidades federativas y del Distrito Federal. Así las cosas, resulta que si el incidente de nulidad del laudo arbitral no nace del ejercicio de una acción civil (personal, real o del estado civil) aun cuando culmine con una resolución contra la cual no procede recurso, ésta no podrá reputarse como sentencia definitiva por la que se pone fin a juicio para los efectos de la procedencia del amparo directo. En la especie, debe considerarse que la resolución que declaró la nulidad del laudo arbitral, en las condiciones apuntadas, no constituye un supuesto de procedencia del amparo directo, en los términos previstos en el artículo 158, de la Ley de Amparo, porque dicha resolución no tiene la característica de ser una sentencia definitiva para los efectos del amparo directo, pues en todo caso, dicha interlocutoria constituye la última resolución dictada en un procedimiento incidental ventilado ante una autoridad jurisdiccional, situación que se equipara a la hipótesis prevista en la fracción III del artículo 114, de la Ley de Amparo, que literalmente señala lo siguiente:

"Art. 114.- ... III. Contra actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo ejecutados fuera de juicio o después de concluido.
Si de trata de actos de ejecución de sentencia, sólo podrá promoverse el

amparo contra la última resolución dictada en el procedimiento respectivo, pudiendo reclamarse en la misma demanda las demás violaciones cometidas durante ese procedimiento, que hubieren dejado sin defensa al quejoso. Tratándose de remates, sólo podrá promoverse el juicio contra la resolución definitiva en que se aprueben o desaprueben".

No obstante, que el laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva para los efectos del amparo, sí es la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, lo cual permite establecer que la resolución dictada en el incidente de nulidad del laudo arbitral debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por ende, la resolución recaída al incidente, **por equiparación,** constituye la última resolución dictada en el procedimiento que inició con una etapa arbitral y culminó con una fase jurisdiccional en la que se busca, bien la homologación o bien la nulidad del laudo. Consecuentemente, en ese caso, debe estimarse que se actualiza, de manera analógica, el supuesto de procedencia del amparo indirecto, previsto en el artículo 114, fracción III, de la Ley de Amparo, pudiéndose reclamar no sólo la resolución recaída al incidente, sino también las demás violaciones cometidas dentro de dicho procedimiento incidental, como de hecho aconteció en la especie. Este Tribunal Pleno ha delimitado el sentido de la expresión **"última resolución",** indicando que ésta debe ser entendida como aquélla en la que se aprueba el cumplimiento de una resolución o sentencia; o en la que se declara la imposibilidad de darle cumplimiento. El contenido íntegro de la referida jurisprudencia es el siguiente:

Novena Época
Instancia: Pleno
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XIII, abril de 2001
Tesis: P./J. 32/2001
Página: 31

"AMPARO INDIRECTO. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN 'ÚLTIMA RESOLUCIÓN', A QUE SE REFIERE EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA. La referida disposición exige para la impugnación de los actos dictados en un procedimiento de ejecución de sentencia, como presupuesto de procedencia de la vía indirecta, que se reclame la última resolución dictada en dicho

procedimiento. Ahora bien, este requisito tiene como finalidad, de conformidad con lo previsto en la exposición de motivos de la Ley citada, evitar que se abuse del juicio de garantías, lo que se obtiene si la procedencia de éste contra violaciones sufridas en la ejecución de una sentencia, se limita a la impugnación de la 'última resolución' que se dicte en esa fase ejecutiva, resolución que debe ser entendida como aquélla en la que se aprueba o reconoce de manera expresa o tácita el cumplimiento total de la sentencia o se declara la imposibilidad material o jurídica para darle cumplimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 113 de la legislación invocada, al que se acude en forma analógica, ante la inexistencia de otro ordenamiento que proporcione una interpretación diferente".

En esta tesitura, debe entenderse que el procedimiento incidental de homologación, con su respectiva resolución, equivale al reconocimiento expreso de la procedencia del cumplimiento y ejecutabilidad del laudo arbitral y, de la misma manera, debe estimarse que la resolución incidental que declara la nulidad del laudo arbitral, equivale a la decisión jurisdiccional que declara la imposibilidad material o jurídica para darle cumplimiento a dicho laudo. Similares consideraciones tomó en cuenta la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al emitir la siguiente jurisprudencia:

Octava Época
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Tomo: 72, diciembre de 1993
Tesis: 3a./J. 32/93
Página: 41

"LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO. Cuando se reclama en juicio de garantías un laudo arbitral homologado a los acuerdos tendientes a declararlo, así como los actos de ejecución con relación al mismo, el procedente es el juicio de amparo indirecto ante los Jueces Federales, atento lo que al respecto dispone el artículo 114, fracción III, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, ya que por la complejidad de los mismos actos que se impugnan no se está en el caso de la sola sentencia

definitiva que constituye el laudo arbitral homologado, para reclamarlo en amparo directo, conforme al señalamiento del artículo 158 del mismo cuerpo legal".

Lo anterior lleva a considerar que, como ocurrió en la especie, si después de emitido el laudo arbitral éste fue impugnado y declarado nulo, dicha circunstancia obliga a considerar que no se surten las hipótesis de procedencia del amparo directo, porque en todo caso debe atenderse a la especial naturaleza jurídica del arbitraje, al hecho relevante de las impugnaciones del laudo arbitral, y a la naturaleza misma de los incidentes, en términos de la normatividad aplicable, según ha quedado explicado. Debe ponerse de manifiesto que el sentido que informa la tesis de rubro: "ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. EL PROCEDIMIENTO EN FORMA DE INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 185 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES TIENE LA NATURALEZA DE JUICIO Y, POR ENDE, LA SENTENCIA QUE LE PONE FIN ES IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL AMPARO DIRECTO", anteriormente transcrita, sostenida por la Primera Sala de este Alto Tribunal y que fue citada por el Tribunal Colegiado para apoyar su consideración, no es aplicable al caso específico que aquí se discute. En efecto, dicha tesis está referida al ejercicio de una acción encaminada a obtener la convocatoria a una asamblea de accionistas, lo cual nada tiene que ver con el procedimiento incidental de impugnación de un laudo arbitral o con la especial naturaleza del arbitraje. El único elemento en común es que ambos se tramitan en la vía incidental, pero ese sólo hecho no determina la procedencia del amparo directo, pues ello implicaría soslayar las diferentes cuestiones que derivan del procedimiento arbitral, de la impugnación del laudo y de los efectos jurídicos de su homologación o de la declaratoria de nulidad, en los términos que han sido explicados. Consecuentemente, deviene inexacta la conclusión del Tribunal Colegiado, en el sentido de que la resolución que declaró la nulidad del laudo arbitral, al ser una sentencia definitiva, puede ser reclamada en amparo directo, pues como ya quedó puntualizado, debe atenderse a las específicas características del arbitraje, a la naturaleza jurídica del laudo arbitral, a los efectos legales que produce la declaratoria de nulidad o de homologación, según ha quedado precisado, así como a las reglas para la tramitación de dichos incidentes, en términos de la normatividad aplicable.

En efecto, las consideraciones del Tribunal Colegiado resultan jurídicamente incorrectas, en la parte que equipara el concepto de "juicio" contenido en el artículo 107 constitucional, con la referencia que de ese concepto hace, de forma genérica el artículo 14 del mismo ordenamiento. Aun cuando el artículo 14 constitucional dice en su segundo párrafo que "nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento", ello no implica que ese artículo fije un concepto de "juicio" en el sentido procesal constitucional en que sí se pronuncia el 107 y, mucho menos, que pretenda definirlo como todo aquel proceso en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento. El artículo 14 constitucional regula el derecho de defensa y la garantía de un debido proceso legal. La palabra juicio se contiene en ese precepto únicamente como una referencia a la existencia de un procedimiento o proceso, pero no por ello puede interpretarse, como lo hace el Tribunal a quo, en el sentido de que implica una definición procesal específica de 'juicio', asimilable o aplicable a la que utiliza el artículo 107, constitucional, para los efectos del amparo. Más aún, existen multitud de actos de autoridad que igualmente se emiten y se producen en el contexto de un procedimiento, en el que por disposición del artículo 14 constitucional deben respetarse las formalidades esenciales del procedimiento (oportunidad de defensa, oportunidad probatoria, oportunidad de alegar y de recurrir) y no por ello adquieren automáticamente ni en forma alguna el carácter de sentencias definitivas o resoluciones que ponen fin a un juicio, para que en términos de la fracción V del artículo 107 de la norma suprema sean reclamables en amparo directo. De ahí que, conforme a lo que se viene sosteniendo, resulte incorrecta la consideración del Tribunal Colegiado en el sentido de que el "juicio" y las "sentencias o laudos o resoluciones que ponen fin a juicio" a que se refiere la fracción V del artículo 107, constitucional alcanzan y abarcan a los procedimientos tramitados en vía incidental de nulidad de laudo arbitral y a las sentencias interlocutorias.

La técnica procesal exige la distinción de dichos conceptos, para efectos de las competencias atribuidas y los procedimientos establecidos en la Constitución en materia de juicio de amparo, que es distinto del alcance

que el concepto juicio pueda tener respecto de la garantía de audiencia. Se trata, pues, de figuras procesales diferentes, que entrañan distintas causas, efectos y consecuencias, y cuya impugnación por la vía del amparo fue concebida y establecida en forma diferente por el Constituyente. Indudablemente, la lógica jurídica procesal está presente en la Constitución, pues la Ley Fundamental reconoce en el propio artículo 107, pero en su fracción VII, que existen actos que se emiten durante el juicio, fuera de juicio o una vez concluido éste, cuya impugnación es materia del amparo indirecto. No todas las resoluciones de una autoridad jurisdiccional son sentencias definitivas, sino que las hay de otra naturaleza, forma y efectos. Por ello sus impugnaciones a través del juicio de garantías se siguen en procedimientos y ante autoridades jurisdiccionales distintas. La interpretación gramatical, reconocida como prioritaria en términos del artículo 14 constitucional, in fine, impone la necesidad de que se atienda en primer lugar a la letra de la norma. Así, el significado de los términos, el rigor constitucional y la técnica jurídica procesal obligan a concluir que un juicio no es lo mismo que un incidente. Por ello, debe concluirse que la nulidad de un laudo arbitral, necesariamente debe ser solicitada y tramitada como una cuestión incidental, pues su marco de referencia es el juicio arbitral substanciado entre las partes y su materia no es otra que la determinación de validez o invalidez del laudo arbitral, emitido en función de que se actualicen o no las hipótesis taxativamente establecidas en la Ley, que sólo se refieren a cuestiones relativas al respeto del orden público y al aseguramiento de que las partes hubiesen tenido la oportunidad de defensa que para los juicios seguidos ante autoridad formalmente judicial se encuentra contemplada en el derecho aplicable. De ahí que, para efectos procesales, los conceptos de juicio e incidente no sean lo mismo; por ende, no tienen los mismos alcances, ni la misma materia, ni los mismos efectos. Por ello, si el artículo 107 constitucional, relativo al juicio de amparo, incluye en sus postulados la palabra "juicio", de ninguna manera puede interpretarse que se refiere y alcanza a los incidentes, más aún si se toma en cuenta que en el ordenamiento jurídico mexicano, la denominación de "sentencias interlocutorias" se utiliza para designar a las resoluciones judiciales que ponen fin a una cuestión incidental. Por lo tanto, las sentencias definitivas no pueden confundirse con las interlocutorias, no sólo porque aquéllas se dictan en un juicio y éstas en un incidente, sino

porque sus materias son distintas. Las primeras deciden el litigio en lo principal, en lo sustantivo; mientras que las segundas sólo se refieren a cuestiones adjetivas adicionales o accesorias.

Desde el punto de vista de su materia decisoria, la definitividad de un fallo consiste en que éste dirima la contienda fundamental, diciendo el derecho sobre la acción y sobre las defensas y excepciones opuestas, sin que se comprenda, dentro de dichos elementos, a las resoluciones que decreten el sobreseimiento del juicio respectivo, contra las que procede el amparo bi-instancial. Dicho procedimiento, a nivel del juicio de amparo se traduce en un medio de control de la legalidad sustantiva y de la legalidad procesal, para enmendar los errores "in judicando" e "in procedendo", que se hubiesen cometido en los juicios civiles, penales, administrativos o del trabajo. Por ello, al interpretar el texto constitucional, en todo caso debe considerarse la literalidad del mandato que contiene. En el caso, dichos significados y distinciones llevan a concluir que al regular el procedimiento del juicio de amparo, el Poder Constituyente estableció en el artículo 107, fracción V, constitucional, que los Tribunales Colegiados de Circuito sólo tienen competencia para resolver los juicios de amparo directo que se promuevan en contra de las sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin a un juicio, esto es, a un juicio en lo principal. El propio Constituyente estableció que los actos por los que no se pone fin a un juicio en lo principal, ya sea porque no ha culminado o ya culminó pero se dictó una resolución fuera de él o simplemente no existe en el caso, son atacables en la vía del amparo indirecto. La necesidad de que el acto de autoridad deba ser definitivo para el efecto de que pueda ser reclamado en juicio de amparo, ya sea porque no admita recurso o porque ya se hubiesen agotado los medios ordinarios de defensa que en su contra procedan, no debe confundirse con el concepto de sentencia definitiva o resolución que pone fin a un juicio a que se refiere la fracción V del artículo 107 constitucional, ya que se trata de conceptos distintos. De ahí que, como se ha venido sosteniendo si incidente no es lo mismo que juicio, y sentencia interlocutoria no es lo mismo que sentencia definitiva o resolución que pone fin a un juicio, por más que esa interlocutoria sea un acto definitivo para efectos de impugnación en juicio de amparo, entonces la materia incidental no encuadra dentro del supuesto de la fracción V del artículo 107 constitucional. Ello con mayor razón si se

considera que existe otra fracción del mismo artículo que sí incluye expresamente un género de actos en donde la naturaleza de los incidentes y las sentencias interlocutorias encuadran perfectamente, como lo es la fracción VII. Por ello los términos "juicio" o "resolución que pone fin al juicio", no pueden ser interpretados de la misma manera, ni tener el mismo alcance y sentido para el artículo 14 constitucional, que establece la garantía de audiencia; que para el 107, fracciones V y VII, que regulan el juicio de amparo. Todo lo antes dicho permite concluir que los incidentes de nulidad de laudo arbitral y las sentencias interlocutorias que los resuelven, por no existir en sí mismos, sino sólo en función de un juicio arbitral (que para esos efectos es el juicio principal), por no referirse a la integridad de una controversia sino solamente a una cuestión adjetiva y por no poner fin a un juicio en lo principal, no son juicios ni sentencias definitivas para efectos del artículo 107 constitucional. A mayor abundamiento, es menester considerar que la interpretación adecuada del texto constitucional y de la realidad jurídica que regula, según impera en el orden jurídico mexicano e internacional, el juicio arbitral es aquél respecto del cual el incidente de nulidad de laudo arbitral resulta incidental o accesorio. En efecto, en el incidente de nulidad de laudo arbitral sólo se incluyen cuestiones adjetivas, no sustantivas, que se encuentran establecidas en forma limitativa y que no tienden a resolver el fondo de la controversia suscitada entre las partes. Es decir, en el juicio arbitral, una vez que existe un acuerdo arbitral dentro del cual encuadra la controversia concreta (como sucede en la especie), al establecerse los presupuestos procesales, se llevan a cabo las etapas de un juicio principal propiamente dicho con sus formalidades esenciales. Además, los árbitros tienen y ejercen jurisdicción, es decir, están investidos por las partes, con autorización y sanción de la Ley, de la facultad exclusiva de decidir la controversia o disputa con fuerza vinculativa para las partes.

En otras palabras, en el arbitraje se establece una verdadera relación jurídico-procesal entre las partes y el órgano jurisdiccional, que es el árbitro o el tribunal arbitral. Se siguen los trámites y formalidades del juicio arbitral y finalmente el órgano resuelve la controversia a través de una resolución definitiva que pone fin al juicio arbitral y que se llama laudo. Cuestión muy diferente es que ese laudo sea o no ejecutable por sí mismo y que los árbitros sean o no autoridades para efectos del juicio de

amparo. Estos temas nada tienen que ver con la naturaleza del arbitraje como verdadero juicio y del laudo como sentencia que le pone fin.

Esta concepción es coherente con los tratados internacionales suscritos por México, en particular la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, que están de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y constituyen Ley Suprema de la Unión. En dichos tratados se reconoce el concepto de arbitraje como juicio, esto es, como procedimiento en el que los árbitros ejercen la jurisdicción por voluntad de las partes y en el que se emite un laudo que las vincula y que materialmente es una sentencia. Asimismo, es congruente con la realidad social, política, cultural, económica y jurídica que se vive en el mundo y en el país, donde el arbitraje se contempla, opera y funciona cada vez con mayor frecuencia y eficacia como un medio para resolver las controversias por parte de un tercero, con fuerza vinculatoria para las partes.

En las relacionadas condiciones y con base en las diversas consideraciones que han sido desarrolladas en esta ejecutoria, en lo que fue materia de la presente revisión, este Tribunal Pleno concluye que debe quedar insubsistente la decisión del Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y en consecuencia deben devolvérsele los autos a fin de que resuelva, como en derecho corresponda, tanto el recurso de revisión como la revisión adhesiva que las partes contendientes interpusieron en contra de la sentencia dictada por el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, en los autos del juicio de amparo 1092/2004 y su acumulado 1123/2004.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO.- Es procedente el recurso de revisión al que este toca 1225/2006 se refiere.

SEGUNDO.- En la materia de la revisión, competencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, se revoca la sentencia recurrida.

TERCERO.- Vuelvan los autos al Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, para los efectos precisados en la parte final del último considerando de esta ejecutoria.

Notifíquese; con testimonio de esta resolución, vuelvan los autos al indicado Tribunal Colegiado y, en su oportunidad, archívese este toca como asunto concluido.

Así lo resolvió el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, en términos de lo dispuesto en el artículo 66, fracción VI, de la Ley de Amparo, se calificó de legal el impedimento, que para conocer del asunto planteó la señora Ministra Sánchez Cordero de García Villegas. Por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se aprobó el Resolutivo Primero, el señor Ministro Góngora Pimentel votó en contra, y reservó su derecho de formular voto particular. Por mayoría de cinco votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia se aprobó el Resolutivo Segundo; los señores Ministros Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, y Góngora Pimentel votaron en contra, y reservaron su derecho de formular votos particulares o voto de minoría; y por unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Valls Hernández, Silva Meza y Presidente Ortiz Mayagoitia, se aprobó el Resolutivo Tercero. No asistió, por licencia concedida el señor Ministro Mariano Azuela Güitrón. Fue Ponente en este asunto el señor Ministro Juan N. Silva Meza.

Firman los señores Ministros Presidente y Ponente, con el Secretario General de Acuerdos que autoriza y da fe.

VOTO PARTICULAR QUE EL MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL FORMULA, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA EMITIDA EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1225/2006, FALLADO POR EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, EN SESIÓN PÚBLICA CELEBRADA EL TREINTA DE ENERO DE DOS MIL SIETE.

Expreso mi disenso con la resolución aprobada por la mayoría de los

señores Ministros integrantes del Pleno de este Alto Tribunal, tanto en el aspecto de la procedencia del recurso de revisión en el amparo directo de origen, como en la diversa cuestión examinada en la revisión, relacionada con la vía adecuada para impugnar, a través del juicio de garantías, la resolución pronunciada en el denominado "incidente de nulidad de laudo arbitral".

En ese tenor, mi voto consta de dos partes, sobre la base de que, aun cuando estimo que el medio de impugnación debió considerarse improcedente, una vez superada la cuestión de procedencia, tampoco estoy de acuerdo con la decisión de la mayoría, en el sentido de que la vía adecuada en el caso concreto era el juicio de amparo indirecto.

I. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN.

Disiento del criterio adoptado por la mayoría, conforme al cual el recurso de revisión se consideró procedente, pues a mi juicio, dicho medio impugnativo debió desecharse en este caso, por las razones que a continuación expongo.

AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1225/2006 VOTO PARTICULAR.

En el considerando quinto de la resolución adoptada por mayoría de votos, se determinó que en el caso concreto se satisfacen los requisitos de procedibilidad del recurso de revisión en amparo directo, previstos en los artículos 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 85, fracción V, de la Ley de Amparo. Conforme a tales preceptos, las resoluciones que los Tribunales Colegiados de Circuito pronuncien en amparo directo no admiten recurso alguno, a menos que decidan sobre la inconstitucionalidad de una Ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución cuya resolución, a juicio de la Suprema Corte de Justicia y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia.

La mayoría del Pleno estimó que en este caso el medio de impugnación es procedente, bajo el argumento de que el Tribunal Colegiado llevó a cabo una interpretación gramatical y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, y 107, fracciones V y VII, de la Constitución Federal, ya que,

según se afirma en la resolución del Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de analizar la naturaleza del arbitraje, el Tribunal Colegiado definió y estableció lo que debe entenderse por juicio, resoluciones que ponen fin al juicio y sentencia definitiva, a efecto de determinar la competencia del órgano Colegiado para conocer, en la vía de amparo directo, las demandas de garantías promovidas en contra de la resolución que el juez responsable dictó en el "incidente de nulidad de laudo arbitral", que declaró nulo el laudo emitido en el procedimiento arbitral seguido por Infored, S.A. de C.V. y José Elías Gutiérrez Vivó, en contra de Grupo Radio Centro, S.A. de C.V. Al efecto cabe precisar, como se establece en las tesis de jurisprudencia invocadas en las páginas noventa y ocho a ciento tres de la sentencia a que este voto corresponde, que el Pleno y las Salas de este Alto Tribunal han considerado, que las interpretación directa de un precepto constitucional implica desentrañar, esclarecer o revelar el sentido de la norma, ya sea en atención a la voluntad del legislador, al sentido lingüistico o al lógico objetivo de las palabras utilizadas, a fin de hallar el completo y auténtico significado de la disposición constitucional correspondiente, sobre la base de un análisis gramatical, histórico, lógico o sistemático. Sin embargo, desde mi perspectiva, en estricto sentido el Tribunal Colegiado del conocimiento no realizó la interpretación directa de los artículos 14, párrafo segundo, y 107, fracciones V y VII, de la Constitución Federal, puesto que dicho órgano jurisdiccional se limitó a establecer que, conforme tales preceptos, el juicio de amparo directo es procedente contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio; enseguida, el propio Tribunal examinó la naturaleza jurídica del procedimiento arbitral, del laudo que en él se pronuncia y del denominado "*incidente de nulidad de laudo arbitral*", previsto en el artículo 1460 del Código de Comercio, según se observa en la parte relativa de la sentencia recurrida, transcrita en las páginas diecinueve a treinta y ocho de la ejecutoria a que este voto se refiere; hecho lo cual, aquel órgano federal concluyó que el incidente referido cumple los requisitos que concurren en un verdadero juicio, por lo cual determinó que la resolución que decide tal incidente tiene la calidad de sentencia definitiva y es impugnable a través del juicio de amparo en la vía directa.

Para arribar a la conclusión referida, el órgano colegiado del conocimiento no desentrañó el significado del texto constitucional, en

cuanto al sentido y alcance de las expresiones "sentencia definitiva" y "resolución que pone fin al juicio", ya que tales conceptos están definidos en el artículo 46 de la Ley de Amparo, conforme al cual, se entiende ***"por sentencias definitivas las que decidan el juicio en lo principal y respecto de las cuales las Leyes comunes no concedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o revocadas"***, en tanto que según dicho precepto, resoluciones que ponen fin al juicio son ***"aquellas que sin decidir el juicio en lo principal, lo dan por concluido"***, con la misma característica de que no esté previsto recurso ordinario alguno en su contra. Por tanto, no advierto que el Tribunal Colegiado haya dado a los vocablos referidos, alguna acepción distinta a la prevista en la Ley, por lo cual reitero que dicho órgano jurisdiccional no efectuó interpretación alguna del texto constitucional, sino que en realidad examinó la naturaleza jurídica, el procedimiento y las peculiaridades del incidente de nulidad de laudo arbitral, después de lo cual decidió que era un auténtico juicio autónomo y lo equiparó al procedimiento de "nulidad de juicio concluido" previsto en la legislación civil.

De ahí que el suscrito no comparta la conclusión a la que la mayoría arribó, en cuanto a que el recurso de revisión es procedente, en virtud de que el Tribunal Colegiado que emitió la sentencia recurrida realizó la interpretación directa de los preceptos constitucionales ya enunciados.

II. CUESTIÓN DE FONDO, RELATIVA A LA VÍA PROCEDENTE EN EL JUICIO DE AMPARO DEL QUE DERIVA ESTE MEDIO DE IMPUGNACIÓN.

No obstante que me pronuncié sobre la improcedencia del recurso de revisión, por lo cual estimo que éste debió desecharse, como la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno decidió lo contrario, ahora emito mi opinión en la cuestión de fondo materia del presente medio de impugnación, que se constriñe a la materia sobre la cual –según considero la mayoría de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación– el Tribunal Colegiado realizó una interpretación directa de preceptos constitucionales. Tampoco comparto el sentido de la decisión mayoritaria, en esa parte de la ejecutoria a que este voto se refiere. Efectivamente, en cuanto al tema de fondo materia del recurso de

revisión, en la sentencia plenaria se determinó que la sentencia pronunciada en el "incidente de nulidad de laudo arbitral" es la última resolución emitida en el referido incidente, dictada fuera de juicio y, por ende, impugnable a través del juicio de garantías en la vía indirecta, al equipararse al supuesto de procedencia previsto en la fracción III del artículo 114 de la Ley de Amparo, en función de las consideraciones siguientes:

a) En el caso concreto, el incidente de nulidad se tramitó antes de que el laudo arbitral fuera homologado, lo que implica que no alcanzó el rango de sentencia, porque antes de que se solicitara la homologación del laudo, se demandó su nulidad. Se afirma por tanto, que el laudo arbitral sólo puede constituir sentencia firme, hasta que es homologado por autoridad judicial.

b) Si bien el laudo arbitral no constituye sentencia definitiva para los efectos del amparo, al ser la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, entonces la resolución dictada en el "incidente de nulidad de laudo arbitral" debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por ende, la resolución recaída al incidente, por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento que inició con una etapa arbitral y culminó con una fase jurisdiccional, en la que se busca la homologación o la nulidad del laudo.

No comparto tales afirmaciones porque, en principio, de los artículos 107, fracciones V, inciso c), y VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 158 de la Ley de Amparo, y 37, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que establecen la competencia y procedencia del juicio de amparo directo, contra actos de tribunales judiciales que constituyan sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin al juicio, y de la interpretación establecida por diversa integración del Pleno de este Alto Tribunal respecto al concepto *"sentencia definitiva para los efectos del amparo"*, deriva que ésta es la que decide el juicio en lo principal, estableciendo el derecho en cuanto a la acción y la excepción que hayan motivado la litis, siempre que en su contra no proceda medio de defensa o recurso ordinario alguno, que tenga por efecto modificarla o revocarla. Desde mi perspectiva, el acto reclamado en la demanda de garantías que dio origen a esta instancia constituye sentencia definitiva para efectos del juicio de

amparo, pues aunque en el artículo 1460 del Código de Comercio se le denomine "incidente" y se establezca que se tramitará en forma incidental, conforme a lo dispuesto en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, lo cierto es que tal procedimiento, desde el punto de vista material, tiene la naturaleza de juicio y no de una incidencia; de manera que lo dispuesto en el Código de Comercio se refiere sólo a la forma procesal, pero no a la naturaleza sustancial del procedimiento de que se trata. En efecto, mientras el incidente resuelve generalmente cuestiones de carácter adjetivo, el procedimiento de nulidad decide de manera sustantiva, la subsistencia o anulación del laudo arbitral, lo que materialmente le da el carácter de un juicio con sustantividad propia, además que cuenta con todas las etapas que integran un juicio, como es la presentación de la solicitud de nulidad del laudo, emplazamiento o vista a los demandados, contestación, ofrecimiento y desahogo de pruebas y resolución; asimismo, el fallo que recae al incidente de nulidad referido es susceptible de extinguir una situación jurídica concreta, al privar de efectos al laudo arbitral, el cual, contrariamente a lo afirmado en el proyecto, es una auténtica sentencia con calidad de cosa juzgada, que no requiere de la homologación para vincular a las partes, sino sólo para su ejecución, pues al efecto cabe invocar el artículo 3 de la ***"Convención Sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras"***, firmada en Nueva York en 1958 y el diverso precepto 4 de la ***"Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional"***, celebrada en la ciudad de Panamá en 1975, conforme a los cuales, ***"las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la Ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada"***.

Conforme a los preceptos citados, pertenecientes a las convenciones internacionales mencionadas, aunado a que el Código de Comercio no exige la homologación del laudo arbitral para que adquiera la calidad de resolución jurisdiccional, no comparto la afirmación expresada en el párrafo último de la página ciento treinta y dos de la sentencia, que concluye en la ciento treinta y tres, en cuanto a que el laudo debe ser homologado para que sea elevado a la categoría de acto jurisdiccional.

Opuestamente a ello, considero que el laudo arbitral tiene diversos grados de eficacia y, dependiendo de la finalidad perseguida o de los

efectos jurídicos que de él se pretenden obtener, puede considerarse:

1. Como medio probatorio.
2. Como cosa juzgada; o
3. Como título ejecutivo, esto es, para su ejecución coactiva.

A mi parecer, sólo cuando el efecto buscado sea el de un título ejecutivo, es cuando se exige el procedimiento de homologación, conocido en la doctrina como "exequatur". En los otros casos, no se requiere de procedimiento alguno para que el laudo sea eficaz entre las partes, como medio probatorio respecto a ciertos hechos reconocidos en él, o como resolución que dirimió una controversia y que constituye cosa juzgada.

En mi opinión, la homologación del laudo sólo reconoce su eficacia para efectos de su ejecución; de manera que previamente a tal declaración, el laudo no podría ejecutarse. No obstante, el laudo surte efectos desde el momento en que, una vez pronunciado, se considera definitivo, esto es, después del plazo que las partes tienen para pedir su aclaración. El laudo, por sí mismo, es una norma obligatoria e imperativa para las partes y el que no sea ejecutivo, porque aún no se haya homologado, no le hace perder su calidad de resolución que vincula a las partes. Ahora bien, reitero que –desde mi perspectiva– el procedimiento de nulidad de laudo arbitral no es un incidente, aunque deba tramitarse en forma incidental, porque como expuse, tal circunstancia (la forma de su tramitación) no conduce a sostener que su naturaleza sea la de incidente, sino que sólo atañe a su forma procesal, como ocurre con la tercería, la cual se asemeja procesalmente al incidente, pero ello por sí mismo no significa que sustancialmente sea un incidente. Conforme a la naturaleza de los incidentes, éstos resuelven exclusivamente cuestiones accesorias o accidentales de carácter adjetivo, relacionadas directa e inmediatamente con el procedimiento principal, aunado a que por regla general son resueltos por el mismo juzgador que conoce de la cuestión principal, con excepción de casos aislados, como ocurre con la incompetencia por inhibitoria, que se promueve ante órgano distinto al que conoce del principal.

Tales características que atañen a los incidentes no concurren en el caso analizado en el recurso de revisión, toda vez que el procedimiento de nulidad de laudo arbitral se ocupa de resolver sobre su subsistencia o

nulidad; consecuentemente, su naturaleza y fines son propios de un juicio autónomo, en los que existe una pretensión, excepciones y defensas, en fin, una auténtica controversia, y si bien esa relación litigiosa existe por lo general también en los incidentes, lo fundamental es que en este caso el procedimiento de nulidad se tramita ante órgano jurisdiccional distinto del tribunal arbitral que emitió el laudo, el cual sí tiene competencia para conocer de cuestiones incidentales, pues por ejemplo en nuestro sistema, el artículo 630 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, inmerso en el conjunto de normas que regulan el procedimiento arbitral en ese ordenamiento local, establece que los árbitros pueden conocer de los incidentes. Además, al concluir el "incidente de nulidad de laudo arbitral", de demostrarse la procedencia de la acción y declararse la nulidad pretendida, la consecuencia de la resolución que se emita en esos términos será privar de efectos a la situación jurídica concreta que para las partes fue creada, modificada o extinguida a través del laudo arbitral con calidad de cosa juzgada, lo cual es una cuestión que guarda autonomía respecto de la litis del procedimiento arbitral, pues esta última se refiere a las pretensiones atinentes al negocio en que se celebró pacto arbitral, mientras que en el "incidente de nulidad" la litis versa sobre la afirmación de hechos relativos a la existencia de violaciones cometidas en el procedimiento o en el propio laudo, que lo vician y son susceptibles de provocar su invalidez. Incluso, si la acción de nulidad de laudo arbitral se declara improcedente, tal resolución decide esa litis autónoma y convalida el laudo tildado de nulo, con independencia de cuál sea la materia de la litis en el procedimiento arbitral. Ahora, si bien en diversos ordenamientos procesales está previsto el "incidente de nulidad de actuaciones", el cual es una auténtica incidencia, es importante destacar que tal medio de defensa puede promoverse antes de la sentencia respecto de actuaciones anteriores, o después de dictada la sentencia, pero en este último caso sólo en relación con actuaciones emitidas posteriormente a dicha resolución, lo cual implica que, procesalmente, mediante el **incidente de nulidad de actuaciones** no es factible anular una sentencia, pues ésta sólo puede ser revocada, modificada o nulificada por el superior del órgano que la emitió, a través del recurso ordinario atinente, en la medida que al juzgador no le está permitido revocar sus propias determinaciones. En cambio, por medio del llamado *"incidente de nulidad"* a que se refiere la sentencia de mayoría, sí es factible nulificar la

decisión con fuerza jurisdiccional que el laudo arbitral constituye. Por tanto, lo expuesto patentiza que el procedimiento de nulidad de laudo arbitral, materialmente, es un auténtico juicio; en consecuencia, considero que la resolución que lo decide en el fondo es una sentencia definitiva para efectos del juicio de amparo y, por ende, es impugnable a través de dicha instancia constitucional en la vía directa, en términos de los artículos 107, fracción V, de la Constitución Federal, y 46 y 158 de la Ley de Amparo.

De ahí que, en mi opinión, en principio el recurso de revisión debió desecharse, por los motivos que expresé en la parte inicial de este documento; sin embargo, al haberse estimado que dicho medio impugnativo es procedente, estimo que debió resolverse en el sentido de confirmar la resolución recurrida, en la materia de la revisión, al haber sido adecuado que el Tribunal Colegiado dejara insubsistente la resolución del juez de Distrito, que conoció las demandas de garantías en la vía indirecta, así como que, en su lugar, dicho órgano Colegiado conociera las demandas de garantías y resolviera los juicios de amparo en la vía directa o uniinstancial.

Por último, hago énfasis en la afirmación que se expone en el segundo párrafo de la página ciento cuarenta del fallo aprobado por la mayoría del Pleno de este Alto Tribunal, en el sentido de que la *"resolución incidental que declara la nulidad del laudo arbitral"* equivale a la decisión jurisdiccional que declara la imposibilidad material o jurídica para darle cumplimiento a dicho laudo, conforme al significado de la expresión *"última resolución"* que este Tribunal Pleno estableció en la tesis de jurisprudencia 32/2001, de rubro: **"AMPARO INDIRECTO. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN 'ULTIMA RESOLUCIÓN', A QUE SE REFIERE EL PÁRRAFO SEGUNDO DE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DE LA MATERIA".**

Considero que tal razonamiento es inexacto, toda vez que la resolución que recae al denominado *"incidente de nulidad de laudo arbitral"* no podría equipararse a la resolución que declara la imposibilidad material o jurídica para ejecutar la sentencia, pues ésta no es susceptible de nulificar la resolución que constituye cosa juzgada, en la medida que sólo determina que, por algún motivo material o jurídico, dicha sentencia no puede ejecutarse; mientras que, por su parte, la resolución recaída al

procedimiento de "nulidad de laudo arbitral" no se pronuncia respecto de la ejecución del laudo, sino que va hacia la sustancia misma de lo ya juzgado y, por ende, es apta para anular el fallo arbitral y, en su caso, reponer el procedimiento arbitral, desde el momento en que se incurrió en la violación que haya provocado la invalidez del laudo.

De ahí que reitere mi disenso con la resolución emitida por la mayoría y sostenga que, desde mi perspectiva, el acto reclamado en la demanda de garantías que dio origen a esta instancia constituye sentencia definitiva para efectos del juicio de amparo, reclamable en la vía directa.

Con independencia de lo anterior, a continuación hago una observación de índole formal, respecto a alguna consideración contenida en la sentencia emitida por la mayoría, que estimo inadecuada.

En efecto, hago notar que en el segundo párrafo de la página ciento cuarenta y seis de la ejecutoria, se afirma en forma inexacta, que ***"la definitividad de un fallo consiste en que éste dirima la contienda fundamental, diciendo el derecho sobre la acción y sobre las defensas y excepciones opuestas, sin que se comprenda, dentro de dichos elementos, a las resoluciones que decreten el sobreseimiento del juicio respectivo, contra las que procede el amparo bi-instancial"***.

Sobre el particular, considero pertinente mencionar que las resoluciones que decretan el sobreseimiento en un procedimiento jurisdiccional, lo dan por concluido y, por ende, constituyen *"resoluciones que ponen fin al juicio"*, las cuales son impugnables a través del juicio de amparo en la vía directa, por disposición expresa de los artículos 107, fracción V, de la Constitución Federal, 46 y 158 de la Ley de Amparo.

La totalidad de los motivos expuestos me llevan a apartarme, en su integridad, de las conclusiones adoptadas por la mayoría en la sentencia a que este voto se refiere.

ATENTAMENTE.
MINISTRO GENARO DAVID GÓNGORA PIMENTEL.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN

COSSÍO DÍAZ EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN 1225/2006, AL QUE SE ADHIERE EL MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS.

En sesión de treinta de enero de dos mil siete, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por mayoría de cinco votos, el Amparo Directo en Revisión 1225/2006, en el sentido de revocar la sentencia recurrida, dictada por el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y devolverle los autos a dicho órgano colegiado a fin de que resuelva el recurso de revisión y la revisión adhesiva que las partes contendientes hicieron valer con motivo de la sentencia dictada por el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, al conocer de los amparos indirectos interpuestos por ellas.

No compartimos las consideraciones ni el sentido de la sentencia mayoritaria, en atención a que, en nuestra opinión, **la resolución que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral sí constituye una sentencia definitiva para efectos del amparo**, lo que hace procedente que la misma se combata **vía amparo directo** y no, como lo sostuvo la mayoría, por la vía indirecta.

A fin de exponer las razones que sustentan el presente voto, nos referiremos brevemente a los antecedentes del caso. Posteriormente, delimitaremos lo que a, nuestro juicio, constituía la materia de la revisión interpuesta ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, con base en ello, abordaremos el análisis del fondo del asunto, con el objeto de exponer las razones por las cuales no compartimos el criterio mayoritario. Finalmente, presentaremos algunas reflexiones en torno a los efectos de la sentencia emitida por el Tribunal Pleno que, consideramos, debieron haberse tomado en cuenta al fijar esta cuestión.

I. Antecedentes

En mil novecientos noventa y ocho, las ahora contrapartes (a las que denominaremos en adelante como “X” y “Y”, respectivamente), celebraron un “Contrato de prestación de producción de noticiarios, programas informativos y eventos especiales”, en el que acordaron que, para la solución de de cualquier controversia que se derivara del mismo,

se someterían expresa e irrevocablemente al procedimiento arbitral regulado por las Reglas de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, capítulo mexicano.

En mayo de dos mil dos, ”Y” comunicó a “X” su decisión de dar por terminado el citado contrato, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y le reclamó el pago de diversas cantidades monetarias que consideró se le adeudaban.

En la misma fecha, “Y” presentó ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional una solicitud de inicio de arbitraje, reclamando las prestaciones señaladas en el punto anterior.

Agotada la secuela arbitral, en enero de dos mil cuatro, el Tribunal Arbitral dictó el laudo final, en términos condenatorios para “X”.

En ese mismo año, “X” demandó la nulidad del laudo arbitral en la vía incidental ante un juez de lo civil. Seguidos los trámites legales, el Juez Sexagésimo Tercero Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, a quien correspondió conocer de dicho incidente, determinó la nulidad del laudo y negó a “X” su reclamo por daños y perjuicios.

Inconformes con la resolución, tanto “X” como “Y” promovieron demanda de amparo indirecto en contra de la sentencia referida en el párrafo anterior.

En dos mil cinco, el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, a quien correspondió conocer de dichos juicios de amparo, ordenó su acumulación y, una vez substanciado el trámite respectivo, dictó sentencia en la que, por una parte, concedió a “Y” el amparo solicitado y, por otra parte, se lo negó a “X”.

En contra de dicha sentencia, “X” interpuso recurso de revisión y “Y”, recurso de revisión adhesiva. El conocimiento de ambos recursos correspondió al Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el cual, con fundamento en el artículo 94 de la Ley de Amparo, dejó insubsistente la sentencia recurrida, al considerar que el juicio debió tramitarse como amparo directo, en virtud de que la resolución que puso fin al incidente de nulidad de laudo arbitral constituye una sentencia definitiva. Asimismo, tras analizar los

conceptos de violación hechos valer por las partes en su demanda de amparo inicial, concedió el amparo tanto a "X" como a "Y", exclusivamente por la condena en costas que les fue impuesta en la sentencia reclamada.

Inconforme con esa sentencia, "Y" interpuso recurso de revisión en amparo directo, por lo que el Tribunal Colegiado remitió los autos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para los efectos conducentes.

II. Materia de la revisión y estudio de fondo

En primer lugar, nos parece importante destacar que, de acuerdo con los antecedentes narrados, en este asunto lo que correspondía determinar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación era exclusivamente si **¿la resolución que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral tiene o no el carácter de sentencia definitiva para efectos del juicio de amparo?**

Ello es así ya que, en términos de los artículos 83, fracción V, y 93 de la Ley de Amparo, cuando se trate de revisión de sentencias pronunciadas en materia de amparo directo por los Tribunales Colegiados de Circuito, la Suprema Corte de Justicia **únicamente resolverá** sobre la constitucionalidad de la Ley, tratado internacional o reglamento impugnados, **o sobre la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal**; siendo este último supuesto el que se actualizó en el caso que nos ocupa, ya que, si bien en las demandas de amparo ninguna de las partes planteó la inconstitucionalidad de normas de carácter general, el Tribunal Colegiado interpretó el artículo 107 constitucional al emitir su sentencia y determinar que el juicio de amparo debía tramitarse y resolverse por la vía directa.

Por tanto, la materia del recurso, una vez determinada la procedencia del mismo por el Pleno de la Suprema Corte, se circunscribía a analizar la interpretación constitucional llevada a cabo por el Tribunal Colegiado a la luz de los agravios hechos valer por la parte recurrente, es decir, si fue correcta o no la interpretación que el tribunal hizo de las fracciones V y VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De esa manera, cualquier cuestión distinta de la interpretación directa de la Constitución realizada por el Tribunal Colegiado, tales como las de legalidad, no podían ser analizadas por este Alto Tribunal.

Delimitado el objeto de la revisión en amparo directo, cabe manifestar que no compartimos el criterio mayoritario, ya que, contrario a lo se resolvió en la sentencia, en nuestra opinión fue correcta la interpretación hecha por el Tribunal Colegiado, pues en contra de la resolución que declaró la nulidad del laudo arbitral lo que procede es el amparo directo y no el indirecto.

Desde nuestro punto de vista, la resolución que pone fin a un incidente de nulidad de laudo arbitral sí constituye una sentencia definitiva para efectos del amparo, con independencia de que el laudo haya sido homologado previamente o no, pues en el juicio de amparo respectivo no se analizará lo resuelto en el laudo, sino en el procedimiento de nulidad, que aunque tiene relación directa con el arbitraje, no puede considerarse como un incidente del mismo. De ahí que consideremos correcta la interpretación del artículo 107 realizada por el Tribunal Colegiado y su determinación de dejar insubsistente la sentencia del Juzgado de Distrito, con fundamento en el artículo 94 de la Ley de Amparo.

Al respecto, debe tenerse presente que el incidente de nulidad de laudo arbitral no forma parte del procedimiento de arbitraje, sino que constituye un procedimiento totalmente distinto a él, aun cuando se encuentren relacionados por la materia de la litis. En efecto, no se debe perder de vista que la litis del llamado incidente de nulidad de laudo es, precisamente, anular el procedimiento arbitral, mas no constituye una real incidencia dentro de éste.

El procedimiento arbitral tiene su origen en la voluntad de los particulares y es resuelto por particulares, no por órganos del Estado fungiendo como autoridades. Por lo tanto, haya sido éste homologado o no, el laudo arbitral jamás podrá ser considerado como sentencia definitiva para efectos del amparo, ya que suponer lo contrario sería considerarlo como un acto de autoridad. En cambio, la resolución judicial que recaiga a un incidente de nulidad o al de reconocimiento y la ejecución de un laudo sí es susceptible de considerarse como tal. No desconocemos que la mayoría de los criterios que han prevalecido en el

Poder Judicial de la Federación hasta ahora estiman que es la vía indirecta la procedente para reclamar las decisiones judiciales en esta materia. Ello, porque no se da el carácter de sentencia definitiva o de resolución que pone fin al juicio a la decisión sobre nulidad o reconocimiento de laudo, lo que puede obedecer, entre otras razones, a que los artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio establecen que los procedimientos relativos se sustanciarán en la vía incidental.

De hecho, la propia Suprema Corte ya había sostenido ese criterio con anterioridad, como se advierte de la tesis de jurisprudencia de la Tercera Sala, cuyo rubro es: "LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO", citada en las páginas 140 y 141

de la sentencia. Sin embargo, el criterio sustentado en esa tesis no nos parece correcto porque, si leemos su texto con detenimiento, advertiremos que la misma se refiere a la procedencia del amparo indirecto en contra de un laudo arbitral homologado y no en contra de la resolución que declara la nulidad del procedimiento arbitral. Además, como lo hemos sostenido, consideramos que **un laudo arbitral jamás podrá impugnarse vía amparo, ni directo ni indirecto, en virtud de que no se trata de un acto de autoridad.**

De ahí que, en nuestra opinión, el Tribunal Pleno debió replantease el tema con motivo de este asunto, para alcanzar a una conclusión diferente.

Las opiniones en el sentido de que es el amparo indirecto el que resulta procedente, parten de la premisa —equivocada desde nuestro punto de vista—, de que el arbitraje no es otra cosa que una delegación de la jurisdicción estatal en particulares. De acuerdo con tales opiniones, es la delegación de la facultad de juzgar del Estado en particulares lo que otorga fuerza jurídica al laudo. De hecho, esta equivocación parece cometerse en la sentencia, cuando se sostiene, en la página 132, que: "El arbitraje, como negocio jurídico, en gran medida sustituye a la jurisdicción civil del Estado, por ello el auténtico arbitraje es el que participa de la voluntad de los sujetos obligados, quienes acuden a él

buscando evitar un procedimiento ante los Tribunales, que puede resultar lento, complicado, costoso, demasiado formal y sin la especialización que las partes esperarían de un Tribunal". Así también, se advierte el mismo error en la página 133, al afirmarse que: "[...] en el propio compromiso arbitral, generalmente se establecen las causas por las que una de las partes podría oponerse a la ejecución del laudo, para el caso de que éste hubiese sido homologado y con ello elevado a la categoría de acto jurisdiccional, cuando ese requisito sea legalmente indispensable para su ejecución". Estas ideas ameritan un análisis detenido, pues de ellas podría desprenderse que el procedimiento arbitral es propiamente un juicio llevado a cabo por un ente que actúa por delegación del Estado, que en sí tiene el carácter de autoridad, aunque para la ejecución de sus laudos se requiera de la intervención de un órgano jurisdiccional estatal.

Así planteado el problema, la conclusión sería que los procedimientos judiciales relativos a la eficacia y ejecución de laudos no son más que incidencias en un procedimiento principal que es el arbitral. Este criterio no nos parece aceptable. Al menos en nuestro país, no existe constitucionalmente posibilidad alguna de que se delegue la facultad jurisdiccional en árbitros particulares. Dirimir controversias no es facultad exclusiva del Estado, pero dirimirlas de forma que su resolución pueda ser ejecutada coactivamente, sí lo es. Como cualquier acto jurídico de particulares, un laudo no puede, *per se*, ser objeto de ejecución forzosa. Lo que en realidad produce ejecución es la resolución judicial que le reconoce validez y establece su obligatorio cumplimiento, la cual, reiteramos, no forma parte del procedimiento arbitral. La fuerza jurídica del laudo arbitral no se da, pues, por delegación estatal, sino que es consecuencia de la manifestación de la voluntad de los particulares. El laudo arbitral tiene fuerza jurídica porque la voluntad que se expresa en la emisión de los actos jurídicos como el acuerdo o compromiso arbitral es capaz de producir consecuencias jurídicas, entre ellas, la de quedar sometidos los interesados a la decisión que adopte un tercero, que es el árbitro. Por tanto, la fuerza del laudo arbitral es la misma que, en términos generales, puede tener cualquier contrato, por ejemplo, el de compraventa. Al igual que en el caso de un contrato de compraventa, si no se da el cumplimiento espontáneo de las partes, éstas pueden requerir la intervención del Estado para hacer efectivas las consecuencias del acto

jurídico que celebraron, o bien para anular éste. Estas circunstancias no son privativas de los laudos, sino comunes a la totalidad de los actos jurídicos de particulares, pues ante la prohibición de hacerse justicia por sí mismos, los interesados deben acudir ante órganos estatales para que sea la decisión jurisdiccional la que resulte coercitiva y permita el cumplimiento forzado de las obligaciones expresadas en el acto jurídico particular.

En el caso que nos ocupa, los medios para que se produzca o actualice la coercitividad, que es facultad exclusiva del Estado, son precisamente los procedimientos establecidos en la Ley para la nulidad o reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

De ahí que, en nuestra opinión, aun cuando el Código de Comercio establece que los procedimientos en cuestión se sustanciarán en la vía incidental, ello no necesariamente significa que esa sea su naturaleza jurídica propiamente dicha, pues lo que en realidad sucede es que la Ley atribuye a dichos procedimientos una denominación que no es acorde con su esencia.

Para hablar de procedimientos incidentales es necesario partir de la idea de que existe un procedimiento principal dentro del cual se producen las incidencias y, en el caso, no existe ese procedimiento judicial principal, en la inteligencia de que, como lo hemos señalado anteriormente, no puede atribuirse ese carácter al procedimiento arbitral, el cual no es un procedimiento judicial. Lo que en realidad acontece es que, con independencia del nombre que la legislación les atribuya, tales incidentes son verdaderos juicios principales, ya sea de nulidad o de reconocimiento de actos jurídicos, según el caso, independientemente de que su tramitación resulte muy ágil y rápida, pues ello no los priva del carácter de juicios, ya que no es la complejidad en el trámite lo que distingue a un juicio, sino la naturaleza del procedimiento de que se trate. Así, nos parece que lo que hace que se considere a un procedimiento como principal o incidental no es el nombre con que se le designe, ni el tipo de sentencia que le recaiga (interlocutoria o definitiva), pues ésta suele tomar el nombre del procedimiento en el que se dicte, sino la materia del mismo.

Como se ha anotado, la litis del llamado incidente de nulidad es,

precisamente, anular el procedimiento arbitral y, para ello, se ejerce una acción específica. Este es el primer signo distintivo que distingue un juicio principal de un incidental: la acción. **Sólo en procedimientos principales se pueden deducir acciones, mientras que en incidentales no se ejercen acciones, sino cuestiones accesorias de la acción principal.** Por lo tanto, es jurídicamente irrelevante para los efectos que se analizan que se le llame a un procedimiento incidente o no, pues ello nada tiene que ver con su real naturaleza. Así lo ha considerado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 63/2005-PS, de la cual derivó la tesis de rubro: "ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS. EL PROCEDIMIENTO EN FORMA DE INCIDENTE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 185 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES MERCANTILES TIENE LA NATURALEZA DE JUICIO Y, POR ENDE, LA SENTENCIA QUE LE PONE FIN ES IMPUGNABLE A TRAVÉS DEL AMPARO DIRECTO", la cual, contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia mayoritaria, sí resulta aplicable para sostener el punto de vista expuesto.

Ahora bien, para que pudiésemos considerar como un real incidente al que nos ocupa tendría que tener como materia (litis) alguna cuestión accesoria al procedimiento principal (en este caso el arbitral), cosa que no sucede especie, pues de lo que se trata es de declarar la nulidad del procedimiento, lo cual constituye una acción diversa del procedimiento arbitral. Por ello, no puede considerarse como una incidencia del procedimiento arbitral, sino como una cuestión diversa de aquélla. En este sentido, consideramos que el llamado incidente de nulidad de laudo puede equipararse al procedimiento de nulidad de juicio concluido, previsto por diversas legislaciones del país, que no obstante referirse a un procedimiento, es independiente de aquel cuya nulidad se reclama, pues la litis de éste no es la del primer juicio, sino determinar si procede o no la nulidad.

Lo mismo sucede en el caso que nos ocupa: la litis de ese procedimiento no es una cuestión que tenga que ver con lo resuelto en el procedimiento arbitral, sino con la procedencia o no de la nulidad demandada, lo cual hace que, de suyo, éste sea un procedimiento —al margen de su denominación—, independiente del arbitral. Otro ejemplo de lo anterior son las tercerías. Pudiera pensarse que por derivarse de un juicio

principal son incidentes de él y, por tanto, su resolución es impugnable a través del amparo indirecto; sin embargo, dada su naturaleza, se ha considerado a este procedimiento como un verdadero juicio y que, en contra de la sentencia dictada en una tercería, es procedente el amparo directo.

En consecuencia, estimamos que, **aun cuando los artículos 1460 y 1462 del Código de Comercio previenen que los procedimientos de nulidad y de reconocimiento de laudos arbitrales se sustanciarán en la vía incidental, debe entenderse que se trata de verdaderos juicios**, por lo que las decisiones que en definitiva resuelven sobre la eficacia y reconocimiento de esos laudos, o las que ponen fin a dichos procedimientos, son reclamables mediante el juicio de amparo directo, en términos del artículo 158 de la Ley de Amparo.

Por otra parte, tampoco compartimos las consideraciones del fallo mayoritario, plasmadas en la pagina 138 de la sentencia, en las que se afirma que: "No obstante, que el laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva para los efectos del amparo, sí es la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio lo cual permite establecer que la resolución dictada en el incidente de nulidad del laudo arbitral debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por ende, la resolución recaída al incidente, por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento que inició con una etapa arbitral y culminó con una fase jurisdiccional [...] Consecuentemente, en este caso, debe estimarse que se actualiza, de manera analógica, el supuesto de procedencia del amparo indirecto, previsto en el artículo 114, fracción III, de la Ley de Amparo, pudiéndose reclamar no sólo la resolución recaída al incidente, sino también las demás violaciones cometidas dentro de dicho procedimiento incidental [...]".

Al respecto, estimamos que los actos que se consideran ejecutados fuera de juicio se refieren a un procedimiento jurisdiccional y, en el caso, el procedimiento arbitral no puede considerarse como tal, por las razones que hemos apuntado, así como tampoco puede considerarse como una resolución que puso fin a ese procedimiento. Nos parece que a la resolución que determina la nulidad del laudo arbitral no puede ser considerada como un acto fuera de juicio y, por tanto, no encuadra en el supuesto del artículo 114, fracción III, de la Ley de Amparo, por las

siguientes razones:

a) No comparte la naturaleza de aquellos actos que se han considerado como actos ejecutados fuera de juicio, como lo son, por ejemplo, los actos de jurisdicción voluntaria, los medios preparatorios a juicio o los actos prejudiciales, en virtud de que la característica principal de éstos es que no existe litis, es decir, no hay controversia entre partes, con independencia de que posteriormente se pueda dar el litigio, pero, en principio, estos actos carecen de litis, entendida ésta como un conflicto entre partes determinado por la demanda y su contestación, y

b) En el procedimiento de nulidad de laudo arbitral, sí existe litis, la cual consiste, precisamente, en las causas de anulación del procedimiento arbitral y, como consecuencia, del laudo dictado en el mismo, el cual se inicia como una acción y, por ello, debe considerarse como un procedimiento autónomo e independiente del arbitral, no como parte de él, ni como incidente de ese juicio.

De igual forma, nos parece que tampoco lo podemos encuadrar en un acto posterior al juicio, simplemente porque el procedimiento arbitral no es propiamente un juicio, en la acepción jurisdiccional del término, como se ha expuesto con anterioridad. De esa manera, tampoco se ubica en la otra hipótesis del artículo 114, fracción III de la Ley de Amparo, ya que para que pudiera actualizarse requeriría de un juicio y, en el caso, no lo hay.

III. Efectos de la sentencia mayoritaria

Otra cuestión que pasó inadvertida por la mayoría es la relativa a si:

¿esta Suprema Corte tenía facultades para revocar la decisión del tribunal *a quo* que consideró que la vía correcta era la directa en términos del artículo 94 de la Ley de Amparo? O dicho de otra forma: **¿si la Suprema Corte era competente para revertir el cambio de vía establecido por el Tribunal Colegiado?**

Nos parece que no. En nuestra opinión, no existe fundamento legal que sustente la decisión de la Suprema Corte para dejar insubsistente la resolución dictada por el Tribunal Colegiado en el amparo directo.

Consideramos que este es un aspecto de estricta legalidad que, como se señaló al principio del presente voto particular, escapa de la competencia de este Alto Tribunal, en virtud de que la competencia de la Corte en esta instancia se circunscribía a las cuestiones estrictamente constitucionales.

A diferencia de lo que acontece en el supuesto contemplado en el artículo 94 de la Ley de Amparo, en el que se faculta a la Suprema Corte y a los Tribunales Colegiados de Circuito para dejar insubsistente la sentencia de un Juzgado de Distrito, cuando adviertan que el amparo respectivo debió tramitarse y sustanciarse como amparo directo y no como amparo indirecto, en el caso que nos ocupa no existe un precepto equivalente que faculte a este Alto Tribunal para dejar insubsistente la resolución dictada por un Tribunal Colegiado al conocer de un amparo directo y, como consecuencia de ello, ordenarle que se avoque a su conocimiento como indirecto.

Al respecto, consideramos que las decisiones tomadas por un Tribunal Colegiado de Circuito en estos casos constituyen resoluciones definitivas, que no son susceptibles de ser modificadas ni siquiera por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Existen otros supuestos en los que los Tribunales Colegiados se constituyen como órganos terminales, por ejemplo, cuando al conocer de un amparo en revisión dicho órgano estudia las causales de improcedencia hechas valer y determina que las mismas no se actualizan. En estos casos, la Suprema Corte ha sostenido que la determinación del Tribunal Colegiado es definitiva, de manera que este Alto Tribunal no puede volver a estudiar las mismas causales de improcedencia, como se advierte de la tesis del Pleno de rubro: "REVISIÓN EN AMPARO INDIRECTO. LA RESOLUCIÓN DICTADA POR LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN LA SEGUNDA INSTANCIA, CONFORME AL ACUERDO PLENARIO 5/2001, CONSTITUYE UNA DECISIÓN INMUTABLE E INATACABLE".

Por otro lado, si bien pudiera pensarse que la cuestión de la vía correcta es de orden público y, por lo tanto, sí sería susceptible de análisis y, en su caso, revocación por parte de la Suprema Corte, nos parece que para ello debería existir facultad legal expresa, lo que no acontece en este caso. Es

distinto el supuesto de las causales de improcedencia no estudiadas con anterioridad, pues la misma Ley de Amparo faculta al órgano revisor a analizarlas en cualquier instancia; sin embargo, como ya se ha dicho, la Suprema Corte ha sostenido que no puede volver a analizar una causal examinada por el Tribunal Colegiado, aun cuando se llegara a considerar que el estudio realizado fue incorrecto. Por ello, además de que en el fallo mayoritario no se da fundamento para revocar la sentencia recurrida y revertir la decisión del Tribunal Colegiado en relación con la vía directa o indirecta del amparo, nos parece que simplemente ello no podía hacerse porque esta decisión del tribunal *a quo* es definitiva e inatacable, al no existir disposición legal alguna que lo permita y en razón de que, en todo caso, es una cuestión de estricta legalidad que no podía ser materia de esta instancia constitucional.

Ministro José Ramón Cossío Díaz

Ministro José Fernando Franco González Salas

19.1.2 Tipos de laudos

475. Los laudos pueden ser clasificados según su objeto, o si son nacionales o internacionales, visto que, según el caso, están sometidos a regímenes jurídicos distintos.

A - En relación con su objeto

476. El poder judicial reconoce 4 tipos de laudos[726]: los definitivos, los de corrección, los de interpretación, y los adicionales. La fracción I del artículo 1450[727] del Código de Comercio establece la posibilidad de que el tribunal arbitral corrija cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar cometida en el laudo. La fracción II del mismo precepto prevé que si el tribunal arbitral lo estima justificado, efectuará la interpretación que deba hacerse sobre un punto o una parte concreta del laudo, en ambos casos forman parte del laudo. El artículo 1451 del mismo ordenamiento[728] a su vez dispone que las partes puedan solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones

[726] LAUDO DEFINITIVO. CORRECCIÓN, INTERPRETACIÓN Y ADICIONAL SON DISTINTOS Y NO PUEDEN REVOCAR LO RESUELTO EN EL PRIMERO. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 23/2009. **Leonel Pereznieto Castro y otra**. 12/03/2009. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

[727] Art. 33.1 UNCITRAL.

[728] Art. 33.3 UNCITRAL.

arbitrales pero omitidas en el laudo y que, si el tribunal arbitral lo estima justificado, dictará el laudo adicional distinto del laudo definitivo. Lo anterior deja en claro que la corrección del laudo procede sólo por errores menores; la interpretación es para aclarar algún punto oscuro del laudo; y el laudo adicional procede respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo. En cualquiera de esos supuestos, bajo el principio de inmutabilidad del acto de decisión, no está permitido que revoque lo ya resuelto en el laudo definitivo, pues de ser así, estaría excediendo aquello de lo que puede ocuparse en cada caso. En relación con los laudos adicionales y de rectificación, los tribunales se reservan el derecho de revisarlos[729]. No se trata de una revisión de fondo, prohibida desde la decisión *Mecalux* de 2002[730], sino de una revisión "formal" del laudo para verificar que éste no sea contrario a las Leyes. En otras palabras, tal como lo hacen la CCI o el CAM, por ejemplo, se distingue la revisión formal de la revisión sustancial[731]. Si bien se entienden los conceptos, es también cierto que la frontera entre revisión formal y substancial es muy delgada, y existe el riesgo de que bajo la revisión formal se

---

[729] LAUDO ADICIONAL. SU LEGALIDAD DEPENDE DE QUE SE HAYA DICTADO SEGÚN LAS REGLAS QUE LO PREVÉN, RESPECTO DE RECLAMACIONES OMITIDAS EN EL LAUDO DEFINITIVO Y PARA EL EFECTO ES NECESARIO CONOCER SU CONTENIDO, LO CUAL NO SIGNIFICA UN ESTUDIO DE FONDO. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 23/2009. **Leonel Pereznieto Castro** y otra. 12/03/2009. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

[730] *Infra*, # 497.

[731] *Infra*, # 484.

busca revisar el fondo[732]. Finalmente, como consecuencia lógica de lo anterior, una eventual nulidad de un laudo adicional no implica la nulidad del laudo principal, eso en virtud de la interpretación acorde con el artículo 1457 fracción I[733], inciso c) del Código de Comercio[734].

B - En relación con su territorialidad

477. Se puede distinguir entre laudos emitidos bajo la Ley de arbitraje de otro Estado; laudos no-nacionales que conllevan un elemento extranjero; y laudos a-nacionales. El primer tipo de laudos solamente surgirá en conexión con un arbitraje que tuvo su sede en un Estado pero que ha sido regido por una Ley arbitral que no es la del Estado sede. Esto sería una ocurrencia rara porque implicaría que la Ley nacional del reconocimiento o ejecución permite a las partes someter el arbitraje a una *lex arbitri* distinta de aquélla de la sede. La segunda categoría se refiere a laudos emitidos dentro del Estado de reconocimiento o ejecución, en una disputa que involucre una dimensión extranjera, como la nacionalidad o el domicilio de las partes, o el lugar de cumplimiento del contrato que da origen a la disputa. Los criterios para que un laudo sea considerado no-

[732] *Idem.*

[733] Art. 34.2 a) iii) UNCITRAL.

[734] NULIDAD DEL LAUDO ADICIONAL. NO IMPLICA LA NULIDAD DEL DEFINITIVO AL NO GUARDAR UNIDAD CON ÉSTE. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 23/2009. **Leonel Pereznieto Castro** y otra. 12 de marzo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.

nacional bajo esta categoría son usualmente establecidos por los Estados en su legislación de implementación. En muy raras ocasiones las partes indicarán que su laudo no es nacional. El tercer tipo se refiere a laudos emitidos en arbitrajes que están desprendidos de cualquier Ley nacional de arbitraje, por ejemplo, debido a que las partes han excluido de manera explícita la aplicación de cualquier Ley nacional de arbitraje, o establecido la aplicación de normas transnacionales como los principios generales del Derecho arbitral.

19.1.3 Laudos y órdenes procesales

478. La denominación que da el árbitro a su decisión no influye sobre su calificación en la medida en que los jueces son soberanos para recalificar[735]. Sin embargo, se presenta el problema de la determinación de la Ley aplicable, es decir, en virtud de cuál Ley el juez debe calificar la decisión del tribunal arbitral: ¿según la *lex fori* o según la *lex causae*? El juez mexicano hará una calificación *de lege causae*[736], tal y como lo estipula el Código Civil Federal, para determinar si el laudo cumplió con los requisitos de forma y fondo de la sede del arbitraje. Sin embargo, sabemos que conceptualmente la calificación *de lege causae* no hace sentido[737], y por lo tanto sería mejor operar como la Corte de

[735] Por un ejemplo muy claro: *Publicis Communication v. True North Communication* (7th Cir. 2000) 206 F.3d 725.

[736] No obstante las dificultades de la calificación *de lege causae*: Graham, *Manual de Derecho internacional privado*, Zamanga Editores, 2016.44.

[737] *Idem*.

Casación de Francia con una regla material que define el laudo como la

> decisión hecha por los árbitros y que resuelve de manera definitiva toda o una parte de la disputa en lo relacionado con el fondo, la jurisdicción, o cuestiones procesales que lleven a terminar el procedimiento[738].

479. Una vez la ley aplicable determinada, se queda la dificultad de distinguir entre el laudo y la orden procesal. No obstante que el Derecho mexicano no define ni el uno ni el otro de los dos términos, el artículo 1449 Ccom[739] distingue en relación con la terminación de las actuaciones del tribunal arbitral entre el "laudo definitivo" (sin más precisiones) y el orden, que interviene, según el Código de Comercio, cuando:

- el actor retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca su legítimo interés en obtener una solución definitiva del litigio;
- las partes acuerdan dar por terminadas las actuaciones y,
- el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

---

[738] *Groupe Antoine Tabet v République du Congo*, Civ[1], 12/10/2011.

[739] Art. 32 UNCITRAL.

En realidad, el laudo se define *in concreto* y no *in abstracto*, obligando al juez a revisar caso por caso para determinar si se trata de un laudo o de una orden. Eso implica también, que la ausencia de ciertas formas no condiciona necesariamente la naturaleza de la decisión. Así, por el hecho de que no figure el nombre de los árbitros o sus firmas o la fecha en el documento, no significa necesariamente que no se pueda tratar de un laudo[740]. Al contrario, una decisión motivada que integre un debate contradictorio sobre una o varias pretensiones, y tenga una naturaleza jurisdiccional constituye un laudo[741]. Sin embargo, nos parece que tal definición no es suficiente. En efecto, una parte puede solicitar una audiencia, la otra rechazarla, y el tribunal toma una decisión definitiva y obligatoria, después de un debate contradictorio. ¿Es un laudo? Nos parece que no. Es una orden procesal. Por lo tanto, se debe incluir en la definición del laudo, que se trata de un resultado de una deliberación y que lleva a una decisión final sobre uno o más puntos controvertidos entre las partes *en relación con la competencia, las medidas cautelares, las cuestiones de fondo, y las medidas procesales que ponen fin a la instancia arbitral*. Cualquier otra medida tiene que ser, en principio, una orden procesal. Pero aún así, nos parece que no hay suficiente claridad, porque, para retomar el ejemplo ya mencionado, si una parte solicita una audiencia, la otra parte la rechaza, el tribunal

---

[740] FGG, p.1352. *Contra*: CA París, 18/02/1986, *Rev. arb*. 1990.727, Jarrosson; CA París, 21/11/1991, *R.arb*, 1992.434, Rondeau-Rivier.

[741] CA París, 07/07/1987, *Rev. arb*., 1988.649, Metzger.

deliberará, y tomará una decisión final y obligatoria. ¿Por qué no sería un laudo? En realidad, se trata de una cuestión de eficiencia. No se puede admitir que cualquier decisión del tribunal arbitral sea objeto de un recurso de nulidad ante los jueces estatales. Esta acción tiene que ser confinada a lo más crucial. No obtener una audiencia no necesariamente pone en perjuicio el resultado final; y aún así puede ser combatido en el recurso de nulidad en contra del laudo final. En otras palabras, cualquier decisión procesal que pueda ser combatida en el recurso de nulidad del laudo final constituye una orden procesal y no un laudo. Para retomar nuestro ejemplo, el rechazo de celebrar un laudo puede ser litigado en el recurso de nulidad a través de la causal de que el árbitro no cumplió su misión, o que no se respetó el derecho de audiencia. Por otro lado, una decisión que requiere la asistencia de un tribunal estatal para ser ejecutada forzosamente tiene que ser un laudo. Es así el caso de una decisión sobre medidas cautelares, que además no puede en esencia ser impugnada en la acción de nulidad en contra del laudo final, y por lo tanto se trata de un laudo interlocutorio, como lo veremos ahora.

19.1.4 Laudos y medidas cautelares

480. Si bien es cierto que mucho debate ha tenido lugar sobre el saber si una decisión sobre medidas cautelares puede ser o no un "laudo", uno debe considerar que se trata de un laudo ejecutable. El artículo 1433 Ccom no define si la decisión sobre las medidas precautorias es un laudo o una

orden, y el capítulo IX sobre ejecución de laudos tampoco ofrece una calificación jurídica de las decisiones precautorias; por lo tanto, se debe afirmar que una decisión de tal naturaleza requiere muchas veces una ejecución forzosa, además de que se trata de una decisión que no puede en esencia ser impugnada en la acción de nulidad en contra del laudo final[742]. No es por nada, que el texto revisado de la Ley modelo UNCITRAL prevea en su nuevo artículo 17 que:

> Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada.

Con la reforma de 2011, este texto ha sido implementado tal cual en el nuevo artículo 1479 Ccom.

[742] El artículo 1051 del Código procesal holandés y el artículo 1041 del Código procesal alemán también consideran que las medidas provisionales son laudos ejecutables.

19.1.5 Laudos y opiniones disidentes

Knoepfler, L'opinion disidente: une hypocrisie, *Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015.415; van den Berg, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, *Festschrift Reismann*, Brill, 2011.821.

481. Las leyes arbitrales, en principio, no exigen que una decisión arbitral sea unánime; es suficiente que una mayoría firme el laudo. Lo anterior tiene por consecuencia que es posible que un árbitro emita una opinión disidente o concurrente. Ahora bien, es importante destacar que jurídicamente las opiniones no son parte del laudo (y por lo tanto no pueden *per se* ser una razón para una eventual nulidad del laudo). Su valor es únicamente explicativo o doctrinal. En el medio se debate mucho si por lo tanto vale la pena comunicar la opinión disidente o concurrente junto con el laudo. El argumento en contra consiste en afirmar que las opiniones disidentes tienden a debilitar el laudo, algunas veces violan el secreto del deliberado, y muchas veces – si no es que siempre –, sirven para quedar bien con la parte que nombró al árbitro y perdió el litigio. A favor se dice que una opinión concurrente fortalece el laudo mostrando a la parte vencida que de todos modos hubiera perdido el procedimiento, no importa el argumento que hubiera invocado. También se usa el argumento de la "libertad de expresión" del árbitro, quien puede manifestar por qué no logró estar de acuerdo con la mayoría. Sin embargo, nos parece que el punto crucial de la

discusión es en realidad la independencia y neutralidad del árbitro: si se admite la opinión disidente, se admite el principio de que el árbitro fue no solamente nombrado por una parte (lo que es un hecho) sino también que el árbitro debe "algo" a esa parte: sea la prueba de que hizo su "trabajo", y "defendió" a "su parte", o, más sutilmente, una rogatoria para que la parte no se enoje con él. Como lo dice Knoepfler, la opinión disidente es *el gusano en la manzana*[743]. Un ejemplo clásico del mal uso de la opinión disitente es el del folleto comercial, como se le puede ver demasiadas veces en materia de arbitraje sobre inversión extranjera: "Estado contrátame: yo siempre te defiendo aunque no tengas razón". Uno no tiene que equivocarse. Las partes pagan para obtener una sentencia arbitral que pone fin a su disputa, no para conocer los estados de ánimo de los árbitros o los negocios que ofrecen. Finalmente, considerando la disidencia entre el presidente del tribunal y la mayoría de los árbitros, lo más recomendable es que éste renuncie a su cargo, como lo hizo Prosper Weil en el asunto *Tokios Tokeles*[744].

---

[743] Knoepfler, L'opinion disidente: une hypocrisie, *Mélanges Mayer*, LGDJ, 2015.415, 428.

[744] *Tokios Tokeles v. Ucraine*, ICSID, 29/06/2007 (Weil; Bernardini, Price); sin embargo en *Energoalians v. Moldavia*, el presidente del tribunal arbitral también emitió una sentencia disidente (ad hoc, 13/10/2013 (laudo en ruso).

19.2 Los requisitos formales del laudo

482. Según el artículo 1448 del Código de Comercio[745], el laudo tiene que ser por escrito y firmado, incluyendo la posibilidad de que el laudo sea en forma y con firma electrónica[746]. La misma disposición legislativa establece la posibilidad de que consten en el laudo sólo las firmas de la mayoría de los árbitros, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas. También constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. Para la firma del árbitro disidente, ésa explica la participación de él en el proceso arbitral y su acuerdo con las deliberaciones… aunque el resultado no fue el que concuerda con su opinión[747]. Las demás disposiciones sobre los requisitos del laudo, como la indicación del lugar de arbitraje o la fecha son meramente dispositivas y no imperativas, y consecuentemente su no-respeto no tiene ninguna sanción, visto que no son causales de nulidad.

---

[745] Art. 31 UNCITRAL.

[746] Graham, *Derecho internacional privado del comercio electrónico*, *op.cit.*, #41 sq.

[747] *Tiffany/Swatch*, CA Amsterdam, 04/03/2015.

483. El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa[748], o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 1448 Ccom[749] en relación con la transacción durante el arbitraje. Sobre el punto de la motivación, existe la polémica de si el tribunal arbitral tiene que responder a cada argumento presentado durante el procedimiento y también discutir cada prueba, o si una motivación adecuada es suficiente. La jurisprudencia extranjera se contenta con una motivación "suficiente" y "real", sin que haya necesidad de considerar todo lo actuado en el proceso[750]. Ahora bien, la jurisprudencia francesa, por ejemplo, considera que la falta de motivación no es causal de nulidad del laudo[751], sin embargo, no estamos de acuerdo. Por una parte, la falta de motivación

---

[748] A notar que un autor mexicano aboga a favor del laudo no motivado retomando los argumentos de Redferd & Hunter que la no-motivación pudiera ahorrar tiempo y costos (Gómez-Palacio, El Laudo No Motivado. Vía de Solución Poco Explorada en México, *Revista La Barra*, No. 61, marzo/abril 2007.4), postura que no compartimos como petición de principio. Si las partes están de acuerdo, no hay objeción. Pero de ahí, a recomendar a las partes de solicitar laudos no motivados, es un paso que no tomaremos, en la medida en que es siempre importante saber el porqué de la victoria o de la derrota. Y especialmente en este último caso, la motivación puede dar pie a un eventual recurso visto que la Ley mexicana expresamente lo prevé, además de que la motivación es parte de los derechos constitucionales mexicanos.

[749] Art. 30 UNCITRAL.

[750] *Honeywell*, CA París, 21/06/1990, *Rev. arb.*, 1991.96, Delvolvé.

[751] *Qatar Technical Support*, CA París, 10/03/2015, *Rev. arb.*, 2016.887, Giraud, quien de manera correcta critica la sentencia, porque en realidad la falta total de motivación también es una causal de nulidad en Derecho francés. En realidad, la Corte de Casación quiso probablemente referirse a una motivación que no incluye todo lo argumentado durante el arbitraje.

es una violación de la misión del árbitro, si la legislación arbitral como la mexicana, por ejemplo, expresamente prevé la obligación de motivar; por otro lado, la falta de motivación – como la la fundamentación – también constituye una violación del debido proceso (visto que la parte vencida tiene derecho a saber el porqué del sentido del laudo), lo que es contrario al orden público internacional. Sin embargo, en la práctica es prudente tomar en consideración todos los argumentos de peso, aunque no necesariamente sean útiles para el laudo final. Y agregar que no hay lugar a considerar los demás para demostrar que sí se tomaron en cuenta todos los puntos al momento de la deliberación del laudo. En general, esos requisitos son respetados, en particular cuando la sentencia arbitral es rendida en el marco de un centro arbitral que revisa esas cuestiones de forma.

19.2.3 La revisión institucional de la forma del laudo

Loquin, L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence, *Rev.arb*, 1990.427

484. Varias instituciones tienen la práctica de revisar el proyecto de laudo antes de que los árbitros lo firmen y rindan. La idea consiste en tener la certeza de que no existe ninguna "falla" ya sea de forma o de fondo en el laudo y así

garantizar la mejor ejecución posible. La revisión del laudo no se debe confundir con la apelación arbitral[752]; tampoco se trata de una nueva instancia para confirmar el laudo, o emitir un nuevo. Sin embargo, una cierta doctrina aunque sea minoría, insiste en criticar el sistema de la revisión[753] entre otros, con el argumento de que, desde un punto de vista conceptual, uno debe interrogarse si la "verificación" del laudo no es en realidad una "apelación"[754]. El argumento consiste en decir que el laudo existe como instrumento jurídico con valor de *res judicata* desde el momento en que fue rendido por el tribunal arbitral[755]. Sin embargo, no compartimos tal punto de vista; el laudo solamente existe a partir de la firma del Presidente del Tribunal, firma que justamente tiene por función el autentificar que el *instrumentum* refleja el *deliberatium* de los árbitros; firma que intervendrá después de la revisión. De la misma manera, la "revisión" objeto del presente estudio tampoco se confunde con la revisión del laudo tal como la prevé el artículo 51 del Reglamento del Centro Internacional para el Arreglo de las Disputas sobre Inversión (CIADI), que permite una revisión *de novo* del laudo en presencia de hechos nuevos descubiertos a más tardar 90 días después

---

[752] Civ², 23/01/1974, *Rev. arb*. 1974.296, Loquin.

[753] P.e. Goldstajn, Permanent and ad hoc arbitration tribunals, in: Schmitthoff & Simmonds, *International Economic and Trade Law*, Sijthoff, Leyden, 1976.183, 195; Kassis, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la CCI. Les déviations de l'arbitrage institutionnel*, LGDJ, 1988, #2-4.

[754] Véase también: Loquin, *L'examen du projet de sentence…*, *op.cit.*, p.427.

[755] Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, Mohr, 1975.480 sq.

de que el laudo fue dictado y con la condición de que este nuevo elemento hubiera podido influir de manera decisiva sobre la decisión final. Aquí, la revisión solamente consiste en un mecanismo de apoyo, el cual a su vez consiste en verificar detalles técnicos, sin tomar en consideración la decisión de los árbitros sobre el fondo. En general, aunque no hay muchos casos conocidos, la revisión de los laudos tiene el apoyo de los tribunales estatales. La Corte de Casación francesa en su decisión *Opinter* consideró *in abstracto* que la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (CCI) en la revisión de un laudo no tiene ningún poder jurisdiccional (según su propio reglamento) y que en este sentido sus decisiones tienen un carácter administrativo[756].

485. Ante el silencio de la Ley mexicana, los centros que operan en México tienen la posibilidad de adoptar cualquier sistema de control, la elección de las partes del centro para resolver su controversia siendo un acto contractual incorporando el reglamento de dicho centro en su acuerdo arbitral. En realidad, sólo un centro tiene el mismo mecanismo que la CCI, a saber, el CAM que dispone en el artículo 34 de su reglamento:

> Salvo pacto en contrario de las partes, antes de firmar cualquier laudo, el tribunal arbitral debe someter el proyecto al Centro, quien podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad

[756] *Appareils Dragon*, CA París, 22/01/1982, 1982.91, Mezger; ver también: *Syrian Petroleum Company*, TFS, 16/07/1990.

> de decisión del tribunal arbitral, llamar su atención sobre puntos que interesen el fondo de litigio. Salvo pacto en contrario de las partes, el tribunal arbitral se abstendrá de firmar un laudo arbitral que no haya sido aprobado en cuanto a la forma por el Centro.

Al contrario del reglamento de la CCI, la práctica de la revisión del laudo en el CAM es sólo facultativa, las partes tienen la posibilidad de excluirlo del procedimiento si tal es su deseo. Si no la han derogado, el sistema de la revisión, sin embargo, da lugar a ciertas interrogantes que hay que analizar ahora, en particular con respecto a la revisión de la forma y sobre el fondo.

A – La revisión autorizada sobre la forma

486. Las observaciones sobre la forma pueden corresponder a errores tipográficos o de cálculo, elementos que faltan pero que deben ser incluidos en el laudo según la *lex sitae arbitri*, falta de motivación, o el *infra* y *ultra petita*. Con respecto a estos dos últimos problemas, se puede decir que ya no es una simple revisión de forma, sino una intromisión en el fondo de la decisión, especialmente cuando el *petitum* de las partes puede ser interpretado de varias maneras. No queda claro cuál sería la solución en caso de que el tribunal arbitral no estuviere de acuerdo con la observación del Centro. Por ejemplo, en el caso de una demanda de indemnización por incumplimiento convencional, podría conducir al árbitro a pronunciarse también sobre los intereses moratorios, aunque no fueron

solicitados por las partes; sin embargo, la posición contraria puede ser sostenida: si la demanda no evoca los intereses moratorios es porque las partes no quieren someter este problema al árbitro. Estamos así frente de un problema de interpretación. Si se considera que el *infra y ultra petita* son problemas de forma, entonces el tribunal tendría que "obedecer" al Centro, aunque no estuviese de acuerdo con su interpretación. Sin embargo, para nosotros sería inconcebible que el Centro rindiera "su" laudo en lugar del laudo elaborado por el tribunal arbitral. Y esto se comprobaría con el análisis de los varios contratos en presencia de la organización de un procedimiento arbitral. En efecto, en una primera etapa las partes concluyen un acuerdo arbitral entre sí mismos; la segunda etapa consiste en concluir un contrato con el centro de arbitraje; en una tercera etapa se celebra un contrato entre las partes y los árbitros; y finalmente los árbitros perfeccionan un contrato con el centro de arbitraje. Ahora bien, el poder jurisdiccional de los árbitros tiene su raíz en el acuerdo arbitral entre las partes y los árbitros; y no del contrato entre los árbitros y el centro. El árbitro no es una emanación del centro[757] y mucho menos un "empleado" del centro[758]. Consecuentemente, el tribunal arbitral tiene que rendir cuentas a las partes y no al centro. En caso de conflicto, los árbitros podrían llegar a desobedecer las

[757] Por una sentencia inédita, la Corte de Apelación de París desafortunadamente argumentó que el árbitro sí es una emanación del centro (*El Adhab*, CA París, 02/10/1997), contradiciendo una decisión anterior que estableció que la misión del centro no se confunde con la misión del árbitro (CA París, 12/01/1988, *Rev. arb.*, 1988.691, Zollinger).

[758] Clay, *op.cit.*, #743.

observaciones del Centro si éstas no corresponden a la voluntad del tribunal – aunque se puede considerar que tal situación no surgirá en la práctica en la medida de que el centro "descontento" por el árbitro posiblemente no lo aceptará para futuros casos. En efecto, según el artículo 13.2 del Reglamento de la CCI, la Corte puede rechazar cualquier nombramiento, y eso sin ninguna comunicación a las partes sobre los motivos[759].

B - La revisión prohibida sobre el fondo

487. Si bien es cierto que la mencionada disposición del reglamento de la CAM por ejemplo enuncia, "respetando la libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia", no hay duda de que, siguiendo una doctrina autorizada, un centro de arbitraje puede revisar aspectos de fondo del laudo que considere confusos, insuficientemente razonados, incoherentes o contrarios a las disposiciones de la Ley aplicable.[760] Aunque se trata de simples "recomendaciones" al tribunal arbitral, no cabe duda de que la mayoría de los árbitros van a seguir dicha

[759] No obstante, la no comunicación tiene también muchas ventajas prácticas, como por ejemplo impedir "situaciones incómodas u ofensivas para los árbitros en cuestión, así como evitar disputas posteriores con las partes acerca de las razones, lo cual, en caso de que éstas tuvieran que ser informadas, haría que el laudo, después de ser emitido, fuera más vulnerable a un ataque" (Derains & Schwartz, *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Oxford, 1998.157).

[760] Derains & Schwartz, *op.cit., p.*.354.

recomendación.[761] Resulta que, aunque en un caso poco probable, se puede prestar a pensar que un laudo "revisado" puede ser nulificado. En efecto, las partes eligieron a los árbitros y no al centro arbitral para decidir sobre la controversia. Pero es un hecho también que las partes han elegido al centro con todo lo que eso implique. Es importante mencionar, sin embargo, que la revisión que se hace por parte de la institución arbitral, en la práctica tiende a incrementar la calidad de los laudos. Si las partes no están de acuerdo con este mecanismo, son libres de elegir otro centro que no tenga la facultad de revisión como sucede en los arbitrajes de la CANACO, por ejemplo. Es cierto que, como lo hemos mencionado, los tribunales franceses dieron su aval a la práctica similar de la CCI, pero tal hecho no puede impedir tener ciertas dudas sobre el sistema. Es por lo que el profesor Clay afirma que los árbitros tienen la obligación de desestimar las recomendaciones si éstas violan la integridad de su poder jurisdiccional[762]. En realidad, si en teoría la intervención del Centro puede ser vista como una injerencia para el arbitraje institucional, también es un hecho que en la práctica la revisión del laudo no constituye un verdadero problema en la medida en que el Centro toma las precauciones necesarias para ejercer su poder de manera razonable.

488. Queda la cuestión de cómo sancionar tal situación, en

[761] *Idem.*

[762] *Op.cit.*, #906. Véase también: *République de Guinée*, TGI París, 23/06/1988, *Rev. arb*. 1988.657.

caso de que el Centro realmente imponga modificaciones sobre el fondo en contradicción con el artículo 33 del Reglamento de la CCI, entre otros. En efecto, tal problemática no está considerada en la Ley mexicana, que prevé solamente causas de nulificación con respecto al trabajo de los árbitros y la regularidad del procedimiento arbitral. Graham Tapia sugiere que la hipótesis también tiene que entrar en el presupuesto del procedimiento arbitral irregular tal como lo prevé el artículo 1457.d) del Código de Comercio[763]. Sin embargo, es importante detallar esa propuesta doctrinal. En efecto, el mencionado artículo dispone que el juez nulificará la decisión de los árbitros si "el procedimiento arbitral no se ajustó en el acuerdo celebrado entre las partes". *Stricto sensu*, el procedimiento arbitral es el conjunto de reglas y acciones que han precedido la toma de decisión. En este sentido, la intervención del Centro no sería parte del procedimiento arbitral, sino que se trataría de una simple intervención "administrativa". Sin embargo, tal visión deja a las partes en un estado de indefensión y se tiene que considerar que su intervención es parte integral del procedimiento arbitral, especialmente cuando se sabe que en la firma del laudo por los árbitros no puede intervenir de ningún modo sin tener la aprobación del laudo por el Centro. Siendo parte del procedimiento arbitral, las condiciones de la revisión por el Centro tienen que sujetarse al reglamento adoptado por las partes, que de ninguna manera permite hacer revisiones de fondo. Si tal fuera el caso, entonces la nulidad prevista por el artículo 1457.d) del Código de

[763] Graham Tapia, *El Arbitraje comercial*, Themis, 2000.288.

Comercio puede ser la base para una acción en contra del laudo, en la medida en que el Reglamento de la CAM prevé, por ejemplo, solamente "observaciones" con respecto al fondo y no permite de ninguna manera obligar al tribunal a seguirlas. Si lo hace, entonces se realiza la hipótesis del artículo 1457.d) al no ajustarse el procedimiento a lo pactado y tiene que darse la nulidad del laudo.

489. Conceptualmente, el mecanismo de revisión podría implicar la suposición de que hay árbitros que no cumplen su misión con toda la diligencia necesaria. Sin embargo, nos parece que no es así. Por ejemplo, es posible que se designe a un profesionista, quien actuará por primera vez como árbitro; o que las partes hayan solicitado un arbitraje con un perito que no es abogado. En este sentido, la persona designada puede rendir una decisión adecuada, y sería injusto entablar un juicio en contra del laudo por insuficiencias en el mismo como serían la falta de firma o la falta de claridad en el texto del laudo. Queda también *prima facie* como problema, la corrupción "moral". En efecto, si el mecanismo de la recusación existe ante el tribunal arbitral, tal procedimiento no existe para los miembros del Consejo General del CAM a cargo de la revisión del laudo y se podría dar la hipótesis de que un miembro quiera favorecer a una de las partes. Aunque no directamente vinculado, situación semejante se presentó en el multicitado caso *ADT*. Recordemos brevemente que en este asunto, el quejoso impugnó el hecho de que el abogado de la contraparte fue también miembro de la Comisión de Mediación y Arbitraje del centro de arbitraje de la CANACO

que lleva la tramitación general del procedimiento arbitral e interviene, por ejemplo, en la designación de los eventuales árbitros. Sin embargo, tanto en la CANACO como en el CAM, el reglamento interno prevé la obligación para algún miembro que tenga un conflicto de interés de abstenerse a participar en las decisiones. Según los tribunales federales, lo que cuenta es la imparcialidad del centro tal cual, y no la posible parcialidad de un solo miembro[764]. En otras palabras, aunque un miembro que tenga razones para favorecer a una parte en el procedimiento de revisión, por el hecho de que varios otros miembros del centro o de la secretaría intervienen en dicho procedimiento, no es tan sencillo de "manipular" el resultado final. La casi ausencia de litigio sobre este punto a nivel internacional comprueba que el sistema funciona[765].

19.3 La notificación del laudo

490. Aunque poco evocado en la literatura, la notificación del laudo es esencial para ciertos puntos prácticos. En primer lugar, la parte vencedora necesita un "original" del laudo para poder llevarlo a la ejecución – así como la parte vencida requiere un "original" para ir al recurso judicial.

---

[764] Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, DC 3782/2002, 03/05/2002.

[765] Sin embargo, en un asunto la Suprema Corte de Lituania consideró que el centro y la firma de abogados de una de las partes tuvieron relaciones tan estrechas que se pudo razonablemente dudar de la neutralidad del Centro (Docka, Lithuania: An Arbitral Institution's Independance in Question, *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2017.28).

Los centros arbitrales expiden copias del original – que se queda con la secretaría del centro – y que son "certificadas" por la institución arbitral. Obviamente, se trata de certificaciones privadas que no pueden ser apostilladas. Si el tribunal judicial no acepta esta copia privada como original, un remedio consiste en obtener una copia certificada notarial del laudo en la sede arbitral y apostillar esta copia. La notificación del laudo también importa para el cálculo de los plazos legales para presentar los recursos judiciales. Un problema práctico consiste en que ciertos centros como el TAS, por ejemplo, notifican primero el laudo por correo electrónico, y semanas después mandan la copia certificada. ¿A partir de qué momento empiezan a correr los plazos? La respuesta depende de cada Derecho nacional, pero se puede presumir que los plazos tienen que correr a partir del recibido de la copia certificada del laudo, por la simple razón de que sin ella no es posible presentar el recurso justamente por la exigencia de presentar el "original"[766]. Así se debe entender también el Derecho mexicano, que prevé que el término de tres meses para presentar el recurso de nulidad corre a partir "de la fecha de notificación del laudo"[767].

[766] *Infra* # 527.

[767] Art. 1458 Ccom; art. 34.3 UNCITRAL.

PARTE 5:LAS ACCIONES POST-ARBITRALES

491. Una vez concluido el procedimiento arbitral con la rendición del laudo, el tribunal arbitral se disuelve: el *functus officio*. Excepcionalmente, el tribunal podrá reunirse de nuevo para la interpretación o la corrección del laudo en relación con errores de cálculo o errores tipográficos o de naturaleza similar; véase para rendir un laudo adicional si se hubiera olvidado pronunciarse sobre un punto de la litis[768].

492. Salvo lo anterior, lo más lógico es que la parte vencida se apegue a lo ordenado en el laudo y cumpla cabalmente con su disposición. Sin embargo, de buena fe, puede solicitar a los tribunales estatales verificar si no hubo algún vicio legal en el proceso. Por lo tanto, es necesario analizar cuáles son los recursos disponibles, empezando por preguntarnos si es posible ampararse en contra de un laudo. También, se debe ver cuáles son los requisitos para una eventual nulidad del laudo, y si no hay lugar a ella, cómo poder ejecutar de manera coactiva la sentencia arbitral.

[768] ART. 1450 Ccom; Art. 33 UNCITRAL.

LECCIÓN 20: LA APELACIÓN DEL LAUDO

493. No existe la posibilidad de pedir a un juez la revisión de fondo *(de novo)* y, en el caso de la llamada "apelación" prevista contractualmente, es en realidad un procedimiento arbitral final, la primera "instancia" concluyendo con un proyecto de laudo y no con un laudo. Finalmente, es un hecho que el amparo tampoco es una herramienta para "apelar" el laudo, visto que el único medio en contra de un laudo es el recurso de nulidad, siendo el amparo un juicio constitucional contra los actos de autoridades como las decisiones judiciales.

20.1 La apelación contractual

494. Excepcionalmente hay algunas cláusulas arbitrales que prevén un procedimiento arbitral a dos pisos: una primera instancia, y si las partes no están de acuerdo con la "decisión", pueden "apelar" en segunda instancia ante otro tribunal arbitral[769]. Sin embargo, el laudo justamente se caracteriza por su definitividad, excluyendo cualquier otra posibilidad de decisión sobre la misma cuestión de derecho. Consecuentemente, hay una imposibilidad lógica de pretender apelar un laudo que por naturaleza es inapelable[770]. Y por lo tanto no es posible adherir a la posición de una cierta doctrina que sostiene que tal vez sería factible que tales cláusulas sean válidas en México[771]. En realidad, se debe buscar otra calificación para los procedimientos en dos etapas. La primera etapa es un simulacro a la imagen del *Mini Trial* o del *Early Trial Evaluation*[772]. Al final, se propone un proyecto de decisión[773]. Si las partes lo aceptan, la propuesta se cambia en un laudo definitivo e inapelable. Si una de las partes rechaza el proyecto, se inicia la segunda etapa que es la de

[769] Es así como la Cámara Arbitral de París rinde unos 6000 laudos cada año con este sistema.

[770] Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, # 564.

[771] González de Cossío, *op.cit.*, p. 162.

[772] En el mismo sentido, pero hablando de "conciliación": Loquin, Observación bajo CA París, 8/10/1998, *Rev. arb.*, 2000.128,132.

[773] La referida Cámara Arbitral de París califica de manera correcta la primera decisión de "proyecto de laudo".

un verdadero arbitraje y que a su vez, termina inmediatamente con un laudo definitivo e inapelable.

495. Tampoco constituye una apelación el mecanismo de revisión del laudo en el marco del CIADI[774]– que también es un mecanismo contractual vía un tratado internacional –, en la medida en que un tribunal arbitral, por ejemplo, malinterpretó la Ley aplicable[775], el laudo no será declarado nulo, si no se verificaron algunas de las causales previstas. Se trata en realidad de un procedimiento convencional de nulidad de laudo.

496. No es posible, por otro lado, prever contractualmente que un laudo pueda ser apelado por un tribunal estatal, en virtud de que las acciones ante los órganos judiciales se encuentran organizadas por Leyes de carácter de orden público[776], y los particulares no pueden configurar por un acuerdo "la primera instancia", siendo sólo la competencia territorial prorrogable según el artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Tales cláusulas, que son raras en la práctica, son *ab initio* nulas[777], sin que esto

---

[774] *Infra* # 622.

[775] *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Comité ad hoc, 25/09/2007 (Guillaume; Bredin, Crawford).

[776] Art. 1095 Ccom.

[777] *Buzzichelli*, Civ[1], 06/04/1994, *Rev. arb.*, 1995.263, Level.

signifique afectar la validez de todo el acuerdo arbitral[778]. Tampoco, se puede "apelar" un laudo definitivo ante el juez como lo veremos ahora.

20.2 La apelación judicial

497. La apelación tiene por función revisar la sentencia pronunciada en primera instancia; revisión que se hace de los hechos y del Derecho. Una falsa interpretación constitucional y un marco conceptual erróneo hace, en ocasiones, que ciertos tribunales mexicanos continúen pensando que tienen el derecho de revisar un laudo arbitral. Un ejemplo significativo es la decisión *Motores Automotrices*[779]. El juzgador federal tomó como premisa de su razonamiento el artículo 17 de la Carta Magna, afirmando de manera errónea que la Ley Suprema "prohíbe la justicia privada", olvidando, como ya lo hemos mencionado, que el 17 constitucional enuncia que "nadie podrá hacerse justicia por sí mismo" se aplica únicamente en materia penal. Y esa mala apreciación hace falso todo lo que sigue en el razonamiento del juzgador. Siendo para el juez federal una función exclusivamente estatal la justicia, la jurisdicción obliga al juez a revisar el laudo. De manera correcta, se afirma que "la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si

[778] Para el debate, véase el fallo *Diseno,* CA París, 27/10/1994, *Rev. arb.,* 1995.263, confirmando la nulidad del acuerdo arbitral; y el caso americano *Kyocera* (ND Cal, 1995) 909 F. Supp. 697, confirmando la sobrevivencia del acuerdo arbitral.

[779] Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. **Motores Automotrices y Accesorios Diesel**. 29/06/1995, inédito.

pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de las partes", pero para añadir casi inmediatamente que "no se pudiere examinarse la decisión del árbitro contenido en el laudo, en cuanto a la interpretación que hizo del punto sometido a su consideración sería tanto como darle a una decisión de dicha persona una categoría que va más allá de la propia sentencia que dicta un juez jurisdiccional, la cual es materia de examen, ya sea por su superior jerárquico, o en su caso por las autoridades federales"; citando como apoyo una tesis de la Suprema Corte[780] que en realidad ¡afirma lo contrario!:

> [...]Por otra parte, el citado artículo 5o. de la Ley orgánica, al declarar que los tribunales deben prestar el apoyo de su autoridad a los laudos arbitrales, cuando éstos estuvieren dentro de la Ley, implícitamente reconoce a los tribunales la facultad de hacer un análisis del laudo, a efecto de determinar si está conforme, o no, con el ordenamiento jurídico, pero no es racional suponer que tales facultades sean absolutas, esto es, que los Jueces estén autorizados para revisar los laudos de una manera completa. Esta resolución no sería posible, porque no se advierte por los términos en que está concebido el repetido artículo 5o., que el legislador haya tenido la intención de que los Jueces pudieran nulificar el juicio arbitral y a esto equivaldría la facultad otorgada a los tribunales para determinar, revisando las cuestiones de fondo,

[780] Amparo civil en revisión 4660/31. **Compañía Mexicana de Petróleo "El Aguila"**, S. A. 26/05/1933. Unanimidad de cinco votos. Excusa: Ricardo Couto. La publicación no menciona el nombre del ponente. 5ta Época., T. XXXVIII, p. 800.

> si el árbitro aplicó correctamente el derecho, en el caso sometido a su decisión. Además, para que los Jueces pudieran proceder con completo conocimiento del negocio, y dictar una resolución justa, sería necesario que el pronunciamiento estuviera precedido de un debate habido entre las partes, ante el mismo Juez, lo cual no está autorizado por nuestra Ley de enjuiciamiento […]

El error fundamental consiste en pensar que el laudo carece por sí mismo de valor jurídico. Sin embargo, esta revisión en realidad no existe en México, conformándose así el principio *ubi partes sunt concordes nihil abjudicem*[781]; los jueces sólo pueden anular el laudo o rechazar su reconocimiento y ejecución, y esto es lógico porque el laudo tiene carácter de *res judicata* como ha quedado establecido judicialmente:

> ARBITRAJE. LOS LAUDOS FIRMES ADQUIEREN LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA. Los laudos arbitrales firmes tienen la calidad de cosa juzgada, aun cuando deban ser ejecutados ante una autoridad jurisdiccional, puesto que estos tienen la

[781] No se necesita un juez en donde las partes están de acuerdo.

> característica de inmutabilidad, es decir, que no puede cuestionarse su eficacia jurídica [...].[782]

Como también lo expresa claramente una decisión de Tercer Tribunal Colegiado del mismo Circuito:

> ÁRBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES. Para la ejecución de un laudo arbitral es preciso la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitarle la naturaleza privada, asume su contenido, de modo que el laudo es ejecutable por virtud del acto jurisdiccional, que sólo es el complemento necesario para ejecutar lo resuelto por el árbitro, ya que **el laudo es una resolución dictada por el árbitro que dirime la controversia suscitada entre las partes, con calidad de cosa juzgada y constituye título que motiva ejecución**, ante el Juez competente que debe prestar los medios procesales necesarios para que se concrete lo resuelto en el laudo. Por lo tanto, **el laudo es una resolución que tiene los atributos de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad**, sólo que la eficacia y realización concreta de lo

[782] Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *SJF*, Novena Época, Tomo XV, mayo 2002.1175. Véase también: ARBITRAJE. LOS LAUDOS FIRMES ADQUIEREN LA CATEGORÍA DE COSA JUZGADA. Los laudos arbitrales firmes tienen la calidad de cosa juzgada, aún cuando deban ser ejecutados ante una autoridad jurisdiccional, puesto que éstos tienen la característica de inmutabilidad, es decir, que no puede cuestionarse su eficacia jurídica; situación que encuentra apoyo en lo dispuesto en el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 364/2002. **Koblenz Eléctrica**, S.A. de C.V. 22/02/2002. Unanimidad de votos. Ponente: Marco A. Rodríguez Barajas. Secretaria: Ana Paola Surdez López).

> condenado quedan siempre al Juez competente designado por las partes o el del lugar del juicio. El árbitro carece de la facultad de hacer cumplir, ante sí, el laudo que emitió, porque no tiene la potestad o imperium, que es uno de los atributos de la jurisdicción y que es inherente a los órganos jurisdiccionales del Estado. Ello implica que el árbitro carece de la fuerza del Estado para hacer efectiva la condena, pero el laudo en sí mismo no está despojado de los atributos de la cosa juzgada, puesto que la facultad de decidir la controversia es una delegación hecha por el Estado a través de la norma jurídica, y sólo se reserva la facultad de ejecutar. **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 hayan respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y que no sea contrario a una materia de orden público.[783]

En el mismo sentido, se transcribe la siguiente tesis:

> LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA, EN AMPARO, NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTIDO EN CUANTO AL FONDO. Un laudo arbitral es la decisión de un órgano no estatal, así convenida por las partes, para resolver una

[783] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 1303/2001. **Constructora Aboumrad Amodio Berho**, S.A. de C.V. 08/03/2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez.

contienda, ya sea presente o futura; así, para efectos de la instancia ordinaria queda a la exclusiva potestad de la decisión del tribunal de arbitraje y pasa a ser una extensión de esa voluntad, que por ser un acto de particulares, en cuanto a su sentido, **no se encuentra sujeto a revisión constitucional**; sin embargo, tal revisión constitucional sí se puede dar respecto a la resolución de homologación emitida por un órgano judicial estatal, la que, desde luego, se limitará al resultado del análisis de la debida composición del tribunal de arbitraje, del debido procedimiento, de la manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje, de la materia del mismo y de los demás supuestos contemplados en el artículo 1462 del Código de Comercio, **supuestos que, como se advierte, contemplan únicamente cuestiones de forma y no de fondo,** y, una vez dada la homologación, de los actos de ejecución con que el Juez auxilia al cumplimiento del laudo; por lo **que en la vía de amparo únicamente se podrán alegar esas cuestiones y no las relativas al fondo y sentido del laudo.** Lo anterior se robustece con el criterio sostenido por la Tercera Sala de la anterior integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XXXVIII, página 801, de rubro: "ARBITRAJE.", en la que considera que el arbitraje es una convención que la Ley reconoce, lo que constituye una renuncia de los particulares para que la autoridad judicial conozca de una controversia, por lo que tiene una importancia procesal negativa, en cuanto que las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares, llamados árbitros; sin embargo, éstos no son funcionarios del Estado ni tienen jurisdicción propia o delegada, y sus facultades derivan únicamente de la voluntad

de las partes, expresada de acuerdo a la Ley, y si bien el laudo arbitral no puede revocarse a voluntad de uno de los interesados, no es ejecutivo en sí mismo, ya que sólo puede considerársele como una obra de la lógica jurídica que es acogida por el Estado, por lo que sólo puede ejecutarse a través de un acto realizado por un órgano jurisdiccional que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido, y es entonces que se equipara a un acto jurisdiccional. **Sin embargo, los Jueces no están autorizados para revisar los laudos** de manera integral, ya que de lo contrario podrían nulificarlos, aun por cuestiones de fondo, para lo que sería necesario que previamente las partes comparecieran ante el Juez a plantearle el debate, y el sistema generalmente adoptado consiste en que si la violación contenida en el laudo transgrede el orden público, el Juez no debe ordenar su ejecución, pero si solamente perjudica intereses privados debe ordenarla; y una vez decretado judicialmente su cumplimiento se eleva a la categoría de acto jurisdiccional y es entonces que el agraviado puede ocurrir ante los tribunales de la Federación en demanda de amparo, que deberá tramitarse en la vía biinstancial, como así se advierte de la jurisprudencia número 32/93 de la Tercera Sala de la anterior integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, tomo 72, diciembre de 1993, página 41, de rubro: "LAUDO ARBITRAL, ACUERDOS DE HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DEL. PROCEDE EN SU CONTRA EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 114, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE

> AMPARO, Y NO EL DIRECTO A QUE ALUDE EL 158 DEL MISMO ORDENAMIENTO"[784].

No pudiendo apelar el laudo, se mantiene la cuestión de si entonces en México se puede al menos amparar contra lo decidido por el tribunal arbitral.

20.3 La "apelación constitucional": el amparo

498. Con la reforma de 2013 de la Ley de Amparo, de nueva cuenta surge la cuestión de si es posible o no ampararse contra un laudo[785]. Según tanto el artículo 1 como el artículo 5 de la nueva Ley, los particulares pueden ser "autoridades", si "realicen actos equivalentes a los de autoridad", siendo autoridad:

> la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones.

---

[784] Primer Tribunal Colegiado del Decimo Quinto Circuito. Amparo en revisión 138/2002. **Mecalux**, México, S.A. de C.V. 28/05/2002. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretario: Ángel Rodríguez Rico.

[785] Graham, La fase post-arbitral en materia de controversias comerciales internacionales, *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, # 5, 2004.9; Herrera González, El arbitraje y su interacción con el juicio de amparo, *RMDIP*, #12, 2002.135; Silva Nava, Procedencia de amparo directo contra resoluciones sobre nulidad o reconocimiento de laudos arbitrales en material comercial, *Diagnostico y Propuestas sobre los Sistemas de Impartición de Justicia en México*, Barra Mexicana, T. II., 2004.1503.

Como se puede fácilmente imaginar, el laudo dictado por un árbitro puede ser considerado como un acto de autoridad, pero no puede serlo según la interpretación que uno quiere adoptar.

499. Antes de la reforma de 2013, los tribunales federales de manera general consideraban que el árbitro no era autoridad para efectos de amparo. Es así como el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativo del Primer Circuito determinó lo siguiente sobre el concepto de la autoridad:

> AUTORIDADES, QUIENES LO SON PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. Si del informe justificado que rindieron las autoridades señaladas como responsables, aparece que tuvieron intervención en la realización de los actos reclamados, haciendo uso de facultades de imperio. Esto basta para que se les considere como autoridades para los efectos del juicio de garantías, ya que el carácter de autoridades responsables no depende de su naturaleza jurídica, sino de la participación que haya tenido, con o sin facultades en la gestación o ejecución de los actos reclamados[786].

Se podía decir que un "acto de autoridad" se constituye por una "actividad por el Poder Público en ejercicio de sus potestades estatales"[787], caracterizado justamente por la capacidad de mandar y ordenar: el *imperium*; de lo que se

[786] Amparo en Revisión 999/79. **Ricardo García Pelayo.** 18/10/1979. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Liévana Palma. *Informe de la SCJN*, 1979.105.

[787] González Cossío, *El juicio de amparo*, 6 ed., Porrúa, 2001. 44.

puede concluir *a contrario*, que los actos de particulares, aunque sean violatorios de garantías constitucionales, no podían ser objeto de un juicio de amparo, y tal fue la posición de la Suprema Corte:

> La resolución dictada por un árbitro privado no constituye un acto de autoridad, por tanto no es susceptible de ser combatida mediante el juicio de amparo.[788]

Sin embargo, a primera vista, faltaba coherencia en la aplicación del citado criterio de la Suprema Corte, en la medida en que varias decisiones habían otorgado el amparo directo contra un laudo no obstante la tesis de la Suprema Corte. Es así como algunos años después de la tesis *Sindicato de Empleados del Puerto de Veracruz*, la misma Corte se pronunció:

> LAUDOS DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE, PROCEDENCIA DEL AMPARO DIRECTO CONTRA LOS. Los laudos del Tribunal de Arbitraje son sentencias definitivas contra las que no cabe recurso alguno, por lo que en su contra no procede el amparo promovido ante un juez de Distrito, sino

[788] Quinta Época: Amparo en revisión 5878/41. **Sindicato de Empleados del Puerto de Veracruz**. 20/02/1942. Unanimidad de cuatro votos. Amparo en revisión 8132/42. Ríos Ezequiel y coags. 29 de noviembre de 1943. Unanimidad de cuatro votos. Amparo en revisión 3601/49. Cabañas Arnoldo. 10 de octubre de 1949. Cinco votos. Amparo en revisión 3206/47. Unión de Cargadores, de Número, de Comercio, Equipajes y Similares de Córdoba, Ver. 8 de marzo de 1950. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 3320/49. Sindicato de Trabajadores de Hoteles y Similares del D. F. (C.T.M.). 15 de enero de 1951. Unanimidad de cuatro votos.

> el directo, o sea aquél de que la Suprema Corte conoce en única instancia.[789]

500. Ahora bien, es cierto que sí se puede amparar en contra una cierta categoría de laudos, que son los que provienen de una autoridad pública en el marco de procesos llamados "arbitrales" y previstos por la Ley, como es el caso de la

[789] Quinta Época: Amparo en revisión 3357/46. **Paz de la Cajiga Álvaro.** 02/09/1946. Cinco votos. Amparo directo 2414/47. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 16 de julio de 1948. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 8994/46. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 2 de agosto de 1948. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 2923/47. Rueda Morales Juan. 11 de agosto de 1948. Unanimidad de cuatro votos. Amparo directo 8794/46. Secretaría de Educación Pública. 3 de septiembre de 1948. Unanimidad de cuatro votos. NOTA: De acuerdo con las reformas a las fracciones V y VI del artículo 107 Constitucional, así como con los artículos 158 de la Ley de Amparo y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, el amparo directo se sustancia, ordinariamente, ante los Tribunales Colegiados de Circuito.

PROFECO o de la CONDUSEF[790]. Sin embargo, no obstante su denominación, se trata de sentencias administrativas:

> PROCURADURÍA FEDERAL DEL CONSUMIDOR. CASO EN QUE EJERCE FUNCIONES JURISDICCIONALES. De acuerdo con el artículo 59 fracción VIII de la Ley Federal de Protección al Consumidor se desprende que la Procuraduría respectiva al tratar de satisfacer los derechos de los consumidores, puede desempeñar diferentes funciones, a saber: a) La función conciliatoria; b) La función arbitral; c) La función calificadora. Ahora bien, lo que va a diferenciar la actitud de un juez o tribunal de la que pudiese ejercer cualquier otra

[790]COMISIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (CONDUSEF). EL HECHO DE QUE POR LEY ESTÉ DOTADA DE FACULTADES DE AUTORIDAD, NO CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 90 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si se toma en consideración que de la interpretación conjunta de lo dispuesto en los artículos 1o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 1o., 2o., 14, 16, 17, 18, 20, 21 y 22 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, se desprende que los organismos públicos descentralizados pueden ser dotados de facultades de autoridad, siempre y cuando esté justificada su asignación y ejercicio a la consumación del objeto para el cual fueron creados, se concluye que el hecho de que por Ley se confiera al órgano descentralizado Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) atribuciones de imperio, no transgrede el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues debe tenerse presente que sus objetivos de asesoría, información, defensa a los usuarios de servicios financieros, conciliación y heterocomposición arbitral convenida, se identifican plenamente con áreas prioritarias o estratégicas del Gobierno Federal, prestación de servicios públicos o sociales y obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social. Amparo en revisión 198/2001. **Banco Inbursa**, S.A., Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Inbursa. 17/10/2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero. Amparo en revisión 358/2001. Inversora Bursátil, S.A. de C.V., Casa de Bolsa, Grupo Financiero Inbursa. 14 de noviembre de 2001. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

autoridad al resolver una controversia, es la función jurisdiccional. **De acuerdo a lo anterior y considerando las funciones que ejerce la Procuraduría Federal del Consumidor, se concluye que la única en que realiza la función jurisdiccional, es cuando actúa dentro del juicio arbitral, ya que en éste las partes formulan compromiso con base en el laudo que emita la propia autoridad, una vez seguido el procedimiento respectivo. Es decir, la Procuraduría tiene la facultad de decisión en el asunto que se somete a su consideración.** Situación diferente se presenta en la función conciliatoria, ya que en ésta la Procuraduría simplemente se dedica a ser un mediador entre el consumidor y el proveedor, con el fin de avenirlos y de que lleguen a un convenio. En la función calificadora, la jurisdicción aludida no existe, toda vez que en ésta la Procuraduría no obliga a las partes a formular compromiso alguno, sino que por el contrario, sólo determina si existe o no violación a la Ley Federal de Protección al Consumidor y deja a los contendientes en libertad de ejercer sus derechos en la jurisdicción ordinaria. **Por tanto, debe estimarse que la Procuraduría Federal del Consumidor sólo ejerce funciones de tribunal administrativo cuando actúa dentro del juicio arbitral reseñado.**[791]

---

[791] Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito: Amparo en revisión 386/88. **José Maclovio Flores Corona.** 25/10/1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta. Secretario: José de Jesús Echegaray Cabrera.

A señalar que para Góngora Pimentel, la PROFECO no es un tribunal administrativo sino un organismo descentralizado de servicio social con funciones de autoridad. Sin embargo, sostiene también que los laudos de la PROFECO son actos de autoridad para efectos del amparo (*Introducción al estudio del juicio de amparo*, 9 ed., Porrúa, 2003.392).

La mencionada postura fue confirmada en 2001 en forma de tesis de la segunda Sala de la Suprema Corte:

> COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. SUS LAUDOS ARBITRALES SON ACTOS DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. Los laudos que emite la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en su calidad de árbitro, constituyen actos de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues si bien es cierto que actúa por voluntad de las partes, también lo es que ejerce facultades decisorias a nombre del Estado y como ente público establece una relación de supra a subordinación con los particulares que se someten voluntariamente al procedimiento arbitral, ya que al dirimir la cuestión debatida entre el prestador del servicio médico y el usuario de éste, de manera unilateral e imperativa crea, modifica o extingue, por sí o ante sí, situaciones jurídicas que afectan la esfera legal de éstos, sin necesidad de acudir a los órganos judiciales ni de obtener el consenso de la voluntad del afectado.[792]

En la actualidad, el Poder judicial federal da continuidad a su jurisprudencia e interpreta las nuevas disposiciones en

[792] **Contradicción de tesis 14/2001**-PL. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, Segundo y Tercer Tribunales Colegiados en Materia Administrativa, todos del Primer Circuito. 26/10/2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan Díaz Romero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Alberto Díaz Díaz. Tesis de jurisprudencia 56/2001. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del treinta y uno de octubre de dos mil uno.

el sentido de que un tribunal arbitral no es, de manera general[793], una autoridad para efectos de amparo:

> LAUDO EMITIDO POR ÁRBITRO PARTICULAR. ES INCOMPETENTE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO PARA CONOCER DE ÉL EN EL AMPARO DIRECTO. De las fracciones III, inciso a) y V, inciso c), del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en el diverso 170 de la nueva Ley de Amparo, se advierte que los Tribunales Colegiados de Circuito son competentes para conocer de los juicios de amparo directo, los que sólo proceden contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que le ponen fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo. En ese contexto normativo, la validez de un laudo emitido por un árbitro particular no puede dilucidarse a través de dicho medio de defensa, al tratarse de una decisión que no es emitida por los tribunales de referencia, pues no es suficiente para estimar la competencia de dichos órganos, que la decisión señalada como acto reclamado tenga la denominación de laudo, ya que tal es la noción que corresponde a las resoluciones definitivas que emiten los tribunales del trabajo, y esa naturaleza no corresponde al árbitro que emitió el acto que se reclama en un procedimiento arbitral pactado por las partes, **pues un requisito sine qua non para estimar la posibilidad de que en el amparo directo pueda cuestionarse la regularidad de ese tipo de actos, es que sean emitidos por tribunales del Estado y no por árbitros privados.** Por ende, en estos casos el Tribunal

[793]En efecto, una cosa es considerar el amparo contra el laudo (amparo directo), otra es considerar el tribunal arbitral como autoridad para efectos del amparo indirecto por violaciones procesales graves tal como la violación de los derechos humanos (ver *supra* # 85).

Colegiado de Circuito, con fundamento en el artículo 45 de la Ley de Amparo, debe declarar su incompetencia y remitir el asunto al Juez de Distrito que corresponda, quien deberá pronunciarse sobre la posibilidad de que el árbitro, como particular que emite un acto equiparable al de autoridad, pueda ser considerado como responsable para efectos del juicio de amparo[794].

ÁRBITROS PRIVADOS. NO TIENEN EL CARÁCTER DE AUTORIDADES RESPONSABLES EN EL JUICIO DE AMPARO.
Los artículos 1o. y 5o, fracción II, de la Ley de Amparo establecen que el juicio constitucional es procedente contra actos de particulares y que éstos tienen el carácter de autoridad responsable cuando sus funciones estén determinadas por una norma general y realicen actos equivalentes a los de una autoridad. Ahora bien, el arbitraje privado es el procedimiento basado en la voluntad de las partes, quienes renuncian al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial y confían a uno o más particulares (árbitro o árbitros) la decisión de todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación contractual. En ese sentido, debe decirse que aunque los árbitros privados tienen la facultad de resolver los conflictos jurídicos que las partes sometan a su consideración, como ello emana de un compromiso formado entre particulares, la función de los árbitros es privada e igual carácter tienen todas las actividades que desarrollan a fin de resolver la controversia de que se trate, esto es, no son funcionarios del Estado ni

[794] Amparo directo 384/2013. **Gilberto Contreras Zúñiga**. 08/08/2013. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

> tienen jurisdicción propia o delegada, dado que sus facultades derivan no de una norma general, sino de la voluntad de los contratantes expresada en el acuerdo que la Ley reconoce, y como quien nombra a los árbitros y determina los límites de su oficio no obra en interés público, o sea, en calidad de órgano del Estado, sino en interés privado, lógicamente las funciones de esos árbitros no son públicas, sino privadas, lo que significa que carecen de imperio, de suerte que no pueden los mismos árbitros conceptuarse como autoridades del Estado ni sus actos son equivalentes a los de autoridad, por lo que resulta improcedente el juicio de amparo promovido en su contra[795].

Al final de cuentas, no hay necesidad alguna de tener el amparo en contra del laudo, porque el recurso de nulidad cumple justamente con esa función: verificar la legalidad del laudo. Y en caso de que se diera la abolición de este recurso – o si las partes han contractualmente renunciado a él –, aun así en el momento de la acción en ejecución forzosa se haría el mismo control de legalidad y contra esos actos judiciales quedaría la posibilidad de ampararse.

[795] Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Queja 195/2014. **Cecilia Flores Rueda y otros**. 29 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Abraham S. Marcos Valdés. Secretaria: Patricia Villa Rodríguez.

LECCIÓN 21: LA ACCION EN NULIDAD DEL LAUDO

501. No cabe duda de que, en la actualidad, el Estado sede del arbitraje tiene una gran importancia con múltiples consecuencias jurídicas[796]. Sin embargo, *de lege ferenda* opinamos que la noción de "Estado sede" tiene que desaparecer y con ella la abolición del recurso de nulidad[797], porque a la fecha el recurso de nulidad ya no tiene la misma importancia que antes. Basta mencionar, por un lado, las legislaciones que permiten a las partes excluirlo y, por otro lado, referirnos a las decisiones que establecen que si se pueden ejecutar laudos que fueron anulados en el Estado de sede, como también elegir convencionalmente la jurisdicción en donde se solicita la nulidad del laudo. Lo anterior nos lleva ahora a ver los criterios de competencia judicial y las reglas procesales que se apliquen a las acciones en nulidad en México.

---

[796] Fernández Rozas, Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral, *Lima Arbitration*, 2007.25.

[797] Pereznieto & Graham, La muerte programada del Estado sede del arbitraje, *RLMA*, 2006. 197.

21.1 Jurisdicción y competencia

502. Después de haber analizado los textos en la materia, es de preguntarse si, por un lado, es posible elegir el tribunal que conozca del recurso en nulidad y, por otro lado, si es posible simplemente renunciar al recurso de nulidad en virtud de la autonomía de la voluntad, principio rector del arbitraje.

21.1.1 En virtud de la legislación

503. Según la Convención de Nueva York, el principio aplicable en materia de jurisdicción para conocer de la nulidad de laudos consiste en que es el tribunal del lugar designado por las partes como lugar sede del arbitraje, disposición que también se encuentra en el Código de comercio[798]:

> ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. ES COMPETENTE EL JUEZ DEL LUGAR DONDE ÉSTE SE LLEVÓ A CABO PARA CONOCER DE LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL.
> De la interpretación conjunta de los artículos 1422, 1457, 1461 y 1462 del Código de Comercio, así como de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

[798] Artículo 1422 del Código de comercio (art. 34 UNCITRAL). Se señala que la referencia de la citada disposición al "lugar donde se lleve a cabo el arbitraje" designa la sede jurídica del procedimiento arbitral y no el lugar en donde, por razones prácticas, se hizo físicamente las audiencias por ejemplo.

> (Convención de Nueva York), adoptada el 10 de junio de 1958, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 1971, y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), suscrita el 30 de enero de 1975, y publicada en el mismo medio de difusión oficial el 27 de abril de 1978, **se concluye que sólo puede conocer de la nulidad de un laudo arbitral internacional, el juez del lugar en donde se llevó a cabo el procedimiento de arbitraje**. Lo anterior, en concordancia con las reglas acogidas por el Código de Comercio, respecto de las cuales existe consenso internacional dirigido a dotar de eficacia a los laudos dictados en procedimientos de arbitraje internacional, con el fin de proporcionar seguridad jurídica y evitar que las partes en conflicto acudan ante sus tribunales domésticos a solicitar la nulidad del laudo cuando no les sea favorable, pues lo contrario implicaría rebasar el ámbito de competencia de los jueces nacionales, al permitirles anular resoluciones dictadas en el exterior conforme a derecho extranjero[799].

504. En relación con la competencia, para los arbitrajes comerciales, tanto los tribunales federales como locales son los que pueden oír tales recursos en virtud del principio mexicano de la jurisdicción concurrente. Ahora bien, cabe preguntar si es posible pactar convencionalmente que otro juez que el del Estado sede pueda tener jurisdicción para admitir el recurso de nulidad

[799] Amparo directo 8/2011. **Smart & Final del Noroeste**, S.A. de C.V. 29/06/2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

no obstante que la sede arbitral estuvo fuera del Estado sede del arbitraje.

21.1.2 En virtud de la autonomía de la voluntad

505. La autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje. Por lo tanto, si esta puede determinar libremente la sede arbitral, no existe razón alguna para que esta no tenga la facultad de elegir otra jurisdicción que la de la sede arbitral para presentar el recurso de nulidad en contra del laudo. Asimismo, no hay objeción al poder renunciar simplemente al recurso de nulidad, como ya varias legislaciones lo prevén.

A – La atribución

506. En la medida que el criterio de competencia general de los tribunales mexicanos es el del *forum prorrogando*[800], nos parece que no hay objeción alguna a tal cláusula de jurisdicción en Derecho mexicano. Sin embargo, es de advertir que hay la posibilidad de que un Estado parte a la Convención de Nueva York considere tal acuerdo como inválido y rechace la obligatoriedad del fallo del tribunal en cuyo favor se pactó, visto que la Convención prevé una competencia exclusiva para el juez de la sede arbitral. Todo

[800] El artículo 23 del Código federal de procedimientos civiles dispone que "la competencia territorial es prorrogable por mutuo consentimiento de las partes expreso o tácito". Hay prórroga tácita: i) de parte del actor, por el hecho de ocurrir al tribunal, entablando su demanda; ii) de parte del demandado, por contestar la demanda y por reconvenir al actor.

lo anterior se puede ilustrarse a través del caso *YPF c. AES*[801].

507. En razón de lo concertado por Argentina y Brasil en el Protocolo de Intenciones sobre Integración en Materia Energética, se estableció un Acuerdo Marco para la celebración de un Contrato de Compraventa de Gas Natural, suscrito por Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. (YPF S.A.), Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), Transportadora de Gas del Norte S.A. (TGN S.A.) y la *Companhia Estadual de Distribuiçao de Energia Eletrica do Estado do Rio Grande do Sul – Brasil* (CEEE). El gas iba a ser importado por PETROBRAS con destino a la distribuidora *Companhia de Gás do Estado do Rio Grande do Sul* (SULGAS) quien, a su vez, se lo suministraría a *AES Uruguaiana Emprendimientos Ltda*. (AESU). Sin embargo, rápidamente surgieron varias controversias y un arbitraje tuvo lugar.

508. Lo interesante es que la cláusula compromisoria previó un proceso arbitral CCI con sede en Uruguay y que el recurso de nulidad debería presentarse obligatoriamente en Argentina. Y es lo que pasó. Los tribunales argentinos aceptaron la cláusula de prorrogación de foro por el principio de la a-localización del arbitraje y la autonomía de la voluntad:

[801] *YPF v. AES*, Contencioso Administrativo Federal, sala IV, Recurso de queja., 07/10/2014.

> Esta conclusión, sin embargo, no ha impedido el reconocimiento de una solución distinta fundada, en sustancia, en el referido carácter "flexible" del procedimiento arbitral internacional....El fenómeno en cuestión, conocido como "deslocalización", importa restar trascendencia a la "sede" del tribunal arbitral.... En efecto, como ya se señaló, la autonomía de la voluntad es el paradigma fundamental en este ámbito, que sólo cede en la medida en que se vulnere el orden público internacional..... En este sentido, una de las críticas que se han formulado hacia la judicatura latinoamericana en general respecto del cauce arbitral ha sido, justamente, "la poca receptividad por parte de algunos jueces a la autonomía de voluntad de las partes".

Como punto de partida del razonamiento, el tribunal considera el precedente francés *Miss France*[802], donde la Corte de apelación de París aceptó una prorrogación de foro, sin embargo fue condicionada por tener un vínculo mínimo con Francia y que existe un riesgo de denegación de justicia. Ahora bien, si no hay razón de admitir las cláusulas de elección de jurisdicción en materia de recurso de nulidad, *a fortiori* no hay tampoco argumento en contra de una mera renuncia a tal recurso.

B – La renuncia

509. Sostenemos que las partes podrían pactar una renuncia al recurso de nulidad, al menos respecto a las causales que

[802] *Le Parmentier et Association Internationale des concours de beauté pour les pays francophones c. Société Miss France, Association Miss France, Miss Europe, Miss Univers*, CA París, 17/06/2004.

no deban ser examinados *ex officio* por el juez[803], para seguir el ejemplo de Bélgica, que abolió ya en 1985 el recurso en nulidad tratándose de arbitrajes internacionales cuando ninguna de las partes tenía vínculos con el país[804]. Sin embargo, el recurso se reintrodujo en el Derecho positivo belga con la reforma de 1998, a petición de los actores económicos locales que afirmaron que las disposiciones de 1985 habían creado una discriminación injustificada entre el arbitraje nacional e internacional[805]. El nuevo artículo 1717§4 del Código judiciario establece *de jure* el recurso en nulidad, pero permite a las partes renunciar a él para los asuntos que no tengan ningún vínculo con Bélgica[806]. El artículo 192§2 de la Ley de Derecho internacional privado suizo también permite la exclusión del recurso en nulidad, si tal fue la voluntad de las partes, siempre y cuando no

[803] *Infra* # 548.

[804] Van Houtte, La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international, *Rev. arb.*, 1986.29, 36.

[805] Keutgen, La nouvelle loi sur l'arbitrage, *Journal des tribunaux*, 1998.761, n° 77 y la bibliografía citada.

[806] "Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsque aucune d'elle n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale".

exista vínculo alguno con este país[807], disposición también retomada por la Ley arbitral francesa[808]. Como lo hemos mencionado con anterioridad, opinamos que en México el recurso de nulidad debería de ser considerado como optativo, aunque tenga vínculos con el país, y así permitir a las partes excluirlo, al menos para las causales que son a petición de parte[809] (aunque no vemos porque sería diferente para las causales *ex officio*, porque el orden público siempre está protegido en el momento del reconocimiento o de la ejecución de la sentencia arbitral). Lo anterior nos lleva ahora a ver los criterios de competencia judicial y las reglas procesales que se apliquen a las acciones en nulidad en México.

21.2 El procedimiento

510. El artículo 1458 del Código de Comercio dispone que la petición de nulidad deba formularse dentro un plazo de tres meses contado a partir de la fecha de la notificación del laudo o a partir de la fecha de la notificación de la

---

807 "X. Renonciation au recours : 1) Si deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190, al. 2. 2) Lorsque les parties ont exclu tout recours contre les sentences et que celles-ci doivent être exécutées en Suisse, la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères s'applique par analogie".

808 Art. 1522 Ccom.

809 *Infra* # 555.

rectificación del laudo. Aunque el Código de Comercio se olvidó de precisarlo, suponemos que la solicitud de nulidad tiene que presentarse con los mismos documentos que prevé el artículo 1461 de este mismo en materia de ejecución, a saber:

> El original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo,
>
> El original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo,
>
> Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial, que normalmente es un traductor inscrito en la lista del Tribunal Superior de Justicia del Estado en donde se presenta el recurso.

Es importante señalar una precisión respecto al término "auténtico"; en efecto, es así como Jorge Silva señala que no sería posible tener laudos "auténticos" en la medida que la autenticación se aplicaría exclusivamente en materia de documentos públicos[810]. Sin embargo, se olvida que en realidad hay dos sentidos del término. El primero, como lo menciona Silva, es la calidad de un documento del hecho de haber sido establecido por una autoridad pública; pero también es "auténtico" cualquier documento cuyo redactor es identificado de manera indubitable. Esa certeza

[810] *Arbitraje internacional.., op.cit.*, p. 239.

normalmente es otorgada por un certificado. Es este último sentido el que se debe retener. En otras palabras, en un arbitraje institucional por ejemplo es el Centro el que debe "autentificar" el laudo, mientras que en un arbitraje *ad hoc*, será el Presidente del tribunal quien autentifique su propio. Sin embargo, tomando en cuenta el formalismo excesivo mexicano, es de recomendar que la "autenticación" se haga ante un notario público, y, en caso, con apostilla.

511. En cuanto al procedimiento, la reforma de 2011 establece uno nuevo, llamado "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje"[811]. Una vez que el actor presenta su demanda, su contraparte será notificada para poder contestar en un lapso no superior a 15 días[812]. Después, se abrirá el periodo probatorio durante 10 días, y a su cierre, las partes son citadas en un plazo no mayor de 3 días a la audiencia de alegatos. La sentencia es inapelable.

512. La Ley mexicana no precisa quien conocerá sobre el litigio luego de que se anula el laudo. En Derecho comparado, una solución consiste en reenviar a las partes ante el mismo tribunal arbitral a menos que el laudo hubiese sido anulado por motivo de corrupción, fraude o mala conducta de los árbitros[813]. Sin embargo, la solución está mal, porque el tribunal arbitral legalmente ya no existe. En realidad, las partes se quedan libres de sus

[811] Art. 1472 Ccom.

[812] Art. 1473 Ccom.

[813] *US v. ASCAP* (SDNY 1989) 714 F. Supp. 697.

derechos y en su caso, la parte interesada debe iniciar un nuevo arbitraje (y si así lo desean, pueden volver a nombrar los mismos miembros del tribunal arbitral).

21.3 El amparo

513. El artículo 1460 del Código de Comercio prevé expresamente que no hay recursos contra la decisión del juez que decida sobre la nulidad del laudo. Sin embargo, eso no quiere decir que las partes no tengan la facultad de ampararse, en la medida de considerarse que se trata de un recurso, sobre las garantías constitucionales. Ahora bien, durante muchos años, existía un debate feroz sobre el punto si se trata del amparo directo o indirecto, según que sí o no la acción en nulidad era un "juicio" o un "incidente". Antes de la reforma de 2011, la acción en nulidad se desahogó en base del Art. 360 CFPC regulando los incidentes, lo que obviamente choca la lógica en ausencia de un "juicio principal". Por eso, la reforma de 2011 ha intentado operar una reforma indirecta del procedimiento de amparo. En efecto, a emplear la terminología de juicio ("Juicio especial sobre transacciones y arbitraje"[814]) y "sentencia"[815], la reforma intentó dar al procedimiento de nulificación y de ejecución de laudos el aspecto de un verdadero juicio (en lugar de un incidente) para que sea el amparo directo el que se aplique en lugar del amparo indirecto.

[814] Art. 1472 Ccom.

[815] Art. 1476 Ccom.

Para entender la problemática, vale la pena recordar el asunto *Monitor vs. Radio Centro*. En 2002, Monitor e Infored reclamaron de Radio Centro la resolución de un contrato de prestación de servicios de producción, entre otros, de noticiarios, más daños y perjuicios. El acuerdo arbitral previó un arbitraje CCI y que los tres árbitros fueran "expertos en la materia en cuestión". Cada parte designó como árbitro un abogado mexicano de alta reputación; los dos a su vez designaron como Presidente otro abogado mexicano con amplia trayectoria en materia de arbitraje. Los tres fueron confirmados por la CCI, y en ningún momento había cualquier objeción por parte de Monitor o Radio Centro en relación con la aptitud de los árbitros. En 2004, el tribunal arbitral declaró la resolución del contrato y condenó a Radio Centro a daños y perjuicios. Inconforme con lo resuelto, Radio Centro planteó un incidente de nulidad del laudo ante el Juzgado 63 de lo Civil de la Ciudad de México, quien consideró que había una causal de nulidad en la medida que los árbitros no pudieran acreditar ser peritos en materia de radio ni en materia contable, por lo que no cubrieron el requisito de ser expertos en la materia en cuestión. Contra la decisión de nulificar el laudo, Grupo Monitor presentó una demanda de amparo indirecto, del cual conoció el Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, y quien concedió el amparo en mayo 2005. Por tratarse de un juicio de amparo bi-instancial, Radio Centro interpuse recurso de revisión ante el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Conociendo el caso, varios ministros de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación solicitaron de esta el ejercicio de la facultad de atracción, debido a la trascendencia del tema para el orden jurídico nacional. Sin embargo, la solicitud fue rechazada por los demás ministros de la Corte. Consecuentemente, tocó pronunciarse al Tribunal colegiado. Resolvió en primer lugar que no se debería tratar de una demanda en amparo indirecto sino directo, y que por vía de consecuencia entró en el estudio de los conceptos de violación planteados por Monitor en su primera demanda de amparo. Por mayoría de votos, el Tribunal resolvió negar el amparo con lo que se confirmó la nulidad del laudo. Inconforme, Grupo Monitor decide en junio 2006 de interponer un recurso de revisión ante la SCJN. Este es procedente si y solamente si se cumple con el criterio jurisprudencial que establece que la revisión de un amparo es admisible cuando un tribunal colegiado tenía que resolver en el juicio de amparo directo sobre la constitucionalidad de una ley, de un tratado o de un reglamento, o bien que "se establezca la interpretación directa de un precepto de la constitución". La finalidad que se persigue al establecer la procedencia del recurso de revisión en las hipótesis señaladas consiste en que sea la SCJN, quien, como intérprete definitivo de la Magna

Carta, en última instancia determine si una norma secundaria se ajusta o no al texto de aquella, o bien, fije el alcance y sentido jurídico de determinada disposición de rango constitucional. En este orden de ideas, el actor sostuvo que:

> No existe precedente ni jurisprudencia de este alto tribunal en que se hubiese definido que la sentencia interlocutoria que se dicte judicialmente en el incidente de nulidad de laudo arbitral constituye una sentencia definitiva que pone fin a juicio en términos del artículo 107, fracción V de la Constitución. Tampoco existe precedente o jurisprudencia que determine que el incidente de nulidad del laudo arbitral previsto en el Código de comercio tenga la naturaleza de "juicio" por lo que evidentemente el tribunal a quo no tuvo ni tiene base jurisprudencial alguna para su pronunciamiento e interpretación.

En otras palabras, para Radio Monitor el amparo en contra de una decisión judicial de nulidad tiene que ser el amparo indirecto y no directo. El 30 de enero de 2007, la SCJN resolvió devolver al Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito el proceso judicial porque no se trata de un amparo directo[816], sino bien de un amparo indirecto, lo que confirma lo que hemos opinado en varios artículos sobre el tema[817]. El diez de octubre de 2007, la primera Sala de la SCJN resolvió también la contradicción de tesis entre el

---

[816] Como pequeña observación, es menester reproducir la opinión del Ministro Ponente Salvador Aguirre Anguiano para quien la decisión del Tercer décimo Tribunal Colegiado fue tan confuso que "cuando empecé a ver este asunto encontré grandes confusiones en sus aspectos judiciales antecedentales. Llegue incluso a pensar mal del Tribunal Colegiado que cambió la vía de sus integrantes [El Presidente del titular se excusó con licencia y consecuentemente el segundo magistrado ofició como presidente y un secretario de acuerdos fue habilitado para fungir como magistrado] y pensé que a la mejor sería prudente de mi parte pedir, en esta sesión, que se diera vista al Consejo de la Judicatura Federal".

[817] Graham, La fase post-arbitral en materia de controversias comerciales internacionales, *Revista internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 2004.9; La figura mexicana de amparo en materia de ejecución de laudos arbitrales, *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2004.100.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, los Tribunales Colegiados Segundo y Sexto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito y los Tribunales Colegiados Tercero y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito en el mismo sentido, a saber que se trata del amparo indirecto que procede contra la decisión judicial de nulidad, siendo esta una decisión "fuera de juicio":

> LAUDO ARBITRAL. CONTRA LA INTERLOCUTORIA QUE DECLARA SU NULIDAD PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. La resolución que declara la nulidad del laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva para los efectos de la procedencia del amparo directo ya que no ha sido homologada, sino que en todo caso, se trata de la última resolución dictada en un procedimiento incidental ventilado ante una autoridad jurisdiccional, lo cual se equipara a las hipótesis previstas en la fracción III del artículo 114 de la Ley de Amparo. En esas condiciones, si el laudo arbitral constituye la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, la resolución dictada en el incidente de nulidad relativo debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por tanto, la resolución recaída a dicho incidente, por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento arbitral que culminó con una etapa jurisdiccional en la que se pretende la homologación o la nulidad del laudo. Por todo lo anterior, se actualiza el supuesto de procedencia del amparo indirecto previsto en el mencionado artículo 114, fracción III[818].

No obstante, la ahora nueva redacción en el Código de comercio, los tribunales federales, en un primer tiempo,

---

[818] **Contradicción de tesis 78/2007-PS**. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, Tribunales Colegiados Segundo y Sexto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito y Tribunales Colegiados Tercero y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 19 de septiembre de 2007. Mayoría de cuatro votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Joaquín Cisneros Sánchez.

continuaron rechazando la denominación de “juicio” a este nuevo “juicio especial” y la vía que se quedó fue la de siempre, el amparo indirecto:

> NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO RESPECTIVO, PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.
> La sentencia dictada en el procedimiento de nulidad de laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva para los efectos de la procedencia del amparo directo, ya que aun cuando el Código de Comercio vigente prevé que se tramita como un juicio especial denominado "transacciones comerciales y arbitraje", regulado en los artículos 1470 a 1477 y no en la vía incidental, lo relevante es que la impugnación de laudo surge únicamente por vicios formales y no por cuestiones de fondo, toda vez que así lo prevé el artículo 1457 del código invocado. En esas condiciones, la resolución dictada en el juicio de nulidad de laudo arbitral, no constituye materialmente una sentencia definitiva para efectos de la procedencia del juicio de amparo uniinstancial, porque el procedimiento arbitral seguido en forma de juicio concluyó con el dictado del laudo respectivo; por consiguiente, **la resolución que recae a la acción de nulidad de laudo arbitral, debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio** y, por tanto, es procedente en su contra el amparo indirecto, de

> conformidad con el artículo 107, fracción IV, de la Ley de Amparo[819].

Si la tesis hizo sentido a la luz de la jurisprudencia federal, eso no quiere decir que es ausente de críticas. Sin hacer un curso sobre el Derecho del Amparo, en pocas palabras se puede afirmar que el amparo directo es una casación sobre la legalidad de la aplicación de la Ley por los jueces, mientras que el amparo indirecto es en contra de actos procesales violatorios de las garantías individuales. En este sentido, el recurso de nulidad es un nuevo juicio en el cual el juez aplica ciertos preceptos de la Ley bajo el amparo de los jueces federales. Y su sentencia es bien una decisión final sobre este juicio. En tal lógica, no hay que denegar el calificativo de "juicio" al recurso en nulidad, y el amparo que sigue puede ser el directo. En otras palabras, si los tribunales federales quisieron apoyar al arbitraje - y en realidad tienen la obligación en virtud del principio general de celeridad -, tendrían los argumentos para decretar el amparo directo en lugar del indirecto. Y a nuestra gran sorpresa así actuó el Maximo Tribunal:

> LAUDO ARBITRAL. LA RESOLUCIÓN TERMINAL SOBRE SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y

---

[819] Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 226/2014. **Las Palmas Partners**, L.L.C. 25/06/2014. Unanimidad de votos. Ponente: lsmael Hernández Flores. Secretaria: Xóchitl Alicia Rosales Peraza. Ver ambien: LAUDO EMITIDO POR ÁRBITRO PARTICULAR. ES INCOMPETENTE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO PARA CONOCER DE EL EN EL AMPARO DIRECTO. Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 384/2013. **Gilberto Contreras Zuñiga**. 08/08/2013. Unanimidad de votos.

> EJECUCIÓN EMITIDA EN EL JUICIO ESPECIAL, ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO.
> De la interpretación armónica y teleológica de la normativa que regula el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje y de la reforma al Código de Comercio publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011 que le dio origen, se concluye que el legislador pretendió reglamentar la intervención judicial en el arbitraje, así como agilizar de los procedimientos de nulidad o reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. En ese sentido, el citado proceso especial puede considerarse como un juicio autónomo e independiente al arbitraje -en función de la materia que lo integra- del que deriva una sentencia definitiva, en tanto que su creación derogó el sistema de regulación incidental de los procedimientos relacionados con el arbitraje comercial y, en contrapartida, estableció un procedimiento especial que reviste todas las formalidades propias de un juicio principal, estableciendo un medio concreto para dilucidar eficazmente dichas temáticas. Por lo anterior, las resoluciones terminales sobre nulidad o ejecución de laudos dictadas en ese proceso especial, pueden considerarse como sentencias definitivas o resoluciones que ponen fin a un juicio, para efectos de la procedencia del amparo directo, lo que equivale a otorgar el carácter que el legislador quiso darle a dicho proceso, sin desvirtuar el objetivo para el cual fue creado.

Es interesante reproducir los argumentos de los Ministros para llegar a tal criterio:

Saltar próxima sección

QUINTO.-Determinación del criterio que debe prevalecer como jurisprudencia.

Este Pleno en Materia Civil del Primer Circuito considera que debe prevalecer, con el carácter de jurisprudencia, el criterio que se sustenta en la presente ejecutoria.

I. Consideraciones previas.

En primer orden, debe precisarse que para dar respuesta puntual a la controversia planteada en la presente contradicción, resulta pertinente la exposición previa de algunos temas que se involucran, como son: el marco normativo aplicable al "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje"; la legislación comparada en ese aspecto; la interpretación de la aludida normatividad a la luz de lo que dispone y de la reforma legal al Código de Comercio que le dio origen, para lo cual también debe hacerse referencia a la génesis de dicha reforma y sus características esenciales, a fin de establecer sus alcances en la materia arbitral.

II. Marco jurídico aplicable.

En la especie, las normas del Código de Comercio que regulan el "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje", se encuentran establecidas en los artículos del 1470 al 1477.

De la lectura de los preceptos aludidos, se aprecia que el Código de Comercio establece expresamente la existencia de un proceso denominado "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje", señalando de forma exhaustiva las materias sobre las que puede versar dicho proceso y las cuales según el artículo 1470(5) del citado código abarcan, esencialmente, diversos aspectos relacionados con la intervención judicial en los arbitrajes.

Asimismo, los artículos del 1472 al 1476(6) del ordenamiento mercantil en cita, establecen las reglas de tramitación del citado proceso, tales como la admisión de la demanda, el emplazamiento, la contestación a la demanda, la apertura de una dilación probatoria y el desahogo de pruebas (en caso de ser necesario), la audiencia de alegatos, la citación para sentencia, o bien, la irrecurribilidad de las decisiones intermedias; estableciéndose también los

plazos y términos que se conceden en cada una de las etapas procesales correspondientes.

Por último, la normatividad de referencia establece la posibilidad de acumular los asuntos que dentro del aludido "juicio especial" versen sobre la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, de acuerdo con las reglas previstas al efecto en el artículo 1477(7) del Código de Comercio.

III. Derecho comparado.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La regulación del arbitraje comercial en nuestro país, que se encuentra incluida en diversos preceptos que integran el título cuarto, del libro quinto, del Código de Comercio, tiene sus antecedentes en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, por sus siglas en español, o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) que, a su vez, se remonta entre otros antecedentes, a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el diez de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, a la cual se adhirió México (Convención de Nueva York).

Lo anterior se corrobora con lo expresado en la exposición de motivos(8) de las reformas legales al Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres, y por virtud del cual se reformaron y adicionaron diversos artículos del título cuarto, del libro quinto, del citado ordenamiento mercantil; así como por el contenido de los dictámenes de las cámaras de origen y revisora, respectivamente.(9)

En ese contexto, resulta conveniente acudir al texto de la citada Ley modelo para comprender de mejor forma los artículos del Código de Comercio que se refieren al arbitraje, en cuanto a sus alcances, en los preceptos que guardan similitud o identidad de contenido.

De igual manera, resulta pertinente apoyarse en la explicación que del contenido de esos preceptos hace la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Precisado lo anterior, conviene señalar que los preceptos que se refieren a la nulidad, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en el Código de Comercio (artículos 1457, 1461, 1462, 1463, 1471 y 1480), tienen semejanza en contenido normativo con los artículos 34, 35 y 36 respectivamente, de la Ley modelo. (10)

A su vez, la secretaría de la mencionada Comisión de las Naciones Unidas, ha emitido una nota explicativa (11) de la Ley modelo, con fines exclusivamente informativos en la que hace referencia, entre otras cosas, a la nulidad, así como al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales regulados en los artículos del 34 al 36 de dicho ordenamiento y sus alcances.

En ese sentido, en dicha nota explicativa se destaca la exhaustiva regulación de los motivos por los que puede pedirse la nulidad de un laudo arbitral, y su paralelismo con las razones que se incluyen para negar su reconocimiento y ejecución, aunado al reconocimiento expreso de que dichos procedimientos conciernen a "una acción ante un tribunal judicial (es decir, ante un órgano del Poder Judicial de un estado)".

Asimismo, se explica que la Ley modelo pretende establecer un tratamiento uniforme en la ejecución de los laudos, independientemente del país en que sean dictados, así como que dicha Ley no fija parámetros en lo relativo a los detalles procesales para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, dejando que esos aspectos se determinen por las Leyes y prácticas procesales de cada país.

Del mismo modo, conviene señalar que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ha establecido la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York en comento, señalando en lo que interesa, lo siguiente:

"Consciente del hecho de que en la Comisión están representados los diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos del mundo, junto con los diferentes niveles de desarrollo, ...

"Convencida de que la amplia adopción de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, ha supuesto un logro importante para la

promoción de la seguridad jurídica, especialmente en el ámbito del comercio internacional, ...

"Teniendo en cuenta el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, uno de cuyos objetivos es permitir la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en la mayor medida posible, en particular reconociendo el derecho de cualquier parte interesada a acogerse a las Leyes o los tratados del país donde la sentencia se invoque, incluidos los casos en que dichas Leyes o tratados ofrezcan un régimen más favorable que el de la Convención, ...

"Considerando el extendido uso del comercio electrónico, ...

"Teniendo también en cuenta que se han promulgado Leyes nacionales más favorables que la Convención en lo que respecta al requisito de forma que rige los acuerdos de arbitraje, los procedimientos de arbitraje y la ejecución de las sentencias arbitrales, que han dado origen a una jurisprudencia,

"Considerando que, al interpretar la Convención, ha de tenerse en cuenta la necesidad de promover el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, ...

"...

"2. Recomienda que el párrafo 1) del artículo VII (12) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las Leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje ...". (13)

Asimismo, existen otras referencias doctrinales que sirven de parámetros de la interpretación que pueden hacer los Jueces respecto de los alcances de la Convención de Nueva York, sobre todo en lo relativo al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

En ese sentido, se ha establecido que la finalidad de la citada Convención de Nueva York es promover el comercio internacional y la resolución de conflictos internacionales a través del arbitraje, facilitando el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, así como la ejecución de acuerdos arbitrales.

Por ello, se ha establecido como parámetro, que los Jueces deban adoptar un enfoque a favor de la ejecución, al interpretar la citada convención. (14)

Es decir, si existen varias interpretaciones posibles, los Jueces deben escoger el significado que favorezca el reconocimiento y ejecución del laudo (conocido como sesgo a favor de la ejecución) lo que implica, por ejemplo, una interpretación restrictiva de las causas para denegar dicha ejecución o la nulidad del laudo arbitral, aplicando el principio de máxima efectividad. (15)

En congruencia con lo anterior, se hace necesario para la solución de esta contradicción, exponer conforme al derecho internacional comparado, algunas características de las regulaciones existentes respecto del reconocimiento, ejecución o nulidad de laudos arbitrales en algunos países.

La regulación del procedimiento judicial para realizar el reconocimiento, la ejecución, o bien, la nulidad de laudos arbitrales en las legislaciones de Alemania y España.

En diversos países de la Unión Europea la regulación del arbitraje también se ha inspirado en la citada Ley modelo:(16)

"... la lectura de las diversas reformas arbitrales nacionales permite constatar la relevante influencia que en las mismas ha tenido la Ley modelo de la CNUDMI de 1985. Una influencia directa -a través de la incorporación con mínimas modificaciones de la Ley modelo-, o de naturaleza indirecta -mediante la inclusión en las Leyes nacionales de soluciones que, si bien no se alinean plenamente con la Ley modelo, sí incorporan en gran medida la filosofía de la misma-. Las normativas arbitrales de Alemania, de 1998, o de España, de 2003, constituyen claros ejemplos de la primera opción: de hecho, el legislador español no duda en señalar a la Ley modelo como el principal criterio inspirador de la Ley 60/2003, de Arbitraje (nota al pie: Ley 60/2003, exposición de motivos, I). Por su parte, las Leyes de arbitraje de Inglaterra, de 1996, o de Suecia, de 1999, articulan sus soluciones con base en su propia tradición legislativa, aunque tomando en consideración, al máximo, las propuestas recogidas en la Ley modelo de la CNUDMI."

Por consiguiente, las normativas mencionadas en el texto transcrito resultan útiles, como referencias de regulación de derecho comparado, a efecto de realizar una adecuada interpretación de los preceptos previstos en la

legislación mercantil mexicana, en relación con el procedimiento judicial que se sigue para lograr el reconocimiento, ejecución, o bien la nulidad de laudos arbitrales.

Al respecto, en Alemania, se observa que el libro décimo del Código de Procedimiento Civil, contiene la reglamentación del arbitraje, siendo reformado dicho ordenamiento en 1998 y siguiendo la inspiración de la Ley modelo.(17) Dicho ordenamiento incluye, entre otros, los artículos 1060, 1061, 1062 y 1063,(18) relativos a la competencia y los supuestos de procedencia de un denominado "procedimiento judicial" vinculado con la ejecución y nulidad de laudos arbitrales, así como a las disposiciones generales, respectivamente.

Tales numerales, por su importancia, se transcriben a continuación:

"Capítulo VIII.-Reconocimiento y ejecución de los laudos.-Artículo 1060. Laudos internos.-1. Puede darse lugar a la ejecución forzosa cuando se haya declarado ejecutable el laudo.-2. Deberá rechazarse la solicitud de declaración de ejecutoriedad y anularse el laudo, cuando concurra alguna de las causas de anulación reseñadas en el artículo 1059(2). No se deberán tomar en cuenta las causas de anulación si en el momento de la notificación de la solicitud de declaración de ejecutoriedad se había rechazado ya una solicitud de anulación fundada en dichas causas. Tampoco se tendrán que tomar en cuenta las causas de anulación del artículo 1059(2)(1) cuando hayan transcurrido los plazos estipulados en el artículo 1059(3) sin que la parte que rechace dicha solicitud haya planteado una petición de anulación."

"Artículo 1061. Laudos extranjeros.-1. El reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros se regula por las disposiciones de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958 (Boletín Oficial de Alemania [BGBl.] 1961 Parte II, página 121). No se verán afectadas las disposiciones contenidas en otros tratados internacionales sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos.-2. Si procede rechazar la declaración de ejecución, el tribunal resuelve que no se puede reconocer en Alemania el laudo.-3. Si el laudo se anula en el extranjero después de haber sido declarado ejecutorio en Alemania, podrá solicitarse la anulación del laudo."

"Artículo 1062 Competencia.-1. La audiencia territorial designada en el acuerdo de arbitraje, o cuando falte tal designación, en cuya demarcación se encuentre el lugar del arbitraje, es competente para resolver peticiones acerca

de: 1o. El nombramiento de árbitros (artículo 1034 y 1035), la recusación de árbitros (artículo 1037) o la terminación del mandato de un árbitro (artículo 1038);. 2o. La determinación acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de un procedimiento arbitral (artículo 1032) o una decisión del tribunal arbitral en que se reconozca su competencia en un laudo incidental (artículo 1040);. 3o. La ejecución, suspensión o modificación de medidas provisionales o cautelares (artículo 1041);-4o. La anulación (artículo 1059) o la declaración de ejecutoriedad del laudo (artículo 1060 y siguientes) o la anulación de la declaración de ejecutoriedad (artículo 1061).-2. Si en los supuestos descritos en el párrafo (1), no. 2, primer supuesto, no. 3 y 4 no existe un lugar del arbitraje ubicado en Alemania, será competente para estas resoluciones la audiencia territorial en cuya demarcación el adversario tenga su sede o su residencia habitual, o en donde se encuentre el patrimonio del adversario, o el objeto afectado en la demanda de arbitraje o el objeto litigioso; supletoriamente será competente el tribunal cameral.-3. En los supuestos del artículo 1025(3) es competente para las decisiones la audiencia territorial en cuya demarcación tenga el demandante o el demandado su sede o su residencia habitual.-4. Para la asistencia en la práctica de la prueba y para las demás actuaciones judiciales (artículo 1050) es competente el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación se efectúen las actuaciones judiciales.-5. Si en una región (land) se han constituido varias audiencias territoriales, podrá transmitirse la competencia por parte del gobierno regional a favor de una audiencia territorial o del Tribunal Supremo Regional; el gobierno regional puede transmitir esta facultad mediante decreto a la administración regional de justicia. Varias regiones pueden concertarse acerca de la competencia de una audiencia territorial con competencia sobre más de una región."

"Artículo 1063 Disposiciones generales 1. El tribunal resuelve por medio de auto que puede dictarse sin vista oral. Deberá oírse a la parte que rechaza dicha actuación antes de la adopción de una resolución.-2. El tribunal deberá ordenar una vista oral cuando se solicite la anulación de un laudo o si se toman en cuenta causas de anulación con arreglo al artículo 1059(2) en el marco de una solicitud de reconocimiento o de declaración de ejecutoriedad.-3. El presidente de la Sala de lo Civil puede ordenar sin haber oído a la parte, que el solicitante puede ejecutar medidas ejecutorias basadas en el laudo hasta la resolución acerca de la declaración de ejecutoriedad, o que se pueden ejecutar las medidas provisionales o cautelares del tribunal arbitral con arreglo al artículo 1041. La ejecución forzosa del laudo no puede excederse de las medidas para el aseguramiento. La parte que rechaza tal actuación está facultada a sustituir la ejecución forzosa por medio de la prestación de una garantía por el importe a

ejecutar.-4. En la medida que no se haya ordenado una vista oral, pueden presentarse peticiones para su formalización en el negociado correspondiente del tribunal y también pueden efectuarse declaraciones."

Por su parte, en España, es la Ley 60/2003 de Arbitraje (19) la que, también basada en la Ley modelo, regula el procedimiento judicial que debe seguirse a fin de lograr ejecutar un laudo arbitral, o bien, conseguir su nulidad.

Así, los artículos 42 y 45 del mencionado ordenamiento español, establecen:

"Artículo 42. Procedimiento. 1. La acción de anulación se sustanciará por los cauces del juicio verbal, sin perjuicio de las siguientes especialidades: a) La demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, acompañada de los documentos justificativos de su pretensión, del convenio arbitral y del laudo, y, en su caso, contendrá la proposición de los medios de prueba cuya práctica interese el actor. b) El secretario judicial dará traslado de la demanda al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días. En la contestación, acompañada de los documentos justificativos de su oposición, deberá proponer todos los medios de prueba de que intente valerse. De este escrito, y de los documentos que lo acompañan, se dará traslado al actor para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba. c) Contestada la demanda o transcurrido el correspondiente plazo, el secretario judicial citará a la vista, si así lo solicitan las partes en sus escritos de demanda y contestación. Si en sus escritos no hubieren solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba propuesta sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o en el caso de los informes periciales no sea necesaria la ratificación, el tribunal dictará sentencia, sin más trámite.-2. Frente a la sentencia que se dicte no cabrá recurso alguno".

"Artículo 45. Suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución en caso de ejercicio de la acción de anulación del laudo. 1. El laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. No obstante, en ese caso el ejecutado podrá solicitar al tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. La caución podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Presentada la solicitud de suspensión, el tribunal, tras oír al ejecutante,

resolverá sobre la caución.-Contra esta resolución no cabrá recurso alguno.-2. El secretario judicial alzará la suspensión y ordenará que continúe la ejecución cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución, a través de los cauces ordenados en los artículos 712 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.-3. El secretario judicial alzará la ejecución, con los efectos previstos en los artículos 533 y 534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando conste al tribunal que ha sido estimada la acción de anulación. Si la anulación afectase sólo a las cuestiones a que se refiere el apartado 3 del artículo 41 y subsistiesen otros pronunciamientos del laudo, se considerará estimación parcial, a los efectos previstos en el apartado 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Como se advierte, en las legislaciones alemana y española existen normas que también regulan un procedimiento que se realiza, vía judicial, y que se encuentra vinculado con la ejecución o la nulidad de un laudo arbitral, debiendo resaltar que la legislación teutona es muy similar a la legislación mexicana (artículo 1470 del Código de Comercio), en cuanto a los supuestos de procedencia de dicho proceso judicial, así como en lo referente a la brevedad de la sustanciación de dicho procedimiento.

Asimismo, se aprecia que en esos países la ejecución de los laudos arbitrales puede comenzar a realizarse, aun y cuando no se haya reconocido totalmente su ejecutoriedad o establecido su validez judicialmente. Así, la autoridad judicial respectiva puede ordenar -con o sin audiencia de parte- la ejecución del laudo permitiendo al interesado la realización o continuación de medidas ejecutorias basadas en dicho fallo, lo que en la práctica se traduce en una ejecución provisional de ese tipo de resoluciones; debiendo precisar que ello no se encuentra señalado ni regulado en la legislación mexicana.

En ese mismo orden de ideas, cabe destacar que las dos legislaciones en estudio, establecen y regulan la suspensión de la ejecución provisional del laudo arbitral, debiendo destacar que dichas reglas se establecen, esencialmente, de forma muy similar a las que operan en la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo mexicano. En ese sentido, cabe precisar que la única norma contenida en el Código de Comercio que pudiera parecerse a las referidas a la citada suspensión de las legislaciones alemana y española, es la contenida en el artículo 1463. (20)

En conclusión, las legislaciones extranjeras en estudio evidencian que el

reconocimiento, ejecución o nulidad de laudos arbitrales se desarrolla en la vía judicial, pero también patentizan que más allá de la denominación expresa que otorgan a cada procedimiento, así como de las reglas que integran su tramitación, lo relevante es que permiten realizar, en su caso, la ejecución provisional del laudo, o bien, la suspensión de dicha ejecución, guardando congruencia con los compromisos internacionales asumidos al suscribirse la Convención de Nueva York.

IV. Interpretación jurídica de las normas aplicables al caso.

Establecido el marco jurídico aplicable al asunto y sus características, así como realizada una breve referencia sobre el derecho comparado al efecto, resulta pertinente ahora abordar la interpretación de la normatividad nacional.

Al efecto, debe resaltarse que los preceptos del Código de Comercio en comento, nada señalan sobre la autonomía que puede tener el "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje" respecto del procedimiento arbitral, ni mucho menos informan sobre los efectos que producen las resoluciones que de manera terminante decidan ese "proceso especial"; de ahí que la sola interpretación literal o gramatical de los citados artículos resulte insuficiente para desentrañar los verdaderos alcances y funciones de ese juicio dentro del sistema normativo en que se encuentra ubicado.

Por tanto, resulta conveniente acudir a la interpretación literal, así como a la causal o teleológica de la reforma legal que dio origen a los preceptos transcritos, para así poder conocer la verdadera intención del legislador; y una vez fijado el significado de las normas, establecer cuáles son los alcances y la función que tienen en relación con la instauración de dicho "juicio especial".

En principio, resulta conveniente recordar que la interpretación jurídica descansa en dos etapas.

La primera etapa tiene por objeto precisar cuál es el significado de la norma que se estudia, para lo cual debe acudirse a su análisis gramatical, sistemático, histórico, causal y teleológico, entre otros, lo que permite determinar con precisión qué señala la norma, cuál es la proposición que ella contiene, cuál es su exacto significado y, por ende, dejar al descubierto la voluntad e intención del legislador.

Una vez concluida esa etapa debe abordarse la siguiente, a través de la cual se

aplicará o concretará a un caso específico la hipótesis cuyo sentido se desentrañó, para lo cual debe atenderse a otros criterios interpretativos que se encuentran diseminados en el orden jurídico y permiten que prevalezca la estructura orgánica del sistema normativo, de ahí que esta segunda etapa únicamente se actualiza cuando se aplica la norma al caso concreto.

Debe destacarse que la distinción en comento no queda en una mera apreciación teórica, pues trasciende a la aplicación cotidiana del derecho y tiene, entre otras finalidades, distinguir entre los métodos que se utilizan en el procedimiento interpretativo abstracto cuyo objeto es desentrañar el significado de una norma jurídica y los criterios que orientan al procedimiento interpretativo concreto, el cual tiene como propósito aplicar al caso preciso la hipótesis jurídica cuyo justo alcance se fijó.

Dicho en otras palabras, para conocer el verdadero alcance de una norma debe acudirse, por principio, a su interpretación literal o gramatical, pero en caso de que por las palabras utilizadas en su contenido, no se genere certidumbre sobre sus alcances, será necesario acudir a los diversos métodos que permiten conocer la verdadera intención del legislador; así, una vez fijado el significado de la norma, al realizar su aplicación al caso concreto, ésta se llevará a cabo en forma estricta y tendrá lugar solamente cuando las circunstancias de hecho encuadren dentro de la norma.

En el caso, derivado del punto de contradicción que se resuelve en el presente asunto, resulta necesario interpretar lo previsto en la normatividad que regula el "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje", en conjunto con la reforma legal que les dio origen, acudiendo a los diversos métodos de interpretación que pueden utilizarse para desentrañar cuál fue la intención del legislador al establecer la inclusión del citado proceso, lo que a su vez permitirá establecer, los alcances y la función que tiene dicho "juicio especial" dentro del sistema normativo en que se encuentra ubicado.

V. Características esenciales de la reforma legal al Código de Comercio publicada el veintisiete de enero de dos mil once en el Diario Oficial de la Federación, en lo referente al arbitraje comercial.

La exposición de motivos presentada en la Cámara de Diputados con la iniciativa de decreto respectiva señaló, en lo que interesa, lo siguiente:

"Esta legislatura ha tenido particular interés en los medios de solución de

controversias alternativos y, dada la relevancia del arbitraje en este sentido para la materia comercial, se considera necesario reglamentar puntualmente la intervención judicial y los requisitos por observar cuando se solicite la remisión al arbitraje a que se refiere el artículo 1424 del Código de Comercio.-Respecto a la designación de árbitros, la adopción de medidas previstas en el articulado, la solicitud de asistencia para el desahogo de pruebas y la consulta sobre honorarios del tribunal, se establece que su tramitación será en vía de jurisdicción voluntaria. En tal sentido, se hace la remisión a los preceptos correspondientes del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se prevé dar firmeza a las resoluciones del Juez en la intervención que tiene en el arbitraje, mediante el establecimiento de la improcedencia de recurso alguno contra sus resoluciones, salvo el derecho de las partes a recusar al árbitro o árbitros.-Para hacer más ágil el reconocimiento y la ejecución de los laudos, se establece que no se requiere homologación,(sic) salvo que se soliciten tal reconocimiento y ejecución como defensa en un juicio u otro procedimiento. También se regula la forma de tramitación del juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje. Se prevé la responsabilidad del tribunal arbitral y de quien la solicita por los daños y perjuicios que pudieren ocasionarse ..."

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Economía, y de Justicia de la Cámara de Diputados se estableció, en lo que interesa, lo siguiente:

"Decimotercera. Que de igual manera esta reforma contiene adecuaciones respecto de los medios de solución de controversias alternativos y dada la relevancia que reviste el arbitraje en este sentido para la materia comercial, se considera necesario reglamentar puntualmente la intervención judicial y los requisitos que se deben observar cuando se solicite la remisión al arbitraje a que se refiere el artículo 1424 del Código de Comercio.-Respecto de la designación de árbitros, la adopción de medidas previstas en el articulado, la solicitud de asistencia para el desahogo de pruebas y la consulta sobre honorarios del tribunal, se establece que su tramitación será en vía de jurisdicción voluntaria y, en tal sentido, se hace la remisión a los preceptos correspondientes del Código Federal de Procedimientos Civiles, previendo dar firmeza a las resoluciones del Juez en la intervención que tiene en el arbitraje y estableciendo la improcedencia de recurso alguno en contra de sus resoluciones, salvo el derecho de las partes a recusar al árbitro o árbitros.-Asimismo, para hacer más ágil el reconocimiento y ejecución de los laudos se establece que no se requiere de homologación,(sic) salvo que se solicite tal reconocimiento y ejecución como defensa en un juicio u otro procedimiento, también se regula la forma de tramitación del juicio especial sobre

transacciones comerciales y arbitraje, se establece la responsabilidad tanto del tribunal arbitral como de quien la solicita por los daños y perjuicios que se pudieren ocasionar ..."

El dictamen emitido por la cámara revisora en ese procedimiento legislativo, en lo que interesa, es del tenor siguiente:

"Séptima. Por su parte las Comisiones estiman procedente la reglamentación referente a la intervención judicial y los requisitos que deben observar las partes cuando se solicite la remisión al arbitraje a que se refiere el artículo 1424 del Código de Comercio.-Entre las que destacan, que será en vía de jurisdicción voluntaria conforme a la remisión expresa a los preceptos correspondientes del Código Federal de Procedimientos Civiles, la solicitud de designación de árbitros, la solicitud de asistencia para el desahogo de las pruebas y la consulta sobre honorarios del tribunal.-Asimismo, se establece que no procede recurso alguno en contra de sus resoluciones, salvo el derecho de las partes a recusar al árbitro o árbitros. De igual manera, para hacer más fácil el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales se establece que no se requiere de homologación,(sic) salvo cuando se solicite el reconocimiento y ejecución cómo defensa en un juicio u otro procedimiento ..."

Como se aprecia, la reforma legal aludida modificó la regulación del arbitraje comercial contenida en el Código de Comercio, mediante una nueva reglamentación de la intervención judicial en los arbitrajes, para lo cual en el título cuarto denominado "Del arbitraje comercial" se incluyó el capítulo X, identificado como: "De la intervención judicial en la transacción comercial y el Arbitraje".

A fin de poder contar con esa nueva reglamentación, la propuesta de reforma abarcó los siguientes aspectos específicos:

- El trámite de la solicitud de remisión al arbitraje (artículos 1464 y 1465).

- El establecimiento de la vía de jurisdicción voluntaria tratándose de la solicitud de designación de árbitros, asistencia para el desahogo de las pruebas y la consulta sobre honorarios del tribunal arbitral (artículos 1466, 1467 y 1469).

- La firmeza de las resoluciones que dicte el Juez cuando interviene en el arbitraje, mediante el establecimiento de la improcedencia de recurso alguno

contra sus resoluciones, salvo el derecho de las partes a recusar al árbitro o árbitros (artículo 1468).

- El señalamiento claro y expreso en el sentido de que el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales no requiere de homologación de acuerdo con lo previsto en la primera parte del artículo 1471 (21) del Código de Comercio; haciendo la precisión en la segunda parte del precepto en cita, en cuanto a que la obtención de tales aspectos siempre se promovería el "juicio especial" a que se refieren los artículos del 1472 al 1476 del mismo ordenamiento, salvo que dichas cuestiones se solicitaran como defensa en un juicio u otro procedimiento.

- El establecimiento del denominado "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje" que tiene como materias aspectos relacionados con la intervención judicial en los arbitrajes, entre los que se encuentran con precisión absoluta, el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, o bien, su posible nulidad (artículo 1470).

- La regulación específica de la tramitación del citado "juicio especial", que abarca todo lo relativo desde la presentación de la demanda, pasando por la dilación probatoria, hasta llegar a su posible acumulación, estableciendo los plazos y términos que operan para cada una de las etapas procesales correspondientes (artículos del 1472 al 1477).

VI. Alcances de la reforma legal al Código de Comercio en materia de arbitraje.

a) Primera conclusión.

La finalidad de la reforma legal en lo referente a la materia arbitral consistió en reglamentar puntualmente la intervención judicial en los arbitrajes.

En efecto, tanto en la exposición de motivos, como en los dictámenes de las cámaras de origen y revisora, se señaló de manera expresa que una de las finalidades principales de las modificaciones en materia de arbitraje era, precisamente, la búsqueda de una mejor reglamentación de la intervención judicial en dicha materia; de ahí que exista una referencia clara y contundente en relación con el propósito de la reforma legal aludida en ese aspecto.

La intervención judicial en el arbitraje se vincula con las relaciones que surgen en ese ámbito entre los árbitros y los Jueces, lo que a su vez, abarca la

convergencia y divergencia de varios puntos.

Así, por ejemplo, el origen de ambos operadores es diverso, en tanto que la función y naturaleza jurídica de los árbitros siempre se encuentran vinculadas con el carácter contractual que tiene el arbitraje, pues no debe olvidarse que éste ordinariamente surge de un acuerdo de voluntades celebrado entre particulares, de ahí que se afirme que existe arbitraje y árbitro, porque las partes así lo han acordado; (22) por lo que dicha característica consensual trasciende a la función del árbitro, quien debe regir su actuación de acuerdo con la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales pueden en un momento dado, modificar los términos y procedimientos que seguirán a fin de dirimir sus conflictos ante dicho tercero.

Por su parte, el Juez es, ante todo, un funcionario del Estado y, como tal, administra justicia en nombre de este último, o bien, de la nación; por lo que al ejercer la función judicial, es decir, la función pública de administrar justicia, el juzgador se encuentra sujeto a un procedimiento estricto, el cual tiene reglas que generalmente se clasifican como de orden público y en las que la posibilidad de modificarlas o derogarlas es una hipótesis de excepción. (23)

Existe una característica común reconocida actualmente entre árbitros y juzgadores, consistente en que ambos ejercen funciones jurisdiccionales en sus respectivos ámbitos competenciales y con las diferencias propias de la naturaleza de ambas envestiduras.

Así, los Jueces al ejercer la jurisdicción como función propia del cargo, cuentan con tres características esenciales: el ejercicio permanente de dicha función; la obligatoriedad que emana de sus decisiones; y el hecho de que dicha función es pública, es decir, cualquiera puede recurrir a ella.

Mientras que en ese mismo tenor, los árbitros al ejercer sus funciones lo hacen desempeñándose de manera temporal, pues su ejercicio se restringe y concluye al momento en que se dicta el laudo respectivo; sus decisiones sólo vinculan a las partes, por virtud de la relatividad de las convenciones que dan origen al propio arbitraje; y finalmente, al contrario de la jurisdicción pública que ejerce el juzgador, el árbitro sólo está a disposición de quienes celebran el acuerdo arbitral y se encuentran en capacidad y cuentan con poder para actuar sobre derechos de los cuales tengan la libre disposición.

Ahora bien, la principal diferencia entre ambos actores lo constituye la

carencia de imperium por parte de los árbitros, contrariamente a lo que sucede con los Jueces que cuentan con totales facultades coercitivas para hacer cumplir sus determinaciones.

Es por ello que las legislaciones han tratado de aproximar o acortar esta diferencia sustancial, mediante la regulación de sistemas en los que se trata de conferir al árbitro poderes de imperium propios de los juzgadores.

En ese sentido, puede considerarse que existen dos vertientes o extremos que los legisladores han adoptado para tratar de conseguir aproximar la relación existente entre árbitros y Jueces: los sistemas identificados como de "separación", que resultan benéficos para el arbitraje, pues en ellos se impone la autonomía de las partes como criterio rector y la intervención del Juez es casi inexistente; y, por otra parte, los sistemas denominados "de asimilación", en los que se llega al grado de identificar al árbitro con el Juez. (24)

En los sistemas de "asimilación", por ejemplo, el árbitro tiene la posibilidad de usar la fuerza pública para hacer comparecer testigos o decretar algunas medidas provisionales (embargos de bienes); todo lo cual puede derivar en una gran ventaja para el arbitraje, siempre y cuando dichas facultades se ejerzan apropiadamente, en tanto que en esos casos se tendrá un árbitro que cuente con el poder necesario para realizar una buena administración de las pruebas. El inconveniente de estos sistemas se produce cuando las legislaciones reconocen tantas facultades al árbitro, que al hacerlo lo comparan al Juez, otorgándole un trato como de funcionario público, al extremo de someterlo a la vigilancia respectiva a través de los organismos que el Estado tiene para ello. (25)

Por su parte, los sistemas de "separación" se caracterizan porque reconocen al Juez y al árbitro sus diferencias y especificidades, lo cual se retoma en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) y en los países que han acogido dicha Ley, como es el caso de México, estableciendo como principio rector que sólo en los casos expresamente previstos en la Ley se permitirá la intervención del Juez. (26)

Con base en lo anterior, puede señalarse que existen cuatro puntos relevantes (27) que permiten ejemplificar la intervención judicial en todo arbitraje.

El primer punto se relaciona con la constitución del tribunal arbitral, en tanto

que la asistencia del Juez resulta relevante para dirimir este tipo de cuestiones, sobre todo en los casos en que las partes no han optado por un arbitraje de los llamados "institucionales" que son aquellos administrados por una institución conforme a su propio reglamento.

El segundo punto se vincula con la adopción o determinación de medidas previas o cautelares, en tanto que si bien algunas no requieren necesariamente del auxilio judicial, lo cierto es que algunas de ellas como el embargo de bienes, se requiere el poder o imperium propios del juzgador para ejecutar esos tipos de medidas; de ahí que se haga necesaria la intervención del Juez en el arbitraje.

El tercer punto lo constituye la llamada administración de la prueba, o bien, la asistencia judicial para el debido desahogo de los medios de convicción aportados por las partes en el arbitraje.

Por último, el cuarto punto de acercamiento lo constituye propiamente el establecimiento de los procedimientos respectivos para lograr el reconocimiento, ejecución, o en su caso, la nulidad del laudo arbitral.

Las consideraciones anteriores permiten entender por qué el legislador al realizar las reformas al Código de Comercio en materia de arbitraje que aquí se analizan, señaló que dichas modificaciones legislativas buscaban "una reglamentación puntual de la intervención judicial en el arbitraje", en tanto que las peculiaridades descritas evidencian la importancia que tiene la relación existente entre árbitros y Jueces, sobre todo en ciertos puntos en que converge, los cuales por cierto, resultan coincidentes con los aspectos de la reforma legal relacionados con la regulación de la citada intervención judicial. De ahí, la trascendencia que tiene tal temática para el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral en todas sus fases (previa y posterior al dictado del laudo).

b) Segunda conclusión.

La inclusión del denominado "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje" tuvo como finalidad la creación de un proceso que si bien guarda vinculación con el arbitraje, lo cierto es que tiene una litis con sustantividad propia.

En primer lugar, conviene señalar que del contenido de las razones sustentadas por el legislador, se advierte que los cambios legislativos propuestos en torno a

la inclusión del citado "juicio especial" buscaban la creación de un proceso independiente del arbitraje, en la medida en que cuenta con una litis específica.

Al respecto, debe señalarse que dentro del adicionado capítulo X "De la intervención judicial en la transacción comercial y el arbitraje", del Código de Comercio, el legislador empleó como denominación expresa del procedimiento ahí contenido, la de "juicio especial", tal como se obtiene del contenido de los preceptos del 1472 al 1477 del citado ordenamiento mercantil.

A su vez, en la tramitación dicho proceso especial debe observarse esencialmente lo siguiente:

Fase de apertura de la instancia e integración de la litis. El artículo 1473 del Código de Comercio señala que admitida la demanda, el Juez ordenará emplazar a las demandadas, previniendo que el juzgador también debe otorgar a la parte demandada un término de quince días para contestar.

Fase probatoria. El diverso artículo 1475 del ordenamiento mercantil citado señala que si las partes promueven pruebas o el Juez lo estima necesario, previamente a la celebración de la audiencia de alegatos, abrirá una dilación probatoria de diez días; debiendo resaltar que el artículo 1477 del Código de Comercio también establece que hasta antes de la celebración de la referida audiencia podrán acumularse los juicios especiales que versen sobre nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos comerciales, bajo el trámite previsto en los artículos 73 a 75 del Código Federal de Procedimientos Civiles, decretando dicha acumulación a favor del Juez que haya prevenido, sin que proceda recurso alguno en su contra.

Fase de alegatos. En el caso de que las partes no ofrezcan pruebas ni el Juez las estime necesarias, el artículo 1474 del invocado texto legal dispone que citará a las partes para que dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos que se verificará, concurran o no las partes.

Sentencia. Una vez que ha sido celebrada la audiencia el Juez citará a las partes para oír sentencia.

En ese contexto, debe resaltarse también que la legislación en comento dispone expresamente que las resoluciones intermedias y la sentencia que resuelva el citado "juicio especial" serán irrecurribles, según lo previene el artículo 1476 del Código de Comercio.

La regulación del trámite del "juicio especial" en estudio, permite concluir que cuenta con todas las etapas y formalidades propias de un juicio como es la presentación de la demanda, el emplazamiento, la contestación de demanda, ofrecimiento y desahogo de pruebas, alegatos y resolución, siendo que en lo accesorio, se prevén medidas cautelares y su posible acumulación con otros "juicios especiales".

Por ello, las circunstancias descritas permiten concluir que la intención del legislador fue la de abandonar el sistema de regulación incidental de los procedimientos relacionados con el arbitraje comercial y, en contrapartida, establecer un juicio especial con un procedimiento dotado de todas las formalidades esenciales necesarias para considerarse como tal, y que a la vez fuera ágil, eficaz y eficiente para atender la demanda social de contar con la prontitud y celeridad necesarias a fin de evitar rezagos en el pronunciamiento de las resoluciones que pusieran fin a las controversias de arbitraje comercial.

Lo anterior, se corrobora por el hecho de que la vía y forma en que se tramita el actual "juicio especial" de mérito, establece plazos más amplios para contestar la demanda -quince días-, probar -diez días-, alegar y dictar sentencia; mientras que en el trámite incidental anterior a la reforma, se establecían reglas propias de un incidente, pues al momento de la presentación de la demanda se mandaba a dar traslado a las partes por tres días, y una vez transcurrido dicho plazo, sin que se promoviere prueba o el Juez no la estimare necesaria, se citaba a una audiencia de alegatos dentro los tres días siguientes o, en caso contrario, se abría una dilación probatoria de diez días, para pronunciar la resolución dentro de los cinco días siguientes.

Así, el ejercicio del derecho de defensa se encuentra garantizado con mayor amplitud en el actual "juicio especial" surgido a partir de la reforma legal en estudio, porque materialmente se le dota a la parte enjuiciada de un plazo mayor para contestar la demanda, lo que indudablemente repercute en la posibilidad de ejercer su derecho de prueba en función de lo que oportunamente haya hecho valer en su escrito correspondiente.

Con base en las consideraciones anteriores, puede establecerse que con la reforma legal en comento, se derogó la naturaleza incidental que originalmente se había establecido para asuntos en los que se buscaba el reconocimiento y ejecución o nulidad de un laudo arbitral, y que se tramitaba con las reglas del Código Federal de Procedimientos Civiles, como norma

supletoria al de Comercio, a fin de regularlo en forma especial dentro del propio Código de Comercio; previendo a su vez, algunas otras cuestiones accesorias a dicho proceso especial, como son las medidas cautelares o, incluso, la posibilidad de su acumulación.

En segundo lugar, conviene señalar que otro rasgo que permite identificar con claridad la sustantividad propia del juicio especial en estudio, deriva de lo previsto en los artículos 1457, fracción I, inciso a) (28) y fracción II, así como 1462, fracción II, (29) del Código de Comercio.

Así, el primero de esos preceptos legales regula los supuestos en los que puede anularse un laudo arbitral, estableciendo hipótesis en las que el juzgador analiza la incapacidad de alguna de las partes que integró el acuerdo arbitral, o bien, que la invalidez derive de la Ley a la que sometieron dicho acuerdo.

Por su parte, las fracciones II de los artículos en comento, establecen como un supuesto de anulabilidad y/o negativa del reconocimiento o la ejecución y/o dicha nulidad de un laudo arbitral, respectivamente, que el Juez compruebe de acuerdo con la legislación mexicana, que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o bien, que el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público.

Las características anteriores, evidencian que dentro del juicio especial en estudio, el juzgador se ocupa también de verificar supuestos que versan sobre la capacidad de las partes, o bien, la viabilidad de la controversia de acuerdo con la Ley en que se sustenta y el orden público.

Ello revela que, "el juicio especial" en comento, cuando versa sobre el reconocimiento, ejecución y/o nulidad de un laudo arbitral, no se ocupa únicamente de analizar cuestiones adjetivas vinculadas al arbitraje y que nada tienen que ver con la solución de fondo de la controversia suscitada, sino al contrario, su regulación claramente abarca el estudio de aspectos sustantivos del arbitraje -capacidad de las partes, o bien, validez tanto del objeto como de la Ley aplicables al caso- cuya verificación y/o solución por parte del juzgador permitirá corroborar la viabilidad del laudo dentro del sistema jurídico nacional.

En suma, la reforma legal que dio origen al "juicio especial" en estudio, tuvo como finalidad crear un proceso autónomo e independiente del arbitraje -en la medida en que la materia que lo integra versa únicamente sobre el

reconocimiento, ejecución o la nulidad de un laudo arbitral-, en tanto que las referencias del legislador pueden interpretarse en el sentido de que buscó hacer una distinción al respecto; y, además, porque si bien la materia de dicho proceso guarda vinculación general con cuestiones del procedimiento arbitral, lo cierto es que cuenta con una sustantividad propia.

Por ello, si el reformador de la norma distinguió los efectos de la instauración del citado juicio, en cuanto a algunos aspectos que comprende -reconocimiento, ejecución y/o nulidad-, como cuestiones a dilucidar en resoluciones autónomas, entonces es dable a los operadores judiciales observar dicha distinción, sobre todo al provenir de una reforma legal encaminada, precisamente, en ese sentido.

VII. Definición de la procedencia del juicio de amparo en el caso.

Conforme a lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que procede el juicio de amparo directo contra la resolución que de manera terminante decide sobre la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en el "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje".

Lo anterior, debido a que la interpretación literal, sistemática, armónica y teleológica de la normatividad aplicable a dicho proceso, así como de la reforma legal que le dio origen, lleva a concluir que las resoluciones terminales del aludido "juicio especial" pueden considerarse como sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin a un juicio, para efectos de la procedencia del juicio de amparo directo.

En efecto, la reforma legal que dio origen al citado "juicio especial", buscó la reglamentación más puntual de la intervención judicial en el arbitraje, de ahí que la creación del "juicio especial" buscó la agilización del reconocimiento y ejecución, o bien, la nulidad de un laudo arbitral, apreciándose que la intención del legislador fue establecer un verdadero proceso dotado de todas las formalidades esenciales necesarias para considerarse como tal, y que a la vez fuera ágil, eficaz y eficiente para atender la demanda social de contar con la prontitud y celeridad necesarias a fin de evitar rezagos en el pronunciamiento de las resoluciones que pusieran fin a las controversias de arbitraje comercial.

Lo anterior se corrobora con lo expuesto en las conclusiones explicadas en el apartado anterior y, además, por el hecho de que los cambios concretos que sufrió el procedimiento de reconocimiento, ejecución y nulidad de un laudo

arbitral, surgidos a partir de la reforma legal en comento, impactaron en las reglas referidas a su tramitación y solución, las cuales pasaron de la regulación de una instancia incidental antes de la citada reforma, a establecer reglas en la legislación vigente, referidas a la sustanciación de un verdadero proceso con todas sus formalidades.

Así, por ejemplo, su denominación pasó de identificarla como "incidente" (artículos 1460 y 1463 del Código de Comercio anterior a dichas reformas legales) para ser incluido ahora dentro de un proceso llamado "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje" (artículos 1470 y 1472 a 1477 del Código de Comercio vigente); e igualmente su ubicación en el ordenamiento mercantil también varió, en tanto que pasó de regularse en el capítulo IX "Reconocimiento y ejecución de laudos", del título cuarto Código de Comercio, a ser incluido en un nuevo capítulo X identificado como: "De la intervención judicial en la transacción comercial y el arbitraje."

Esas modificaciones implican un cambio en cuanto a la naturaleza jurídica o estructura del procedimiento existente para solicitar el reconocimiento, ejecución o la nulidad del laudo respectivo, estableciendo la creación de un proceso autónomo e independiente al arbitraje, en la medida que su materia tiene sustantividad propia.

En efecto, al plantearse en sede judicial, la problemática sobre el reconocimiento, ejecución y/o nulidad de un laudo arbitral, se evidencia que ese tipo de procesos dan origen a una litis principal y autónoma del procedimiento arbitral, referida a cuestiones que no resultan accesorias, ni mucho menos se suscitan dentro de otro juicio o proceso que tenga relación inmediata, en tanto que la materia de lo planteado, se encuentra comprendido desde un inicio como problema jurídico -litis- a resolver.

Por tanto, si bien los aspectos referidos al reconocimiento y ejecución o nulidad de las resoluciones arbitrales que integran el citado juicio especial se vinculan, en general, con el procedimiento arbitral, lo cierto es que lo que buscó el legislador con su reforma legal, fue contar con una regulación específica para ese tipo de asuntos que revistiera todas las formalidades propias de un juicio principal, lo que a su vez evidencia que, pretendió establecer un medio concreto para dilucidar eficazmente dichas temáticas, de ahí la autonomía de la materia de lo que resuelve su litis.

Por consiguiente, los alcances y función del citado "juicio especial" deben

armonizarse con la finalidad integral de la citada reforma, de ahí que las resoluciones terminales que se dicten en dicho proceso pueden ser consideradas como sentencias definitivas o resoluciones que pongan fin a un juicio, para efectos de la procedencia del juicio de amparo directo, pues ello equivale a otorgarles el carácter que el legislador quiso darles, sin desvirtuar el objetivo para el cual fue creado.

No pasa inadvertido para este órgano colegiado que los Tribunales Colegiados contendientes que adoptaron la postura sobre la procedencia del amparo indirecto, respecto de las resoluciones terminales que deciden sobre la nulidad o el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, basaron sus criterios en la aplicación análoga de la tesis P. XX/2007 sustentada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al emitir la tesis cuyo rubro dice: "LAUDO ARBITRAL. LA INTERLOCUTORIA QUE RESUELVE EL INCIDENTE DE NULIDAD NO TIENE DEFINITIVIDAD PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO, POR LO QUE EN SU CONTRA PROCEDE EL AMPARO INDIRECTO." (30)

Sin embargo, debe señalarse que los alcances de la reforma legal que han quedado establecidos, permiten concluir que en el caso, no pueden aplicarse analógicamente las razones que dieron origen a dicho criterio jurisprudencial, sobre todo porque éste se apoyó en la interpretación de una regulación anterior que comprendía la resolución de los problemas sobre el reconocimiento, ejecución y/o nulidad de laudos arbitrales, en forma incidental.

En efecto, si bien el Máximo Tribunal del País al crear dicho criterio jurisprudencial sostuvo consideraciones concretas en las que explicó la naturaleza jurídica del arbitraje y sus principales características, así como las del laudo arbitral y del procedimiento incidental referido a su reconocimiento, ejecución y/o nulidad, lo cierto es que ello lo hizo en función de la reglamentación vigente en ese momento; sin embargo la actual normatividad que regula el "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje" cuando versa sobre los temas aludidos, permite establecer que no existen condiciones similares a las señaladas por la Corte en su ejecutoria, en tanto que se realizó una modificación sustancial respecto del objeto del citado "juicio especial", lo cual impacta en la inaplicación de dicho criterio jurisprudencial.

Con base en todo lo anterior, debe estimarse que procede el juicio de amparo directo contra la resolución que de manera terminante decide sobre la nulidad o

el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral en el "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje".

***

514. Finalmente, nos queda abordar el tema del árbitro como tercer perjudicado en el juicio de amparo. En un asunto, la parte vencida buscó la nulidad del laudo y en el mismo procedimiento demandó a los árbitros. El juez de primera instancia operando de manera ilícita una revisión *de novo*, en lo particular concerniente la valoración de las pruebas, declaró el laudo nulo sin condenar a los árbitros. La parte vencedora, así como los árbitros buscaron el amparo contra el fallo del juez. Sin embargo, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que los árbitros carecen de interés jurídico, no obstante que, entre los argumentos de los quejosos, se alegó que la nulidad del laudo les causa un perjuicio directo en sus derechos patrimoniales puesto que si las partes lo solicitan tendrán que emitir un nuevo laudo sin derecho a recibir el pago de honorarios profesionales y que la nulidad del laudo perjudica el honor y reputación de los árbitros y pone en duda su capacidad profesional. El fallo establece:

> CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMAR EN EL JUICIO DE AMPARO LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL POR NO CAUSAR DIRECTAMENTE PERJUICIO ALGUNO EN SU PATRIMONIO O PERSONA.
>
> Para que proceda la acción de amparo es indispensable que quien la promueva acredite fehacientemente ante el juzgador federal que la

> actuación de la autoridad responsable le causa directamente perjuicios en su persona derechos bienes o posesiones para que ipso facto se analice la posible violación de garantías situación que no acontece cuando los quejosos son los integrantes de un tribunal arbitral porque si lo que se reclama es el laudo emitido por éstos y se de clara su nulidad los efectos del acto reclamado en sí mismos no producen afectación a algún derecho real o material en contra de los integrantes del tribunal arbitral susceptible de apreciarse en forma objetiva para que se pueda constituir un perjuicio que les agravie de manera directa y personal como sí sería que en la propia resolución reclamada el Juez responsable al declarar la nulidad del laudo que emitieron les haya impuesto una sanción pecuniaria o hubiese de terminado que no tenían derecho al cobro de honorarios En otras palabras si de la resolución que constituye el acto reclamado no se advierte que los árbitros quejosos resienten directamente un perjuicio en su patrimonio o persona teniendo en cuenta que éste debe acreditarse en forma fehaciente y no inferirse a base de presunciones no se actualiza la existencia de una afectación a su interés jurídico que haga procedente el juicio de amparo; de ahí surge la actualización de la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo de la Ley de Amparo[820].

Con la reforma constitucional de 2013 y su respectiva reforma de la Ley de Amparo, es de preguntarse, como lo hemos mencionado, si los árbitros son autoridades para efectos del amparo. Vimos que para la SCJN no existe duda

[820] Amparo en revisión. **José Sáenz Viesca y otros**. 17/02/2004. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano Secretaria: Elizabeth Estrada Mier.

que el tribunal arbitral no es equiparable a una autoridad responsable, sin embargo, vimos también que existen tesis aisladas que podrían abrir la puerta al amparo en ciertos casos precisos[821]. Si es así, su estatuto procesal tiene que ser el de cualquier otra autoridad. Si no fuera así, entonces sí tendrían que ser terceros perjudicados, porque la nulidad del laudo tiene tanto una afectación en su esfera de derechos como en su patrimonio, como, además del interés jurídico, un interés legítimo, para también presentar un amparo adhesivo.

[821] *Supra* # 499.

LECCIÓN 22: EL RECONOCIMIENTO Y LA HOMOLOGACION DEL LAUDO

515. El termino de “reconocimiento” es uno de los más discutibles y obscuros que hay en materia del Derecho del arbitraje. Aunque muchas leyes lo prevén, sin definirlo, la jurisprudencia tiende a desnaturalizar su verdadero significado. Si la Convención de Nueva York expresamente prevé el reconocimiento del laudo, es en el sentido de “aceptar”, y no de “controlar” como lo suelen pensar los jueces. La postura retoriana es incoherente con la naturaleza intrínseca del arbitraje moderno. Así, vemos que la legislación implementa correctamente en México la noción de reconocimiento pero, por desgracia es totalmente desnaturalizada por el Poder Judicial de la Federación.

22.1 La legislación

516. El reconocimiento es una acción pasiva por la cual, el litigante opone una sentencia o un laudo como medio de defensa, pidiendo al juez reconocer efectos legales otros que las medidas de ejecución. Típicamente, se puede citar una defensa de *res judicata*, donde se produce por ejemplo un laudo en un juicio para demostrar que la litis ya fue juzgada y no puede ser re-juzgada una segunda vez[822], como lo ha explicado de manera muy justa el fallo *Talent Agency*:

> ARBITRAJE COMERCIAL. NULIDAD, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SON PROCEDIMIENTOS JUDICIALES RELACIONADOS CON LOS LAUDOS ARBITRALES (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1422, 1457 A 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).
> Una vez dictados, los laudos arbitrales podrán ser objeto de estudio por la autoridad judicial cuando se promuevan los procedimientos de nulidad (artículos 1422 y 1457 a 1460), reconocimiento y ejecución (artículos 1460 a 1462). La nulidad es una vía de naturaleza procesal interdictal especial (la Ley la denomina "incidental") que se sustancia a petición de parte ante la potestad judicial y tiene por objeto anular el laudo cuando se presente algún motivo para ello, y de resultar procedente, el fallo arbitral quedará sin efectos a partir de la fecha que así lo declare el juez competente (común o federal, a elección del actor y por efectos de la jurisdicción

[822] Lo que fue uno de los puntos controvertidos en la sentencia *ADT* (Amparo en revisión 755/2011. **ADT Security Services**. 14/06/2012).

concurrente) aunque dicho laudo también puede quedar parcialmente nulificado y, en consecuencia, sujeto a los términos de la resolución de nulidad que dicte el juez que conozca del procedimiento. ***El reconocimiento de laudo arbitral*** es el acto formal realizado por la autoridad judicial que lo declara como final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes, el efecto de este procedimiento jurisdiccional **es el de darle efectos jurídicos a los resolutivos de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa**, concepto que deriva de la noción de que existen diferencias entre el reconocimiento del laudo y su ejecución, es decir, **un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado, pues éste puede ser aportado a un juicio como prueba de que una controversia sobre la que versa ya representa cosa juzgada (res judicata) y, por ende, no sería necesario volver a litigar el asunto**; así como también puede ser reconocido para aportarse como prueba y fundamento de la compensación. Por último, la ejecución de un laudo es el medio para que se materialicen los efectos de lo resuelto, incluso coactivamente y aun contra la voluntad de las partes comprometidas a cumplirlo; constituye el mecanismo por virtud del cual mediante la intervención judicial y con la posible utilización de la fuerza pública se conmina a materializar y consumar hasta sus últimas consecuencias los efectos del fallo arbitral. Además, el conocimiento de esta vía corresponde al juez del orden común o federal con jurisdicción territorial en el domicilio del demandado o, en su defecto, en el de ubicación de los bienes que serán objeto de la ejecución[823].

[823] Amparo en revisión 131/2009. **Talent Agency Unlimited**, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero

517. La homologación – que también está designada como "reconocimiento" ("*recognition*") en la terminología anglosajona - a su vez es la acción activa por la cual se pide al juzgador conceder efectos legales al laudo para su ejecución forzosa. Ahora bien, en relación con los laudos nacionales, no había lugar a la homologación visto que el Código de comercio en su artículo 1391 expresamente dispone que los laudos son títulos ejecutivos. Sin embargo, con la reforma de 2011 de las disposiciones arbitrales, se considera que la regla general del Art. 1391 Ccom está derogada por la regla especial del nuevo Título del *Juicio Especial sobre Transacciones Comerciales y Arbitraje*:

> ARBITRAJE COMERCIAL. SU LEGISLACIÓN ES ESPECIALIZADA Y POR ENDE, EXCLUYENTE DE NORMAS GENERALES.
>
> La intención de la propuesta del Ejecutivo Federal de reformar el título cuarto, del libro quinto del Código de Comercio que regula el arbitraje comercial en México, adoptada en mil novecientos noventa y tres por el legislador, fue la de tener un sistema jurídico que acogiera al arbitraje como medio preferido de solución de las disputas en el comercio internacional, que fuera acorde con lo que el derecho y los tratados internacionales ya preveían. A virtud de ello, se buscó que el derecho arbitral estuviera diseñado bajo el principio de la no intervención o de la mínima intervención de un órgano jurisdiccional, privilegiando la voluntad de los particulares a través de un proceso más flexible, eventualmente más rápido y sobre todo en el que se contara con la posibilidad de escoger a las personas más preparadas y capacitadas para decidir un conflicto de intereses. Sobre esa cimentación, las

normas arbitrales se eligieron herméticas, restrictivas, de autocontenido, constituyen un cuerpo que contiene todas sus piezas sin necesitar apoyarse en otros ordenamientos, a través de la supletoriedad, porque dentro del mismo están los elementos para resolver cualquier eventualidad que surja respecto de un procedimiento arbitral. Son en consecuencia, disposiciones creadas exclusivamente para regular esa forma de heterocomposición y por lo tanto, constituyen una legislación especializada, excluyente de toda regla general que, por ende, inhibe cualquier posibilidad de interpretación integral de las leyes, de aplicación supletoria de otras normas, incluso de las de orden común y de los principios generales de derecho[824].

LAUDO ARBITRAL. LA CIRCUNSTANCIA QUE CONSTITUYA UN TÍTULO EJECUTIVO, NO DA LUGAR A QUE AL PROVEER SOBRE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA, EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TRANSACCIONES COMERCIALES Y ARBITRAJE PARA EL RECONOCIMIENTO Y SU EJECUCIÓN, SE EMITA AUTO DE MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN.

El laudo arbitral está reconocido por la legislación mercantil como un documento que trae aparejada ejecución, como así se desprende del artículo 1391, fracción I, del Código de Comercio; sin embargo, para su ejecución, la propia legislación prevé un procedimiento especial denominado sobre transacciones comerciales y arbitraje para su reconocimiento y ejecución, previsto en el título cuarto, capítulos noveno y décimo, del Código de

[824] SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 255/2010. **Certificados Integrales Funcionales**, S.A. de C.V. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretaria: Alicia Ramírez Ricárdez.

> Comercio, el cual debe sujetarse a las reglas especiales contenidas en los numerales 1461, 1471 a 1478 de dicho ordenamiento, de los cuales no se advierte la posibilidad para que el juzgador al momento de proveer sobre la admisión de la demanda, pueda emitir un mandamiento de ejecución, pues éste debe proveer únicamente en torno a la admisión de la demanda y ordenar el emplazamiento. Consecuentemente, por seguridad jurídica de los gobernados, debe privilegiarse el principio de especialidad de la ley y, por lo tanto, atender a la tramitología contenida en los referidos capítulos. Permitir lo contrario, esto es, observar disposiciones que están previstas para el juicio ejecutivo mercantil, daría pie a que se aplicaran al referido procedimiento especial, no sólo el mandamiento de ejecución, sino otras disposiciones ahí contenidas; verbigracia las excepciones previstas en el artículo 1403 del Código de Comercio, lo que produciría inseguridad jurídica a los gobernados, puesto que no se tendría la certeza de cuáles disposiciones se aplican al procedimiento especial[825].

518. Total, no queda claro si un laudo nacional tiene que ser homologado o no; sin embargo, en la práctica, la respuesta es afirmativa. Ahora, con respeto a los laudos extranjeros, el artículo 1471 en el Código de comercio, dispone

[825] DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 358/2013. **Spectrum Trim**, LLC, Premier Trim, LLC y otro. 11 de septiembre de 2014. Unanimidad de votos, con voto concurrente del Magistrado Fernando Rangel Ramírez, por estimar que la confirmación de la concesión del amparo debe obedecer a otras razones y derivado de ello la revisión adhesiva debía haberse declarado infundada. Ponente: Fernando Rangel Ramírez. Secretaria: Argelia Román Mojica.

expresamente que son dispensados de la homologación. En otras palabras, para retomar la terminología francesa, no hay lugar a un exequatur, que justamente prevé las dos etapas: homologar el laudo, y después ordenar su ejecución. En México, por Ley, el juez tiene que ordenar directamente la ejecución sin pasar por la homologación. Desafortunadamente, la mayoría de los tribunales federales requieren previamente a la ejecución el reconocimiento y/o la homologación, como lo establece la jurisprudencia.

22.2 La jurisprudencia

519. Por su decisión *ADT* de 2012, parece que la primera Sala de la SCJN continuó con su línea que un laudo no puede ser "obligatorio" sin la intervención judicial. Es así que el Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito enunció en su decisión de 29 de junio de 1995 que:

> "En concreto, la revisión que del laudo hagan los tribunales, debe tener por objeto exclusivo, determinar si pugna con algún precepto, cuya observancia esté por encima de la voluntad de las partes. Es lo que conocemos como la homologación, la sanción jurisdiccional que otorgan las autoridades al laudo arbitral para proveerle fuerza jurídica suficiente para su completa obligatoriedad".

Afortunadamente el criterio había cambiado, y en la decisión *Koblenz Eléctrica* se dijo que "[es] doctrina nacional uniforme que los laudos [comerciales] pronunciados en

nuestro país no requieren de la aprobación judicial para que puedan ser ejecutados"[826]. Sólo laudos extranjeros tuvieron que pasar por la homologación para ser ejecutados, quiere decir que en el procedimiento de exequatur, el juez tuvo que aprobar la decisión extranjera en vista de las normas mexicanas antes de ordenar su ejecución coactiva. La contradicción de tesis 78/2007[827] también confirmaba este punto, subrayando que es el laudo que pone fin al "juicio", y que la decisión de nulificar o no es un acto "fuera de juicio".

520. Con la decisión *ADT* de 2012[828], la primera Sala de la SCJN ha puesto todo lo anterior más que en duda al afirmar que siempre se requiere el reconocimiento del laudo para que éste pueda surtir sus efectos. Confundiendo el reconocimiento con la homologación, la ejecutoria de la tesis enuncia:

> El reconocimiento del laudo arbitral es el acto formal realizado por la autoridad judicial y que lo declara como final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes; el efecto de este procedimiento jurisdiccional es el de darle efectos jurídicos a los resolutivos de un laudo.

Lo anterior no solamente está en flagrante oposición al Art. 1471 Ccom, introducido en la Ley arbitral por la reforma de

---

[826] Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 364/2002. 22/02/2002, Unanimidad de votos, Núm. 53 C.

[827] 19/09/2007.

[828] Amparo en revisión 755/2011. **ADT Security Services**. 14/06/2012.

2011, que justamente precisa que no se requiere cualquier forma de aprobación judicial para que el laudo sea definitivo, también es contrario al artículo III de la Convención de Nueva York que prevé por sí misma la autoridad del laudo. La explicación del porqué del considerando reside probablemente en el voto particular que emitió el Ministro José Ramón Cossío en el asunto *Grupo Radio Centro*[829], donde considera que un laudo es un acto entre particulares, por consiguiente se necesita la aprobación judicial. Si bien es cierto que nosotros también consideramos que el laudo es un acto entre particulares, eso no quiere decir que por lo tanto se requiere la homologación o el reconocimiento del laudo. El laudo es *per se* definitivo porque ¡la Ley así lo prevé! Después de todos estos años, la máxima autoridad judicial continua a ver en el arbitraje nada más que una forma de delegación de la justicia estatal. Los cientos de países que son parte del Convenio Neoyorquino han entendido que no existe una competencia entre el poder judicial y el poder arbitral. El legislador mexicano ha establecido claramente que el proceso preferente para resolver disputas comerciales es el arbitraje (art 1051 Ccom) y ¡no el procedimiento judicial! El poder judicial se confunde al creer tener el monopolio de la justicia. El poder judicial tiene sólo el monopolio de la violencia legal, lo que son dos cosas bien distintas. Por ejemplo, está previsto que nadie puede hacer justicia por sus propias manos (art. 17 constitucional). Eso quiere decir que en México nadie puede tomar un arma y matar al ladrón de su carro. Solamente el poder judicial puede

[829] Amparo directo en revisión 1225/2006.**Grupo Radio Centro**. 30/01/2007.

condenarlo y meterlo *manu militari* en la cárcel. Sin embargo, eso no quiere decir que existe un monopolio de la justicia. La victima puede ir a ver al ladrón, pedirle una suma de dinero como compensación por el robo y perdonarle. Eso también es justicia. O, de manera institucional, la víctima puede otorgar el perdón en un procedimiento de mediación penal, previsto por la Ley. Lo mismo pasa con respecto al arbitraje. De manera privada, las partes obtienen justicia por parte del tribunal arbitral, y si están de acuerdo con el fallo, lo ejecutan de manera voluntaria. Si ahora tal no es el caso, se requiere la ejecución forzosa, y es lógico que, en ese momento, el poder judicial verifique si el laudo no es contrario a la Ley.

521. Ahora bien, en relación con el efecto de la cosa juzgada *per se*, tampoco se entiende al poder judicial. La Ley expresamente prevé que tanto el convenio de transacción[830] como el laudo arbitral, tienen el atributo de cosa juzgada, porque constituye justamente la idea misma de los métodos alternos de solución de controversias[831], consagrados por el artículo 17 constitucional.

522. Sea lo que sea, en la práctica la gran mayoría de los tribunales federales requieren una acción previa de reconocimiento para considerar el laudo como vinculante y admitir el procedimiento de ejecución forzosa. Lo único

[830] Art. 2953 CCF.

[831] Véase Graham & Treviño, *Ley de Métodos Alternos de Solución de Controversias de Nuevo León*, Lazcano, 2007.13 sq.

bueno que se puede resaltar es que, *a priori*, es una opinión consolidada que el reconocimiento no permite al juez de revisar el fondo del asunto:

> LAUDO ARBITRAL. DENEGACIÓN DE SU EJECUCIÓN. ANÁLISIS SOBRE LA ACTUALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS SEÑALADA EN EL INCISO C) DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.
>
> El procedimiento arbitral es un medio alternativo de solución de conflictos que consiste en el sometimiento voluntario de las partes a un árbitro, las cuales optan por la no intervención de la autoridad judicial. De manera que, si dentro de un juicio para el reconocimiento y ejecución del laudo, la parte a quien no favoreció éste sostiene que el árbitro al emitirlo excedió los términos de la litis y que por ello procede negar su reconocimiento, en términos de lo dispuesto por el artículo 1462, fracción I, inciso c), del Código de Comercio; para acreditar la referida causa de denegación se debe efectuar el análisis del laudo para resolver si su contenido excedió los términos de los puntos litigiosos, sobre los que debió versar la decisión arbitral, pero sin emitir un juicio de valor sobre si las consideraciones son correctas o no; siendo esto último vedado al juzgador ante quien se pide su ejecución. En mérito a todo lo anterior, cabe establecer que la causa de no reconocimiento del laudo a que se refiere el precepto legal, fracción e inciso referidos, tiene que estar vinculada con una cuestión claramente objetiva y de ninguna manera de una subjetiva que dé lugar a pronunciamiento alguno sobre temas de fondo.[832]

[832] Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 562/2012. **Divasa-Farmavic**, S.A. 25/10/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Adalberto Eduardo Herrera González. Secretaria: Angélica Rivera Chávez.

LECCIÓN 23: LA ACCION EN EJECUCION DEL LAUDO

523. Antes de proceder con la ejecución es necesario primero requerir a la contraparte cumplir con lo ordenado en el laudo. Se recomienda que el requerimiento se haga con fe pública. Después, se tiene que iniciar la acción de reconocimiento – lo que en nuestra opinión es *contra legem*[833] -, y es sólo una vez que el laudo es judicialmente reconocido que se puede solicitar la ejecución. Si se acepta la disposición del Código de comercio que el laudo es un título ejecutivo, los tribunales federales, sin embargo, aniquilan su atributo rechazando la posibilidad de la ejecución inmediata, como lo vimos con el fallo *ADT*[834], y confirmado por *Spectrum Trim*:

> LAUDO ARBITRAL. LA CIRCUNSTANCIA QUE CONSTITUYA UN TÍTULO EJECUTIVO, NO DA LUGAR A QUE AL PROVEER SOBRE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA, EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE TRANSACCIONES COMERCIALES Y ARBITRAJE PARA EL RECONOCIMIENTO Y SU EJECUCIÓN, SE EMITA AUTO DE MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN.
> El laudo arbitral está reconocido por la legislación mercantil como un documento que trae aparejada

[833] *Supra* # 516sq.

[834] Amparo en revisión 755/2011. **ADT Security Services**. 14/06/2012. *Supra* # 520.

ejecución, como así se desprende del artículo 1391, fracción I, del Código de Comercio; sin embargo, para su ejecución, la propia legislación prevé un procedimiento especial denominado sobre transacciones comerciales y arbitraje para su reconocimiento y ejecución, previsto en el título cuarto, capítulos noveno y décimo, del Código de Comercio, el cual debe sujetarse a las reglas especiales contenidas en los numerales 1461, 1471 a 1478 de dicho ordenamiento, de los cuales no se advierte la posibilidad para que el juzgador al momento de proveer sobre la admisión de la demanda, pueda emitir un mandamiento de ejecución, pues éste debe proveer únicamente en torno a la admisión de la demanda y ordenar el emplazamiento. Consecuentemente, por seguridad jurídica de los gobernados, debe privilegiarse el principio de especialidad de la Ley y, por lo tanto, atender a la tramitología contenida en los referidos capítulos. Permitir lo contrario, esto es, observar disposiciones que están previstas para el juicio ejecutivo mercantil, daría pie a que se aplicaran al referido procedimiento especial, no sólo el mandamiento de ejecución, sino otras disposiciones ahí contenidas; verbigracia las excepciones previstas en el artículo 1403 del Código de Comercio, lo que produciría inseguridad jurídica a los gobernados, puesto que no se tendría la certeza de cuáles disposiciones se aplican al procedimiento especial[835].

---

[835] Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 358/2013. **Spectrum Trim**, LLC, Premier Trim, LLC y otro. 11 de septiembre de 2014. Unanimidad de votos, con voto concurrente del Magistrado Fernando Rangel Ramírez, por estimar que la confirmación de la concesión del amparo debe obedecer a otras razones y derivado de ello la revisión adhesiva debía haberse declarado infundada. Ponente: Fernando Rangel Ramírez. Secretaria: Argelia Román Mojica.

524. También vale la pena mencionar que los tribunales federales no admiten una acción única de reconocimiento y ejecución, lo que va en contra del principio de economía procesal. Una vez cumplido con lo señalado, se debe verificar los criterios de jurisdicción y competencia y las reglas procesales aplicables.

23.1 Jurisdicción y competencia

525. Para la ejecución de laudos en México, sólo los tribunales mexicanos tienen jurisdicción por su soberanía territorial. Con respecto a la competencia *ratione materiae*, se trata de los tribunales de primera instancia ya sean federales o locales, debido al artículo 1422 del Código de Comercio, que retoma el principio de la jurisdicción concurrente, admitido en materia mercantil en México. *Ratione loci*, se trata del tribunal del domicilio del ejecutado[836]; en su defecto, el tribunal de la ubicación de los bienes si no fuera posible identificar un domicilio. Todos los tribunales mencionados, obviamente siguen el mismo procedimiento.

23.2 El procedimiento

526. En sí mismo, el procedimiento "procesal" es el mismo para solicitar la ejecución de un laudo que sea bajo el Derecho mexicano o según los tratados. Lo que difiere es

[836] Art. 1105 Ccom.

que, bajo las convenciones internacionales, se presentan unas particularidades en relación con ciertos conceptos que requieren aclaraciones.

23.2.1 Derecho común

527. Si antes de la reforma del 2011, la ejecución se debía tramitar en la vía incidental, el nuevo artículo 1471 Ccom establece que el Juicio especial sobre arbitraje es la vía adecuada para tramitar la ejecución del laudo. Los documentos requeridos por el artículo 1461 del Código de comercio, son:

> El original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo,
>
> El original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo.
>
> Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial, que normalmente es un traductor inscrito en la lista del Tribunal Superior de Justicia del Estado donde se presenta la acción.

El actor presentará su demanda, y su contraparte será notificado para poder contestar en un lapso no superior a 15 días[837]. Después, se abrirá el periodo probatorio durante

[837] Art. 1473 Ccom.

10 días, y a su cierre, las partes son citadas en un plazo no mayor de 3 días a la audiencia de alegatos. La sentencia es inapelable.

528. En caso de que el ejecutado no cumpliere con lo ordenado en la sentencia que reconoce el laudo extranjero dentro del plazo señalado por el juez, deberá realizarse en vía de apremio; si se trata de una condena de no hacer, el ejecutante, por la naturaleza del derecho, podrá pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si ello fuere posible, a costa del ejecutado y en su caso, el pago de daños y perjuicios[838]:

> El artículo 1461 del Código de Comercio dispone que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación por escrito al Juez, será ejecutado de acuerdo a las reglas del libro quinto ("De los juicios mercantiles") título cuarto ("Del arbitraje comercial"), capítulo IX ("Reconocimiento y ejecución de laudos"). El artículo 1462 del mismo ordenamiento dispone que la ejecución de un laudo arbitral sólo se denegará en los casos previstos en ese precepto, mientras que el diverso numeral 1463 establece que el procedimiento de reconocimiento o ejecución de laudo se substanciará incidentalmente en términos del artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, cuya resolución no será objeto de recurso alguno y limita la materia de estudio por parte del tribunal a cuestiones

[838] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 117/2008. **Enrique Autrique Gómez** y otra. 19/05/2008.

formales, sin analizar cuestiones de fondo del laudo porque tal aspecto se trata de un tema confiado por las partes al árbitro, y sólo se exige del órgano judicial, en su caso, su necesario complemento para que sea reconocido y ejecutado. La ejecución del laudo tiene diferentes modalidades según se trate de la naturaleza del derecho que se pretende realizar que puede revestir un carácter positivo o negativo. Si el ejecutado no cumpliere con lo ordenado en la sentencia que reconoce y homologa el laudo dentro del plazo señalado por el Juez, deberá realizarse en vía de apremio; si se trata de una condena de no hacer, el ejecutante, por la naturaleza del derecho, podrá pedir que se repongan las cosas al estado en que se hallaban, si ello fuere posible, y a costa del ejecutado y, en su caso, el pago de daños y perjuicios. Lo anterior, encuentra fundamento, en primer lugar, por la aplicación supletoria de las reglas que se contienen en el Código Civil Federal y, segundo, por la naturaleza y alcance de aquellas que regulan el tema relativo al incumplimiento de las obligaciones. No existe una disposición en el Código de Comercio que establezca cómo debe procederse en relación con la ejecución de un laudo cuando existe imposibilidad jurídica o material para darle cumplimiento en sus términos. En este supuesto, corresponde realizar la aplicación analógica de las normas contenidas en el Código Civil Federal al que remite el primer ordenamiento invocado, y en especial, las que se refieren al incumplimiento de una obligación, porque la naturaleza de un fallo que homologa, reconoce y ordena ejecutar un laudo arbitral constituye cosa juzgada formal y material que genera un carácter vinculatorio y definitivo tanto para las partes como para el Estado, que debe proveer a su cumplimiento. Entonces, la procedencia del incidente de daños y perjuicios ante la imposibilidad de cumplir el fallo que

reconoció y homologó el laudo, encuentra, por analogía, una cobertura legal en el artículo 2104 del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, que establece que quien estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, así como el que contravenga una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención y, motiva que ante cualquier obstáculo que dificulte o haga imposible la ejecución del laudo, aun en el caso de falta de responsabilidad del deudor ejecutado, pueda reclamarse en la vía incidental, y no en un nuevo juicio, el pago citado y el juzgador deba pronunciarse sobre ese aspecto. Debe distinguirse por un lado, entre el contenido del fallo que reconoce, homologa y declara procedente la ejecución del laudo que se circunscribe a constatar la existencia y firmeza de una decisión emitida por un árbitro y que, ante la falta de imperio para ejecutar sus propias resoluciones sólo complementa, en vía de ejecución, lo resuelto por el árbitro; y, por otro, la hipótesis en que ante la imposibilidad de ejecutar ese laudo nazca el derecho del ejecutante a reclamar el pago de daños y perjuicios. Esto es así porque esas situaciones tienen un carácter diverso por tratarse de un fallo que sólo tiene el carácter de cosa juzgada en cuanto al pronunciamiento de la ejecutividad del laudo, y la segunda atañe a una incidencia que se da a partir de la ejecución de aquel cuyo desarrollo y procedencia es cosa juzgada y encuentra un obstáculo físico o jurídico insalvable para su realización. Es cierto que la sentencia que reconoce, homologa y ejecuta el laudo arbitral, define de modo absoluto qué derecho es el que debe ejecutarse y que en principio, la regla general es que en la ejecución sólo puede realizarse ese derecho y

no uno distinto porque en relación con él fue que las partes contendieron en el juicio respectivo; de modo que si es un derecho nuevo su reclamo debe hacerse en un juicio autónomo. **Sin embargo, cuando la sentencia que reconoció la ejecutabilidad del laudo no pueda realizarse por una cuestión jurídica o material que lo impide, corresponde a ese mismo Juez reconocer esa circunstancia de imposibilidad y correlativamente que existe un derecho sustantivo que pueda ser satisfecho de un modo equivalente, sin necesidad de exigir una vía ordinaria en un juicio autónomo; esto es, procede la vía incidental para resolver sobre el cumplimiento alternativo pues lo que interesa es que se ejecute el laudo respectivo, en un aspecto de sustitución que subyace en todo cumplimiento de carácter positivo, o sea, que por virtud de la cosa juzgada formal y material, ya está definida una obligación con su acreedor y deudor, solamente que demostrada la causa de imposibilidad para cumplirla, no debe exigirse un nuevo juicio para reclamar el pago de daños y perjuicios que proviene de la imposibilidad de ejecutar el laudo, porque entre éstos y la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció el derecho declarado en el laudo, se plantea un nexo causal que constituye un elemento de la acción incidental. En esas condiciones, resulta factible que en el mismo juicio de reconocimiento y homologación del laudo arbitral, en la vía incidental, pueda analizarse el tema de la procedencia del pago de daños y perjuicios, como una acción que tiene su causa de pedir en el hecho de que se haya dado la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció la ejecución del laudo; lo que es acorde no solamente con la finalidad del procedimiento**

> **en mención, tendiente no sólo a que se le otorgue de imperatividad al laudo, sino de que se vele por el acceso efectivo a la tutela judicial que prevé el artículo 17 de la Constitución Federal**, y no exista traba innecesaria que impida la realización del interés del ejecutante, esto es, que ese reconocimiento y homologación en realidad no debe quedar incumplido de manera indefinida por no existir los supuestos originales en que se apoyó esa determinación, y debe existir la posibilidad de sustituir su forma de cumplimiento ante las dificultades presentadas a fin de dar plena eficacia a un laudo que es cosa juzgada y partiendo de la petición del ejecutante que vio frustrada su intención original de realizar su derecho tal y como se declaró ejecutable a su favor. En ese sentido, el incidente tiene como causa de pedir que la obligación original derivada del laudo reconocido y homologado ha sido incumplida y que exista imposibilidad física o jurídica para cumplirla, esto es, que será materia del incidente la demostración de esos extremos para que se surta la posibilidad de sustituir la obligación primigenia por otra, o por el pago de daños y perjuicios, como una condena alternativa que dicte el Juez ejecutor en el incidente respectivo, puesto que el incidente guarda relación con los alcances originales de la ejecutoria que reconoció, homologó y mandó ejecutar ese laudo, para que éste tenga plena eficacia y se cumpla con lo juzgado, porque ya no se trata de un mero acuerdo entre las partes que puede o no ser observado, sino de un acto cuya fuerza vinculatoria ha sido reconocida por los tribunales del Estado.

Como se desprende, el problema es que el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio no contiene disposición alguna que establece cómo debe procederse en

relación con la ejecución de un laudo cuando existe una imposibilidad jurídica o material para darle cumplimiento en sus términos. En este supuesto, nos dice la presente tesis, corresponde realizar la aplicación analógica de las normas contenidas en el Código Civil Federal al que remite el primer ordenamiento invocado, a saber la aplicación del artículo 2104 del Código Civil Federal, que a su vez establece que quien estuviere obligado a prestar un hecho y deja de prestarlo o no lo presta conforme a lo convenido, así como el que contravenga una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención y, motiva que ante cualquier obstáculo que dificulte o haga imposible la ejecución del laudo, aun en el caso de falta de responsabilidad del deudor ejecutado, pueda reclamarse este pago en la vía incidental y no en un nuevo juicio. En esas condiciones, resulta factible que en el mismo juicio de ejecución del laudo arbitral, en la vía incidental, pueda analizarse el tema de la procedencia del pago de daños y perjuicios, como una acción que tiene su causa de pedir en el hecho de que se haya dado la imposibilidad para cumplir con la sentencia que reconoció la ejecución del laudo.

2. Derecho convencional

529. México es parte de cuatro convenciones internacionales que regulan el arbitraje internacional, a saber, la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958

(Convención de Nueva York)[839], la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá)[840], la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Montevideo)[841] y el Convenio entre México y España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil[842]. La coexistencia de los varios textos internacionales puede presentar problemas de coordinación. En esos casos, la metodología a seguir consiste en analizar el campo de aplicación *ratione personae, ratione materiae y ratione temporae* de las convenciones susceptibles de ser aplicadas y después, las cláusulas de desconexión de los tratados en presencia y en su caso, las reservas de cada Estado contratante; así la Convención de Montevideo prevé que:

> 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.

En ausencia de una cláusula de este tipo, se impone el principio de la *lex specialis derogat generalibus*: primero las convenciones regionales (Panamá, Montevideo), después las universales (Nueva York). Es así como los EU han

[839] *DOF* 22/06/1971.

[840] *DOF* 27/04/1976.

[841] *DOF* 20/08/1987

[842] *DOF*, 05/03/1992.

establecido en su Ley Federal de Arbitraje (FAA), la regla conforme a la cual la Convención de Panamá se aplica cuando la mayoría de las partes son de países que han ratificado la Convención; sino se aplica la Convención de Nueva York[843]. Sin embargo, existe una propuesta a la que nos adherimos que defiende el principio de la eficiencia máxima, según el cual debe aplicarse la convención que asegure de la manera más amplia posible, la ejecución de la sentencia[844]. Una vez aclarado este punto, procederemos a analizar el funcionamiento de la Convención universal que es la de Nueva York, y enseguida a las Convenciones regionales.

A - La convención universal

Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010; Di Pietro & Platte, *Enforcement of international arbitration awards, the New York Convention of 1958*, Cameron, 2001; Abascal Zamora, La interpretación uniforme de la Convención de Nueva York y del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, in: Pereznieto

[843] 9 USC § 305. Véase también: *Progressive Casualty Insurance Co v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela* (SDNY, 1992) 802 F.Supp. 1069, rev'd 991 F.2d 42 (2d Cir. 1993).

[844] FGG, # 1664.

Castro (ed.), *Arbitraje Comercial Internacional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000. 129; Van de Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a uniform judicial interpretation*, Kluwer 1981

530. La Convención de Nueva York[845] se aplica al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, o si el laudo no es considerado como un laudo nacional en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución. En *Bergesen*, la Corte del Segundo Circuito de los Estados Unidos se pronunció en el sentido de que no debe ser considerado como un laudo doméstico, el laudo rendido en los Estados Unidos entre una empresa estadounidense y dos compañías extranjeras en un asunto cuyo objeto y ejecución se realizan en un país extranjero por lo que, debe considerársele como un laudo internacional en el sentido de la Convención[846]. Con esa premisa, se plantea la necesidad de aclarar ciertos puntos en relación con la noción misma de laudo, antes de analizar los procedimientos y los requisitos de fondo.

---

[845] Pereznieto, Comentarios a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de las Naciones Unidas, *CAMECIC*, enero-marzo, 1997.11.

[846] *Bergesen v. Joseph Muller Corp* (2d Cir, 1983) 710 F.2d 928 (2d Cir, 1983). Para la problemática del arbitraje virtual cf: Graham, *El Derecho internacional…, op.cit.*, # 25 sq.

a) El laudo

531. Se presentan algunas dificultades, especialmente en qué momento un laudo se puede considerar como obligatorio, condición *sine qua non* para que la Convención se aplique, así como la determinación de los laudos "flotantes".

I) El laudo obligatorio

532. Se habla de laudos obligatorios sin precisar que dicha obligatoriedad deriva de la Ley del Estado de origen, o según una concepción autónoma de la Convención. Opinamos que la interpretación autónoma se impone, entre otras razones porque en caso contrario, el sistema regresará al doble exequatur justamente condenado por la Convención de Nueva York[847]. Es un laudo obligatorio, contra el cual no existe ningún tipo de recurso, o que no se encuentre condicionado por la realización de otros eventos[848]. La jurisprudencia sueca[849] y holandesa[850] se

---

[847] Sanders, *op.cit.*, p.275.

[848] *Fertilizer Corp of India v. IDI Management Inc*, 517 F.Supp. 948 (SD Ohio 1981): "The award will be considered "binding" for the purpose of the Convention [New York] if no further recourse may be had to another tribunal (that is, an appeals tribunal). The fact that recourse may be had to a court of law does not prevent the award from being "binding"...".

[849] *Goetaverken*, Corte Suprema de Suecia, 13/08/1979, *Rev.arb.*, 1980.555, Paulsson.

[850] *SPP v. Egipcia*, Tribunal de Distrito de Amsterdam, Acuerdo del Presidente, 12/07/1984, *Rev.arb.*, 1986.101, Leboulanger, *Yearbook*, 1985.487.

pronuncian en favor de la autonomía; la francesa[851], suiza[852], e italiana[853], siempre aplican la Ley del Estado de origen. Lo anterior conlleva también la cuestión de lo que la doctrina llama los laudos "flotantes".

ii) El laudo "flotante"

Derains, La aplicación de la Convención a laudes a-nacionales, *in* Tawil & Zuleta (ed.), *El arbitraje comercial internacional: Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo-Perrot, 2008.177.

533. El planteamiento de los laudos "flotantes" tiene un origen cierto en el art. 1717 párrafo 4°, del antiguo Código Judicial belga, en el cual se excluía de oficio cualquier recurso en contra de laudos que no tuvieran vínculo con Bélgica[854]. Esta idea fue retomada por el art. 192.2° de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, conforme al cual las partes pueden acordar que no se interpongan recursos en contra del laudo, y que, a su vez, se inspiró en el

[851] CA París, 10/05/1971, *Rev.arb.*, 1971.108, Oppetit.

[852] *Bergesen*, TFS, 26/02/1982, *Yearbook*, 1984.437.

[853] CA Firenze, 08/10/1977, *Yearbook*, 1979.289.

[854] Van Houtte, La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international, *Rev. arb.*, 1986.29, spec. p. 36; Keutgen, La nouvelle loi sur l'arbitrage, *Journal des tribunaux*, 1998.761, n° 77 y la bibliografía citada.

nuevo Código Judicial belga de 19 de mayo de 1998[855]. Ciertos autores defendieron vehementemente la idea de que el laudo no susceptible de recursos en anulación no se podría beneficiar de la Convención de Nueva York[856]. Sin embargo, la mayoría de la doctrina condenó ese punto de vista contrario al texto y a la lógica de la Convención. En efecto, ésta declara aplicarse a las "sentencias extranjeras obligatorias" y no a las "sentencias extranjeras obligatorias pero susceptibles de un recurso en anulación"[857]. Es la única interpretación plausible, eso además que, como lo veremos posteriormente, el número de laudos anulados en el Estado sede ejecutados por los tribunales va en aumento[858].

b) Aspectos procesales

534. La Convención no determina las reglas de procedimiento. El artículo III se refiere solamente a que cada uno de los Estados Contratantes podrá reconocer la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde el laudo sea invocado. Sin embargo, el

---

855 "Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou par une convention ultérieure, exclure tout recours en annulation d'une sentence arbitrale lorsque aucune d'elle n'est soit une personne physique ayant la nationalité belge ou une résidence en Belgique, soit une personne morale ayant en Belgique son principal établissement ou y ayant une succursale".

856 FGG, # 1689.

857 *Idem,* #1689.

858 *Infra* # 541.

mismo artículo también prevé que no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales. En ausencia de normas procesales especiales para laudos extranjeros, serán las del arbitraje interno las que se apliquen.

B – Las convenciones regionales

Garza Cánovas, La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: un paso firme, *Revista de Derecho Privado*, 1991.371; Jackson, The 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration: Scope, Application and Problems, *Journal of Int'l Arbitration*, 1991.91; Van den Berg, The New York Convention 1958 and the Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?, *Arbitration Int'l*, 1989. 214.

535. Visto que la Convención de Panamá contiene las mismas disposiciones que la Convención de Nueva York, al menos en lo relacionado con la ejecución del laudo, no se requiere comentarios algunos.

536. La Convención de Montevideo presenta una dificultad importante en materia de arbitraje para el abogado, en la medida que no se sabe exactamente si el instrumento internacional se aplica o no para la ejecución de laudos. En efecto, no obstante el título de la Convención, México hizo una reserva sobre el artículo primero estableciendo que el convenio se acogía sólo en cuanto a sentencias, no a laudos. Sin embargo, en relación con el artículo tercero del tratado, México declaró que se interpreta que se requiere exhorto para la homologación y la ejecución de "sentencias y laudos extranjeros". Nos parece que es obvio que el Convenio no tiene que aplicarse a la ejecución de laudos, y que la referencia a los laudos en la declaración con respecto al artículo 3 es meramente un error de redacción. 23.3 La ejecución de laudos nulos

537. No es inusual que una parte intente de impugnar el laudo en el Estado de sede del arbitraje, mientras que la otra parte, en al mismo tiempo, intente obtener la ejecución forzosa en otro Estado. Es una situación prevista por el Convenio neoyorkino. Lo que no fue previsto, es la situación donde un Estado acepta ejecutar un laudo que fue ya nulificado en el Estado sede, a la imagen de la jurisprudencia francesa, por ejemplo.

23.3.1 El laudo en proceso de nulidad

538. El artículo 1526 del Código procesal francés prevé la "inmediatez" de la ejecución del laudo, quiere decir que el

laudo tiene que ser ejecutado no obstante que está impugnado en un recurso de nulidad o si el exequatur del laudo es apelado. Si a primera vista suena ilógico, la *ratio legis* es de hacer todo lo posible para que el arbitraje sea eficaz, lo que implica que la ejecución del laudo sea rápida. Sin eliminar la posibilidad de atacar el laudo o su ejecución, se ordena la ejecución inmediata, y en caso de que los demás recursos prosperen, pertenece al beneficiario de regresar el provecho patrimonial que obtuvo. Asimismo, se ha establecido una salvaguardia que consiste en no ordenar la ejecución inmediata en caso de que esta pueda provocar un "perjuicio severo" a las partes que recurren en contra del laudo o su ejecución. Lo anterior puede ser perfectamente ilustrado por el fallo en *Gold Reserve*[859], donde la Corte de apelación de París estableció que los motivos por los cuales Venezuela buscó la nulidad del laudo son sin incidencia sobre la ejecución inmediata del laudo a favor de *Gold Reserve*, y sólo tiene que verificarse la salvaguardia que en este caso no tiene que aplicarse visto que i) que en consideración de los recursos económicos de Venezuela, este no tendrá perjuicio severa alguno a cumplir con el pago de lo ordenado en el laudo, y ii) no hay riesgo que *Gold Reserve* no tenga la capacidad financiera de regresar el beneficio económico en caso de anulación del laudo. Tres meses después, el laudo fue pagado. En otro asunto, se decidió que, en caso de un cierto riesgo de reembolso, la liquidación del laudo tendría que efectuarse sobre una cuenta de garantía bloqueada[860]. El

[859] *Gold Reserve Inc v Venezuela*, CA París, 29/01/2015.

[860] *Fairtrade*, CA París, 27/03/2014, *París J. Int. Arb.*, Pellerin & De Maria, 2014.783.

proceder es interesante, sin embargo, no estamos convencidos de que sea la mejor fórmula. En efecto, a costa de rendir el arbitraje rápido, se provocan nuevos juicios, en este caso, la litis sobre el reembolso de las sumas pagadas en caso de nulificación del laudo. No es realista pensar que la contraparte sin nada más reembolsaría el dinero pagado. Y tal situación es injusta para la parte víctima de un laudo viciado – sin hablar del problema del nuevo arbitraje como resultado del laudo nulificado. ¿Qué pasará durante este nuevo proceso?; ¿el dinero pagado se reembolsará de inmediato, o quedará en las manos de la contraparte hasta que un nuevo laudo sea dictado? Somos creyentes convencidos de la bondad del arbitraje, sin embargo, no queremos caer en el fanatismo. El artículo 1526 del Código de procedimientos civiles francés es dogmático. Sin embargo, es demasiado pronto para hacer conclusiones definitivas: el futuro nos dirá sí es un mecanismo digno de elogios o no.

23.3.2 El laudo anulado

539. Según la representación que uno tiene del arbitraje[861], la discusión alrededor del laudo se confronta de manera radical. Si el arbitraje tiene una sede, y la Convención de Nueva York así lo establece, pues un laudo anulado en el Estado sede ya no existe, y no puede ser ejecutado en otros Estados. Sin embargo, el mismo tratado prevé, por un lado, una facultad discrecional en el artículo V de denegar la

[861] *Supra* # 20.

ejecución de un laudo nulo y por otro lado, la posibilidad de la aplicación de un Derecho más favorable[862], que permite a cada país, en caso, de considerar que el laudo tiene una existencia objetiva, y no obstante la anulación en el Estado sede sobrevive. Cada Estado es entonces libre de reconocerlo o no. Tal es la postura de Francia, por ejemplo. En México, aun no se ha presentado tal caso, pero en nuestra opinión, nada impide a los jueces mexicanos interpretar las reglas existentes *in favorem* de la ejecución de un laudo nulo.

A – Derecho mexicano

540. El artículo 1462 e) Ccom[863] prevé que el laudo no puede ser ejecutado de manera coactiva si fue anulado por el Juez del país en que, conforme a cuyo Derecho, hubiere sido dictado el laudo. Esto implica, como el encabezado del propio artículo 1462 lo establece que, "sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se hubiere dictado, cuando…". Como puede apreciarse queda al libre arbitrio del juez mexicano reconocer los laudos o no, en los que concurran las circunstancias que el propio artículo enumera entre las que se encuentra la posibilidad de que el laudo haya sido previamente anulado. Y tal razonamiento también es compatible con la Convención de Nueva York,

[862] Art. VII.

[863] Art. 36 v) UNCITRAL.

como lo ha establecido la jurisprudencia extranjera.

B - Jurisprudencia internacional

541. Por razones obvias, son Francia y Estados Unidos los Estados que tienen el mayor número de casos de nulidad/ ejecución de laudos, y por lo tanto han establecido sus doctrinas en la materia. También es interesante ver la postura del CIADI en relación con los laudos anulados.

a) Francia

542. Desde 1994, se ha aceptado ejecutar en Francia un laudo anulado en el extranjero[864]. En su decisión Hilmarton[865], la Corte de Casación estableció el principio según el cual,

> un laudo rendido en materia internacional en un Estado extranjero no queda integrado en el orden jurídico de ese Estado, y por lo tanto su existencia permanece, no obstante, su anulación en el Estado de sede del arbitraje, siempre y cuando su reconocimiento en Francia no sea contrario al orden público.

---

[864] *Norsolor*, Civ[1], 09/10/1984, *Rev.arb.*, 1985.431, Goldman; *Journal of International Arbitration,* 1985.68, Thompson.

[865] *Hilmarton*, Civ[1], 23/03/1994, *Rev.arb*. 1994.327, Jarrosson ; *JDI*, 1994.701, Gaillard.

Un paso más en esta dirección fue dado en el caso *Bechtel*[866], donde la Corte de Apelación de París confirmó la orden de *exequatur:*

> La decisión de la Corte de Casación de Dubai confirmando la nulidad del laudo no puede ser reconocida en Francia porque no produce efectos internacionales en la medida que se refiere únicamente a una soberanía determinada en el territorio en donde se ejerce y que no se puede apreciar está decisión [de la Corte de Casación de Dubai] en un proceso indirecto.

En otras palabras, quizá el laudo no hubiera podido ser ejecutado si la parte condenada hubiera solicitado el reconocimiento de la sentencia de anulación del laudo de la Corte suprema de Dubai en Francia. Pero como no se hizo, no había ninguna razón para rechazar la *exequatur* del laudo. Aún la misma corte francesa fue un paso más allá, estableciendo que:

> un laudo arbitral no está integrado en *ningún* orden jurídico nacional[867],

y por lo tanto puede ser ejecutado con base en el Derecho común más favorable que el Convenio Neoyorquino, no obstante, el pronunciamiento de la nulidad del laudo en el Estado sede del arbitraje. Sin embargo, la mencionada

---

866 CA París, n° RG 2004/07635, 29/09/2005; véase también: *Bargues Agro Industries*, CA París, 01/06/2004, *Rev.arb.* 2006. 154.

867 *Putrabali*, Civ[1], 29/06/2007. Versión en inglés, *Arbitration International*, 2008.293.

decisión Putrabali también agrega una calificación jurídica, estableciendo que un laudo (internacional) es una "decisión jurídica internacional", cuya validez tiene que ser comprobada según la *lex fori* del Estado en donde se busca la ejecución. Este calificativo de "decisión judicial" implicaría entonces que un laudo tiene una existencia objetiva cuya realidad no se puede negar. Ahora bien, si una "verdadera" decisión judicial puede ser anulada por los tribunales superiores en donde se hizo el procedimiento, no cabe duda de que ningún otro Estado puede ejecutar tal decisión, porque ya no existe. Por corolario, eso daría pauta a sostener que un laudo anulado en el Estado sede ya no podría ser ejecutado en otro país, y de esta forma se negaría la concepción subjetiva del laudo que tanto las decisiones *Hilmarton* como *Putrabili* parecen defender cuando sostienen que "un laudo no está integrado en cualquier orden jurídico nacional". Emmanuel Gaillard intenta reconciliar ambos puntos al considerar que el laudo tiene una existencia objetiva en un "orden jurídico autónomo", constituido por la "comunidad de todos los Estados" y a cada Estado le corresponde subjetivamente reconocer o no tal orden jurídico[868]; opinión que no compartimos, visto que nos parece, al contrario, que la jurisprudencia francesa puede mejor ser explicada por el postulado que la juridicidad del laudo proviene del acuerdo arbitral[869].

---

[868] Gaillard, The representations of international arbitration, *New York Law Journal*, 04/10/ 2007.

[869] *Supra* # 35.

b) Estados Unidos

543. El *leading case* en los Estados Unidos de América en relación con artículo V de la Convención de Nueva York que nos ocupa, es el conocido como *Chromalloy*[870]. En su origen había un procedimiento arbitral que se derivó de una disputa sobre un contrato de suministro militar celebrado entre la empresa estadounidense Chromalloy y la Fuerza Aérea de Egipto, contrato que fue rescindido por el gobierno egipcio. Las partes habían acordado que la Ley aplicable al arbitraje fuese la Ley egipcia y que la sede del arbitraje fuera el Cairo. El gobierno egipcio demandó ante los tribunales egipcios la nulidad del laudo arbitral, alegando que la Ley egipcia no había sido correctamente aplicada por los árbitros. La nulidad fue otorgada. No obstante, Chromalloy buscó la confirmación del laudo ante los tribunales estadounidenses. El gobierno egipcio se opuso conforme a lo establecido en el inciso e) del Art. V de la Convención de Nueva York. Sin embargo, el Juez del Distrito de Columbia otorgó el reconocimiento al laudo, porque consideró que el artículo V de la Convención de Nueva York establece en su párrafo inicial que el juez al que se le pide el reconocimiento tiene facultades discrecionales para denegar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, si concurren una o más de las causales establecidas en dicho artículo V. Efectivamente, conforme al verbo "podrá denegar" el reconocimiento, es una disposición de carácter facultativa en la Convención de Nueva York que el Juez usó de forma expresa. El juez hizo

[870] *Chromalloy Aeroservices v. Egypt*, (DDC, 1996) 939 F.Supp. 907.

suyo el argumento de Chromalloy según el cual, conforme al artículo VII de la Convención de Nueva York permite acoger un laudo en condiciones más favorables que las que establece la propia Convención. Más precisamente, la empresa invocó el derecho que le asistía en el sentido de que el laudo fuera reconocido conforme a la Ley de Arbitraje Federal de los Estados Unidos. Dicho en otras palabras, el Juez, no obstante de constar que el laudo había sido anulado por los tribunales egipcios porque según estos hubo una aplicación incorrecta por parte de los árbitros de la Ley egipcia como Derecho aplicable, consideró que no debía entrar al fondo porque "en el peor de los casos –dijo- un error en la aplicación de Ley designada aplicable por las partes, no es causa para entrar en la revisión del laudo". Revisión que hubiera sido necesaria para conocer, en qué medida y bajo qué circunstancias, el tribunal arbitral no aplicó el Derecho egipcio. Como anécdota, hay que recordar, que este laudo anulado por los tribunales del Estado sede del arbitraje, también fue reconocido por los tribunales franceses[871].

544. TermoRio[872] y Baker Marin[873], a su vez dejan entrever que no es política de los tribunales americanos ejecutar de manera general laudos anulados, porque según los citados fallos, la Convención de Nueva York no establece un

[871] *Chromalloy*, CA París, 14/01/1997.

[872] *Termorío c/ Electrificadora del Atlántico*, U.S Court of Appeal, District of Columbia, 25/05/2007, *Rev. arb.* 2007.559, Paulsson.

[873] *Baker Marine Ltd v. Chevron Ltd* (2nd Cir, 1999) 191 F3d 194.

régimen que permite a otros tribunales que los de la sede arbitral de "*second-guess*" la decisión judicial de nulidad del laudo. Sin embargo, se reserva el derecho de verificar que la sentencia de anulación fue rendida de manera legal. En uno de los últimos fallos más discutidos, Pemex vs Commisa[874], la Corte de Distrito de Nueva York ordenó la ejecución del laudo en el asunto, aunque éste había sido anulado por un tribunal colegiado en México, porque se consideró la decisión mexicana contraria al sentimiento de justicia internacional. El Segundo Circuito, en una muy importante decisión, confirmó el fallo anterior[875], estableciendo dos criterios cumulativos: i) prueba de "circunstancias extraordinarias" para combatir la presunción de no-ejecutabilidad de un laudo anulado (criterio *Baker Marine*); y ii) la decisión judicial de nulificar el laudo tiene que ser contrario al orden público internacional ("*repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought*"). En realidad, el razonamiento es reverso: comprobar la contrariedad de la sentencia judicial de anulación al orden público internacional, para así también comprobar que haya circunstancias extraordinarias para ejecutar el laudo anulado en el Estado sede.

***

545. Así se puede concluir, por el momento, que la tendencia

[874] *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (COMMISA) v. PEMEX-Exploración y Producción* (S.D.N.Y. 2013) 962 F.Supp.2d 642.

[875] *Corporación Mexicana De Mantenimiento Integral, S. De R.L. De C.V. v. Pemex-Exploración Y Production*, 2nd Cir., August, 2nd (13-4022).

internacional es la del principio y de la excepción: en principio no se ejecuta un laudo anulado; como excepción se puede ejecutar si la nulidad está "viciada". Tal es la postura de los Estados Unidos, y también de los Países Bajos[876]. A contrapié, tenemos a Francia y a Luxemburgo[877], que tienen la postura radicalmente opuesta: en principio se ejecuta el laudo anulado, y como excepción no se le ejecuta si es contrario al orden público internacional[878]. Aunque podríamos estar a favor de la postura francesa, tenemos que confesar que la postura mediana es la que mejor corresponde al texto y al espíritu de la Convención de Nueva York. Lo anterior no significa que el régimen francés sea incompatible con la Convención de Nueva York, sino que impone una nueva interpretación, que hace sentido y que sí permite una mejor eficacia al arbitraje internacional[879]. Sea como sea, si el procedimiento de

---

[876] Lo que también es la postura de la suprema corte neerlandesa: "A Dutch court is not required by the New York Convention to refuse to recognize and enforce foreign arbitral awards that have been annulled by the courts of the seat of arbitration. To be given extraterritorial effect, a foreign annulment judgment must meet a number of minimal requirements including due process of law, which requires that the court from which the judgment emanates has acted in an impartial and independent manner" (*Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft*, CCI, 28/04/2009).

[877] *Commisa vs Pemex*, Tribunal d'arrondissement du Luxembourg, 22/03/2013.

[878] Los casos ingleses y alemanas normalmente citados como siendo el principio de nunca ejecutar un laudo anulado no son pertinentes, visto que en realidad fueron otras cuestiones procesales que están al origen de la decisión de un ejecutar (*Yukos Capital SARL vs. OJSC Rosneft Oil Company,* English Court of Appeals (No. A3/2011/179); BGH, 23/04/2013, III ZB 59/12).

[879] Para la discusión general sobre el tema véase: Slater, On annulled arbitral awards and the death of Chromalloy, *Arbitration International*, 2009.271.

nulidad fuera abolido, como lo proponemos[880], todas esas cuestiones ya no tendrían lugar.

[880] *Supra* # 501.

LECCIÓN 24: LAS CAUSALES DE NULIDAD, DE NO-RECONOCIMIENTO, O DE NO-EJECUCIÓN DE UN LAUDO

546. Siguiendo lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL, en el Derecho mexicano, las causales de nulidad del laudo son las mismas que las que se oponen al reconocimiento o a la ejecución forzosa del laudo. Antes de estudiarlas, es importante reflexionar si esas causas son de orden público, o si las partes pueden convencionalmente renunciar o ampliar las causas previstas. Como lo señala Gónzalez de Cossio[881], es posible renunciar a las causas de nulidad de la fracción primera del artículo 1457, salvo la causal de la no-notificación, porque son causales que el juez únicamente puede analizar a petición de una parte que tiene que comprobar debidamente la causal[882] , mientras que la segunda fracción del artículo 1457 Ccom trata de las disposiciones de orden público que el juez debe de examinar *ex officio.*

[881] P. 400.

[882] Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. **Grupo Radio Centro.** Amparo 137/2005-II, 10/08/2005.

24.1 Causales *ex officio*

547. Las causales *ex officio* de nulidad, no-reconocimiento o de no-ejecución son aquellas que el juez puede invocar, no obstante que las partes no las hayan allegado[883] (lo que obviamente no excluye que las partes puedan invocarlas), y que son las de la inarbitrabilidad, la no-notificación, y el orden público.

24.1.1 Inarbitrabilidad

548. El Código de comercio prevé en su artículo 1457 fracción II que el laudo es nulo, o según el artículo 1462 fracción II

---

[883] LAUDO ARBITRAL. CIRCUNSTANCIAS QUE EL JUEZ DEBE ANALIZAR, CONFORME A LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 1457 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CUANDO SE DEMANDA SU NULIDAD. Cuando se demanda la nulidad de un laudo arbitral con fundamento en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, ya sea porque el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía del arbitraje; o, porque el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al "orden público", el Juez debe resolver atendiendo a las constancias del juicio y pruebas desahogadas, pero ello no significa que deba analizar y descartar todas y cada una de las hipótesis, sólo que advierta que se actualiza alguna, a pesar de que sea distinta a las invocadas por las partes, la pueda invocar de oficio. Esto es así, pues los motivos o causas de nulidad previstos en la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, deben ser acreditados por quien los invoque, pero en el caso de las dos hipótesis referidas en la fracción II de ese mismo precepto, el Juez debe pronunciarse respecto de las circunstancias hechas valer por las partes, y sólo si advierte que alguna de las hipótesis se actualiza, aun y cuando no haya sido invocada, puede de oficio invocarla para declarar nulo el laudo arbitral. SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 6/2012. **Bergesen Worldwide Limited**. 19/04/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Carlos Manríquez García.

inejecutable, si la controversia es inarbitrable, y eso según la *lex fori* tal como lo hemos explicado con anterioridad[884] y no se requieren más observaciones.

24.1.2 Ausencia de notificación

549. El laudo también es susceptible de ser anulado o no ejecutado, si una de las partes no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos[885]. La notificación es para el Derecho mexicano un requisito de orden público[886]:

> EMPLAZAMIENTO. ES DE ORDEN PÚBLICO Y SU ESTUDIO ES DE OFICIO. La falta de emplazamiento o su verificación en forma contraria a las disposiciones aplicables, es la violación procesal de mayor magnitud y de carácter más grave, puesto que da origen a la omisión de las demás formalidades esenciales del juicio, esto es, imposibilita al demandado para contestar la demanda y, por consiguiente, le impide oponer las excepciones y defensas a su alcance; además, se le priva del derecho a presentar las pruebas que acrediten sus defensas y excepciones y a oponerse a

[884] *Supra* # 122.

[885] 1457 b); 1462 b).

[886] No. Registro: 240,531. Séptima Época. Tercera Sala. Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 163-168 Cuarta Parte. Página: 195. Genealogía: Informe 1975, Segunda Parte, Tercera Sala, página 90. Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, tesis 137, página 403. Apéndice 1917-1995, Tomo IV, Primera Parte, tesis 247, página 168.

> la recepción o a contradecir las probanzas rendidas por la parte actora y, finalmente, a formular alegatos y ser notificado oportunamente del fallo que en el proceso se dicte. La extrema gravedad de esta violación procesal ha permitido la consagración del criterio de que el emplazamiento es de orden público y que los Jueces están obligados a investigar de oficio si se efectuó o no y sí, en caso afirmativo, se observaron las Leyes de la materia.[887]

En relación con las notificaciones, hay según un autor, una aparente contradicción de las disposiciones[888]. En efecto, el artículo 1418 Ccom dispone que la notificación debe entregarse personalmente, mientras que el artículo 1435 Ccom permite a las partes convenir el procedimiento, es decir, la posibilidad de pactar las formas como se debe notificar a las partes. Sin embargo, no compartimos tal punto de vista. En efecto, el artículo 1418 Ccom no establece regla alguna sobre las notificaciones, sino sólo aclara en qué momento dado, una comunicación tiene que ser considerada como "recibida" si se le entrega a un individuo personalmente. Si se acepta que se trata de una disposición sobre el emplazamiento, entonces dicho artículo es una disposición supletoria para las notificaciones, que se aplica cuando las partes no acuerdan un procedimiento particular, o, si las reglas aplicables al

---

[887] Séptima Epoca, Cuarta Parte. Volumen 19, página 15. Amparo directo 2541/68. **Fraccionamiento Prados de la Montaña**, S.A. 29/07/1970. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Volumen 19, página 15. Amparo directo 2542/68. **Centro Deportivo Prados de la Montaña**, S.A. 29/07/1970.

[888] Gorjón Gómez, Apuntes sobre las causas de denegación del laudo extranjero de naturaleza privada, *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 02/05/2001.

procedimiento no establecen nada al respecto. Sin embargo, estos riesgos no ocurren cuando las partes han pactado a favor de un centro arbitral que por lo general insisten en remitir a las partes a los acuerdos pactados.

24.1.3 El orden público

Jarrosson, Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public, *L'ordre public et l'arbitrage*, CREDIMI, 2014.166.

550. Ni la Ley Modelo de la CNUDMI, ni el Código de Comercio precisan si se trata del orden público "interno" o "internacional"[889], ni tampoco definen su contenido. La confusión proviene que bajo el mismo vocablo de "orden público" se confunden dos mecanismos distintos. El orden público "interno" es el límite que se opone a la voluntad contractual: o sea las disposiciones legislativas a las cuales uno no puede derogar en su contrato; el orden público "externo" o "internacional" es un mecanismo de defensa en contra de la introducción de elementos extranjeros en el sistema nacional: se rechaza un laudo o una sentencia porque lo proveído contrasta con los valores jurídicos (el debido proceso por ejemplo), sociales (la poligamia en un país católico por ejemplo), o económicos (prohibición de la usura por ejemplo) del orden jurídico receptor.

[889] Para el debate véase: Redfern & Hunter, *op. cit.* , p. 360, en este mismo sentido ver: Pereznieto, *Derecho internacional…, op.cit.*, p. 201sq.

551. En una tesis aislada, los juzgadores federales han adoptado – a justo título – nuestra postura expresada en la primera edición de nuestro Tratado de Arbitraje[890], a saber la concepción restringida del orden público "internacional":

> En general, el concepto de orden público debe aplicarse restrictivamente sólo cuando la ejecución del laudo ofende las nociones elementales de moralidad y justicia o viola una regla que regula los principios básicos de la economía pública se justifica la anulación de un laudo[891].

Sin embargo, unos años más tarde, la Primera Sala de la SCJN de nueva cuenta regresa a la confusión conceptual en el Amparo 71/2014[892], donde retoma como precedente una tesis sobre el orden público interno que dice:

> **DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO. SU APRECIACIÓN**. La Suprema Corte sostiene, como se puede consultar en la tesis 131 del Apéndice de jurisprudencia 1917-1965, Sexta Parte, página 238, que si bien la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les someten para su fallo. El examen de la

890 #576.

891 Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 255/2010. 07/10/2010.

892 *Infra* Anexos.

> ejemplificación que contiene el artículo 124 de la Ley de Amparo para indicar cuándo se sigue perjuicio al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, revela que se puede razonablemente colegir en términos generales, que **se producen esas situaciones cuando se priva a la colectividad con la suspensión de un beneficio que le otorgan las leyes, o se les infiere un daño con ella que de otra manera no resentiría**[893],

para establecer en la ejecutoria que:

> Esos principios [del orden público] pueden ser de naturaleza tanto sustantiva como adjetiva, la primera referida a la pervivencia de determinadas instituciones cuyo contenido y alcance no puede aprisionarse en un concepto inmutable sino que es reconocible en cada circunstancia (por ejemplo, el concepto constitucional de "familia", "Nación" "educación básica", etcétera) y la segunda referida a las normas procesales que el juez aplica de oficio, que no admiten transacción entre las partes (por ejemplo, la determinación de la cuantía, la competencia de juzgados y tribunales, etcétera). Tal conclusión guarda congruencia, incluso, con la opinión formulada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el sentido de que el orden público, es un supuesto que abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal,

y concluir en un *jargon* complejo que:

---

[893] Tesis aislada, Materia(s): Común, Séptima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 47 Tercera Parte, página 58.

> Así, en base en lo expuesto, se concluyó que un laudo arbitral es contrario al orden público y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

Insistimos que la correcta definición es la del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. El orden público en materia arbitral está constituido de las nociones elementales de moralidad y justicia, y de los principios básicos de la economía pública.

552. Como se trata de las nociones "elementales", el control judicial sobre el laudo tiene que ser mínimo, lo que afortunadamente ha sido confirmado por el Amparo 71/2014[894]. La violación tiene que ser "aparente", "*prima facie*", "flagrante", etc., quiere decir que no implica que el juez opere un control total sobre las calificaciones y los razonamientos de los árbitros. Sólo el "resultado" del laudo tiene que ser escrutinado a la luz del orden público internacional: ¿el resultado es "choquante" en relación con los elementos y principios básicos de moralidad, justicia y economía? Entonces, el laudo es nulo. En caso contrario, el

[894] *Infra* Anexos.

laudo es legal. Sin embargo, la intensidad puede variar de este mínimo a un máximo, como en materia de fraude procesal: en este caso, sí, el juez tiene que analizar tanto los hechos como el proceso; para verificar si no se violaron nociones básicas de justicia como el debido proceso por ejemplo[895]. Una situación particular se presenta en materia de la alegada corrupción. Típicamente, se trata de casos donde la parte vencedora en el arbitraje alega que el contrato base por el cual fue condenada al pago fue obtenido a través de actos de corrupción, y por lo tanto el laudo en si tiene que ser visto como violatorio del orden público internacional. Sin embargo, siendo la alegada corrupción sujeto a prueba, son los árbitros quienes deciden si había o no corrupción. ¿El juez tiene en este caso derecho a un control máximo del laudo? Opinamos que no. La calificación de los hechos de corrupción o no es justamente lo que el tribunal arbitral tiene por misión, y no pertenece al juez "revisar" lo calificado por los árbitros[896].

553. Empero, esta noción de orden público "varia en razón del tiempo y del lugar", como lo señala la decisión *Magaluf*[897], confirmado por el Amparo 71/2014[898], y debe de apreciarse caso por caso de manera concreta:

---

[895] *Thalès,* CA París, 01/07/2010, *Rev.arb*. 2010.856, Audit.

[896] *Gulf Leaders*, Civ1, 24/06/2015, *Rev.arb*., 2016.219, Delanoy.

[897] Amparo directo. 1664/96, *SJF*, 9ª Epoca, T.V., 1997.722.

[898] *Infra* Anexos.

LAUDO ARBITRAL. ORDEN PÚBLICO SERÁ DETERMINADO POR EL JUEZ CUANDO SE RECLAMA SU NULIDAD O RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN. Como el concepto de "orden público" no se encuentra definido en la Constitución ni en el Código de Comercio, ello deja claro que es preciso determinar su significado en cada caso concreto pues no basta con asimilarlo a las normas imperativas, sino que es necesario proteger nuestra cultura jurídica mexicana de intromisiones que la desvirtúen. Esto es así, dado que una interpretación conjunta de la fracción II del artículo 1457, con la fracción II del artículo 1462 del Código de Comercio, incluso con el precepto V, inciso 2, de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, lleva a la conclusión de que son dos las hipótesis que pueden ocasionar que el juzgador de oficio declarare que un laudo arbitral es nulo o que no lo reconozca como una resolución acorde al sistema jurídico mexicano y por ende deniegue su ejecución, y es cuando: a) Según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no sea susceptible de solución por vía del arbitraje; o, b) Cuando el laudo sea contrario al "orden público" mexicano. Así las cosas, la referencia a la legislación mexicana es para guiar al juzgador quien debe velar que el objeto de la controversia pueda ser objeto de arbitraje, es decir, que no exista alguna disposición legal mexicana que lo impida; mientras que por otra parte, el concepto de "orden público" es más amplio, pues no basta con afirmar que en un laudo arbitral se está dejando de aplicar una disposición legal que se autodefine como de "orden público" para que se tenga necesariamente que concluir que se transgrede el mismo, sino que es necesario un estudio más profundo, caso por caso, que permita concluir que con su reconocimiento y ejecución es

> evidente que sí se transgrede nuestro orden jurídico. En conclusión, se reitera deberá ser el juzgador quien en cada caso concreto determine si se transgrede o no el "orden público". [899]

No obstante la apreciación *in concreto*, no debe llevar al juzgador a efectuar un control de fondo del razonamiento del tribunal arbitral, lo que implicaría una revisión *de novo*:

> LAUDO ARBITRAL. CUÁNDO, POR QUÉ Y EN QUÉ CONDICIONES SE DEBEN ANALIZAR LAS CONSIDERACIONES QUE LO SUSTENTAN. Para llegar a la conclusión de que un laudo es contrario o no al "orden público", es necesario leerlo, analizarlo y calificarlo, pues de otra forma sería imposible resolver la disyuntiva. Sin embargo, se debe distinguir entre analizar el laudo arbitral para resolver si su contenido es contrario al "orden público", para reconocerlo como resolución en el sistema jurídico mexicano y ordenar su ejecución; distinto es analizarlo para resolver si las consideraciones vertidas son correctas o no. Así es, pues mientras lo primero busca sólo que el laudo arbitral no contraríe el "orden público" para que pueda ser anulado o ejecutado, lo segundo sería tanto como analizar las consideraciones que sustentan las conclusiones para ordenar variarlas, lo que está vedado al juzgador ante quien se pide ya sea su nulidad o el reconocimiento y su ejecución. [900]

---

[899] SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 6/2012. **Bergesen Worldwide Limited**. 19/04/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Carlos Manríquez García.

[900] *Idem*.

Aparte de las mencionadas hipótesis, las demás causales sólo operan si una de las partes las invoca.

24.2 Causales a petición de parte

554. Son cuatro las causales que las partes pueden invocar para nulificar eventualmente un laudo: dos en relación con el acuerdo arbitral, y dos referentes a los vicios procesales. Sin embargo, esas causales no pueden ser exitosas en virtud del principio del *estoppel*, esto quiere decir, si se demuestra que la parte solicitante no intentó curar el vicio durante el procedimiento arbitral.

24.2.1 Vicios en relación con el acuerdo arbitral

555. Dos hipótesis se presentan. En primer lugar, aunque difícilmente concebible, no hay acuerdo arbitral, o, más probable, el acuerdo arbitral es nulo. En segundo lugar, cuando el procedimiento no se apega a lo pactado, el laudo no puede ser válido.

A - El acuerdo arbitral no válido

556. Es nulo el laudo, según el inciso a) del artículo 1457 del Código de Comercio, que se ha pronunciado no obstante que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no

fue válido en virtud de la Ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la legislación mexicana. Como se ve, el citado artículo dispone dos causas distintas de nulidad: por una parte, la falta de capacidad para concluir un acuerdo arbitral; por la otra, la nulidad del acuerdo arbitral. La disposición antes citada prevé solamente el caso de un acuerdo arbitral nulo en virtud de la Ley aplicable, sin mencionar lo que tendría que ser la primera causal de nulidad a saber, la inexistencia del consentimiento de una de las partes para comprometerse en árbitros. Quizá le pareció al legislador que no hay arbitraje sin consentimiento previo, a tal grado que no incluyó la hipótesis en la legislación. Con respecto a los criterios de interpretación del acuerdo arbitral, los jueces no tienen que retener la interpretación que les parece la más adecuada, sino verificar que la del tribunal arbitral no era desrazonable, esto a fin de no incurrir en la revisión *de novo* del laudo:

> LAUDOS ARBITRALES. ESTÁNDAR DE REVISIÓN JUDICIAL PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA DECISIÓN DE UN TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA. En un modelo de Estado constitucional como el de México, los Jueces tienen la responsabilidad de revisar la validez de los actos y las normas producidos por otros poderes u órganos, así como los emitidos por particulares y deben preguntarse por el apropiado estándar de revisión judicial aplicable, pues no todo acto de producción jurídica debe someterse a un estándar idéntico, ya que, de aplicarse uno estricto sobre

decisiones previstas para ejercerse con un alto grado de discrecionalidad, se generaría una indebida interferencia; igualmente, uno laxo sobre decisiones diseñadas para ejercerse con poco margen de apreciación diluiría el poder de controlar la regularidad de la aplicación del derecho. Ahora bien, los árbitros no pueden aspirar a tener libertad absoluta para interpretar el acuerdo arbitral, pues el artículo 1457, fracción I, incisos c) y d), del Código de Comercio establece, entre otras cuestiones, que un laudo arbitral podría ser anulado ante autoridad judicial cuando los árbitros han fijado incorrectamente los límites de su propia competencia. Así, la autoridad judicial debe involucrarse en la interpretación de los términos de un contrato y revisar las decisiones interpretativas del tribunal arbitral; sin embargo, ello no implica que puedan sustituirse. Así, los Jueces deben autorestringirse y no someter a escrutinio las operaciones interpretativas de los árbitros con el mismo alcance con el que se revisa a una instancia judicial inferior, por lo que deben evaluar la regularidad de los laudos arbitrales con base en un estándar de dos pasos. En primer lugar, la autoridad judicial debe acudir al texto del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria y determinar si los términos empleados por las partes son claros y precisos, en cuyo caso el Juez debe aplicarla. De no ser clara la estipulación contractual, los jueces deben acudir al segundo paso, es decir, cuando se constate que el lenguaje del acuerdo arbitral sea ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, pues en ese caso debe anteponerse el poder de los árbitros de determinar su sentido. **Aquí los juzgadores no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino verificar si la del tribunal arbitral es razonable y, sólo declarar su invalidez si la decisión arbitral es caprichosa o**

> **arbitraria, siendo suficiente constatar la utilización de un método interpretativo razonable**[901].

557. Al suponer la cláusula compromisoria valida, es menester respetar cada una de sus disposiciones.

B – No-respeto del acuerdo arbitral

558. Por un lado, si la composición del tribunal arbitral, o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes, el Juez también nulificará la decisión de los árbitros[902] o no la ejecutará[903]. En esta óptica, en relación con la composición del tribunal arbitral, un argumento bastante común en México consiste en atacar la pericia de los árbitros, quiere decir que según lo alegado resulta que el árbitro no tuvo los conocimientos suficientes para rendir una decisión correcta. Tal fue el caso en el asunto *Monitor vs. Radio Centro*[904] en donde Radio Centro

---

[901] PRIMERA SALA. Amparo directo 71/2014. **Comisión Federal de Electricidad**. 18 de mayo de 2016. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho para formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho para formular voto particular y Norma Lucía Piña Hernández, quien formuló voto particular. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: David García Sarubbi.

[902] Art. 1457 d) Ccom, Art. 34.2 a) iv) UNCITRAL.

[903] Art. 1462 d) Ccom, Art. 36.2 a) iv) UNCITRAL.

[904] Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, Amparo 137/2005-II, 10/08/2005.

planteó el argumento que el acuerdo arbitral previó tres árbitros "reconocidos o acreditados como perito en materia de radio y en materia contable" y que los neutrales designados no correspondían a lo previsto en la cláusula compromisoria. En primera instancia, la justicia federal rechazó vehemente tal argumento, en particular porque en primer lugar las partes tienen la capacidad de elegir a los árbitros, y, en segundo lugar, porque existe la posibilidad de la recusación o de la remisión del árbitro durante el procedimiento arbitral. Como lo subrayó el Juez de Distrito:

> Cierto, permitir lo contrario, llevaría al extremo jurídicamente inadmisible de permitir a las partes designar, a sabiendas y dolosamente, a personas que carezcan de la capacidad y conocimientos legales necesarios para desempañarse como árbitros, esperando las resultas del Laudo y, permitirles en consecuencia (para el caso de que resultare desfavorable a sus intereses)., demandar la nulidad de aquel basándose, precisamente, et tal circunstancias, lo que desde luego, provocaría que resultaran beneficiadas al aprovecharse de su propio dolo, en detrimento por una parte, de la administración de la justicia y, por la otra, de la seguridad que debe resultar de los pactos arbítrales establecidos para solucionar de manera expedita, libre, voluntada y menos rígida que los procedimientos judiciales, las controversias suscitadas con la interpretación, invalidez o cumplimientos de las relaciones comerciales.

Sin embargo, el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró que en efecto, si había violación del acuerdo arbitral, porque justamente los

árbitros no tuvieron el perfil que previó el acuerdo arbitral, y no importó que durante el procedimiento arbitral hubiere la posibilidad de recusar a los árbitros. En otras palabras, para el Colegiado, lo que importa es la mera forma y no considera que pueda haber un consentimiento tácito que ratifique la designación de los árbitros en el transcurso del arbitraje.

559. Con respecto a la problemática del tribunal truncado[905], según la expresión del Juez Schwebel[906], se trata de saber si el tribunal arbitral en donde uno de sus miembros se retiró antes del pronunciamiento del laudo fue válidamente compuesto o no. Se puede considerar que no es posible, en ausencia de un pronunciamiento *expresis verbis* de las partes, continuar un procedimiento sin el árbitro que ha renunciado o ha fallecido, y por lo tanto, el laudo puede ser considerado como nulo[907]. En efecto, un tribunal de dos miembros no corresponde a la voluntad de las partes quienes habían previsto un tribunal con tres miembros. Sin embargo, hay que distinguir entre la renuncia antes de la deliberación, y el rechazo del árbitro de participar a las

---

[905] Para la problemática - similar pero no idéntica – de los tribunales arbitrales a paridad (quiere decir con 2 o 4 árbitros) véase: *Sodexma*, Civ², 25/03/1999, *Rev. arb.*, 1999.807, Level.

[906] Schwebel, Validité d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral tronqué, *BCIA*, 1995.18.

[907] TFS, 30/04/1991, citado por Hascher, Principes et pratique de procédure dans l'arbitrage commercial international, *RCADI*, 1999.175; *adde*: Lalive, Du nouveau sur les tribunaux tronqués?, *Bull. ASA*, 1999.211.

deliberaciones y de firmar el laudo[908]. La primera hipótesis tiene por consecuencia la violación de lo pactado entre las partes, mientras que, en la segunda, el tribunal es *de jure* compuesto de tres miembros, aunque uno de sus miembros no participa a la deliberación. No obstante, con el fin de resolver tales situaciones difíciles, los principales reglamentos de arbitraje las contemplan, ordenando que el procedimiento debe continuar en ausencia del tercer árbitro, salvo si este último falleció, renunció o fue recusado[909]. Y en estos casos, la aplicación del reglamento tiene que ser considerada como lo pactado entre las partes.

560. Con relación a que el procedimiento arbitral no se acordó a lo pactado entre las partes, el fallo del Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal estableció que las modificaciones de procedimiento operadas después la remisión de la demanda de arbitraje al Centro de arbitraje no son violatorias del procedimiento si se ajusten al acta de misión, y, de manera más general, a las disposiciones contenidas en el Reglamento de arbitraje aplicable[910]. Respecto a la nulidad vale la pena de mencionar, aunque parece obvio, que sólo la nulidad del laudo puede ser solicitada, y no la nulidad del procedimiento arbitral:

---

[908] *Comilog,* CA París, 01/07/1997, *Rev. arb.*, 1998.131.

[909] Art. 11 AAA, art. 12 LCIA, 35 OMPI.

[910] **Grupo Radio Centro**. Amparo 137/2005-II, 10/08/2005.

> ARBITRAJE COMERCIAL. LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL ES IMPROCEDENTE, PORQUE NO ESTÁ PREVISTA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. El título cuarto, del libro quinto del Código de Comercio contiene las disposiciones aplicables al arbitraje comercial nacional y al internacional, cuando el lugar del arbitraje se encuentra en territorio nacional. De sus capítulos VIII y IX, intitulados "De la nulidad del laudo" y "Reconocimiento y ejecución de laudos", respectivamente, se colige que una vez dictados los laudos arbitrales, éstos sólo pueden ser objeto de estudio por la autoridad judicial cuando se promueve el procedimiento o incidente de nulidad (a que se refieren los artículos 1457 a 1460 del Código de Comercio) y el reconocimiento y/o la ejecución del laudo (previstos en los artículos 1460 a 1462 del ordenamiento citado). Es decir, sólo la decisión final del arbitraje (laudo) es susceptible de cuestionarse o validarse a través de una acción judicial. Así las cosas, cuando lo que se pretende es la nulidad de todo el procedimiento arbitral y no sólo la del laudo, la acción intentada es improcedente porque el Código de Comercio no contempla ese supuesto y considerar su procedencia por analogía, implicaría atribuir al juzgador facultades legislativas para crear una acción no prevista por el legislador, lo que transgrediría la premisa contenida en el artículo 16 constitucional de que la autoridad sólo puede hacer lo que la Ley le permite[911].

El laudo, de manera general puede ser nulificado por cualquier vicio importante del proceso de arbitraje.

---

[911] Registro No. 163,414, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXXII, Diciembre de 2010.1733.

24.2.2 Vicios en relación con el proceso arbitral

561. El laudo es nulo o inejecutable, si el procedimiento arbitral fue viciado porque violó lo dispuesto por el acta de misión, o porque no se respetaron los derechos a la defensa de una de las partes.

A - Violación del acta de misión

562. Es procedente la causal en mención, cuando se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden sus términos. Un laudo en estas condiciones tiene que ser, en principio, ignorado por el Juez[912], porque el tribunal arbitral no ha cumplido con su "misión"; misión que está definida por el acuerdo arbitral, y, en caso, por el acta de misión (sistema CCI entre otros):

> PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. SE LIMITA POR LA CLÁUSULA ARBITRAL Y EL ACTA DE MISIÓN.
>
> La demanda arbitral y su contestación fijan, dentro del límite de posibilidades de controversia pactadas para resolverse en arbitraje, las materias, diferencias o cuestiones que interesan a las partes se resuelvan a través de un árbitro o tribunal arbitral en un momento determinado. El acta de misión establece preponderantemente la ruta

[912] 1457c); 1462c).

crítica del procedimiento arbitral, esto es, refiere sucintamente cuáles son las pretensiones de las partes; el lugar o sede del arbitraje; la indicación de las reglas aplicables al procedimiento y las precisiones que las partes o el tribunal consideran relevantes a fin de resolver adecuadamente la controversia planteada; de estar contemplada la redacción de esta acta de misión y determinarse la aceptación de su contenido por las partes, cobra validez probatoria para establecer cuál es la intención de aquéllas para ocurrir al procedimiento y sujetar la controversia concreta a unas determinadas reglas. De esa manera, la cláusula arbitral es una manifestación de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual de las partes que constituye un requisito indispensable para determinar qué relaciones jurídicas determinadas pueden ser susceptibles de ser resueltas a través del procedimiento del arbitraje. Sin embargo, esa cláusula arbitral sólo constituye la base para construir el edificio del procedimiento arbitral; la materia de la controversia se acota por las pretensiones de las partes planteadas en la demanda y su contestación, lo que equivale a la medida de la jurisdicción arbitral, y si así se pacta y resulta oportuna, en la ampliación de aquélla y la contestación correspondiente, de lo que queda constancia en el acta de misión; de manera que tales actuaciones constituyen los puntos de referencia fundamentales para establecer cuál será la actividad del árbitro o tribunal arbitral, a la que deberá atenerse a fin de resolver congruentemente la cuestión planteada. Precisamente por la posibilidad de que las partes acuerden ampliar o modificar el acuerdo arbitral y así se desprenda del acta de misión, ésta constituirá un complemento funcional de la cláusula arbitral porque en ella las partes pueden fijar y describir los detalles de los

> temas de litigio, derecho aplicable o cualquier modalidad procedimental necesaria para resolver la controversia[913].

Tenemos entonces dos hipótesis: primera, el dispositivo legal prevé que los árbitros resolvieron una controversia sobre un punto que no fue sometido al acuerdo arbitral y que por ende debía ser resuelto por un tribunal judicial; segunda, la situación en donde el tribunal arbitral se pronunció sobre una controversia prevista, pero decidió sobre puntos que no fueron invocados por las partes, lo que se conoce como la hipótesis del *ultra petita* (también incorrectamente nombrado "*ultra vires*"[914]). Aunque no es mencionado en la disposición legal, se debe lógicamente incluir también el *infra petita*. En todos los casos, la revisión de la misión del árbitro no tiene que dar lugar a la revisión del fondo del asunto:

> LAUDO ARBITRAL. DENEGACIÓN DE SU EJECUCIÓN. ANÁLISIS SOBRE LA ACTUALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS SEÑALADA EN EL INCISO C) DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.
> El procedimiento arbitral es un medio alternativo de solución de conflictos que consiste en el sometimiento voluntario de las partes a un árbitro, las cuales optan por la no intervención de la

---

913 TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 195/2010. **Maquinaria, S.A. de C.V. y otra**. 07/10/2010. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

914 Véase por ejemplo: Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. **Motores Automotrices y Accesorios Diesel**. 29/06/1995, inédito.

> autoridad judicial. De manera que, si dentro de un juicio para el reconocimiento y ejecución del laudo, la parte a quien no favoreció éste sostiene que el árbitro al emitirlo excedió los términos de la litis y que por ello procede negar su reconocimiento, en términos de lo dispuesto por el artículo 1462, fracción I, inciso c), del Código de Comercio; para acreditar la referida causa de denegación se debe efectuar el análisis del laudo para resolver si su contenido excedió los términos de los puntos litigiosos, sobre los que debió versar la decisión arbitral, pero sin emitir un juicio de valor sobre si las consideraciones son correctas o no; siendo esto último vedado al juzgador ante quien se pide su ejecución. En mérito a todo lo anterior, cabe establecer que la causa de no reconocimiento del laudo a que se refiere el precepto legal, fracción e inciso referidos, tiene que estar vinculada con una cuestión claramente objetiva y de ninguna manera de una subjetiva que dé lugar a pronunciamiento alguno sobre temas de fondo[915].

Por consecuencia, la misión del árbitro no se ha cumplido, si el tribunal arbitral se pronunció respecto a una controversia que no fue parte del objeto de la cláusula compromisoria.

---

[915] SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 562/2012. **Divasa-Farmavic, S.A.** 25/10/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Adalberto Eduardo Herrera González. Secretaria: Angélica Rivera Chávez.

a) Controversia no prevista

563. En el asunto *Motores Automotrices*[916], un árbitro se pronunció sobre un "contrato de promesa de venta", no obstante que el acuerdo arbitral previó únicamente el procedimiento arbitral para las controversias sobre el contrato de arrendamiento o sobre el "derecho de preferencia" para un nuevo arrendamiento. Un tribunal colegiado del Primer Circuito resolvió el caso afirmando que, no obstante que se trata de un arbitraje civil, se debe considerar lo dispuesto por los artículos 1457 c) y 1462c) Ccom como un principio general del Derecho de arbitraje y consecuentemente anuló el laudo. Otra hipótesis consiste en que sí la controversia fue prevista, pero el tribunal arbitral fue más allá de las pretensiones de las partes.

b) Ultra e infra petita

564. Que sea bajo la forma de un acta de misión, o de una orden procesal, el tribunal arbitral tiene que fijar la litis, lo que consiste en establecer claramente las pretensiones de las partes. El primer objetivo, y en algún modo el único, consiste, como lo afirmó la Corte de Apelación de París, en *"el respeto de la misión del árbitro que supone que éste resuelva el litigio, todo el litigio, pero nada más que el litigio"*[917]. El árbitro tiene que pronunciarse sobre las demandas de las partes. En el sentido contrario, no puede

---

[916] **Motores Automotrices y Accesorios Diesel**, precitado.

[917] *VRV-SPA*, CA París, 25/11/1997, *Rev. arb.*, 98.684, Bolard.

rechazar evitar pronunciarse sobre unos puntos – *infra petita* – como no puede "crear" nuevas cuestiones jurídicas – el *ultra petita*. Lógicamente, ambos casos, el *infra* y *ultra petita*, abren la vía a la anulación del laudo. Analizada muchas veces en la doctrina mexicana bajo el termino de congruencia[918], se trata de la exigencia de que las pretensiones que se resuelvan por el laudo deben ser las mismas que se plantearon originalmente por las partes, y fueron debatidas durante el transcurso del procedimiento arbitral. El hecho para los árbitros de fundarse sobre argumentos que no fueron planteados por las partes no constituye en sí mismo un *ultra petita*[919]. Este último consiste en acordar a las partes más de lo que éstas solicitaron[920], o como lo dijo un tribunal federal, decisiones "que excedan los términos del acuerdo de arbitraje"[921], constituyen un *ultra petita*. Sin embargo, existen situaciones que pueden conducir al árbitro a pronunciarse sobre cuestiones accesorias al objeto principal del litigio,

---

[918] Término que tiene su raíz en la fraseología de los tribunales mexicanos en materia de sentencias judiciales (*cf* por ejemplo: Tercera Sala, Amparo directo 4751/73, **María Luisa Monroy de Barrios**, 14/02/1974).

[919] TFS, 30/12/1994, *Bull. ASA*, 95.217.

[920] FGG, # 1631. Como se ve con esta definición, el *ultra petita* engloba también el llamado "*extra petita*", designando la situación en donde el árbitro no solamente va más allá de la demanda, sino "inventa" una nueva demanda. Pero como se puede ver, inventar una nueva demanda no es nada más que ir más allá de la demanda presentada.

[921] Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo 116/95. **Motores Automotrices y Accesorios Diesel**. 29/06/1995, inédito; Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo 1231/87. **Laura Elena González Muñoz**. 8va Época. SJF. Tomo VIII, 1991.239.

sin que esto constituya un exceso de poder. Así es, entre otros, el caso de una demanda de indemnización por incumplimiento convencional, que conduce naturalmente al árbitro a pronunciarse también sobre los intereses moratorios sin que esto constituya una *ultra petita*[922]. En el mismo caso, la posición contraria puede ser sostenida: si la demanda no se refiere a los intereses moratorios es porque las partes han acordado no someter este problema al árbitro. En otros términos, la cuestión accesoria es una noción de *facto* y no de *jure, y l*a consecuencia es que la obligación del árbitro de pronunciarse *omnia petita* es demasiado aleatoria para ser considerada como "una obligación de resultado"[923]. El árbitro no tiene la obligación de garantizar el respeto del *omnia petita*, sino hacer todo lo posible por respetar la voluntad de las partes: siendo así necesario que él se pronuncie sobre el litigio, y solamente sobre el litigio; no menos y no más. No siendo una obligación de resultado, la carga de la prueba para el incumplimiento de la misión del árbitro incumbe a la parte que la alega, como también sería el caso en materia de la *infra petita*.

565. La *infra petita* puede aplicarse en caso de una apreciación errónea de la jurisdicción de los árbitros, minimizando el ámbito del convenio de arbitraje. En ausencia de una disposición textual en Derecho mexicano, la sanción debe

[922] Derains, Intérêts moratoires, dommages-intérêrets compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international, *Mélanges Bellet*, Litec, 1991.101.

[923] Clay, *op.cit.*, #830.

intervenir a título de *infra petita*[924]. La *infra petita* puede resultar, independientemente de cualquier cuestión jurisdiccional, del hecho que el árbitro no se pronunció sobre una o más pretensiones de las partes, se tratará entonces de una omisión o de un rechazo deliberado. Se señala que en el caso del *infra petita*, si la parte perjudicada no plantea una acción con base en el artículo 1451 del Código de Comercio para pedir un laudo adicional sobre los puntos que según ella faltan, no es posible pedir la nulidad para *infra petita*.

B – Violación de la garantía de audiencia

566. El artículo 1457 b)[925] del Código de Comercio dispone el principio de igualdad entre las partes: las partes deben ser "tratadas con igualdad y se debe dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos". Bajo este principio básico, se derivan varios derechos fundamentales[926]:

- presentar una contestación a la demanda expresando sus defensas,

- el derecho a asistir a las audiencias y ampliar o confirmar sus defensas,

[924] Véase en el Derecho francés: *Swiss Oil,* CA París, 16/06/1990, *Rev. arb*. 1989.309, Jarrosson.

[925] Art.18 UNCITRAL.

[926] Nota explicative de la Ley Modelo, *op.cit.*, #28.

- presentar pruebas y discutir las pruebas y los informes presentados por la contraparte y por los peritos nombrados por el tribunal arbitral,

- todos los documentos, declaraciones, u otra información que una de las partes suministre al tribunal arbitral debe ser notificada a la otra parte, y

- la notificación debe ser hecha con suficiente antelación de las fechas de audiencias y reuniones del tribunal arbitral.

En otras palabras, la garantía de audiencia es una piedra angular del sistema legal, como lo señala expresamente una decisión judicial:

> LAUDO ARBITRAL. PARA SU EJECUCIÓN DEBE EXAMINARSE EL CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. Para decretar la ejecución de un laudo arbitral solicitada según el artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles, el juez debe observar los siguientes requisitos: a) Que en el procedimiento arbitral se haya respetado la garantía de audiencia, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, conforme a lo previsto en el artículo 619 del Código Procesal Civil; b) Que el asunto sometido al conocimiento del árbitro no sea de los prohibidos en el artículo 615 del mismo código procesal, en tanto que si se trata de los casos a que se refieren los artículos 612 a 614 del propio ordenamiento, se reúnan los requisitos de dichos preceptos; pero, ningún precepto del Código de Procedimientos Civiles, relacionado con

> la ejecución de un laudo arbitral, establece que sea necesario dar vista al perdidoso para que exprese lo que a sus intereses convenga, cuando se solicita al juez ordinario la ejecución de un laudo; sin embargo, si no se respetó la garantía de audiencia al demandado, puesto que no se cumplieron las formalidades establecidas para la diligencia del emplazamiento, lo que le impidió comparecer al juicio arbitral, a que se ha hecho referencia y, en consecuencia a dictar el exequátur correspondiente, y si por el contrario determina acceder a la petición de la demandante, su conducta resulta violatoria del artículo 634 del Código Procesal Civil[927].

Sin embargo, es importante destacar que la parte que tuvo conocimiento de una irregularidad en el procedimiento y se abstuvo de señalarla al tribunal arbitral, no puede después prevalerse de esa en el recurso de anulación o de inejecución y por eso no es una causal *ex officio*. El principio de la preclusión, el equivalente mexicano de la noción americana del *estoppel*, no permite que se presenten en los recursos de anulación objeciones que hubieran podido ser presentadas durante el procedimiento arbitral. Es así que en el asunto *Grupo Radio Centro*, la parte condenada busco la nulidad del laudo por motivo de falta de pericia de los árbitros. Pero como lo observó el Juez de Distrito:

> Es válido sostener que si la actora incidentista no se inconformo con la pretendida falta de pericia de los

[927] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 858/89. **Francisco Ignacio Aguilar**. 21/09/1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

> árbitros en el procedimiento arbitral respectivo, es evidente que se actualizo la preclusión de su derecho para hacerlo en la medida de que opero la perdida, extinción o consumación de la indicada facultad procesal, al no haber observado el orden u oportunidad dada para el Reglamento de Arbitraje de la CCI para ello[928]. Tal principio se encuentra también codificado en el Código de comercio en la medida que el artículo 1420 dispone que:
>
> Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición del presente título de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo y no lo hace, se entenderá renunciado su derecho a impugnar.

Otra es la problemática con respecto al amparo. En efecto, la garantía de audiencia se encuentra constitucionalmente protegida por el artículo 14 de la Ley fundamental y se aplica también en materia de arbitraje[929], y se podría pensar que el juez federal estaría inclinado a rechazar una decisión judicial que, a su vez, no admitió la nulidad del laudo conforme al argumento de la preclusión sosteniendo que la garantía constitucional siempre ampara, aunque el quejoso fue el propio "culpable" de la violación de la garantía. Sin embargo, tal posición es inaceptable porque no se trata de una violación al derecho de audiencia, sino de la violación

---

[928] Juez Sexto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, Amparo 137/2005-II, 10/8/2005.

[929] LAUDO ARBITRAL. PARA SU EJECUCIÓN DEBE EXAMINARSE EL CUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA: *SJF*, 8va Época, T. IV, p. 308.

de las reglas acordadas entre las partes y más propiamente, de una causa prevista en la Ley conforme a la cual nadie puede alegar en su beneficio faltas cometidas por ella misma.

568. Una decisión muy criticable del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito[930] rechazó una acción de nulidad fundada sobre la parcialidad de uno de los árbitros siendo que la parcialidad no es una de las causas previstas en el artículo 1457, porque presupone que las partes acordaron previamente en las reglas para el procedimiento arbitral la forma de recusación de los árbitros, siendo la parcialidad del árbitro, una de ellas, y si no la acordaron, era que no las requerían por considerar al árbitro de sus confianzas. Sin embargo, en nuestra opinión, en presencia de un árbitro parcial, no existe para una de las partes la posibilidad de "hacer valer sus derechos" como lo prevé el inciso b) del artículo 1457 Ccom que, en realidad debió ser el fundamento de su decisión y no la razón mencionada. En cambio, es correcta la decisión del Juez Vigésimo Quinto de lo Civil en el Distrito Federal[931], quien rechazó la acción de la condenada, fundamentada en la citada disposición, con base a que el arbitraje fue "muy costoso" (sic) para hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral. También se puede mencionar la Resolución incidental del Juez Primero de Distrito en Materias Civil y de Trabajo en el Estado de Nuevo León, en

---

[930] **Grupo Carce/Pipetronix**. 06/12/2001, *Boletín informativo de la CANACO Ciudad México*, #8, p.6.

[931] 12/06/2001, *op.cit.*, p.7.

fecha del 30 de junio de 2004[932] que no hay un estado de indefensión para la parte el hecho que el laudo no fue rendido en el plazo pactado.

569. Todas las causales citadas hasta ahora pueden, en principio, solamente ser invocadas si no había remedio en el proceso arbitral para curar las deficiencias invocadas. Es lo que los tribunales mexicanos llaman la forclusión, conocido afuera del país como el principio del estoppel.

24.2.3 El *Estoppel*

Bowden, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, *in:* Gaillard (ed.), *Transnational Rules in Commercial Arbitration* (ICC Publ. Nr. 480,4), 1993.125.

570. Es un principio bastante generalizado que una parte no puede invocar un vicio del procedimiento que no fue combatido en el momento procesal oportuno. Retomando el concepto procesal americano del *estoppel* – cuya contraparte de Derecho civil es el *venire contra factum proprium* – es de considerar que, entre otros, no es posible pedir la nulidad del laudo por falta de independencia de unos de los árbitros, si los hechos invocados ya fueron

[932] Inedito.

conocidos en el momento de la designación del árbitro. Numerosos textos arbitrales prevén en este sentido un *waiver* – la renunciación al derecho de invocar la causal después de la rendición del laudo. Por ejemplo, el art. 4 de las Reglas IBA sobre los conflictos de intereses dispone que:

> Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga conocimiento efectivo de ellos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar al nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias. [...]

Asimismo, el art 39 del Reglamento de la CCI establece que:

> Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del tribunal arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal arbitral o con la conducción del proceso, ha desistido de su derecho a objetar.

Se podrán citar muchos otros ejemplos, más que lo esencial reside en la obligación de las partes de combatir los vicios

del procedimiento en el momento mismo que se presenten. En caso contrario, ya no pueden combatirse en la acción de nulidad o inejecución del laudo. Es también la postura del Derecho mexicano:

> PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS. ELEMENTOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN.
> Una de las fuentes del derecho mexicano son los principios generales del derecho, los cuales deben encontrarse en todos los supuestos normativos escritos, por contener máximas del derecho que reflejan los valores supremos que se busca alcanzar con el derecho, tales como la justicia y la equidad social. El principio venire contra factum proprium non valet (nadie puede volverse contra sus propios actos), consiste en que existe el deber jurídico, a cargo de las personas, de no contrariar una conducta pasada, pues se debe realizar una interpretación de la conducta conforme a estándares determinados, como las costumbres o la buena fe, con la finalidad de alcanzar y de exigir de las personas un mínimo de coherencia y de buena fe en sus relaciones con los demás. Los elementos de este principio son: a) conducta vinculante: se refiere a la existencia de una conducta anterior del sujeto, que es válida, eficaz y relevante, en función de un hecho o acto jurídico que genere en las demás personas o la sociedad la confianza de que en el futuro dicho individuo procederá conforme a ella; b) pretensión contradictoria, que se traduce en que el sujeto que realizó la conducta debe formular una pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo, que es contradictorio con el sentido objetivo que de la conducta previa o anterior se deriva; c) perjuicio de terceros, en tanto que confían en el sentido objetivo de la conducta vinculante de la persona, que han variado o alterado de alguna

forma su posición jurídica; y, d) identidad de las partes, esto es, que la conducta anterior y la posterior deben ser atribuidas a una misma persona o a quien la sustituya en el cumplimiento de la obligación, que implica: fidelidad a lo pactado, la sujeción a la situación jurídica aprobada, la vinculatoriedad al contrato del que forma parte. Este principio debe observarse en todos los casos en que no exista un conjunto de normas que puedan resolver algún problema planteado, con el fin de que las partes en una controversia, que hayan celebrado con anterioridad a éste un acto jurídico, no contraríen su conducta y voluntad emitida al momento de la celebración del mismo[933].

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SU DERIVACIÓN INMEDIATA Y DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.

La buena fe se define como la creencia de una persona de que actúa conforme a derecho; constituye un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta, que exige a las personas de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es base inspiradora del sistema legal y, por tanto, posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones y en todas las relaciones jurídicas. Ahora bien, a partir de este principio, la doctrina y la jurisprudencia han derivado diversas instituciones, entre las que por su importancia para la resolución de problemas jurídicos destaca la llamada doctrina o teoría de los actos propios, que deriva de la regla consignada en el brocardo que

[933] TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 237/2012. **Mireya Leonor Flores Nares**. 10/05/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

> reza: venire contra factum proprium, nulla conceditur, la cual se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura al invocar hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior y encuentra su fundamento en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada, la cual quedaría vulnerada si se estimara admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria[934].

El estoppel va de la mano con el principio de eficacia arbitral. No se niega el derecho de combatir un vicio, pero tiene que ser de buena fe. Por ejemplo, en el asunto *Commisa*[935], los tribunales americanos consideraron que Pemex no pudo invocar la inarbitrabilidad como causal de inejecución del laudo, visto que no lo mencionó al inicio del proceso arbitral, momento procesal oportuno.

---

[934] Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. **Amparo directo 614/2011**. 08/12/2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: María Estela España García..

[935] *Supra* # 545.

LECCIÓN 25: LA "REVISION" DE LAS DECISIONES JUDICIALES POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES

Goldhaber, The Rise of Arbitral Power over Domestic Courts, *Standford Journal of Complex Litigation*, 2013.373.

571. Con la creación de la CEDH, se instauró de cierta manera en Europa una "cuarta instancia" que consiste a "revisar" las decisiones de las cortes supremas nacionales – que ya habían "revisado" las decisiones de segunda y primera instancia. Es cierto que técnicamente, lo anterior no es correcto, porque la decisión de la suprema corte local es un hecho que demuestra la violación del tratado, pero muchos consideran que se trata de una revisión internacional de una decisión nacional, no obstante que las jurisdicciones internacionales como la CIJ, o los tribunales arbitrales claramente afirman que no son instancias de apelación

> [T]his [ICSID] tribunal does not institute itself as a control body over the ICC Arbitration, nor as an enforcement court, nor as a supranational appellate body for local court decisions. This Tribunal is a Treaty judge. It is called upon to rule exclusively on treaty breaches, whatever the context in which such treaty breaches arise[936].

[936] *Saipem SpA v. The People´s Republic of Bangladesh*, ICSID, 21/03/2007 (Kaufmann Kohler; Schreuer; Otton).

Sin embargo, existe, por un lado, el estándar de la Denegada de Justicia, que obviamente implica revisar los procedimientos internos[937]; por otro lado, se considera que es posible que el rechazo de una jurisdicción nacional de no ejecutar un laudo puede ser una medida semejante a una expropiación. Eso implica que nacionalmente, el perdedor en un procedimiento arbitral puede reclamar la nulidad o no-ejecución del laudo; internacionalmente, el vencedor original en el procedimiento arbitral, que perdió en los subsecuentes recursos ante las jurisdicciones nacionales, puede apoyarse en los BITs para buscar una segunda oportunidad ante los tribunales arbitrales internacionales. En otras palabras, estamos en presencia de una "cuarta instancia".

572. El hecho es que varios Estados, no obstante sus obligaciones bajo los tratados internacionales, se aprovechan de sus tribunales locales para no ejecutar las decisiones arbitrales en contra de ellos o sus para-estatales. La consecuencia directa es que la parte actora se ve frustrada en su expectativa de obtener la indemnización reclamada. Tal es particularmente la situación en materia de inversión extranjera. Por lo tanto, no es sorprendente ver a los afectados sostener que las mencionadas situaciones son nada más y nada menos que expropiaciones indirectas.

573. El concepto de expropiación indirecta implica que hay

[937] *Infra* # 614.

propiedad a expropiar. ¿Una decisión arbitral puede ser considerada como una propiedad? La tendencia en el Derecho comparado es en el sentido positivo. Es así como en el asunto *Saipem*[938], el tribunal arbitral consideró que la no-ejecución de un laudo arbitral por el Estado receptor de inversión es constitutiva de una expropiación, citando varias otras decisiones internacionales en este sentido. En otras palabras, los derechos derivados de las decisiones arbitrales son una propiedad susceptible de ser expropiada[939]. Si el laudo se puede considerar como propiedad, aun falta el argumento para considerarlo como una inversión. Ahí también es menester citar el fallo *Saipem*, en el cual en realidad los árbitros no contestaron directamente, sino consideraron que el laudo es la consecuencia de un entorno contractual que, visto en su conjunto, es una inversión extranjera:

> 113. The Tribunal agrees with Bangladesh that the rights arising out of the ICC Award arise only indirectly from the investment. Indeed, the opposite view would mean that the Award itself does constitute an investment under Article 25(1) of the ICSID Convention, which the Tribunal is not prepared to accept .
> 114. However, as already mentioned, the notion of investment pursuant to Article 25 of the ICSID must be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC arbitration,

938 *Saipem SpA,* precitado.

939 *Idem.*

> but also inter alia the Contract, the construction itself and the Retention Money[940].

Consecuentemente, lo mencionado con anterioridad postula que en primer lugar hay un laudo y, en segundo lugar, que este laudo es una propiedad susceptible de ser expropiada; y, en el contexto del Derecho de la inversión extranjera, si esa propiedad es una inversión en el sentido de la Convención de Washington o de los tratados bilaterales sobre inversión extranjera – los famosos BITs.

574. La cuestión de la existencia de un laudo deriva de la controversia más amplia sobre el hecho que si un laudo está anulado en el Estado sede, puede ser considerado como válido en los otros Estados. En efecto, muchas veces el arbitraje en contra de un Estado o una para-estatal se desarrolla en el Estado contraparte. Si el laudo es desfavorable, los tribunales judiciales de este Estado tienen muchas veces tendencia a nulificarlo. Aun así, ¿el laudo sobrevive para ser considerado como propiedad viéndose como inversión para ser objeto de una expropiación y ser objeto de un procedimiento arbitral en contra del Estado? El caso de referencia es el de Saipem.

Saipem es una empresa italiana que en 1990 celebró un contrato con Petrobangla, una empresa estatal de Bangladesh, para realizar la construcción de un gasoducto. El proyecto estaba contemplado para terminarse en 1992, pero debido a la oposición de un sector de la población se demoró su finalización. Saipem y Petrobangla acordaron

[940] Sobre las múltiples apreciaciones en relación con la noción de inversión, véase Yala, La notion d´investissement dans la jurisprudence du CIRDI, *in*: Leben, *Le contentieux arbitral transnational relative à la investissement,* París, LGDJ, 2006.281.

una extensión al plazo; sin embargo, atrasos significativos continuaron presentándose e hicieron surgir una controversia derivada de los costos adicionales del proyecto.

El aspecto central de la controversia fue la negativa de Petrobangla de pagar los costos adicionales que se alega se comprometió a pagar. Se inició un procedimiento de arbitraje siguiendo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En noviembre de 1997, Petrobangla inició procedimientos para revocar la autoridad del Tribunal Arbitral ante tribunales locales de Bangladesh, alegando mala conducta de los árbitros y violación a sus derechos procesales debido a la negación de distintas mociones que solicitaron. Ante esto, la Suprema Corte de Bangladesh resolvió restringir el acceso de Saipem al Tribunal Arbitral.

En abril 5 de 2000, las cortes locales revocaron la autoridad del Tribunal Arbitral[941], sosteniendo que el arbitraje se había llevado a cabo de forma inapropiada, y además se había apartado de la Ley. En la sentencia se resolvió también que la negativa de admitir cierta evidencia y la exclusión de documentos fue lo que se tomó en cuenta para llegar a las conclusiones. Sin embargo, el Tribunal Arbitral decidió continuar con el procedimiento, mencionando que el remplazo de los árbitros es jurisdicción exclusiva de la CCI y no de los tribunales locales de Bangladesh. En el laudo final, se resolvió que Petrobangla incumplió con sus obligaciones contractuales al no pagar la compensación por los trabajos adicionales realizados. Ante esto, Petrobangla decidió acudir a los tribunales judiciales para solicitar la nulidad del laudo, y el 21 de abril de 2004 la Suprema Corte de Bangladesh rechazó la solicitud de Petrobangla, argumentando que un laudo que no existe no es susceptible de ser ni anulado ni ejecutado. En efecto, el argumento de la jurisdicción local fue que la autoridad del tribunal arbitral ya había sido revocada con anterioridad.

---

941 "El Estado no puede escapar a su responsabilidad internacional por el argumento de que sus tribunales se pronunciaron en su favor. El juez del tratado elimina al juez del contrato. El Derecho internacional vence al Derecho nacional" (Graham, ¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?, *RLMA,* 2004.146).

En otras palabras, Bangladesh considera que la existencia del laudo depende única y exclusivamente de su orden jurídico si la sede es en ese país. Saipem, por su parte, sostuvo ante el tribunal arbitral del CIADI, que el hecho de que los tribunales de Bangladesh interfirieron de manera "ilegal" en el procedimiento arbitral CCI y que desconocieron la existencia del laudo, se hizo una "confiscación" de las sumas otorgadas a Saipem y consecuentemente había una confiscación indirecta:

> 129. According to Saipem, its case is based on Petrobangla´s alleged unlawful disruption of the ICC arbitration, on the alleged interference by the domestic courts with the Arbitration, and on the de facto annulment of the ICC award. These acts allegedly deprived Saipem of the sums awarded to it by the ICC Award, and thus amount to an illegal expropriation in breach of Article 5 of the BIT (Response J p.4, para 15). At the hearing, Saipem further submitted that a State´s disavowal of its undertaking to arbitrate a contractual dispute may have a "confiscatory effect" (Tr J. II, 50:16-2332) and summarized its case as follows:
>
> The claims which are brought before the tribunal are a claim for expropriation in violation of Article 5 of the BIT. It is an expropriation which has resulted from a complex behavior of the whole state, which reneged on its obligations to enforce the arbitration award and to respect the proper conduct of the arbitration proceedings…
>
> "The focus of the Claimant´s is that its right to payment under the contract as ascertained by, and incorporated in the ICC Award has been expropriated by the unlawful decisions of the

> Bangladeshi courts that revoked the authority of the ICC arbitrators and declared the ICC award null and void, thus precluding its enforcement in Bangladesh or elsewhere. The net result of all of this was, obviously, to deprive the Claimant of the compensation for (the expropriation of) its investment"[942].

El tribunal arbitral, sin embargo, no contesta directamente en relación con el debate de la existencia o no del laudo anulado. En realidad, considera que el laudo existe como un hecho, y que fue un laudo anulado poniendo en debate si la intervención de los tribunales locales pudo ser considerado como una medida similar a una expropiación. Además, los árbitros señalan que:

> 127. It is true that one could object – Bangladesh did not – that in theory Saipem can still benefit from the ICC Award (or from the ICC arbitration agreement). Yet, Bangladesh itself acknowledges that Petrobangla has "no assets outside Bangladesh" (Counter- Memorial, ¶ 5.24, p. 65). Hence, the perspective that the ICC Award could possibly be enforced under the New York Convention outside Bangladesh despite having been declared "a nullity" by the Bangladeshi courts has no realistic basis. Because, by the Respondent's own admission, the ICC Award could not be enforced outside Bangladesh, the intervention of the Bangladeshi courts culminating in the declaration of the Supreme Court that the ICC

[942] Saipem v. Bangledesh, ICSID, Decisión sobre jurisdicción, 21/03/07 (Kaufmann-Kohler; Schreuer, Arbitrator, Otton),

> Award was "non-existent" substantially deprived Saipem of its rights and thus qualifies as a taking.

Por las circunstancias del caso, no había lugar a la discusión sobre la existencia objetiva o subjetiva del laudo. El hecho es que había un laudo, y éste fue anulado.

575. Si el laudo existe, remanece la cuestión si puede ser expropiado. El tribunal arbitral del CIADI en la disputa en contra de Bangladesh señaló en primer lugar que es ampliamente aceptado en el Derecho internacional que los derechos inmateriales pueden ser expropiables. De esta forma, un laudo arbitral de la CCI o los derechos determinados por él pueden ser sujetos a una expropiación. En este sentido, el tribunal arbitral citó jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para reforzar su postura. En efecto, aunque el caso *Allard*[943], citado por el tribunal arbitral, no se refiere expresamente a la expropiación, la CEDH se refiere a la interferencia estatal hacia una propiedad que fue demolida bajo las Leyes de Suecia. En otros asuntos, la CEDH claramente ha establecido que un laudo puede ser expropiado, tal como en *Stran Green Refineries v. Greece*[944] *y en Kin-Stib & Majkic´ v. Serbia*[945]. Según la Corte europea, un laudo es una "posesión" (en lenguaje del protocolo 1 a la CEDH) o una propiedad si el laudo es "ejecutable"[946] conteniendo

[943] *Allard vs Sweden,* CEDH, 24/09/2003.

[944] *Stran Greek Refineries & Stratis Andreadis v. Greece*, CEDH, 09/12/1994.

[945] *Kin-Stib & Majkic´ v. Serbia*, CEDH, 20/04/2010.

[946] *Burdov v. Russia*, CEDH, 15/01/2009.

"derechos suficientes a reclamar"[947] y que no existe posibilidad de ejecutarlo en "plazos razonables" en un sistema "efectivo"[948].

576. Ahora bien, aunque se ha establecido que un laudo puede equiparar a una propiedad, es también necesario que sea una inversión en el marco de una alegada expropiación bajo los BITs u otros tratados internacionales sobre la protección de la inversión extranjera. El Tribunal Arbitral consideró que el contrato entre Saipem y Petrobangla es una inversión tal y como se define en el artículo 1 del tratado bilateral.[949] Más aún, se consideró el concepto de inversión de tal forma que se incluye no sólo el contrato, sino los derechos que derivan de él, reconocidos por el

---

[947] *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, CEDH, 09/12/1994.

[948] *Marcˇ ic´ and Others v. Serbia*, CEDH, 30/10/2007.

[949] "The term "investment" shall be construed to mean any kind of property invested before or after the entry into force of this Agreement by a natural or legal persona being a national of one Contracting Party in the territory of the other in conformity with the laws and regulations of the latter. Without limiting the generality of the foregoing, the term investment comprises:

1. Movable and immovable property, and any other rights in rem including insofar as they may be used for investment purposes, real guarantees on other property;
2. Shares, debentures, equity holdings and any other negotiable instrument or document of credit, as well as Government and public securities in general;
3. Credit for sums of money or any rights for pledges or services having an economic value connected with investment, as well as reinvested income as defined in paragraph 5 hereafter
4. Any right of a financial nature accruing by law or by a contract and any license, concession or franchise issued in accordance with current provisions governing the exercise of business activities, including prospecting for, cultivating, extracting and exploiting natural resources"

laudo de la CCI. Por lo tanto, se consideró que la inversión se compone de la operación total: el contrato, la construcción del gasoducto y el arbitraje de la CCI. En otras palabras, no es que el laudo *per se* sea una inversión[950], sino más la declaratoria de los derechos y obligaciones de los contratos y actos jurídicos que sí tienen que constituir una inversión:

> White Industries does not, however, allege that its rights under the Award represent an investment in itself, but rather that the Award, is part of the original investment.
>
> 7.6.3 The Tribunal concludes that this latter statement more accurately describes the status of the Award.
>
> 7.6.4 The Saipem tribunal reached a similar conclusion when it held that: "The rights embodied in the ICC Award were not created by the Award but arise out of the Contracts. The ICC Award crystallized the parties' rights and obligations under the original contract"

[950] "The ICC Award - in and of itself - cannot constitute an 'investment'. Properly analysed it's a legal instrument which provides for the disposition of rights and obligations arising out of the Settlement Agreement and Repayment Agreement (neither of which was itself an 'investment)" (*GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID, 31/03/2011 (van de Berg; Landau, Stern); *Contra*: *White Industries Australia v. India*, ICSID, 30/11/2011 (Brower; Lau, RowLey): 7.6.8 The Tribunal considers that the conclusion expressed by the *GEA Tribunal* represents an incorrect departure from the developing jurisprudence on the treatment of arbitral awards to the effect that awards made by tribunals arising out of disputes concerning "investments" made by "investors" under BITs represent a continuation or transformation of the original investment.

> 7.6.5 Similar reasoning was employed by the tribunals in Mondev, Chevron, and Frontier Petroleum Services. In those decisions, the tribunals characterised arbitral awards as "continuing" an investment under a contract[951].

En otras palabras, el laudo es parte de la inversión original y por lo tanto está protegido en contra de una eventual expropiación:

> 7.6.9 The tribunal in the Chevron Jurisdiction Award concluded: "Once an investment is established, it continues to exist and be protected until its ultimate disposal 'has been completed"
>
> 7.6.10 Accordingly, the Tribunal concludes that rights under the Award constitute part of White's original investment (i.e., being a crystallization of its rights under the Contract) and, as such, are subject to such protection as is afforded to investments by the BIT[952].

Sin embargo, siguiendo los criterios de *GEA*, el laudo sólo puede ser considerado como expropiado si se demuestra que los tribunales en el proceso de ejecución del laudo fueron "*egregious*" (atroz; enorme) – quiere decir si de manera flagrante *contra legem* decidieron de no ejecutar la decisión arbitral, o, como en *Saipem*, anularla:

> 159. For all these reasons, the Tribunal considers that the Bangladeshi courts abused their supervisory jurisdiction over the arbitration

[951] *White Industries Australia v. India*, ICSID, 30/11/2011(Brower; Lau, RowLey).

[952] *Idem*.

> process. It is true that the revocation of an arbitrator's authority can legitimately be ordered in case of misconduct. It is further true that in making such order national courts do have substantial discretion. However, they cannot use their jurisdiction to revoke arbitrators for reasons wholly unrelated with such misconduct and the risks it carries for the fair resolution of the dispute. Taken together, the standard for revocation used by the Bangladesh courts and the manner in which the judge applied that standard to the facts indeed constituted an abuse of right.
>
> 160. It is generally acknowledged in international law that a State exercising a right for a purpose that is different from that for which that right was created commits an abuse of rights

577. En conclusión, poco importa la discusión estéril concerniendo la naturaleza del laudo en relación con la inversión. Lo que sí es un hecho es que el frustrar de manera "ilegal" la obtención de lo acordado por un laudo, constituye una medida semejante a la expropiación, y da derecho a reparación. Con respecto al tema de la "cuarta instancia", estamos de la opinión que en sí mismo no hay nada de chocante, visto que todo el sistema de los BITs consiste en revisar los actos de autoridad por parte del Estado receptor de la inversión, y eso tiene que incluir los actos judiciales, especialmente cuando uno está en presencia de tribunales incompetentes y/o corruptos, que desafortunadamente aún son una realidad en muchos países.

PARTE 6: EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

ITALAW - Sitio Web con toda la jurisprudencia en la materia

578. Ya habíamos mencionado en el transcurso de las paginas anteriores el arbitraje sobre inversión extranjera. Su estudio requiere todo un apartado por sí mismo, porque si es cierto que obviamente es "arbitraje", se distingue por sus numerosas particularidades y reglas especiales. Se puede pensar que esas particularidades son debido al hecho de la presencia del Estado en la litis, más no es cierto, visto que existen muchos arbitrajes comerciales en contra del Estado. En realidad, las distinciones antes mencionadas, se explican por el hecho que se trata de procedimientos para "sancionar" el mal comportamiento estatal, y es lógico que el Estado condiciona severamente el acceso a tales procesos a través de disposiciones *sui generis* en los tratados sobre inversión extranjera.

579. Ahora bien, es de preguntarse si hay lugar de disertar sobre el arbitraje en materia de inversión extranjera en una obra general sobre arbitraje internacional. Por un lado, es cierto que, es un sector arbitral y por lo tanto es lógico incluirlo. Sin embargo, por otro lado, no cabe duda de que

actualmente ese arbitraje se ha desarrollado con tantas especificidades en lo que concierne la Ley aplicable, por ejemplo, que tiene que ser objeto de un libro aparte (como lo muestro el gran número de publicaciones consagrados exclusivamente a este tipo de arbitraje). Por lo tanto, lo más racional es de contentarse de evocar únicamente unos grandes rasgos de la materia, sin pretender ser exhaustivo ni detallista, reenviando al lector a las obras especializadas en la materia, especialmente por el hecho que la jurisprudencia no deja de ser cambiante sobre numerosas cuestiones.

LECCIÓN 26: LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES

580. Casi todos los tratados sobre inversión extranjera prevén diversas opciones para los procedimientos arbitrales, en su gran mayoría la posibilidad de elegir entre un arbitraje bajo los auspicios del CIADI o un arbitraje *ad hoc*, normalmente bajo el Reglamento UNCITRAL. Sin embargo, en los últimos años los centros de arbitraje comercial como la CCI han adoptado sus reglas para acoger también este tipo de arbitraje.

26.1. El arbitraje CIADI

Reed, Paulsson & Blackeby, *Guide To ICSID Arbitration*, Kluwer 2011; Rodríguez Jiménez, *El sistema arbitral del CIADI*, Porrúa, 2006.

581. Antes de ver las normas procesales que rigen los procedimientos arbitrales previstos por el CIADI, presentaremos primero la institución creada por la Convención de Washington de 1965.

26.1.1 El CIADI

582. Es interesante recolectar los antecedentes históricos que dieron pauta a la creación del CIADI, para tener una mejor comprensión de lo que hoy en día es la institución, y lo que representa.

A – Antecedentes

Parra, *The History of ICSID*, Oxford, 2012.

583. El fin de la primera guerra mundial desembocó en una ruptura de paradigmas en donde dos visiones contrastantes se confrontaron: Rusia/Unión soviética, y los Estados Unidos, teniendo como uno de los primeros tópicos en pugna el concerniente a la protección de la

propiedad extranjera. Por un lado, el nuevo régimen bolchevique con su proceso de nacionalización y expropiación; y por el otro lado, los Estados Unidos, al mando de las potencias occidentales, que buscaban proteger sus inversiones internacionales. Los estadounidenses fijaron su posición estableciendo que la no-compensación en caso de expropiación o nacionalización era contraria a los principios de los "Estados civilizados". Dentro de este contexto, México se presentó con una postura innovadora y que serviría de ejemplo a los países en desarrollo en años posteriores. En efecto, en relación con la expropiación petrolera del 18 de marzo de 1938, México negaba la existencia de principios universales reconocidos entre los Estados que obligaran a otorgar compensación adecuada derivada de las expropiaciones. Sin embargo, México sí admitió que tenía dicha obligación, pero nacida no del Derecho internacional sino del interno, y es éste Derecho interno, el que debe determinar el tiempo y la forma de la compensación. La respuesta de los americanos se presentó por medio de la doctrina de la compensación, que establecía los elementos que debería tener una expropiación para ser considerada como legal dentro de la normatividad internacional. En contraste con la postura mexicana, que para los americanos no ofrecía seguridad ni garantías, se gesta una visión que señala que para que un gobierno efectúe una expropiación, tiene que haber de por medio una pronta, adecuada y efectiva forma de compensación según los criterios del Derecho internacional.

584. Desde el fin de la segunda guerra mundial, otra "gran" época de expropiaciones empezó, especialmente con la "colonización" soviética de los países de Europa de Este. Después, la descolonización "occidental" completó el marco: Irán en 1951 con la expropiación de la *Anglo-Iranian Oil Company*; Egipto en 1956 con el Canal de Suez, Cuba 1959, Sri Lanka 1963, Indonesia 1965, Tanzania 1966, Bolivia 1969, Argelia 1971, Somalia 1972, Chile 1972, Libia 1978, etc.... En común es que todos esos países consideraban que sus recursos naturales formaban parte de su soberanía "económica", quiere decir que la soberanía en el sentido de independencia no tiene caso si la "soberanía" económica continúa permaneciendo en manos los extranjeros, dueños de las empresas que manejan los recursos naturales como el petróleo por ejemplo. En una lógica nacionalista, esos países consideraban que se respeta la norma internacional que no hay "expropiación sin indemnización", si indemnizan las expropiaciones según criterios nacionales. Sin embargo, los países occidentales, cuyos nacionales fueron los dueños de las principales empresas, no estaban de acuerdo y votaron en la Asamblea General de las Naciones Unidas la Resolución 1803 (XVII), que aún refleja la regla consuetudinaria que la indemnización de la expropiación se calcula con respecto a los estándares del Derecho internacional y no según el Derecho nacional. La tentativa de los países en desarrollo, en la cual México jugó un papel importante, de instaurar un Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI) llevó a la votación de la Resolución 3281 por la cual la Asamblea general adoptó el 12 de diciembre de 1974 la Carta de los

Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y que prevé que los litigios sobre indemnización en materia de expropiaciones serán arreglados ante los tribunales nacionales y bajo el amparo de las Leyes nacionales, fue un fracaso[953]. Varios tribunales arbitrales, en particular el del caso *Texaco v. Libia*[954], consagraron la Resolución 1803 como Derecho consuetudinario, relegando el NOEI a la anécdota histórica.

585. Para encontrar una vía pacífica para arreglar el problema de la inversión extranjera, los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial) elaboraron el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* (Convención de Washington), quienes, en marzo de 1965, sometieron el Convenio a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del mismo. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países y a la fecha cuenta con 159 Estados Contratantes, con la notable excepción de México, que apenas en enero del 2018 firmó dicho instrumento internacional. Por este Convenio, se creó el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), que es la institución que administra dichos arbitrajes sobre inversión extranjera.

---

953 Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, París, 1979.

954 *Texaco-Calasiatic v. Libya*, Ad hoc, 19/01/1977 (Dupuy).

586. En la actualidad, la situación es paradójica para muchos países latinoamericanos quienes continúan teniendo una visión nacionalista del Derecho internacional, especialmente a través de la cláusula Calvo[955], pero que se ven atrapados en la internacionalización por ser parte de varios Tratados Bilaterales de Inversión Extranjera (BIT) y Tratados de Libre Comercio (TLC). ¿Cómo conciliar un credo nacionalista que proclama que el inversionista extranjero no puede tener un trato más favorable que los nacionales, y un credo liberal que exige un trato preferencial al inversionista extranjero? Aunque los convenios internacionales no hablan de tal trato, sino de una no-discriminación, es cierto que muchas veces el inversionista tiene una situación jurídica privilegiada con respecto a su contraparte nacional. Es significativo que, en 1964, había el famoso "No de Tokio", cuando en la sesión de Tokio, todos los países latinoamericanos habían votado en contra de la Convención de Washington y la creación del CIADI, argumentando:

> The legal and constitutional systems of all the Latin American countries that are members of the Bank

[955] Esta cláusula es una derivación del planteamiento formulado por el internacionalista argentino Carlos Calvo, quien en su libro *"Derecho Internacional Teórico y Práctico" (1896)* sostuvo la tesis de que un Estado no debe afrontar responsabilidad por daños o pérdidas sufridos por extranjeros como resultado de insurrecciones armadas o guerras civiles. La idea se traduce en la "cláusula Calvo", que es la estipulación mediante la cual los inversores extranjeros renuncian explícitamente a toda protección internacional en sus relaciones contractuales establecidas con un país que no es el suyo. Esta cláusula se suele incorporar en los contratos celebrados entre un gobierno y personas extranjeras para prevenir reclamaciones diplomáticas.

> offer the foreign investor at the present time the same rights and protection as their own nationals; they prohibit confiscation and discrimination and require that any expropriation on justifiable grounds of public interest shall be accompanied by fair compensation fixed, in the final resort, by the law courts. The new system that has been suggested would give the foreign investor, by virtue of the fact that he is a foreigner, the right to sue a sovereign state outside its national territory, dispensing with the courts of law. This provision is contrary to the accepted legal principles of our countries and, de facto, would confer a privilege on the foreign investor, placing the nationals of the country concerned in a position of inferiority[956].

587. En el caso particular de México, el país cuenta con una red de 12 TLCs con 46 países, 32 BITs y 9 acuerdos de alcance limitado (Acuerdos de Complementación Económica y Acuerdos de Alcance Parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)[957]. Hasta la fecha, México no es parte del CIADI, por razones de estrategia de litigio, las cuales nadie realmente conoce los detalles y por lo tanto tampoco especularemos. Es finalmente el 11 de enero de 2018 que México firmó el Convenio, la ratificación correspondiente aún siendo pendiente.

---

[956] Declaración de Felix Ruiz, Representante de Chile, September 9, 1964, in Tokyo, *in*: Parra, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012.67.

[957] Según la Secretaria de Economia, en fecha del 01/07/2017.

B – La institución del CIADI

588. La principal tarea del CIADI es de administrar los arbitrajes bajo su auspicio y, por lo tanto, al contrario de lo que se afirma muchas veces en la prensa, no tiene influencia sobre la resolución de las controversias. Su funcionamiento puede ser comparado a el de la CCI u otras instituciones arbitrales, y por ende no merece el criticismo que recibe, en particular por los países latinoamericanos, que también son los países más condenados por los tribunales arbitrales. En los últimos años, Bolivia, Ecuador y Venezuela se han retirado del CIADI, entre otros, por considerar que el CIADI es pro-inversionista. Dos observaciones tienen que ser formuladas aquí. Primera, como ya lo hemos mencionado, el CIADI no toma decisiones, más bien, son los tribunales arbitrales que fallan caso por caso. Y sus fallos son en promedio 50% a favor del Estado. Segunda, es obvio que el CIADI es una organización a favor de las inversiones visto que esa es justamente su misión: proponer mecanismos de resolución de controversias que promueven la estabilidad y la certidumbre del clima de inversión. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que los árbitros sean injustos y parciales. Insistimos: la mitad del tiempo el Estado gana. Y las reglas arbitrales del CIADI justamente son hechas de manera que el procedimiento sea objetivo.

26.1.2 Las normas arbitrales

Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2 ed., Oxford University Press, 2009.

589. Si es adentro de la lógica del sistema que sea el inversionista que demanda al Estado, y no obstante el silencio de los tratados, se considera que el Estado también puede reconvenir, a condición de que la reconvención sea directamente relacionada con la disputa sobre la inversión[958]. No compartimos tal postura, porque el sistema de la Convención de Washington y de los BITs no son sobre "inversión", sino sobre la "protección de la inversión", lo que no es igual. Sea lo que sea, si la controversia es entre un Estado miembro del CIADI y un inversionista de un Estado igualmente miembro del CIADI, el procedimiento arbitral se hará según la Convención de Washington y el Reglamento de arbitraje del CIADI.

[958] *Antoine Goetz v. Burundi*, ICSID, 24/06/2012 (Guillaume; Bredin, El Kosheri).

B - El Reglamento de Arbitraje

590. El mecanismo CIADI prevé tanto reglas para la conciliación como para el arbitraje. Veremos únicamente lo pertinente relativo al arbitraje, que se divide en dos tiempos. El primer periodo es el de la iniciación con sus propias disposiciones. El segundo periodo es cubierto por las Reglas de Arbitraje propiamente dicho, y que comienza con el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de arbitraje, y termina con la dictación del laudo, o, en caso, después del agotamiento de todos los recursos contra el laudo contemplados en el Convenio.

26.2 El arbitraje afuera del mecanismo CIADI

Banifatemi, Defending Investment Treaty Awards: Is There an ICSID Advantage?, *in*: *50 Years of the New York Convention*, Kluwer, 2011.318; Berdanini, ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, *Mélanges Cremades*, La Ley, 2010.159.

593. Muchos TLCs/BITs prevén la opción entre un proceso CIADI, un arbitraje bajo el mecanismo adicional del CIADI, o un proceso *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL, o bajo los auspicios de una institución como la CCI o la LCIA. La principal razón para no optar para un arbitraje CIADI es poder tener la posibilidad de irse a una eventual acción de nulidad del laudo. En efecto, bajo el CIADI existe sólo un

recurso muy limitado de revisión ante un Comité *ad hoc*. Si se niega la revisión, el laudo es final en todos los sentidos, y es ejecutable de inmediato sin posibilidad de cualquier recurso, ni siquiera la inejecución del laudo, por las disposiciones especificas de la Convención de Washington. En un procedimiento ad hoc o ante un centro arbitral, el laudo puede ser objeto de un recurso de nulidad y/o inejecución bajo la Convención de Nueva York[959]. Lo que se puede ver como una ventaja, también es un riesgo. En efecto, según donde se busca la ejecución del laudo, los tribunales pueden considerar que el Estado goza de una inmunidad de ejecución, y rechazar el cumplimiento forzoso del laudo[960]. A las partes de evaluar lo que les conviene más[961], entre el arbitraje CIADI (si el Estado del inversionista y el Estado receptor de la inversión son parte al CIADI) o el mecanismo adicional (si el Estado del inversionista o el Estado receptor de la inversión no es parte al CIADI), o un arbitraje ad hoc, o un arbitraje institucional bajo los auspicios de un centro internacional de arbitraje.

26.2.1 El mecanismo complementario

594. El Mecanismo adicional o complementario está constituido de 4 instrumentos, a saber, el reglamento

[959] *Infra* # 631.

[960] Ver por ejemplo: BGH, III ZB 40/12, 30/01/2013.

[961] Al menos que las partes han previsto un instrumento contractual previo en el cual el Estado renuncia expresamente a su inmunidad de ejecución.

general sobre el mecanismo, el reglamento sobre la comprobación de hechos ("*fact-finding*"), el reglamento de conciliación, y el reglamento de arbitraje. saber, uno nombrado por cada una de las partes, y el tercero, que será el presidente del Tribunal, nombrado de común acuerdo por las partes, todo ello de conformidad con el Artículo 9 de este Reglamento.

26.2.2 Otros mecanismos de arbitraje

595. La gran mayoría de los tratados sobre inversión prevén la opción de optar entre los mecanismos del CIADI y el arbitraje *ad hoc* bajo las Reglas de UNCITRAL. Los más recientes también prevén una opción a favor de centros internacionales de arbitraje, normalmente el Centro de Arbitraje de Estocolmo, la LCIA, o la CCI, que han modificado sus reglamentos en este sentido[962]. Una típica cláusula arbitral optativa en este sentido es la del BIT Modelo de Alemania (2008):

> Article 10
> Settlement of disputes between a Contracting State and an investor of the other Contracting State
>
> (1) Disputes concerning investments between a Contracting State and an investor of the other Contracting State should as far as possible be settled amicably between the parties to the dispute. To help them reach an amicable settlement, the parties to the dispute also have the option of agreeing to institute conciliation proceedings under the Convention on the

[962] ICC Commission Report, *States, State Entities and ICC Arbitration*, 2012.

Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID).

(2) If the dispute cannot be settled within six months of the date on which it was raised by one of the parties to the dispute, it shall, at the request of the investor of the other Contracting State, be submitted to arbitration. The two Contracting States hereby declare that they unreservedly and bindingly consent to the dispute being submitted to one of the following dispute settlement mechanisms of the investor's choosing:

- arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID), provided both Contracting States are members of this Convention, or

- arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 18 March 1965 (ICSID) in accordance with the Rules on the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre, where the personal or factual preconditions for proceedings pursuant to figure 1 do not apply, but at least one Contracting State is a member of the Convention referred to therein, or

- an individual arbitrator or an ad-hoc arbitral tribunal which is established in accordance with the rules of the United Nations Commission on

> International Trade Law (UNCITRAL) as in force at the commencement of the proceedings, or
>
> - an arbitral tribunal which is established pursuant to the Dispute Resolution Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), the London Court of International Arbitration (LCIA) or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, or
>
> - any other form of dispute settlement agreed by the parties to the dispute.

El famoso asunto *Salini vs Etiopia* por ejemplo fue un procedimiento bajo las auspicias de la CCI[963]. Ahora bien, sea cual sea el mecanismo arbitral elegido por las partes, en todos los procedimientos supervienen las mismas cuestiones procesales, que caracterizan en gran parte la especificidad del arbitraje en materia de inversión extranjera.

[963] *Salini Costruttori v. Etiopia*, CCI, Laudo sobre jurisdicción, 07/12/2001 (Gaillard; Berdardini, Bunni).

LECCIÓN 27: Las principales cuestiones procesales

596. En relación con los aspectos procesales del arbitraje en materia de inversión extranjera, son principalmente las cuestiones de admisibilidad y de procesabilidad que surgen, sea en relación con la definición del inversionista, condición *sine qua non* del arbitraje en la materia, las condiciones de renunciación a los recursos internos, la existencia misma de las causales de una reclamación internacional, o la extensión del beneficio de otros tratados que el que es la base de la reclamación.

27.1 Definición del inversionista

Heiskanen, Of Capital Import: The Definition of "Investment" in International Investment Law, *in*: *Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration*, ASA, 2010.51; Legum, *Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?*, Symposium ICSID-OECD-UNCTAD, Paris, 12/12/2005.

597. Aun parecería increíble, ningún tratado sobre inversión establece el concepto de inversión, y en la actualidad no existe definición precisa alguna. La más recurrente es la basada en el "*Salini Test*"[964] que postula que una inversión tiene que tener:

- a substantial commitment
- a certain duration
- regularity of profit and return
- assumption of risk
- a contribution to the State's development

Existe una variante del *Salini Test* que sólo toma en consideración la contribución, el riesgo y la duración[965]. Ciertos tribunales han considerado, al menos bajo la Convención de Washington, que el *Salini Test* no se puede

[964] *Costruttori SpA & Anor v Kingdom of Morocco*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 23/07/2001 (Brinner; Cremades, Fadlallah).

[965] *Electrabel v. Hungary*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 30/11/2012 (Veeder; Kaufmann-Kohler, Stern).

aplicar, porque no está previsto por el tratado. Por lo tanto, unos árbitros optaron por una apreciación objetiva de la inversión consistiendo en una "creación de valor"[966]. Otros prefieren una apreciación subjetiva: hay inversión si así las partes lo han pactado[967], lo que nos parece obvio. Sin embargo, en el presente, es el *Salini Test* que empieza a codificarse, como se desprende del CETA:

> investment means every kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, which includes a certain duration and other characteristics such as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk[968].

Una vez que se ha establecido la existencia de una inversión, hay que verificar si el BIT no prevé recursos internos que implican la imposibilidad del arbitraje internacional.

27.2 Contract claim *vs* treaty claim

598. En el marco de un BIT, el inversionista celebra contratos con el Estado receptor de la inversión, típicamente en materia de concesiones. Cuando el Estado no respeta lo

---

[966] *Abaclat v. Argentine*, ICSID, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 04/08/2011 (Tercier; Van den Berg, Abi-Saab).

[967] *Biwater v. Tanzania*, ICSID, 24/07/2008 (Hanotiau; Born, Landau).

[968] Art. 8.1 (versión febrero 2016), Comprehensive and Economic and Trade Agreement, between Canada and the European Union.

pactado, se trata obviamente de una violación del contrato, y se puede litigar ante los tribunales del Estado o vía arbitraje, según lo previsto en lo acordado. Sin embargo, la pregunta que surge es si esa violación contractual es también una violación del BIT, y en caso, si se puede iniciar un arbitraje internacional bajo dicho tratado bilateral.

27.2.1 Fork on the road

Christoph Schreuer, Traveling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *J. World Inv. & Trade*, 2004.231.

599. El artículo 1121-1b) del TLCAN por ejemplo prevé que:

> (b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, **la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes** u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal

> administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

En otras palabras, si el inversionista ya ha demandado al Estado por su violación contractual tiene que renunciar a su demanda, si quiere presentar su reclamación ante un tribunal arbitral internacional por violación del BIT. En el asunto *Waste Management I*[969], se rechazó la reclamación justamente porque la parte actora no había renunciado a sus acciones ante los tribunales mexicanos. Sin embargo, la decisión fue vigorosamente criticada por el árbitro Highet en su opinión disidente, en donde insistió que no importa que el objeto de las reclamaciones sea idéntico, tan que la base de la acción es distinta. En otras palabras, sería posible tener un procedimiento nacional para la violación del contrato entre el inversionista y el Estado, y un procedimiento internacional para las violaciones del tratado. Renunciar a la vía local sería renunciar a una reclamación sobre una violación del BIT ante un tribunal local. Pero en el caso, hay un procedimiento local para la violación contractual ("*contract claim*"), y entonces se pudiera iniciar un arbitraje para la violación del tratado ("*treaty claim*"). Y tal es la solución consagrada en la decisión del Comité de revisión en el asunto Vivendi[970]. Como Highet, el Comité parte del principio de que se trata en realidad de dos acciones distintas, mientras que el tribunal arbitral de origen en *Vivendi* consideró que

[969] *Waste Management v. Mexico*, ICSID, 02/06/2000 (Cremades; Siqueiros, Highet).

[970] *Vivendi v. Argentine*, Comite ad hoc, 03/07/2002 (Fortier; Crawford, Fernández Rozas).

primero se hubiera tenido que litigar localmente el asunto, y en caso de una decisión desfavorable, atacarla bajo el amparo del BIT. ¿Se debe de aprobar el razonamiento del *Vivendi* Comité[971]? La pregunta es *tricky*. La claúsula del BIT en cuestión establece que:

> 2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida, a pedido del inversor;
> -- O bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la controversia;
> -- O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo 3.
> Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.

El Comité primero subraya que:

> En consecuencia, si el procedimiento nacional involucra "una diferencia relativa a inversiones", tal como se interpreta en el TBI, entonces se aplica el artículo 8(2). En la opinión del Comité, una reclamación por parte de CAA contra la Provincia de Tucumán por incumplimiento del Contrato de concesión ante los tribunales en lo contencioso

[971] Véase también: *Lanco v. Argentina*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 08/12/1998 (Cremades; Aguilar, Baptista); *Salini v. Morocco*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 23/07/2001 (Brinner; Cremades, Fadlallah). Sin embargo, ver *H&H Enterprises Investments v. Egypt*, ICSID, 06/05/2014 (Cremades; Gharavi, Heiskanen), donde la acción del inversionista fue rechazada por *el Fork on the road*.

> administrativo de Tucumán estaría *prima facie* dentro del alcance del Artículo 8 (2) y constituiría una elección de fuero y jurisdicción "de carácter definitivo", siempre y cuando se constate que dicha reclamación fuera idéntica en su extensión a una diferencia relativa a inversiones efectuadas bajo el TBI[972].

Sin embargo, el Comité también nota que:

> Pero una cosa es ejercer jurisdicción contractual (discutiblemente de competencia exclusiva de los tribunales administrativos de Tucumán en virtud del Contrato de Concesión) y otra es tomar en cuenta los términos de un contrato al determinar si ha habido incumplimiento de una norma independiente del derecho internacional como aquella reflejada el Artículo 3 del Acuerdo de 1991[973].

Retomando el ejemplo de las disposiciones del artículo 1121-1b) del TLCAN, estas son muy claras y obligan al inversionista a renunciar a sus pretensiones bajo el BIT si se reclama la pérdida o el daño de la empresa, por ejemplo. Sin embargo, otra cosa es que bajo el BIT no se reclama la perdida, sino que la perdida viola una regla del BIT. Como se puede ver, las acciones y sus contenidos son diferentes. En la acción local, se reclama el incumplimiento contractual, y en el arbitraje, se alega la violación de una obligación de un tratado. Y si el tribunal local considera que no había incumplimiento, eso por lo tanto no

[972] #105 del laudo.

[973] #105 del laudo.

necesariamente quiere decir que el Estado en su actuar en el marco del contrato no violó una obligación internacional. Claro, es posible que el Estado pueda ser condenado dos veces por lo mismo. Como lo nota el profesor Gaillard:

> Les mêmes montants peuvent être, en théorie au moins, réclamés à un titre ou à un autre, le principe de réparation adéquate gouvernant aussi bien la responsabilité contractuelle de droit privé que la responsabilité internationale de l'Etat[974].

Y justamente ese es el problema. ¿Cómo convencer al Estado de pagar dos veces, aunque conceptualmente eso puede justificarse? El riesgo es de matar la gallina en el huevo y orillar a los Estados a salirse de los procedimientos arbitrales; situación que sería catastrófica para los inversionistas. Para responder a esa inquietud, Jan Paulsson como árbitro único en Pantechniki[975], propuso no diferenciar los asuntos ante los tribunales nacionales e internacionales según su carácter legal (demanda contractual o demanda convencional) sino según su objeto. Si materialmente es lo mismo, entonces sí el *Fork on the road* deberá tener sus efectos:

> [The test is] whether or not the 'fundamental basis of a claim' sought to be brought before the international forum is autonomous of claims to be heard elsewhere. . . [t]he key is to assess whether

[974] Obs. bajo Vivendi, *Clunet*, 2003.230, 235.

[975] *Pantechniki v. Albania*, ICSID, 28/07/2009 (Paulsson).

the same dispute has been submitted to both national and international fora."

El H&H tribunal retomó expresamente el razonamiento de Paulsson para rechazar la demanda de arbitraje[976]. Sin embargo, la mayoría de los tribunales continúan haciendo una distinción entre *contract claims* y *treaty claims*, eliminando de hecho el requerimiento *el fork on the road*, eso además que por el mecanismo de la *Cláusula Paraguas* la violación contractual también constituye una violación convencional.

27.2.2 Cláusula Paraguas

Alexandrov, Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines, *J. World Investment & Trade*, 2004.555 ; Schreuer, Travelling the BIT Route -- Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *J. World Investment & Trade*, 2004.231; Sinclair, The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection, *Int'l Arbitration*, 2004.411.

[976] *H&H vs Egypt*, ICSID, 06/05/2014 (Cremades; Gharavi, Heiskanen): "8. In the Tribunal's view, therefore, instead of focusing on whether the causes of actions relied upon in the claims brought to the local courts and the arbitration are identical, one must assess whether the claims share the same fundamental basis".

600. La cláusula paraguas tiene por objeto considerar como una violación del tratado la violación de cualquier obligación contractual entre el Estado y el inversionista. Vimos con respecto al *Fork on the road*, que la violación de una obligación contractual es distinta de una violación del BIT. Pero por la presencia de una *Umbrella clause*, según el *jargon* inglés (también unas veces referidas como "*observance of undertakings clause*"), la violación contractual se vuelve *ipso facto* e *ipso jure* una violación del tratado. La teoría llega sólo hasta allí; en la práctica, los tribunales arbitrales han dado numerosas decisiones contradictorias sobre la interpretación de la cláusula paraguas. En SGS v. Pakistan[977], la cláusula paraguas estipuló:

> Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.

En SGS v. Philippines[978], la cláusula paraguas enunció:

> Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party."

[977] *SGS. v. Pakistan*, ICSID, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 06/08/2003 (Feliciano; Faurès, Thomas).

[978] *SGS v. Philippines*, ICSID, Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction, 29/01/2004 (El-Kosheri; Crawford, Crivellaro).

Para el *SGS/Pakistan* Tribunal, la *Umbrella clause* significó que sólo ciertas obligaciones bajo circunstancias excepcionales pudieran entrar en la cláusula:

> we do not preclude the possibility that under exceptional circumstances, a violation of certain provisions of a State contract with an investor of another State might constitute violation of a treaty provision (like Article 11 of the BIT) enjoining a Contracting Party constantly to guarantee the observance of contracts with investors of another Contracting Party. For instance, if a Contracting Party were to take action that materially impedes the ability of an investor to prosecute its claims before an international arbitration tribunal (having previously agreed to such arbitration in a contract with the investor), or were to refuse to go to such arbitration at all and leave the investor only the option of going before the ordinary courts of the Contracting Party (which actions need not amount to "denial of justice"), that Contracting Party may arguably be regarded as having failed "constantly [to] guarantee the observance of [its] commitments" within the meaning of Article 11 of the Swiss-Pakistan BIT. The modes by which a Contracting Party may "constantly guarantee the observance of" its contractual or statutory or administrative municipal law commitments with respect to investments are not necessarily exhausted by the instant transubstantiation of contract claims into BIT claims posited by the Claimant[979].

[979] #172.

Mientras que para los árbitros en *SGS/Filipinas*, cualquier obligación contractual se volvió una obligación internacional, véase de manera general cualquier obligación, aunque no-contractual.

Todo depende entonces de la redacción de la cláusula. Se pueden distinguir 3 tipos de cláusulas:

a) la *cláusula restrictiva*, como la que se desprende por ejemplo del BIT entre México e Islandia:

> Article 8: Application of other Rules. Each Contracting Party shall observe <u>any other obligation it may has assumed in writing</u>, with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party. However, <u>disputes arising from such obligations shall be settled only under the terms of the contracts underlying the obligations</u>,

y que no permite un efecto paraguas, visto que claramente establece que las violaciones contractuales no son violaciones internacionales si no son en relación directa con el mero contrato de inversión.

b) la *cláusula modelo*, como ya se había incluido en el primer BIT histórico Alemania-Pakistán, y que se encuentra en la mayoría de los BITs bajo una forma más o menos similar como sigue:

> Each Contracting Party shall observe <u>any obligation it has assumed with regard to investments</u> in its territory by investors of the other Contracting Party.

Es justamente esta cláusula la que da pauta a todas las interpretaciones. La corriente jurisprudencial *El Paso*[980] intenta introducir la tradicional distinción *de jure imperii/ de jure gestionis*, donde el contrato firmado con el Estado como soberano está bajo el amparo del Umbrella, mientras que las obligaciones contractuales con el Estado como comerciante no son amparadas. Asimismo, no hay una línea arbitral clara si el *Umbrella* sólo se aplica a los contratos celebrados directamente con el Estado[981], o también a aquellos firmados con entidades federativas o para-estatales por ejemplo[982].

c) finalmente, la *cláusula extensiva:*

> "Each contracting Party shall create and <u>maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment</u>, including the compliance, in good faith of all undertakings assumed with regards to each specific investor,

---

[980] *El Paso Energy v. Argentina*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 27/04/2006 (Caflish; Stern, Bernadini); *CMS v. Argentina*, ICSID, 12/05/2005 (Orrego Vicuña; Lalonde, Rezek); *Sempra v. Argentina*, ICSID, 28/09/2007 (Orrego Vicuña; Lalonde, Morelli Rico).

[981] *Noble Venture v. Romania*, ICSID, 12/10/2005 (Böckstiegel; Lever, Dupuy).

[982] *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID, Decision on Jurisdiction, 22/04/2005 (Danelius; Brower, Stern).

la cual no da base legal para un efecto paraguas, visto que se trata de una simple declaración de intención[983].

Son entonces las cláusulas modelo las que deben ser interpretadas. En nuestra opinión retener la interpretación restrictiva de *SGS/Pakistan* vacila la cláusula de cualquier efecto, y el ejemplo dado por los árbitros es muy poco convincente. Lo anterior también se aplica al hecho de que no importa cual entidad estatal celebró los contratos: la cláusula paraguas tiene que aplicarse, visto que es deber del Estado asegurar que las entidades bajo su control cumplan con la legalidad.

27.3 Cláusula de la Nación más favorecida

Dumberry, The Importation of the FET Standard through MFN Clauses: An Empirical Study of BITs, *ICSID Review*, 2017.116; Douglas, The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails, *J Int. Disp. Settlement*, 2011.97; UNCTAD, *Most-favoured Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2010.

601. La cláusula de la nación más favorecida – *most favoured*

[983] *Construttori S.p.A. and Italstrade v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID, 31/01/2006 (Guillaume; Cremades, Sinclair).

nation (MFN) - se ha vuelta desde hace tiempo un dolor de cabeza en materia de arbitraje sobre inversión extranjera. La práctica consiste en invocar otro BIT sobre el cual se asienta la competencia para obtener sus beneficios, como por ejemplo requisitos más favorables para establecer la jurisdicción (por ejemplo, el otro BIT no prevé el requisito de un plazo previo de negociación), a título de la MFN. La pregunta es si sólo derechos sustanciales pueden ser invocados por la vía de la MFN o también derechos procesales. Los tribunales arbitrales se encuentran divididos. En nuestra opinión, no hay que distinguir. Si existe un "derecho", este puede ser invocado por la MFN. Sin embargo, es cierto que hay un problema de interpretación. Por ejemplo, el hecho que el BIT invocado no establezca un periodo obligatorio de negociación, tal cual, eso no se ve como un derecho...al menos de considerar que es un "derecho de ir al arbitraje sin negociación" como lo ha considerado Mafezzini[984]. No lo vemos así. No se trata de un derecho sino de una obligación: la obligación de negociar primero antes de ir al arbitraje. En resumen, la MFN se aplica a derechos, que sean procesales o substanciales.

---

[984]*Maffezini v. Spain*, ICSID, Jurisdiction, 25/01/2000 (Orrego Vicuña; Buergenthal, Wolf). Ver también: *Siemens v. Argentina,* ICSID, *Jurisdiction,* 03/08/2004 (Sureda; Brower, Bello Janeiro); *Gas Natural SDG v. Argentina,* ICSID, Jurisdiction, 17/06/2005 (Lowenfeld; Álvarez, Nikken); *Hochtief AG v. Argentina,* ICSID, Jurisdiction, 24/10/2011(Lowe; Brower, Thomas). *Contra*: *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, ICSID, 08/12/2008 (Nariman; Torres Bernárdez, Bernardini).

602. Lo que sí es cierto es que la MFN no permite establecer la jurisdicción de un tribunal. Un caso muy ilustrativo es el de Telenor[985]. El BIT base de la reclamación fue el de Noruega con Hungría, en el cual se estableció que sólo en ciertos casos bien definidos se puede ir al arbitraje. Sin embargo, todos los demás BITs de Noruega prevén que cualquier asunto es arbitrable. Telenor no pudiendo entrar con el BIT de Hungría, argumentó que por el juego de la MFN tendría que tener derecho de beneficiar de las cláusulas más amplias de los demás BITs. El tribunal rechazó visto que una cosa es que existe una jurisdicción y por la MFN no se debe aguantar el periodo del cool-off por ejemplo, más que otra es de crear una jurisdicción donde no existe. Varios otros tribunales compartieron la misma postura[986].

---

[985] *Telenor v. Hungaria,* ICSID, 13/09/2006 (Goode; Allard, Marriot).

[986] *Salini v. Jordan*, ICSID, 31/01/2006 (Guillaume; Cremades, Sinclair); *Plama v. Bulgary*, CIADI, 27/08/2008 (Salans; van den Berg, Veeder).

LECCION 28: EL DERECHO SUBSTANCIAL

603. Los TLCs y BITs protegen al inversionista en contra de las expropiaciones de sus inversiones, y contra el mal-actuar, intencional o no, del Estado que perjudica los negocios en los cuales ha invertido, a través de los "tratos" y otros estándares. Sin embargo, es menester ver primero cuál es la Ley aplicable a esos asuntos.

28.1 La determinación del Derecho sustancial

Shihata & Parra, Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration Under the ICSID Convention, *ICSID Review*, 1994.183.

604. La Convención de Washington prevé la aplicación del Derecho nacional del Estado de recepción, salvo pacto contrario. No obstante, la Convención dispone también la aplicación de los "principios internacionales en la materia". ¿Principios de complementariedad, o principios en función de una norma suprema? Si, unas decisiones fueron en el sentido de la primera hipótesis, al ejemplo de la jurisprudencia *Klöckner*[987], otros laudos fueron más allá. Los árbitros desde la jurisprudencia *LETCO*[988] someten regularmente la *lex causae* al Derecho internacional. No se

[987] *Klöckner v. Cameroon*, Comité ad hoc, Decisión de anulación, 03/05/1985 (Lalive; El-Koshori, Seidl-Hohenveldern).

[988] *Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia*, ICSID, 31/03/1986 (Cremades; Goncalves Pereira, Redfern). A señalar que de cierta manera la decisión de anulación en el caso *Klöckner* ya anunció que el Derecho internacional podría servir como estándar correctivo.

trata de llenar las *lacunae* legislativas[989], como lo expresó el tribunal arbitral en el asunto de las *Pirámides*[990], sino de verificar si la Ley nacional no contraviene al *jus gentium*. Tal fue la posición en el caso *AMCO* del comité *ad hoc* de revisión[991] y del segundo Tribunal Arbitral[992].

605. Con la decisión *Wena* del comité de revisión[993], una nueva etapa fue iniciada. En ausencia de un *electum juri*, los árbitros que tienen que aplicar la Ley nacional del Estado de recepción, ya no van a utilizar el Derecho

---

[989] Como lo explica Pierre Mayer, cada regla jurídica puede ser escrita ya sea bajo la forma "Si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica resulta", o bajo la forma "si tal evento se produce, tal consecuencia jurídica no resulta". La primera proposición de la frase se llama la hipótesis o el presupuesto; la segunda el efecto o la consecuencia jurídica. Si ninguna fuente del derecho no ha expresamente formulado una regla con tal consecuencia jurídica por tal tipo de efecto, se resuelva del silencio una regla implícita según cual este tipo de hechos no tiene consecuencias. Ahora bien, un árbitro es designado a resolver una disputa portando sobre una cuestión A según el Derecho B. Pero, no encuentra en el Derecho B ni una Ley, ni una jurisprudencia, ni una costumbre sobre la cuestión A. ¿Qué hacer? ¿Decir que el Derecho B es lagunoso y recorrer a otro Derecho como la hizo Lord Asquith of Bishopstone en el diferente *Petroleum Development contre el Cheik d'Abu Dhabi*, Ad hoc, 28/08/1951, *ICLQ*, 52.247)? O, ¿hacer como haría el juez del Estado B? ¿Este rechazaría aplicar su Derecho con el pretexto que no hay ninguna regla? Obviamente, ¡que no! El encontrará una regla: una regla implícita. Es por eso que ningún orden jurídico es lacunario y que la justificación de la intervención del Derecho internacional en esta hipótesis es ¡más que discutible!

[990] *SPP v. Egypt,* ICSID, 10/05/1992 (Jimenez de Arechaga; El Mahdi, Pietrowsky).

[991] *AMCO v. Indonesia*, Comité ad hoc, 20/11/1984 (Seidl-Hohenveldern; Feliciano, Giadina).

[992] *AMCO v. Indonesia* II, ICSID, 31/05/1990 (Higgins; Lalonde, Magid).

[993] *Wena Hotels Ltd v. Egypt*, Comité ad hoc, 05/02/2002 (Kerameus; Bucher, Orrego Vicuña).

internacional en su función de corrección – llenar lagunas o resolver contradicciones entre la Ley nacional y el *jus gentium*[994] – sino como una fuente autónoma. En efecto, se decidió que es permitido aplicar el Derecho internacional en conjunto con el Derecho local o "aplicar el Derecho internacional de manera autónoma cuando la regla apropiada sea parte de su campo de aplicación". Lo que tiene por consecuencia que, en materia de BITs, el Derecho aplicable es siempre el Derecho internacional, como lo sostiene el Comité de anulación del CIADI en el asunto *Azurix*:

> Resulta claro para el Comité que, a los efectos de la determinación del contenido del estándar de "trato justo y equitativo", el Tribunal aplicó los términos del mismo TBI, así como principios de derecho internacional aplicables, inclusive el derecho internacional de los tratados. No se sugirió que el contenido del estándar estuviera definido por el derecho interno o que la determinación de la violación del estándar dependiera de la determinación del incumplimiento de obligaciones en virtud del derecho interno"[995].

Esta verificación normativa interviene también en presencia de una elección de Ley aplicable, restringiendo así de manera sustancial la voluntad de las partes; no obstante, se puede pensar que las partes en litigio tienen la

---

[994] Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, *ICSID Rev*., 2000.362.

[995] *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID, 01/09/2009 (Griffith; Ajibola, Hwang).

posibilidad de precisar de manera expresa en su *electum juri* la posibilidad de excluir el Derecho internacional. Con el TLCAN, la regla indirecta se vuelve directa. En efecto, el artículo 1131 del Capítulo 11 prevé que la controversia se resolverá según las reglas del Tratado y del Derecho internacional eliminando así la Ley nacional. Y tal es también hoy la postura de los tribunales arbitrales, que ya no buscan la Ley aplicable, sino aplican "directamente" los estándares, interpretados según el Derecho internacional, y eso que se considera que por la invocación de un BIT las partes han elegido el Derecho aplicable:

> [t]his being a dispute under a BIT, the parties have agreed that the merits of the dispute will be decided in accordance with international law[996].

Este *electum juris* excluye consecuentemente el Derecho local[997]:

> the Tribunal's inquiry is governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law, [with the law of Argentina being] an element of the inquiry," [though no more than that] because of the treaty nature of the claims under consideration[998],

---

22 *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Chile*, ICSID, 25/05/2004 (Rigo Sureda; Lalonde, Oreamuno Blanco).

997 Sin embargo, no todos los tribunales siguen esa linea. Por ejemplo en *AIG Capital Partners,* el tribunal estimó que se aplicará el Derecho local "read with and controlled by the provisions contained in the BIT" (*AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. Kazakhstan,* ICSID, 07/10/2003, (Nariman; Bernardini,Vukmir).

lo que tendría por consecuencia el contradecir lo que hemos dicho sobre la cláusula de elección de la Ley aplicable en la medida de que hemos sugerido que las partes pueden excluir de manera expresa el Derecho internacional. En efecto, por la aplicación en *voie directe* del BIT, se elimina esta posibilidad (que sin embargo debería continuar existiendo en un arbitraje bajo la sola Convención de Washington), y es cierto que la gran mayoría de los árbitros ya no se preguntan cuál es el Derecho aplicable, sino aplican directamente los BITs con sus diversos estándares.

28.2 Los estándares

Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008

606. Los BITS y TLCs contienen un sin fin de estándares con formulaciones bastante diferentes. Sin embargo, existe un grupo homogéneo que podremos llamar los "tratos", completados por otros estándares heterogéneos.

28.2.1 Los tratos

607. En todos los tratados sobre inversión extranjera se puede encontrar en una u otra formulación el Trato Nacional, el Trato Mínimo y el Trato Justo y Equitativo. Todos tienen en común la disposición de que el Estado debe de "tratar" al inversionista de una cierta manera,

empezando por no discriminarlo con respecto a los nacionales.

A - El Trato Nacional

Sabahi, National Treatment - Is Discriminatory Intent Relevant, *in*: *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Vol.1, Jurispub, 2012.269.

608. El Trato Nacional (TN) protege al inversionista en contra de las discriminaciones a favor de los nacionales. Procesalmente, el inversionista tiene que alegar y comprobar la discriminación; el Estado debe justificarla. En caso contrario, hay una violación del estándar. El razonamiento se hará en 3 puntos:

> ¿Existen inversionistas locales dedicados al mismo negocio que el inversionista reclamante, con los que se pueda hacer la comparación?
>
> ¿De existir inversionistas locales ¿se encuentran en circunstancias similares?
>
> ¿Hubo conductas discriminatorias por parte del Estado receptor de la inversión, sean éstas derivadas de una norma o de una práctica?

Sin embargo, uno de los grandes problemas es la definición de la situación a tomar en cuenta para dar constancia de

una eventual discriminación[999]. Es así como por ejemplo en el asunto *Feldman v. México*[1000] se tomó el sector particular de la actora para verificar si en este sector hay una discriminación entre el inversionista extranjero y las empresas locales. En *Occidental v. Ecuador*[1001], el tribunal estimó que no es el sector particular el que tiene que ser la base de comparación, sino la situación global de todas las empresas locales. En otras palabras, se debe determinar el mercado pertinente, y *distinguir entre peras y manzanas*. Ahora bien, si hay una violación del TN, ésta no necesariamente constituye una violación del Trato Mínimo, pero sí puede también ser una violación del Trato Justo y Equitativo.

B - El Trato Mínimo y el Trato Justo y Equitativo

609. El Trato Mínimo es un estándar tradicional del Derecho internacional general, mientras que el Trato Justo y Equitativo es una creación convencional cuyo régimen legal constituye un gran misterio para cualquier litigante. Además, los dos son confundidos la mayoría del tiempo, al punto que uno se puede preguntar si no se trata de un solo estándar.

---

[999] Dolzer, Rudolfo, National Treatment: New Developments, *Making the most of international investment agreements: A common agenda*, París, OCDE, 2005.

[1000] *Marvin Feldman v. México*, ICSID, 16/12/2002 (Kerameus; Corarrubias, Gantz).

[1001] *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, LCIA, 01/07/2004 (Orrego Vicuña; Brower, Barrera).

a) El Trato Mínimo

Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2013

610. De manera positiva, el Trato Mínimo (TM) consiste en la garantía que los Estados otorgan a los extranjeros para un mínimo de protección, aun cuando no le otorgan tales garantías a sus nacionales. Para tomar un ejemplo pedagógico, se puede decir si las Leyes internas no prevén el derecho al abogado durante un juicio penal, el TM obliga al Estado de otorgar tal derecho al extranjero. Por lo tanto, negativamente, es una violación del TM, tal como se desprende de la definición clásica del laudo Neer[1002], "un trato tan alejado de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial inmediatamente reconocería tal alejamiento". En este sentido el TM protege *in abstracto* contra las arbitrariedades, injusticias y denegación de la justicia[1003] por ejemplo:

> the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of

[1002] *L.F.H. Neer & Pauline Neer v. Mexico*, Mexico/USA General Claim Commission, 15/10/1926 (Moore; De Lapradelle, Politis).

[1003] Ver también *infra* # 614.

> natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant[1004],

y siendo un estándar del Derecho internacional consuetudinario, se requiere la prueba de la práctica de los Estados y su *opinio juris*[1005]:

> It is ironic that the decision considered reflecting the expression of the minimum standard of treatment in customary international law is based on the opinions of commentators and, on its own admission, went further than their views without an analysis of State practice followed because of a sense of obligation. By the strict standards of proof of customary international law applied in *Glamis Gold*, *Neer* would fail to prove its famous statement[1006]

[1004] *Waste Management II*, ICSID, 30/04/2004 (Crawford; Civiletti, Magallón Gómez).

[1005] *Cf* CAFTA, Annex 10-B on customary international law: "The Parties confirm their shared understanding that 'customary international law' generally and as specifically referenced in Articles 10.5, 10.6, and Annex 10-C results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 10.5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens." Ver también *Glamis Gold*, que requiere la prueba de la opinio juris (*Glamis Gold Ltd v. U.S.*, UNCITRAL, 08/06/2009 (Young; Caron, Hubbard).

[1006] *Cf Railroad Development Corporation (RDC) v. Guatemala*, ICSID, 29/06/2012 (Sureda; Eizenstat, Crawford).

La cuestión que remanece es si el Trato Mínimo está "congelado" en la definición de *Neerd*, o si hoy puede contener más elementos que hace casi unos 100 años. La posición de México, la cual es hoy la de la mayoría de los Estados y de los tribunales arbitrales es la siguiente:

> Mexico, corrected the interpretation of its submission by the Pope & Talbot Tribunal. Although the test in Neer does continue to apply and "the conduct of government toward the investment must amount to gross misconduct, manifest injustice or in the classic words of the Neer claim, an outrage, bad faith or the wilful neglect of duty", Mexico also agrees that "the standard is relative and that conduct which may have not violated international law [in] the 1920s might very well[1007].

En la actualidad, el TM no da lugar a muchas interrogantes por si mismo. El debate existe sobre el hecho de que si el Trato justo y equitativo es parte del TM.

b) El Trato justo y equitativo

> Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, *Journal of World Investment and Trade*, 2005.357; OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004.

[1007] Second Submission of the United Mexican States in the Matter of *ADF Group Inc. v. U.S.*, 22 /07/2002, p. 15.

611. El Trato justo y equitativo (*Fair & Equitable Treatment*, FET) tiene el objetivo de asegurar un marco legal transparente, justo, consistente y estable en materia de inversión extranjera[1008]. Sin embargo, presenta un verdadero problema de definición, visto que varios tribunales han considerado que el FET equivale o es parte al Trato Mínimo[1009], tal como es la postura oficial de los países del TLCAN, al contrario de la Unión Europea que lo considera – aún - de manera general como un estándar autónomo. Los primeros intentan de proteger al Estado (visto que el TM es complicado de comprobar), mientras que los europeos ponen el acento sobre la protección del inversionista, sin embargo, esta postura puede cambiar en el marco del TLC entre la UE y los EU. En nuestra opinión, si los Estados partes del BIT han previsto un TM y un FET, es obvio que no han pensado que se trata de lo mismo. El TM protege *in abstracto* contra acciones del Estado que son "chocantes" según la definición de *Neer,* y siendo un estándar del Derecho internacional consuetudinario, se requiere la prueba de la práctica de los Estados y su *opinio juris*; el FET, al contrario, no requiere que sea chocante la violación, sino tiene por objetivo medir *in concreto* si el Estado receptor de inversión ha actuado de manera "justa" y/o "equitativa", quiere decir, de buena fe, con una conducta transparente, consistente y no-arbitraria, y que

---

[1008] Ver por ejemplo: *Swisslion v. Macedonia*, ICSID, 06/07/2012 (Guillaume; Price, Thomas).

[1009] *Deutsche Bank AG v. Sri Lanka*, ICSID, 31/10/2012 (Hanotiau; Ali Khan, Williams).

cumpla con el *due process*[1010] y según el principio de proporcionalidad (por ejemplo decretar una recisión administrativa de una concesión por un error menor es un trato "injusto" por ser desproporcional[1011]). La diferencia entre el FET y el TM es también procesal. La carga de la prueba es de la actora en relación con el TM, y cual más grande dificultad será de comprobar la *opinio juris*; mientras que, para el FET, es suficiente que la actora alegue, y al Estado le corresponde la carga de la prueba de lo contrario.

612. La confusión entre ambos estándares tiene su origen en el caso Pope & Talbot, en el cual el tribunal de manera muy correcta interpretó el FET como un estándar autónomo que no exige que se compruebe que la conducta del Estado sea "*egregious*," "*outrageous*", "*shocking*" o "*otherwise extraordinary*"[1012]. La reacción de los Estados miembros del TLCAN fue virulenta, y la Comisión del TLCAN emitió una nota interpretativa estableciendo que el FET es parte del TM con todas sus consecuencias. Desde entonces, se hizo el *trend* de confundir el FET con el TM. Si hoy en fecha, en los BITs y TLCs en los cuales los Estados Unidos son parte, ya no hay lugar a debatir sobre la cuestión, en las demás situaciones, la jurisprudencia continúa siendo

---

[1010] Ver por ejemplo: *Waste Management II*, CIADI, 30/04/2004 (Crawford; Civiletti, Magallón Gómez).

[1011] *Occidental Petroleum v. Ecuador*, ICSID, 05/10/2012 (Fortier; Williams, Stern).

[1012] *Pope & Talbot Inc v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award of merits Phase II, 10/04/2001 (Dervaird; Greenberg, Belman).

dividida. El nuevo BIT Modelo de Argentina también, por razones obvias, prevé que el FET tiene que ser comprobado según el estándar del TM. Se queda la interrogante sobre la diferenciación entre el FET y el Trato mínimo; cuestión que también existe en relación con otros estándares como la Denegada de Justicia.

28.3.2 Los otros estándares

613. En numerosos casos se ha alegado que la Denegada de Justicia es un estándar autónomo, lo que tiene que ser verificado. También se debe mencionar la cláusula de Seguridad y Protección que se puede encontrar en numerosos tratados.

A – Denegada de Justicia

Goldhaber, The Rise of Arbitral Power over Domestic Courts, *Standford Journal of Complex Litigation*, 2013.373; Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2011

614. Es altamente discutido en la doctrina y la jurisprudencia si la denegación de justicia es parte de otros estándares como el TM, o si es un estándar autónomo. Una doctrina muy autorizada en la persona de Jan Paulsson alega que no se trata de un estándar sino de una acción delictual autónoma, cuya *raison d'être* no se

limita sólo en lo relativo a la inversión extranjera. Tal es también la postura del *Charles Arif* Tribunal:

> It follows from there, firstly, that international law allows a free-standing claim for denial of justice and secondly, that such claim can only be successfully pursued by a person that was denied justice through court proceedings in which it participated as a party[1013].

Sin embargo, no estamos convencidos. En efecto, si el arbitraje interviene en el marco de un BIT, y según su formulación, sólo los estándares contenidos en él y sus correspondientes violaciones pueden ser arbitrados. Si se prevé cláusula ninguna que establezca el estándar de la Denegada de Justicia, o si no se estipula una cláusula general previendo cualquier violación del Derecho internacional, la Denegada de Justicia no puede ser una acción autónoma, pero tiene que ser necesariamente parte del TM por ejemplo. En el asunto *Charles Arif* , es cierto que la distinción no fue meramente académica: si el vehículo societario fue víctima de una denegada de justicia, el inversionista persona física no podrá alegar la Denegada de Justicia como un estándar autónomo, visto que no fue personalmente víctima de la denegación de justicia. Si la Denegada de Justicia es parte del TM, entonces sí, el inversionista puede alegar la denegación de justicia como una violación del TM. Sea lo que sea, en nuestra opinión, no hay razón para considerar la denegada de justicia como

[1013] *Mr Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID, 08/04/2013 (Cremades; Hanotiau, Knieper).

un estándar autónomo, sino que es parte del TM, tal como lo ha establecido el Tribunal *Iberdrola*:

> [427] Para el Tribunal, el hecho de que el Tratado incluya la obligación de dispensar al inversionista un tratamiento justo y equitativo no significa, *per se*, como lo alega Iberdrola, que el estándar de denegación de justicia del Tratado sea más amplio que el del derecho internacional consuetudinario. La Demandante no fundamentó ni probó su alegación de que el estándar de denegación de justicia, según el Tratado sea más amplio que el establecido por la costumbre internacional. En consecuencia, el Tribunal, con fundamento en el en el texto del Tratado, que establece como trato mínimo el del derecho internacional consuetudinario, hará referencia al concepto de denegación de justicia en el estado actual del derecho internacional consuetudinario, que ha tenido un desarrollo consistente en las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales[1014].

Ahora bien, si se considera la Denegada de Justicia parte del FET considerado a su vez como un estándar autónomo, entonces los tribunales arbitrales se vuelven automáticamente en cortes de apelación, visto que ya no se trataría de ver si el resultado de la administración de la justicia fue *in abstracto* "chocante" en comparación de los valores internacionales, sino revisar *in concreto* si las diversas decisiones de los tribunales nacionales fueron "justas". Sin embargo, los Estados Unidos consideran que sí es parte del FET:

[1014] *Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala*, ICSID, 17/12/2012 (Zuleta; Oreamuno, Derains).

> [This] obligation to provide "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world..."[1015] ,

lo que implica un razonamiento bastante complicado, visto que, en el marco del TLCAN, entre otros, la Denegada de Justicia es parte del FET, que es parte del Trato Mínimo. ¿No sería más sencillo simplemente afirmar que el TM cubra la denegada de justicia?

615. Sea lo que sea, es indiscutible que la Denegada de Justicia no permita una "apelación" de una decisión desfavorable: sino que:

> Indeed, international tribunals must refrain from playing the role of ultimate appellate courts. They cannot substitute their own application and interpretation of national law to the application by national courts. It would blur the necessary distinction between the hierarchy of instances within the national judiciary and the role of international tribunals if "*[a] simple difference of opinion on the part of the international tribunal is enough*" to allow a finding that a national court has violated international law. The opinion of an international tribunal that it has a better understanding of national law than the national court and that the national court is in error, is not

[1015] Art. 5, 2004 *US Model BIT*.

> enough. In fact – as Claimant formulated – arbitral tribunals cannot "*put themselves in the shoes of international appellate courts*",
>
> The Tribunal would stress that the word "surprises" does not occur in isolation. The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection. In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment. This is admittedly a somewhat open-ended standard, but it may be that in practice no more precise formula can be offered to cover the range of possibilities[1016].

616. En resumen, el *Denial of Justice* tal cual no es una vía fácil, sin embargo, encuentra su aplicación de manera disfrazada, como lo dice de manera muy pertinente Michael Goldhaber:

[1016] *Mondev International LTD v. U.S.*, ICSID, 11/10/2002, #127 (Stephen; Crawford, Schwebel).

> In sum, denial of justice has not quite flourished as predicted by Paulsson, but neither has it disappeared. The eight years since he proclaimed a Renaissance have seen six final awards finding a state in violation of an investment treaty based on the action (or inaction) of its judiciary. *Pey Casado* was framed as a denial of justice; *Saipem* as an expropriation; *Chevron I* and *White* as denials of effective means; *Petrobart* as a denial of effective means as well as an unspecified offense; and *ATA* as an unspecified offense. What shall we call the new amorphous phenomenon into which denial of justice has transformed? Review of administrative action is a standard term in the arbitration discourse. The only reason not to use the parallel term—arbitral review of judicial action—is to avoid the taboo suggestion that arbitrators perform any appellate role[1017].

Ahora bien, tal como el Estado tiene que asegurar la justicia según los criterios de la comunidad internacional, tiene también que proveer la seguridad de las personas y sus bienes según un estándar internacional.

B – Plena Seguridad y Protección

> Malik, The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?, *IISD Papers*, 2011.

[1017] *Op.cit.*, p. 393.

617. Por firmar una cláusula de Plena Seguridad y Protección, el Estado se obliga a resguardar la inversión. Tradicionalmente, se entiende que se trata de la seguridad física – en tiempos de conflicto - y que la obligación es de medio y apreciada *in abstracto*[1018], aunque también la apreciación *in concreto* se ha visto[1019] . Sin embargo, en tiempos recientes, unos tribunales arbitrales han considerado que se trata de la seguridad en todos los sentidos: física, legal y comercial[1020], lo que nos parece ilógico al entonces equivaler al FET. Y como de costumbre, los nuevos BITs de los Estados Unidos vinculan la Plena Seguridad al Trato Mínimo:

[1018] "[It] is nothing more nor less than the reasonable measures of prevention which a *well-administered government* could be expected to exercise under similar circumstances" (*AAPL v. Sri Lanka*, ICSID, 27/06/1990 (El-Kosheri; Goldman, Asante).

[1019] *Pantechniki v. Albania*, CIADI, 28/07/2009 (Paulsson).

[1020]"If the parties to the BIT had intended to limit the obligation to "physical interferences," they could have done so by including words to that effect in the section. In the absence of such words of limitation, the scope of the Article 5(1) protection should be interpreted to apply to reach any act or measure which deprives an investor's investment of protection and full security, providing, in accordance with the Treaty's specific wording, the act or measure also constitutes unfair and inequitable treatment. Such actions or measures need not threaten physical possession or the legally protected terms of operation of the investment. Thus protection and full security (sometimes full protection and security) can apply to more than physical security of an investor or its property, because either could be subject to harassment without being physically harmed or seized"(*Vivendi v. Argentine,* ICSID, 20/08/2007 (Kaufmann-Kohler; Bernal Verea; RowLey).

Article 10.5: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) "full protection and security" requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.

Sin embargo, en los recientes TLCs de la Unión Europa como el con Singapur, se especia claramente que se trata únicamente de la seguridad física[1021].

***

[1021] Titi, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements , *EJIL*, 2015.639

618. El argumento principal para la utilización de los estándares consiste, según sus defensores, en sostener que no es posible poner un gran número de Estados de acuerdo sobre reglas precisas y detalladas, y que consecuentemente sólo los estándares pueden llegar a constituir un instrumento de consenso entre los países. En primer lugar, el Derecho positivo demuestra lo contrario, visto que casi todos los tratados internacionales, a excepción de los relativos a la inversión extranjera, son constitutivos de reglas detalladas (como por ejemplo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, etc…). En segundo lugar, la mayoría de los tratados sobre inversión extranjera son tratados bilaterales y no multilaterales, lo que hace aún más fácil la negociación de reglas en lugar de principios vagos. En tercer lugar, unos 15 años después del histórico TLC con Estados Unidos y Canadá, y varios tratados bilaterales sobre inversión extranjera, México ya tiene suficientemente experiencia para poder definir cuáles son las reglas que quiere ver aplicarse: tanto reglas que protegen el Estado en su función soberana, como reglas previsibles y atractivas para los inversionistas extranjeros. Además, ciertos "nuevos" estándares en realidad no contribuyen a la protección ni del inversionista ni del Estado, sino, al contrario, aumentan la confusión. Por ejemplo ¿cuál es la diferencia entre el Trato de la Nación

Más Favorecida y el Trato No Menos Favorable[1022], y entre este último y el TN? Todas esas inconsistencias en las formulaciones de los estándares explican la disparidad de los fallos y la imposibilidad de construir un Derecho jurisprudencial coherente. La postura de los Estados Unidos también es incoherente. Si es cierto que el Capítulo 11 del TLCAN fue dirigido en su inicio hacía México para proteger las inversiones americanas, es también cierto que los E.U. fueron sus propias víctimas a la luz de las numerosas demandas que recibieron en su contra por inversionistas extranjeros en los Estados Unidos. Sin embargo, es de olvidar que los EU también son el país con el mayor número de inversionistas en el mundo. Al relacionar todos los tratos con el Trato Mínimo, se cierra la puerta a muchas acciones que, sin embargo, son legitimas. Un ejemplo sencillo puede ilustrarse así: un gobierno promete al inversionista que tendrá su permiso de explotación en x tiempo, y que mientras tanto, ya puede empezar con la construcción de su planta. Al terminar la construcción, resulta que hay un cambio de gobierno, y la empresa no obtiene su permiso. ¿Qué tiene que comprobar la empresa para demostrar que hay una violación del FET? Pues una costumbre internacional, con su necesaria *opinio juris*, que un gobierno no tiene el derecho de no cumplir con sus promesas…..¿no es una *probatio diabólica*? Eso además, si nuestro ejemplo sería bajo el TPP, el artículo 9.6.4 expresamente prohíbe una acción arbitral en tal

[1022] "Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar […] a los inversionistas de la otra Parte Contratante, […], un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus inversionistas, o el tratamiento otorgado a los inversionistas de la Nación más favorecida, si el último es más favorable".

hipótesis[1023]. Total, no cae duda que los EU cortan la protección del inversionista a través del TM, mientras que la Unión Europea intenta otorgar y recibir el máximo de garantías para el inversionista a través del FET como estándar autónomo por ejemplo[1024]. Ahora bien, para esquivar la problemática del TM, que hay más y más acciones que se focalizan en la expropiación, en particular aquella llamada indirecta.

C - La Expropiación

Isakoff, Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments, *The Global Business Law Review*, 2013.189; UNCTAD, *Expropriation*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012 ; WortLey, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, 1959.

619. Si históricamente, la expropiación directa es el estándar más antiguo, y en sí no llama muchos comentarios, salvo a decir lo obvio que es que se requiere por parte del Estado,

[1023] " For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result".

[1024] Titi, International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements , *EJIL*, 2015.639

la compensación según los estándares del Derecho internacional, la situación es diferente para la expropiación indirecta ("*tantamount to expropriation*"). Ella consiste en una depravación substancial[1025] del valor económico o de la viabilidad de la empresa del inversionista, por lo tanto, la mera ausencia de utilidades constituye una violación del estándar[1026]. Por ejemplo, el aumento razonable del impuesto sobre el producto tendrá por consecuencia que la empresa del inversionista obtenga menos utilidades, pero no hay una expropiación indirecta; mientras que un aumento fantástico del impuesto tendrá por consecuencia la imposibilidad de vender el producto, y entonces sí habría una expropiación indirecta, lo que se denomina el "*regulatory taking*"[1027]. Sin embargo, la línea es delgada entre el *regulatory taking* y el *State Policy Power*, que es la legitimidad del Estado para tomar medidas regulatorias[1028]. La expropiación también puede darse como una "*creeping expropriation*"[1029], quiere decir que no se realiza en un solo acto, sino paso a paso, como un

---

[1025] *Pope & Talbot Inc v. Canada*, UNCITRAL, Interim Award, 26/06/2000 (Dervaird; Greenberg, Belman).

[1026] *Burlington Resources v. Ecuador*, ICSID, Decision on liability, 14/12/2012 (Kaufmann-Kohler; Stern, Orrego Vicuña).

[1027] Por ejemplo: *Link Trading v. Moldova*, UNCITRAL, 18/04/2002 (Hertzfeld; Buruiana, Zykin).

[1028] Ver por ejemplo: *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17/03/2006 (Watts; Fortier, Behrens).

[1029] Por ejemplo: *Feldman v. Mexico*, ICSID, 16/12/2002 (Kerameus; Covarrubias Bravo, Gantz).

aumento gradual de las cargas fiscales, llevando al final a la imposibilidad de gozar de los beneficios de la inversión. De lo anterior, se desprende que las expropiaciones indirectas son cuestiones de hecho, y deben ser analizadas caso por caso.

LECCION 29: LA FASE POST-ARBITRAL

620. Con el laudo una vez rendido, empieza la fase post-arbitraje, consistiendo, en caso de que una de las partes se inconforme con lo juzgado, o en la revisión/nulidad del laudo, y/o en la ejecución forzosa de la sentencia arbitral. Si *prima facie* es de pensar que lo que importa es la fase arbitral – ganar/perder -, en realidad hay dos litigios que se cumulan: ganar la fase arbitral, pero también litigar (hasta las últimas consecuencias) la fase post-arbitral. Los casos presentados en contra de Rusia ilustran perfectamente lo anterior. En el asunto *Noga*[1030], Rusia perdió, pero pudo oponerse exitosamente a la ejecución gracias a su inmunidad[1031]. En *Quasar de Valores,* Rusia obtuvo la nulidad del laudo condenatorio[1032]. En la espectacular saga *Yukos*, Rusia fue condenado a un pago de unos ¡50 billones de dólares!, más logró obtener (por el momento) la nulidad del laudo[1033]. No es difícil concluir, que el segundo litigio (nulidad/inejecución) es tan, o a la mejor, aún más importante que el litigio sobre el fondo. Consecuentemente, veremos primero todo lo relativo a la nulidad del laudo, para después considerar los aspectos

[1030] *Compagnie Noga D'importation et D'exportation S.a. v. Russia*, SCC, 01/02/1997.

[1031] *Noga*, CA París, 10/08/2000.

[1032] *Quasar de Valores SICAV S.A. et al v. Russian Federation*, CA Estockholmo, 02/10/2014.

[1033] *Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft*, TI La Haya, 20/04/2016.

relevantes a la ejecución del laudo y las causales de oposición en materia de arbitraje sobre inversión extranjera.

29.1 La nulidad del laudo

621. El procedimiento de anulación del laudo difiere según haya un arbitraje bajo uno de los mecanismos del CIADI o bajo las Reglas UNCITRAL o de un centro arbitral como la LCIA.

29.1.1 La revisión del laudo en el sistema del CIADI

Schreuer, ICSID Annulment Revisited, *in: Legal Issues of Economic Integration*, Kluwer, 2003.103

622. Los laudos rendidos bajo el amparo del mecanismo de arbitraje CIADI pueden de manera excepcional ser revisados y anulados por un Comité *ad hoc*. Al contrario de la clásica acción en nulidad, debemos destacar que hay pocas causales que permitan dicha anulación, así como el hecho de que no es un "superior" con una cierta jurisprudencia que revisa el laudo, sino que para cada caso se constituye un comité *ad hoc* constituido por 3 árbitros, que son "iguales" a los árbitros que han rendido el laudo. Hasta 2013, sólo 13 laudos fueron anulados sobre 433 laudos en total[1034].

[1034] The ICSID Caseload Statistics (ISSUE 2013-2).

Las causales de anulación son:

> (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
>
> (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
>
> (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
>
> (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
>
> (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde[1035].

De lo anterior se desprende que el Comité de revisión no es un órgano de control de la legalidad; si el tribunal se ha equivocado en la aplicación de ciertas reglas de Derecho, no habrá remedio alguno. Como lo ha señalado el *Impregilo* Comité, sólo las causales del artículo 52 pueden ser analizadas por el Comité:

> A juicio de este Comité, resulta necesario hacer una diferencia entre la falta de aplicación del derecho adecuado y un error en la aplicación del derecho. La primera es una causal de anulación en virtud del artículo 52, la segunda no lo es. Revisar el razonamiento sustantivo mediante el cual el Tribunal arribó a sus conclusiones exigiría reexaminar cómo el Tribunal aplicó el derecho o lo

[1035] Art. 52, Convención de Washington.

> interpretó, lo que implicaría que el Comité actúe como un tribunal de apelación, excediéndose de las facultades que le otorga el artículo 52 del Convenio CIADI. A fin de decidir si el Tribunal aplicó o interpretó en forma errónea el derecho en relación con el asunto que resolvió, el Comité necesariamente tendría que evaluar los hechos y las pruebas, así como la adecuación de los principios legales que indican las partes y que han sido analizados y aplicados por el Tribunal. Es evidente que esa es la función de un tribunal de apelación, y no de un comité de anulación[1036].

623. Procesalmente, las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días contando desde la fecha de dictarse el laudo. Al recibir la petición, el Presidente del Consejo de administración del CIADI procederá a la inmediata constitución de una Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros del CIADI. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado al que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados, ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas. Ahora bien, si

[1036] *Impregilo S.P.A. v. República Argentina*, Comite ad hoc, 24/01/2014 (Oreamuno; Zuleta, Cheng); *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Comité ad hoc, 25/09/2007 (Guillaume; Bredin, Crawford).

la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse. Como se consta, este sistema difiere del de Derecho común como es el del arbitraje comercial. Sin embargo, éste también puede aplicarse si fue un arbitraje bajo otras reglas que las del CIADI.

29.1.2 La nulidad del laudo fuera del sistema CIADI

Downer, *Shifting Grounds: Judicial Review under NAFTA Chapter 11 and the Ratification of ICSID*, University of Western Ontario - Electronic Thesis and Dissertation Repository, Paper 2012, 2014

624. Según los BITs, cuando se prevé la posibilidad de hacer arbitrajes bajo otras reglas que las del CIADI, los tribunales judiciales del Estado sede del arbitraje son competentes para recibir las acciones de nulidad del laudo, y son las causales de la *lex sitae arbitri* las que serán consideradas para la eventual anulación del laudo. En otras palabras, si las partes quieren tener una "segunda oportunidad", fijarán la sede en un país cuya legislación prevé muchas causas de nulidad; y *viceversa*, si quieren que el laudo sea lo más "definitivo" posible, eligieran una sede en un país que prevé muy pocas causales. Por ejemplo, en Estados Unidos

existe la posibilidad de tener una revisión casi *de novo* para la causal del "*manifest disregard of Law*", causal que no existe verbigracia en México.

625. Ahora bien, a primera vista, la mayoría de las causales de las Reglas del CIADI y las de la Convención de Nueva York son idénticas o se parecen, y no dan la posibilidad de revisar el fondo del asunto. Sin embargo, la Convención de Nueva York no requiere que la violación procesal sea "seria", o que el *ultra petita* sea "manifesto" o como lo establece la Convención de Washington. Ilustrando este último punto, el *Impregilo* Comité rechazó considerar la "mala" aplicación del Derecho, mientras que en el asunto *Metalclad*[1037], las jurisdicciones canadienses sí sancionaron la "mala" aplicación del Derecho, nulificando (parcialmente) el laudo. Es así como en Impregilo, se estableció:

> A juicio de este Comité, resulta necesario hacer una diferencia entre la falta de aplicación del derecho adecuado y un error en la aplicación del derecho. La primera es una causal de anulación en virtud del artículo 52, la segunda no lo es. Revisar el razonamiento sustantivo mediante el cual el Tribunal arribó a sus conclusiones exigiría reexaminar cómo el Tribunal aplicó el derecho o lo interpretó, lo que implicaría que el Comité actúe como un tribunal de apelación, excediéndose de las facultades que le otorga el artículo 52 del Convenio CIADI. A fin de decidir si el Tribunal aplicó o

[1037] *Mexico v. Metalclad Corp*, BCSC [2001] B.C.J. No. 950.

> interpretó en forma errónea el derecho en relación con el asunto que resolvió, el Comité necesariamente tendría que evaluar los hechos y las pruebas, así como la adecuación de los principios legales que indican las partes y que han sido analizados y aplicados por el Tribunal. Es evidente que esa es la función de un tribunal de apelación, y no de un comité de anulación[1038].

Mientras que en el caso *Metalclad v. México*[1039], se obtuvo la nulidad parcial del laudo por las jurisdicciones canadienses con el motivo de que el tribunal, bajo las reglas UNCITRAL, con sede en Canadá, se extralimitó de su misión por haber identificado una regla de transparencia en el TLCAN, que a juicio de los tribunales judiciales no existe. Si el arbitraje hubiera sido bajo las Reglas CIADI, probablemente el laudo no hubiera sido anulado visto que no se trataba de no haber aplicado el Derecho, sino de haberlo interpretado.

626. Sin embargo, de manera general, los tribunales judiciales en Canadá[1040] y Estados Unidos[1041] han siempre

---

[1038] *Impregilo S.P.A. v. República Argentina*, Comite ad hoc, 24/01/2014 (Oreamuno; Zuleta, Cheng); *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Comité ad hoc, 25/09/2007 (Guillaume; Bredin, Crawford).

[1039] *Mexico v. Metalclad Corp*, BCSC [2001] B.C.J. No. 950.

[1040] Ver por ejemplo: *Mexico v. Karpa* , Ont. SCJ, [2003] O.T.C. 1070.

[1041] Ver por ejemplo: *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, (D.C. Dist. Ct.) 473 F. Supp. 2d 80; 2007 U.S. Dist. LEXIS 10070.

confirmado los laudos[1042], y en realidad, no hay más oportunidades de obtener la nulidad del laudo en los tribunales judiciales que en el procedimiento de revisión del CIADI. En este sentido es muy significativo que los tribunales estatales hayan adoptado la postura del *Impregilo* Comité. Tanto la Suprema Corte americana[1043] como la *High Court* inglesa[1044] han considerado que, por ejemplo, la cuestión de jurisdicción del tribunal arbitral es una cuestión de interpretación de los tratados que incumbe al árbitro y no es susceptible de revisión por los tribunales judiciales, con la notable excepción del caso *Yukos* en los Paises Bajos[1045]. Así, en resumen, se puede decir que por el momento no parece que existe una segunda oportunidad para los Estados en los arbitrajes afuera del CIADI. Sin embargo, se queda una ventaja para el inversionista. Si el Comité *ad hoc* anula un laudo, todo el asunto tiene a fuerzas que ser re-litigado ante un nuevo tribunal arbitral, mientras que, bajo las demás reglas, aunque el laudo fuera anulado por un tribunal judicial, existe la posibilidad de obtenerse la ejecución en otro Estado, tal como lo veremos a continuación.

[1042] Cf también la postura de los tribunales ingleses que han interpretado la jurisdicción de los tribunales arbitrales de manera muy favorable: *The Republic of Ecuador v Occidental Exploration & Production Company,* Court of appeal, [2007] EWCA Civ 656.

[1043] *BG Group PLC v. Argentina*, UNCITRAL, 05/03/2014 (Aguilar Alvarez; Garro, van den Berg).

[1044] *The Republic of Ecuador v Occidental Exploration & Production Company,* Court of appeal, [2007] EWCA Civ 656.

[1045] *Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft*, CA Amsterdam, 28/04/2009.

29.2 La ejecución del laudo

627. Se debe aquí también distinguir entre los laudos del CIADI que tienen su propio régimen de ejecución bajo la Convención de Washington, y los laudos rendidos bajo otras reglas como las de UNCITRAL o de una institución arbitral como la CCI.

29.2.1 Laudos del CIADI

Bottini, Recognition and enforcement of ICSID awards, *TDM* 1 (2009); Baldwin, Kantor & Nolan, Limits to Enforcement of ICSID Awards, *Journal of International Arbitration*, 2006.1; Gaillard & Banifatemi (ed), *Annulment of ICSID Awards*, IAI, 2004.

628. Según el artículo 54(1) de la Convención de Washington, los Estados tienen que reconocer el laudo del CIADI como obligatorio y permitir su ejecución tal como si fuera una sentencia judicial nacional. El art. 54(2) precisa que es suficiente con presentar una copia certificada del laudo para su ejecución. En otras palabras, el art. 54(2) prevé un régimen simplificado de ejecución, mas que el art. 54(3) establece que se debe cumplir con todas las condiciones de la Ley del lugar de ejecución, lo que es contradictorio. En práctica, se ha interpretado las disposiciones en el sentido que el art. 54(1) y el art. 54(2)

son sobre la *exequatur*, mientras que el art. 54(3) es sobre el embargo[1046]. En otras palabras, es bastante fácil obtener la exequatur, pero al momento de realizar los embargos, el inversionista se topará con el problema de la inmunidad de ejecución que protege las actividades soberanas del Estado, visto que se ha considerado que la Convención de Washington no presume la renunciación a tal inmunidad[1047]. Cabe destacar que el hecho de que el Estado tenga una inmunidad de ejecución no quiere decir que no tiene por que cumplir con su obligación de respetar los fallos del CIADI:

> 25. ... It should be clearly understood, ..., that State immunity may well afford a legal defense to forcible execution, but it provides neither argument nor excuse for failing to comply with an award. In fact, the issue of State immunity from forcible execution of an award will typically arise if the State party refuses to comply with its treaty obligations. Non-compliance by a State constitutes a violation by that State of its international obligations and will attract its own sanctions. The Committee refers in this connection among other things to Article 27 and 64 of the Convention, and to the consequences which such a violation would have for such a State's reputation with private and public sources of international finance[1048].

[1046] *Benvenuti & Bonfant c. République du Congo*, CA París, 26/07/1981, *JDI*, 1981.843*; Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia*, (SDNY, 1986) 640 F. Supp. 73. TFS, Decisión 5A_681/2011, 23/11/2011.

[1047] Art. 55, Convención de Washington.

[1048] *MINE v. Guinea*, Comité ad hoc, Interim Order No. 1 on Guinea's Application for Stay of Enforcement of the Award, 12/08/1988 (Sucharitkul; Broches; Mbaye).

Otra particularidad importante del laudo CIADI consiste en la prohibición de todos los Estados miembros de la Convención de Washington de revisarlo en el momento de la ejecución, ni siquiera en relación con el orden público internacional.

629. No cabe duda de que es algo complicado ejecutar laudos en contra de Estados soberanos. No obstante que la Convención de Washington prevé expresamente la obligación para el Estado condenado de cumplir con el laudo, unos países resisten como por ejemplo Argentina. Varias estrategias pueden concebirse. Una de ellas es la de negociar un monto inferior al del laudo con el Estado para que pague de manera voluntaria[1049]; o buscar la ejecución forzosa sobre los bienes que el Estado tiene en países que no consideran la inmunidad de ejecución. Otra es ver el asunto con su propio gobierno con el fin de que presione al Estado deudor, como por ejemplo unos inversionistas americanos lo han hecho, con el resultado de que los Estados Unidos han suspendido a Argentina en la lista de los beneficiarios de preferencias comerciales hasta que se paguen todos los laudos debidos[1050].

630. Finalmente, es menester señalar una situación particular en relación con los Estados de la Union Europea. En el asunto *Micula*, la Comisión Europea emitió una

[1049] Como fue el caso en: *Cargill v. Mexico*, ICSID, 18/09/2009 (Pryles; Caron, McRae).

[1050] *Proclamation 8788,* The President of the United States of America, 26/03/2012.

decisión[1051] de la cual se desprende que sería ilegal para un Estado miembro de la Union europea de cumplir con un fallo del CIADI, si la ejecución en si misma es contraria al Derecho comunitario. En el caso, la Comisión consideró que pagar lo ordenado por el fallo[1052], constituiría en si mismo una ayuda estatal ilegal. El asunto, sobre acuerdo de las partes, fue retirado del registro ante la CJCE[1053], y consecuentemente por el momento no se sabrá más sobre la coordinación entre las obligaciones con el CIADI y las del Derecho comunitario.

29.2.2 Otros Laudos

631. Los laudos rendidos bajo el mecanismo adicional del CIADI, las reglas UNCITRAL, u otras reglas de centros arbitrales como la CCI, carecen de la ventaja acordada de la Convención de Washington de ser automáticamente asimilados a las sentencias judiciales del Estado de ejecución, y por lo tanto tienen que someterse a los requisitos y procedimientos locales para el reconocimiento y la ejecución del laudo, que, sin embargo, la gran mayoría del tiempo serán bajo el amparo de las disposiciones *en favorem arbitri* de la Convención de Nueva York.

[1051] Ioan Micula et autres c/ Roumanie, Comisión europea, S.A.38517, 30/03/2015.

[1052] *Ioan Micula v. Romania*, ICSID, 11/12/2013 (Lévy; Alexandrov, Abi-Saab).

[1053] Order of the President of the Fourth Chamber of the General Court, 29/02/2016.

632. La principal dificultad será la cuestión de la inmunidad del Estado. En efecto, es de constante Derecho que una cláusula arbitral no implique una renuncia implícita a la inmunidad de ejecución, la cual tiene que ser expresa, según el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de 2004. No obstante, el Derecho comparado está dividido entre países como Francia, que considera que el acuerdo arbitral conlleva una renuncia automática de la inmunidad[1054], y otros países que no lo consideran así. Es de criticar vehemente dicha inmunidad en relación con el arbitraje sobre inversión extranjera (y de manera general en cualquier arbitraje), visto que lo da una mano (el arbitraje), la otra lo quita (la inmunidad). ¿A qué sirve un laudo si no puede ser ejecutado? La firma de una cláusula arbitral, o una disposición de un BIT/TLC que contiene el acuerdo del Estado de ir al arbitraje, tiene que necesariamente implicar la renuncia a la inmunidad de ejecución. Si se opina que hay renuncia a la inmunidad, queda la cuestión de que si los bienes son *de jure gestionis* o *de jure imperii* para poder decidir su eventual embargo, cuestión que ya está resulta en muchos países, como en México, aunque el criterio que sigue está en relación con la inmunidad de jurisdicción, se puede pensar que se aplica también por analogía a la inmunidad de ejecución:

[1054] *Creighton Ltd*, Civ[1], 06/07/2000, *Rev. arb.*, 2001.114, Leboulanger.

> INMUNIDAD JURISDICCIONAL. EL INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LA COMUNICACIÓN EDUCATIVA NO GOZA DE ESA PRERROGATIVA CUANDO CONTRATA TRABAJADORES PARA CUMPLIR SUS FINES.
>
> Los Estados extranjeros o los organismos internacionales cuando actúan en un Estado ajeno como cualquier particular, realizan actos que, por regla general, no están protegidos por el beneficio o la prerrogativa de la inmunidad jurisdiccional. Conforme a lo anterior, el acto jurídico a través del cual el referido Instituto realiza la contratación de personal no queda comprendido dentro de aquéllas actividades inherentes a su objeto o funciones, ya que sólo es una actividad accidental que debe realizar para el cumplimiento de sus objetivos, acto jurídico que debe ser calificado como realizado por particulares, esto es, el organismo internacional cuando actúa como persona moral de derecho privado que celebra un contrato para que le presten un trabajo personal subordinado, despliega una actividad de contratación comprendida en lo que la doctrina denomina actos de gestión[1055].

La cuestión es particularmente importante en relación con las empresas de hidrocarburos como Pemex, que no sólo gozan de una inmunidad, sino además que técnicamente no tienen bienes, porque son parte del dominio público, y por lo tanto son inembargables:

[1055] Amparo en revisión 348/2001. **Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa**. 14/02/2003. Tesis de jurisprudencia por Reiteración de Criterios 102/2003.

EMBARGO DE CUENTAS BANCARIAS PROPIEDAD DE PETRÓLEOS MEXICANOS, DECRETADO Y TRABADO EN EJECUCIÓN DE LAUDO. CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN, DENTRO DE DICHA ETAPA, QUE HACE PROCEDENTE EL JUICIO DE GARANTÍAS INDIRECTO, EN TÉRMINOS DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 107 DE LA LEY DE AMPARO.

El embargo de cuentas bancarias decretado y trabado por la autoridad laboral contra Petróleos Mexicanos (empresa productiva del Estado Mexicano, cuyos bienes están sujetos al régimen de dominio público de la Federación y son inembargables, en términos de lo dispuesto por el artículo 25, párrafo cuarto, de la Constitución Federal, numerales 1o. y 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y los artículos 3, fracciones III y IV, 7, fracción XX y 13 de la Ley General de Bienes Nacionales), en la etapa de ejecución del laudo, constituye un acto de imposible reparación, lesivo de derechos sustantivos, pues se imposibilita a la empresa petrolera de utilizar sus recursos económicos y se le impide realizar sus fines, en contravención a las disposiciones legales antes mencionadas; de ahí que en su contra proceda el juicio de garantías bi-instancial, en términos de la fracción V del artículo 107 de la Ley de Amparo[1056].

[1056] TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS DE TRABAJO Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO. Queja 216/2017. **Petróleos Mexicanos y Pemex Refinación**. 10 de octubre de 2017. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Allier Campuzano. Secretario: Héctor López Valdivieso. Esta tesis se publicó el viernes 12 de enero de 2018 a las 10:13 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

LECCION 30 LOS PRINCIPALES REGLAMENTOS ARBITRALES

633. La primera observación que se impone es que todos los reglamentos arbitrales tienen más y más artículos y empiezan a parecerse a códigos procesales judiciales. Si la idea aun es que el arbitraje sea informal y flexible, pues la tendencia demuestra lo contrario. Cada 2-3 años se agregan nuevas disposiciones a las reglas existentes. Si las Reglas de Paris prevén sólo 11 artículos, el de la CCI contiene 41 artículos más los anexos. En nuestra opinión, eso es debido a la mala calidad de los árbitros. La gran mayoría tienen el miedo de tomar decisiones; y aún más, cuando no hay una regla expresa que se aplica; exactamente como los jueces del sistema judicial. Y así, poco a poco, se matan las ventajas para ir al arbitraje. Es cierto, que se debe también mencionar el fenómeno de las demandas judiciales de responsabilidad en contra de los árbitros, véase las denuncias penales, lo que pudiera justificar tener más reglas por escrito. Sin embargo, el argumento no nos convence, y ojalá que los operadores del arbitraje internacional lo entiendan. Los reglamentos arbitrales más eficientes son los con menos disposiciones, y proveen una grande flexibilidad que a su vez permite a árbitros de calidad y de experiencia manejar procesos eficientes y rápidos. En este sentido, los reglamentos *ad hoc* tienen una cierta atractividad, sin denegar la utilidad y el gran trabajo hecho por las instituciones arbitrales. Veremos los principales reglamentos internacionales y

nacionales en materia de arbitraje comercial, así como unos ejemplos de reglas en materia de arbitraje sectorial como por ejemplo: el arbitraje marítimo.

30.1 Arbitraje internacional

634. Abordaremos en primer lugar los dos principales reglamentos internacionales para el arbitraje ad hoc, para después presentar las reglas de las dos principales instituciones arbitrales a nivel mundial.

30.1.1 Arbitraje ad hoc

> Lalive, Avantages et inconvénients de l'arbitrage "ad hoc", *Mélanges Bellet*, 1991.301

635. ¿Porqué el arbitraje *ad hoc*? La respuesta no es porqué en principio es más barato. En muchos asuntos es lo contrario, entre otros porque los honorarios de los árbitros son negociados libremente. Sin embargo, en relación con disputas de menor cuantía, puede ser sí una excelente herramienta, visto que, de manera ilustrativa, para una litis de 10,000 USD, la CCI cobra para un Tribunal compuesto de un árbitro único en total un aproximado de 6,000 USD: el 60% de la controversia, sin hablar de los honorarios de los abogados. En verdad, la primera opción tendría que ser un arbitraje institucional por la facilidad, la comodidad, y el respaldo en caso de obstáculos severos durante el arbitraje[1057]. El *ad hoc* tiene que ser la excepción cuando las partes involucradas no tienen mucha experiencia en la organización y administración de un

[1057] Para un caso suizo que terminó más que mal, ver: Receptum arbitri and the Race against the Clock – an incredible Story!

arbitraje. Su elección puede ser porque ambas partes ya tienen en mente los miembros del tribunal arbitral, que no están dispuestos a trabajar por los honorarios previstos por los centros arbitrales, o, al contrario, que aceptan cobrar honorarios menores que los previstos en los aranceles y honorarios de los centros de arbitraje. El *ad hoc* también puede justificarse por razones imperativas de confidencialidad del asunto (visto que los documentos del arbitraje pasen por las manos de los responsables del caso por parte del centro). Y como Lalive ya lo señalo en 1991, un arbitraje *ad hoc* puede ser preferible si uno quiere escapar a la burocracia de los centros de arbitraje. Ese *trend* se confirma con la reciente publicación de las Reglas de Paris, sin embargo, la verdad es que el arbitraje *ad hoc* es aún marginal, mas que sí existe. El punto esencial en el *ad hoc* es la persona del presidente del tribunal que además de ser buen árbitro tiene que ser un buen organizador y administrador. La mayoría del tiempo el reglamento de la UNCITRAL es electo para regular este tipo de proceso visto su antigüedad y grande difusión.

A - UNCITRAL

Caron & Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, 2013; Nappert, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules 2010: A Practitioner's Guide*, Juris Publishing, 2012.

636. Recientemente, la UNCITRAL publicó nuevas reglas para los arbitrajes sobre inversión extranjera, y más particularmente en lo que concierne la transparencia de esos procesos arbitrales. Sin embargo, veremos primeramente el Reglamento general de arbitraje de la UNCITRAL.

a) Reglamento de arbitraje

637. Históricamente, el texto de la UNCITRAL fue el primer reglamento modelo para arbitrajes *ad hoc*, publicado por primera vez en 1976. Hasta la fecha, su éxito es indiscutible. Con la multiplicación de los arbitrajes sobre inversión extranjera, tuvo una segunda juventud. En 2010, se operó una revisión importante sin alterar la estructura original del texto, introduciendo, entre otros, disposiciones sobre arbitrajes multipartes, la responsabilidad, y un procedimiento para formular objeciones respecto de los peritos nombrados por el tribunal arbitral, un procedimiento revisado para la sustitución de un árbitro, el requisito de los costos

razonables, y un mecanismo de examen de los costos del arbitraje. También se han previsto disposiciones más detalladas sobre las medidas cautelares. Si se le compara a los reglamentos de las instituciones arbitrales, es cierto que no cuenta con las principales innovaciones como el juez de emergencia, por ejemplo, lo que justamente dio pauta a la publicación de las Reglas de Paris[1058]. No obstante, lo anterior, es un reglamento que nos agrada, porque justamente es un verdadero reglamento arbitral con pocas disposiciones que permiten la flexibilidad del arbitraje con sólo reglas de base claras, al contrario de los reglamentos institucionales que parecen más y más a verdaderos códigos de procedimientos civiles.

B - Las Reglas de Paris

638. Las Reglas de Paris son una creación reciente por parte de un consorcio de firmas de abogados, con la idea de proponer reglas más modernas que las de UNCITRAL. Sus particularides consisten en su mercado *target*: partes y árbitros con experiencia, donde la autonomía de las partes funciona, y todos tienen en mente que el arbitraje es un método de colaboración entre el tribunal arbitral y las partes:

> The [rules] accord the arbitrator(s), freely chosen by the parties, a wide measure of authority and discretion in order to achieve this overriding aim. To the extent that such objective cannot be met

[1058] *Infra* # 638.

> without the active participation of all who are involved in the process, they also place express obligations on the parties to cooperate in attaining the common goal. In the same spirit of promoting an efficient and effective process, they place obligations on arbitrators and provide redress if those obligations are not met.

La autoridad nominadora es como en UNCITRAL, la Corte Permanente de Arbitraje, pero que además tiene el papel de *juge d'appuie*. Es de subrayar que en ausencia de fijación de la sede arbitral, es Paris que lo sera por *default* (la justificación siendo según los promotores de las Reglas que Francia tiene una legislación muy moderna en la materia – lo que no se puede negar, mas que también es a considerar que los recursos ante los tribunales franceses tampoco son rápidos). En pocas palabras, las reglas de Paris incluyen todas las novedades que el Reglamento de la UNCITRAL no tiene: el árbitro de emergencia; la confidencialidad; la obligación de cooperación entre las partes; plazos para rendir el laudo, etc. y tendrían que tener rápidamente la preferencia de los actores para los arbitrajes *ad hoc*.

30.1.2 Arbitraje institucional internacional

Webster & Buhler, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, Sweet & Maxwell, 2014; Grierson & van Hooft, *Arbitrating Under the 2012 ICC Rules: An Introductory User's Guide*, Kluwer Law International, 2012

Scherer et al., *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules. A user's Guide*, Kluwer, 2014; Turner & Mohtasham, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2009.

639. Como ya lo hemos mencionado, existe un gran número de centros de arbitraje, cada uno con su propio reglamento. Sin embargo, es un hecho que sólo 2 centros dominan de manera global el mercado arbitral, al saber la CCI y la LCIA, cuyos reglamentos cambian bastante rápido, y enviamos a las obras dedicadas a ellos.

30.2 Arbitraje institucional mexicano

640. Como ya lo mencionamos[1059], en México existen sólo dos centros de arbitraje comercial: el CAM y el de la CANACO, precisando que las Reglas del CAM se basan en gran parte sobre las de la CCI, mientras que el Reglamento de la

[1059] *Supra* # 213.

CANACO se inspira tanto del Reglamento UNCITRAL, como el del ICDR.

30.3 Arbitraje institucional sectorial

Roca & Caldin, *El arbitraje marítimo en Londres*, Blaz de Lezo, 2014; Espinosa Calabuig, Las claúsulas arbitrales marítimas a la laz de los "usos" del tráfico comercial internacional, *Revista electrónica de estudios internacionales,* 2007.1

Polovets et al., GAFTA Arbitration as the most appropriate forum for disputes resolution in Grain Trade, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2013.559; Faint, Commodity Maritime Arbitration in London How the grain trade approaches the problema, *Chartered Institute of Arbitrators Journal*, 2000.306.

Graham & Sánchez, El Derecho internacional del Futbol, 2da ed., Zamanga Editores, 2014; González de Cossío, *Arbitraje deportivo*, Porrúa, 2006; Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

641. El arbitraje sectorial es muy eficiente por su alto grado de especialidad debido al conocimiento de los árbitros de

los usos particulares que existen en un sector particular; usos que muchas veces tienen más peso que el documento firmado. Existen muchos centros especializados. Citamos unos ejemplos. En materia de materia prima como el grano, la London Feed and Corn Association (GAFTA) es probablamente la más conocida, pero se puede también mencionar la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, o la Asociación de importación de café de Hamburgo. En materia de comercio marítimo, la referencia debe hacerse a la Asociación de Árbitros de Londres y la Sociedad de Árbitros Marítimos con sede en Nueva York. Finalmente, por la importancia y la "publicidad" en la prensa, vale la pena mencionar el reglamento del TAS en materia de deporte.

CONCLUSIONES

642. Nos parece que es tiempo de modernizar el Derecho del arbitraje, eliminando elementos innecesarios que en realidad obstaculizan este método alterno de solución de conflictos. Así, no hay razones de continuar haciendo una distinción entre el arbitraje interno e internacional. Asimismo, el recurso de nulidad es sólo una *chicana procesal* al debido cumplimiento del laudo. En efecto, el control judicial que se opere en el momento de la ejecución es más que suficiente. Eso además en vista de la tendencia internacional de prever que el recurso de nulidad es optativo (Bélgica, Francia, Suiza, etc…) y la posibilidad de ejecutar laudos anulados en el Estado sede (Francia, Países Bajos, Estados Unidos, etc..). También, la noción misma de "sede arbitral" ya no hace mucho sentido. Claro, se puede argumentar que más allá del recurso de nulidad, la sede también atribuye competencia al juez de apoyo. Si embargo, sería suficiente remplazar el criterio territorial de la sede, que en realidad es ficto, por el principio de la autonomía (las partes pacten a favor de tal o tal juez de apoyo) y el de la proximidad (en ausencia de un pacto por las partes, es competente el juez de apoyo que tiene los vínculos más estrechos con el arbitraje), competencia que de cierta manera ya está consagrada en Francia por el criterio económico en materia de definición del arbitraje (es internacional el que pone en juego los intereses del comercio internacional; quiere decir que es más "próximo" al comercio internacional que al comercio nacional).

643. Es también necesario poner un freno a la "para-regulación" y su consecuente multiplicación de textos, guías, principios y reglas que sofocan al arbitraje, y matan, como ya lo había observado Michael Schneider[1060], el pensamiento jurídico independiente de los árbitros y abogados. En lugar de permitir que el arbitraje sea más ágil, son las excusas de todas las mociones y objeciones y otros escritos para cambiar un procedimiento "alterno" en verdadero litigio. Cada una de las reglas/directrices de la IBA por ejemplo puede dar a su propio mini-juicio, sin hablar que la multiplicación de las reglas elimina la flexibilidad del arbitraje, y su acceso a los abogados no expertos en arbitraje. Lo que se distinguió antes como un mecanismo no-regulado de solución de controversias es hoy más una batalla procedural que una resolución sobre el fondo. Es la prueba que la mayoría de los abogados sin incapaces de pensar *out of the box*.

644. Todo lo anterior es el producto del hecho que el arbitraje es víctima de su éxito. Es lo bueno. Pero es también malo porque mata al arbitraje. Si queremos que el arbitraje continue progresar, el *back to the roots* es imperativo, lo que implica un cambio generacional del gremio que no sólo piensa en reglas, machotes y….horas facturables, sino

[1060] Schneider, The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and other Methods intented to help International Arbitration Practitioners to avoid the nedd for Independant Thinking and to promote the Transformation of Errors into "Best Practices", *Mélanges Lazareff*, Pedone, 2011.563.

que primero piense en el interés del cliente, que este no ha cambiado: lo más rápido posible, lo más barato posible. Para lograrlo, es necesario tener en nueva cuenta reglamentos arbitrales con pocas disposiciones (como la Ley Modelo UNCITRAL en su versión original de 1985, o las Reglas de Paris), y la eliminación de la mayoría de los para-decretos de la IBA (sin por lo tanto afirmar que son inútiles *per se*, sino porque simplemente la sobre-regulación en realidad mata a la regulación mínima necesaria). Los árbitros tienen que ser creativos y flexibles, y no decidir con base en machotes teclados en el aeropuerto entre dos vuelos. Y a los abogados educar a sus clientes de que no se trata de pelear cualquier punto, sino llegar a una decisión final. Y a los mismos abogados de frenarse y no echar aceite sobre el fuego. Sin embargo, lo más importante para que un arbitraje cumpla con su propósito es la comunicación entre ambas partes (los clientes) para decidir que sea un proceso rápido y no-violento; mas que en la mayoría de los casos, es una situación casi-imposible para el odio que ya se instauró entre las partes. Eso no es culpa del arbitraje, es un fenómeno social – la ausencia de una cultura de la paz. Mientras tanto, al seguir nuestras recomendaciones se puede obtener un *arbitraje 2.0*, que sea más moderno y más satisfaciente que la versión anterior. El futuro nos dirá si así será.

ANEXOS

645. Nos parece conveniente presentar la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL, que es la fuente directa de la mayoría de las legislaciones arbitrales en el mundo. Agregamos también *in extenso* la ejecutoria de una sentencia de amparo de la SCJN, que toca diversos temas como el orden público, y la dicha "constitucionalización" del arbitraje. Finalmente, agregamos unos videos de audiencias arbitrales para que el lector tenga una idea cómo funciona el arbitraje en práctica.

LEY MODELO DE LA UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1) La presente Ley se aplicará al arbitraje, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.

2) Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.

(El párrafo 2) del artículo 1 fue enmendado por la Comisión en su 39o período de sesiones, celebrado en 2006)

3) Un arbitraje es internacional si:

a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

1. i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
2. ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o

c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;

b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

5) La presente Ley no afectará a ninguna otra Ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente Ley.

Artículo 2. Definiciones y reglas de interpretación

A los efectos de la presente Ley:

a) "arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo;

b) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;

c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país;

d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;

e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;

f) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el apartado *a)* del artículo 25 y el apartado *a)* del párrafo 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvención, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvención.

Artículo 2 A. Origen internacional y principios generales

(Aprobado por la Comisión en su 39o período de sesiones, celebrado en 2006)

1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley.

Artículo 3. Recepción de comunicaciones escritas

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:

a) se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega;

b) la comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

Artículo 4. Renuncia al derecho a objetar

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.

Artículo 6. Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por ... [Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la Ley Modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones].

CAPÍTULO II. ACUERDO DE ARBITRAJE

Opción I

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39o período de sesiones, celebrado en 2006)

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cum-

plirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Opción II

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39o período de sesiones, celebrado en 2006)

El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Artículo 9. Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas cautelares por el tribunal

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni que el tribunal conceda esas medidas.

CAPÍTULO III. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 10. Número de árbitros

1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

Artículo 11. Nombramiento de los árbitros

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo,

a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6;

b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,

a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o

b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o

c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso

de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 12. Motivos de recusación

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Artículo 13. Procedimiento de recusación

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Artículo 14. Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones

1) Cuando un árbitro se vea impedido *de jure* o *de facto* en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remo- ción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

2) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12.

Artículo 15. Nombramiento de un árbitro sustituto

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

CAPÍTULO IV. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

CAPÍTULO IV A. MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES

Sección 1. Medidas cautelares

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares 1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados *a), b)* o *c)* del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral

respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado *d)* del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

Sección 2. Órdenes preliminares

Artículo 17 B. Petición de una orden preliminar y condiciones para su otorgamiento

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, toda parte, sin dar aviso a ninguna otra parte, podrá solicitar una medida cautelar y pedir una orden preliminar del tribunal arbitral por la que se ordene a alguna parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada.

2) El tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada.

3) Las condiciones definidas en el artículo 17 A serán aplicables a toda orden preliminar, cuando el daño que ha de evaluarse en virtud del apartado *a)* del párrafo 1) del artículo 17 A sea el daño que probablemente resultará de que se emita o no la orden.

Artículo 17 C. Régimen específico de las órdenes preliminares

1) Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificará a todas las partes la solicitud presentada de una medida cautelar, la petición de una orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de toda comunicación verbal, entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.

2) Al mismo tiempo, el tribunal arbitral dará, a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible.

3) El tribunal arbitral se pronunciará sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar.

4) Toda orden preliminar expirará a los veinte días contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido. No obstante, el tribunal arbitral podrá otorgar una medida cautelar por la que ratifique

o modifique la orden preliminar una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos.

5) Una orden preliminar será vinculante para las partes, pero no será de por sí objeto de ejecución judicial. Dicha orden preliminar no constituirá un laudo.

Sección 3. Disposiciones aplicables a las medidas cautelares y órdenes preliminares

Artículo 17 D. Modificación, suspensión, revocación

El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

Artículo 17 E. Exigencia de una garantía por el tribunal arbitral

1) El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida cautelar que preste una garantía adecuada respecto de la medida.

2) El tribunal arbitral exigirá al peticionario de una orden preliminar que preste una garantía respecto de la orden, salvo que dicho tribunal lo considere inapropiado o innecesario.

Artículo 17 F. Comunicación de información

1) El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara u otorgara.

2) El peticionario de una orden preliminar deberá revelar al tribunal arbitral toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden, y seguirá estando obligada a hacerlo en tanto que la parte contra la que la orden haya sido pedida no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. A partir de dicho momento, será aplicable el párrafo 1) del presente artículo.

Artículo 17 G. Costas y daños y perjuicios

El solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida o la orden. El tribunal arbitral podrá condenarle en cualquier momento de las actuaciones al pago de las costas y de los daños y perjuicios.

Sección 4. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares

Artículo 17 H. Reconocimiento y ejecución

1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cual- quiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I.

2) La parte que solicite o haya obtenido el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar informará sin demora al tribunal de toda revocación, suspensión o modificación que se ordene de dicha medida.

3) El tribunal ante el que sea solicitado el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar podrá, si lo considera oportuno, exigir de la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros.

Artículo 17 I. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1) Podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de una medida cautelar únicamente:

a) si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que:

i) dicha denegación está justificada por alguno de los motivos enunciados en los incisos i), ii), iii) o iv) del apartado *a)* del párrafo 1) del artículo 36; o

ii) no se ha cumplido la decisión del tribunal arbitral sobre la prestación de la garantía que corresponda a la medida cautelar otorgada por el tribunal arbitral; o

iii) la medida cautelar ha sido revocada o suspendida por el tribunal arbitral o, en caso de que esté facultado para hacerlo, por un tribunal del Estado en donde se tramite el procedimiento de arbitraje o conforme a cuyo derecho dicha medida se otorgó; o

b) si el tribunal resuelve que:

i) la medida cautelar es incompatible con las facultades que se le confieren, a menos que dicho tribunal decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar sin modificar su contenido; o bien que

ii) alguno de los motivos de denegación enunciados en los incisos i) o ii) del apartado *b)*

del párrafo 1) del artículo 36 es aplicable al reconocimiento o a la ejecución de la medida cautelar.

2) El motivo enunciado en el párrafo 1) del presente artículo será únicamente aplicable para los fines de la solicitud de reconocimiento y ejecución de la medida cautelar. El tribunal al que se solicite el reconocimiento o la ejecución no podrá emprender, en el ejercicio de dicho cometido, una revisión del contenido de la medida cautelar.

Sección 5. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

Artículo 17 J. Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional.

CAPÍTULO V. SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 18. Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 19. Determinación del procedimiento

1) Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

Toda determinación a la que llegue el tribunal respecto de cualquier

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Artículo 20. Lugar del arbitraje

1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

Artículo 21. Iniciación de las actuaciones arbitrales

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

Artículo 22. Idioma

1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Artículo 23. Demanda y contestación

1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las

actuaciones, a petición de una de las partes.

2) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Artículo 25. Rebeldía de una de las partes

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;

b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante;

c) 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.

Artículo 26. Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral

a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral;

b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

Artículo 27. Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal

competente de este Estado para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

CAPÍTULO VI. PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de Leyes.

2) Si las partes no indican la Ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la Ley que determinen las normas de conflicto de Leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Artículo 30. Transacción

1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Artículo 31. Forma y contenido del laudo

1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.

3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.

Artículo 32. Terminación de las actuaciones

1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el párrafo 2) del presente artículo.

2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:

a) el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio;

b) las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones;

c) el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el párrafo 4) del artículo 34.

Artículo 33. Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

a) cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar;

b) si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una

interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en el apartado *a)* del párrafo 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los párrafos 1) o 3) del presente artículo.

5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

CAPÍTULO VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de

arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la Ley de este Estado, el objeto de la controversia

no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

CAPÍTULO VIII. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

Artículo 35. Reconocimiento y ejecución

1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.

2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma.

(El párrafo 2 del artículo 35 fue enmendado por la Comisión en su 39o período de sesiones, celebrado en 2006)

Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un

laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la Ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) cuando el tribunal compruebe:

i) que, según la Ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el inciso v) del apartado *a)* del párrafo 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

AMPARO DIRECTO 71/2014

AMPARO DIRECTO 71/2014
QUEJOSA: ******** (DERIVADO DE LA SOLICITUD DE EJERCICIO DE LA FACULTAD DE ATRACCIÓN ********** PARA CONOCER DEL AMPARO DIRECTO **********)**

VISTO BUENO
SR. MINISTRO
PONENTE: MINISTRO ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA

COTEJÓ
SECRETARIO: DAVID GARCÍA SARUBBI

Ciudad de México. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión correspondiente al **dieciocho de mayo de dos mil dieciséis** emite la siguiente.

S E N T E N C I A

Por la que se resuelve el juicio de amparo directo 71/2014, promovido por la ********* (en lo sucesivo, *********), en contra de la sentencia dictada el treinta y uno de enero de dos mil catorce por la jueza Décimo Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitrajes número **********.

El problema jurídico a resolver en el presente asunto consiste en determinar la validez de la sentencia que reconoce la validez y ordena ejecutar un laudo arbitral emitido en contra de la parte quejosa, lo que exigirá retomar la exploración progresiva del artículo 1457 del Código de Comercio, que establece las causales de nulidad de los laudos arbitrales, en relación con recientes reformas constitucionales.

I. ANTECEDENTES

1. El veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, ********** publicó la licitación pública internacional número **********, para la adjudicación de un contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica asociada y compraventa de energía eléctrica asociada; mediante dichos

contratos se habilitaría una unidad de generación de electricidad operada a base de gas natural y alternativamente con diesel, cerca de Mérida, Yucatán, a disposición de **********.

2. Seguido el proceso de licitación en sus distintas etapas, resultó vencedor por ********** (en lo sucesivo, **********), ahora tercero interesado.

3. El catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete, ********** y ********** celebraron un contrato denominado "Contrato de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica Asociada No. **********" (en adelante contrato de capacidad).

4. De acuerdo a la cláusula segunda del contrato de capacidad, el objeto consiste en la provisión por parte del productor de la capacidad garantizada a la ********** y la venta a ésta de la producción neta de energía asociada con dicha capacidad garantizada de conformidad con los términos y condiciones del contrato. Se estableció que para tal efecto, el productor debía programar, diseñar, construir y llevar a cabo todas aquellas actividades necesarias para poner en operación la central de conformidad con lo establecido en el contrato a fin de asegurar que de manera exclusiva la ********** disponga de la capacidad garantizada en las fechas de operación comercial respectivas, operar y mantener la central de conformidad con lo establecido en el contrato y vender a la ********** la producción neta de energía asociada a la capacidad garantizada.

5. En la cláusula 22.3 del mismo contrato se incluyó un acuerdo o pacto arbitral para la resolución de las controversias que derivaran del mismo contrato, conforme al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

6. El mismo catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete, ********** y ********** celebraron el "Contrato de Suministro de Gas Natural" por virtud del cual ********** se obligó a vender y a entregar a ********** en el punto de entrega el combustible base (gas natural) y el combustible alterno (diésel) requerido para la generación de energía.

7. El once de junio de mil novecientos noventa y ocho, las partes celebraron un "Memoradum de Aclaraciones al Contrato de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Asociada".

8. El catorce de abril de dos mil tres, ********** notificó a ********** la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, consistente en una falla de componentes del compresor de la turbina gas número 1 de la central, debido a un daño por objeto extraño (en adelante Evento 2003). Posteriormente, mediante diversos reportes se informó la falta de cuatro centímetros del cordón de una soldadura de uno de

los travesaños de la carcasa de entrada del compresor de turbina, estableciéndose que era la causa probable del evento.

9. Las partes acordaron someter a la decisión de un perito independiente si el Evento 2003 constituía un caso fortuito o de fuerza mayor. El diez de agosto de dos mil nueve, ABS emitió su dictamen pericial, donde concluyó que el Evento 2003 no constituía un caso fortuito o fuerza mayor.

10. Ante su inconformidad, ********* presentó demanda de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional, por lo cual el veintiocho de septiembre de dos mil nueve se dio inició el procedimiento registrado bajo el número **********.

11. El veinticuatro de abril de dos mil diez, ********* amplió los términos de la demanda, solicitando que también se sometiera a decisión del tribunal si diversos eventos ocurridos en dos mil siete y dos mil diez, respectivamente (en adelante el Evento 2007 y el Evento 2010) constituían caso fortuito o fuerza mayor.

12. El Evento 2007 se hizo consistir en que el veintisiete de enero de dos mil siete, se reportó a ********* una falla mecánica en la turbina de gas 1 de la central en su sistema de turbogeneradores, la cual fue notificada el veintinueve de enero del mismo año. Las partes intercambiaron notificaciones en las cuales se incluía el análisis de la posible causa de la falla, estableciéndose que provenía de la acumulación de la suciedad en la base del alábe; sin embargo, el diecisiete de marzo de dos mil diez, la ********* notificó a ********* que el evento no calificaba como caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo con lo establecido en el contrato de capacidad.

13. Por su parte, el Evento 2010 se hizo consistir en que ********* expuso que desde hacía más de veinticuatro meses, el gas que ********* entregaba para el despacho de la central no cumplía con los parámetros y límites técnicos de la turbina, especialmente, los valores de nitrógeno, por lo que el seis de abril de dos mil diez, había notificado a ********* el caso fortuito o fuerza mayor por falta de entrega de gas en las especificaciones pactadas y que tal circunstancia impedía a ********* cumplir con el despacho de la central en la carga pactada.

14. **Laudo arbitral.** El once de julio de dos mil doce la Cámara de Comercio Internacional emitió laudo definitivo conforme a las siguientes consideraciones:

15. **Evento 2003:**

16. El Tribunal está facultado para resolver las controversias de naturaleza jurídica que las partes le presenten.

17. Conforme a la Cláusula 22.3 del Contrato de Capacidad, el Tribunal Arbitral está facultado para conocer de toda controversia que se suscite respecto a dicho Contrato, incluyendo aquellas cuestiones legales relacionadas con las decisiones que emita un Perito Independiente.

18. Aunque la Cláusula 22.2 estipula que la determinación del Perito Independiente será final y obligatoria al resolver respecto de las diferencias en materia técnica, operacional o de pagos debidos; los términos Caso Fortuito y Fuerza Mayor, son eminentemente jurídicos, pues su actualización tendrá consecuencias de derecho dentro de una relación jurídica, específicamente respecto al régimen de responsabilidad y el cumplimiento de obligaciones.

19. De acuerdo a la Cláusula 22.3, se prevé un doble proceso para que el dictamen pericial en cuestión sea final y obligatorio; es decir, primero ante el Perito referido y el segundo—de ser controvertido—ante el Tribunal.

20. Aun cuando tenga algún componente técnico, toda controversia de naturaleza jurídica deberá ser resuelta mediante procedimiento arbitral en los términos acordados por las partes en el acuerdo arbitral contenido en el Contrato de Capacidad.

21. El dictamen del perito ABS hace una interpretación de los requisitos necesarios para actualizar un evento de Caso Fortuito o Fuerza Mayor en términos del Contrato de Capacidad.

22. En el desarrollo del dictamen el perito incluyó como elementos de consideración los trabajos de soldadura realizados por ********** en el 2002 en una sección de la Turbina distinta a la que concierne al Evento 2003, a fin de justificar erróneamente la culpa o negligencia de ********** en el Evento 2003[1061], constituyéndose así el primer error del dictamen.

23. Luego, al interpretar el requisito contenido en la Cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad, consistente en que se encuentre más allá del control razonable de **********, el perito incurrió en una afirmación errónea debido a que considera que el control razonable es sobre la Central y no sobre el evento mismo,[1062] constituyéndose el segundo error del dictamen.

24. ********** contrató para la fabricación y mantenimiento de la Central a ********** (en lo sucesivo ********** o **********), fabricante de la Turbina en cuestión y aquél

[1061] Anexo 8. Dictamen pericial sección "Puntos de vista del perito independiente **********. después de analizar la documentación presentada", páginas 15 a 18 del dictamen.

[1062] Ibidem, página 17

actuó conforme a las recomendaciones hechas por *********, empresa de reconocida reputación en el ramo.

25. La soldadura faltante de la carcasa de la Turbina fue colocada al momento de su fabricación; de conformidad con la Carta ********* de ********* a ********* fechada quince de abril de dos mil tres, lo que acredita que los mantenimientos fueron realizados de conformidad a las recomendaciones hechas por *********. Por tanto su desprendimiento, y el daño que posiblemente pudo haber causado, no se deben a la culpa o negligencia de *********, ni pudo haber tenido control razonable sobre el desprendimiento de dicha sección de soldadura.

26. **Evento 2007**

27. Se repite lo expuesto respecto al ámbito de competencia.

28. A continuación, el tribunal arbitral precisó que los requisitos para actualizar el Caso Fortuito, así como los supuestos de causalidad, serán aquellos que las partes hubieren pactado expresamente en el Contrato de Capacidad, al respecto citó la tesis de rubro: XIX.2o.A.C.46 C "CONTRATOS. PUEDEN MODIFICARSE EXPRESA O TÁCITAMENTE EN ATENCIÓN A LA "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD", SIEMPRE QUE NO SE AFECTE EL ORDEN PÚBLICO, LA MORAL O LAS BUENAS COSTUMBRES, INCLUSIVE AUNQUE SE HAYA CONVENIDO EN CLÁUSULA ESPECÍFICA LA FORMALIDAD ESCRITA PARA ELLO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TAMAULIPAS)".

29. Las partes coinciden en que el daño se causó por la acumulación de suciedad en la base de los álabes, siendo ésta la causa inmediata y directa del daño.

30. ********* tiene celebrado un contrato para el mantenimiento de la Central con *********, quien emitió un Boletín recomendando la inspección de la base de los álabes. Asimismo, dicha empresa, confirmó a solicitud expresa de *********, la aplicación del Boletín durante la inspección de agosto de 2006.[1063]

31. Al ser ********* quien lleva a cabo los estudios y estadísticas de las turbinas que fabrica, será la indicada para dictar las Prácticas Prudentes de la Industria.

32. ********* actuó conforme a las recomendaciones hechas por *********, es decir, dio cumplimiento a las Prácticas Prudentes de la Industria; así no puede exigírsele a ********* mayores cuidados, por tanto al cumplir con dicha prácticas, ********* actuó de manera diligente.[1064]

[1063] Arbitraje No. **********, Laudo Final, página 54.

[1064] Ibídem, página 55.

33. La acumulación de residuos fue la causa del Evento 2007, y la causa de la acumulación, desconocida de manera específica, no es imputable a culpa o negligencia de ********* debido a que justificó haber cumplido aquello que se encontraba dentro de su control razonable, es decir el mantenimiento, instalar filtros y operar la Central en los términos recomendados por *********.

34. El desprendimiento del álabe de la turbina en cuestión impidió a ********* continuar con el cumplimiento de sus obligaciones, como la generación de energía correspondiente.

35. **Evento 2010**

36. El tribunal arbitral consideró que para determinar si se actualizaba causa fortuito o de fuerza mayor debía resolverse una cuestión, a saber, si en ausencia de suministro de gas fuera de parámetros, ********* debió cumplir con la Capacidad Declarada Disponible y cumplir con el despacho que hiciera la ********* de la Central.

37. El uso de uno u otro combustible no es opción de ********* sino de *********, quien despacha la Central e indica el tipo de combustible a ser utilizado. Por ello, no es lógico concluir que ********* despache a la Central con requerimientos de generación que el gas fuera de parámetros no puede dar. Lo anterior, a la luz del Convenio Modificatorio de Aclaraciones, que señala: "…no existir expectativas de que la calidad del gas pueda ser mejorada en el mediano plazo…".

38. Hay así una presunción fundada de que el gas continuó suministrándose fuera de parámetros contractuales, lo que hace imposible tener la Capacidad Declarada Disponible y, por tanto, la generación y entrega de energía despachada. Ello no es imputable a *********.

39. Ciertamente no quedó acreditado que hayan existido otras causas imputables a ********* que hayan motivado la reducción de generación a valores seguros por la cual ********* debiera sufrir las consecuencias de la reducción en la facturación. Además, no hay prueba de que ********* haya suministrado gas dentro de los parámetros.

40. Al estar fuera de control de ********* la calidad y cantidad en que es suministrado el gas, ésta no contribuye de manera alguna, ni es causado por su culpa o negligencia, el daño patrimonial que sufre debido al suministro de gas fuera de especificación para dar cumplimiento al despacho solicitado por *********.

41. Con base en las consideraciones sintetizadas, el laudo arbitral culminó con los siguientes puntos:

Se resuelve declarar que el presente Tribunal Arbitral es competente para conocer de las controversias derivadas del Evento 2003 y del Evento 2007.

Se resuelve declarar la nulidad del Dictamen Pericial emitido por ABS, por lo que corresponde a la interpretación de la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad y los requisitos del Caso Fortuito.

No obstante la resolución anterior, se resuelve declarar la procedencia del Caso Fortuito o Fuerza Mayor por lo que respecta al Evento 2003.

Se resuelve declarar que los montos reclamados por ********** como montos debidos no subsisten por lo que ********** no puede notificar un Evento de Incumplimiento del Productor, en términos de la Cláusula 11.2 inciso c) del Contrato de Capacidad en razón del Evento 2003.

Se resuelve que, a partir de la fecha de emisión del presente laudo, quedan sin efectos las Medidas Cautelares dictadas por el presente Tribunal Arbitral, por lo tanto, se ordena la devolución de la Carta de Crédito a ********** para los efectos que correspondan.

Se resuelve declarar la procedencia del Caso Fortuito o de Fuerza Mayor por lo que respecta al Evento 2007.

Se resuelve declarar el incumplimiento por parte de ********** del Contrato de Gas por lo que respecta a la obligación de suministrar Gas dentro de los parámetros técnicos acordados.

Se resuelve declarar la procedencia del Evento 2010 como un Caso Fortuito o de Fuerza Mayor.

Se resuelve declarar que para la actualización del supuesto Caso Fortuito o Fuerza Mayor previsto en el inciso viii) de la cláusula 15.1 del Contrato de capacidad, no se requiere probar los requisitos enumerados a) a d) en la misma cláusula.

Se resuelve declarar que los periodos de indisponibilidad por falta de suministro de Gas dentro de especificaciones no deben de afectar la disponibilidad de la Central ni los Cargos que ********** tiene derecho a recibir de **********.

42. **Juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje.** El dieciocho de octubre de dos mil doce, la ********** demandó en la vía especial sobre transacciones comerciales y arbitraje de **********, la declaración judicial de nulidad del laudo arbitral de once de julio de dos mil doce, al estimar que se actualizaban las causales de nulidad previstas en el artículo 1457 del Código de Comercio.

43. Del juicio correspondió conocer al Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, el cual quedó radicado bajo el número ********** y se admitió por acuerdo de treinta de octubre de dos mil doce.

44. **Contestación de la demanda y reconvención.** Una vez que la demandada fue emplazada, ésta contestó la demanda y reconvino de la actora la declaración judicial de reconocimiento de validez del laudo arbitral de once de julio de dos mil doce y la ejecución del mismo, reconvención que fue admitida.

45. **Sentencia definitiva.** Tramitado el juicio en sus diversas etapas, la jueza emitió sentencia el treinta y uno de enero de dos mil catorce, en la que determinó absolver a ********** de las prestaciones reclamadas en la demanda principal, pues la actora no probó las causas de nulidad y quedaron justificadas las excepciones y defensas de la enjuiciada. Así, dictó la procedencia de la acción reconvencional, en donde ********** justificó los elementos de su acción reconvencional y ********** no justificó las causas de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral **********, pues consideró que el laudo impugnado cumple con los requisitos formales que la ley exige para su ejecución en términos del artículo 1461, párrafo segundo, del Código de Comercio y se condenó a la ********** al pago de costas.

46. **Demanda de amparo y admisión**. Por escrito presentado el trece de marzo de dos mil catorce, la **********, por conducto de su apoderado Rene Ángel Ramírez Rodríguez, promovió juicio de amparo contra la anterior sentencia definitiva.

47. Del asunto correspondió conocer al Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, quien mediante proveído de veinticuatro de marzo de dos mil catorce, lo registró con el número D.C. ********** y lo admitió a trámite.

48. **Solicitud de ejercicio de la facultad de atracción**. Por resolución de veintiséis de junio de dos mil catorce, los integrantes del tribunal colegiado solicitaron a este Alto Tribunal ejercer su facultad de atracción para conocer del juicio de amparo directo de que se trata.

49. **Trámite de la solicitud de ejercicio de facultad de atracción**. Mediante acuerdo de cuatro de agosto de dos mil catorce, el Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación admitió a trámite la solicitud del tribunal colegiado, la que se registró como solicitud de ejercicio de la facultad de atracción ********** y ordenó turnar los autos a la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz y la radicación en esta Primera Sala, en virtud de que la materia del asunto corresponde a su especialidad.

50. Posteriormente, por resolución de cinco de noviembre de dos mil catorce, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó ejercer la facultad de atracción para conocer del juicio de amparo directo ********** del índice del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

51. **Trámite del juicio de amparo directo 71/2014 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación**. Mediante proveído de dos de diciembre de dos mil catorce[1065], el Ministro Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó avocarse al conocimiento de la demanda de amparo, se ordenó radicar los autos a esta Primera Sala y turnar los autos al Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena para conocer del presente asunto.

52. En proveído de veinte de enero de dos mil quince, el Ministro Presidente de esta Primera Sala ordenó el avocamiento del asunto a la Primera Sala y a su ponencia para la resolución del asunto.[1066]

II. COMPETENCIA

53. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es competente para resolver el presente asunto, en atención a que se ejerció la facultad de atracción, conforme lo dispuesto por los artículos 107, fracción V, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 40 de la Ley de Amparo y 21, fracción III, inciso b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; así como en los puntos primero y tercero del Acuerdo General 5/2013, emitido por el Pleno de este Alto Tribunal y publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de mayo de dos mil trece; en virtud de que la materia del asunto corresponde a su especialidad.

III. OPORTUNIDAD

54. La resolución reclamada se notificó personalmente a la parte quejosa **********, el miércoles diecinueve de febrero de dos mil catorce[1067], surtió efectos al día siguiente, jueves veinte del mismo mes y año, por lo que el término de quince días para promover la demanda que establece el artículo 21 de la Ley de Amparo, transcurrió del viernes veintiuno de febrero al trece de marzo de dos mil catorce, descontándose de este cómputo los días veintidós y veintitrés de febrero, uno, dos, ocho y nueve de marzo de dos mil catorce, por ser sábados y domingos, todo

---

[1065] *Ibídem*, fojas 231 a 233.

[1066] *Ibídem*, foja 243.

[1067] Foja 143 del juicio de amparo directo **********, del índice del Décimo Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito.

lo anterior en términos de los artículos 22 de la Ley de Amparo y 163 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Así, al haberse presentado la demanda de amparo el doce de marzo de dos mil catorce[1068], la **demanda es oportuna**.

IV. LEGITIMACIÓN

55. *********, en su carácter de apoderado de la *********, se encuentra legitimado para promover el presente juicio de amparo, por contar con poder general para pleitos y cobranzas, personalidad que se les reconoce en términos del testimonio de la escritura pública número *********, de protocolo del Notario Público número setenta y uno del Distrito Federal[1069], pues en términos del acuerdo de fecha veinticuatro de marzo de dos mil catorce su personalidad fue reconocida por el Magistrado Presidente del Décimo Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito[1070], quien acude en su carácter de parte vencida en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje, a combatir la sentencia que resuelve en definitiva el asunto, sin existir recurso ulterior que agotar.

V. EXISTENCIA DEL ACTO RECLAMADO.

56. Quedó acreditada con el documento original que contiene la sentencia reclamada de treinta y uno de enero de dos mil catorce, emitida por la jueza Décimo Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje número **********.

VI. PROCEDENCIA.

57. Esta Primera Sala considera que en el caso concreto no existe impedimento.

58. Por tanto, al no actualizarse causal de improcedencia alguna observada de oficio por esta Primera Sala, se procede a analizar el fondo del asunto.

[1068] Ibídem foja 139.

[1069] Ibídem foja 116.

[1070] Ibídem foja 151.

VII. CUESTIONES NECESARIAS PARA RESOLVER EL ASUNTO.

59. **Cuestiones necesarias para resolver el asunto**. A continuación, se hace referencia a las consideraciones de la sentencia emitida en primera instancia, siendo ésta la que representa el acto reclamado y los conceptos de violación planteados por la parte quejosa en contra de las consideraciones emitidas por la autoridad responsable.

60. **Sentencia de primera instancia**. En primer lugar, la jueza de Distrito determinó que la materia de la litis consistía en evaluar la validez del laudo arbitral ********** emitido el once de julio de dos mil doce.

61. Sin embargo, previamente a determinar si se actualiza alguna de las causales de nulidad invocadas, la jueza procedió a determinar si se surtía alguna de las excepciones invocadas por las partes. Así, en primer lugar desestimó la excepción *sine actione agis*, al involucrar el estudio de fondo; así como también la excepción relativa a que el actor falla en combatir las consideraciones del laudo, al limitarse a impugnar sus resolutivos, ya que debe atenderse a la integridad de la demanda para apreciar los planteamientos efectivamente formulados.

62. La jueza de Distrito procedió a analizar el contexto del arbitraje en cuestión, el contrato de capacidad, así como el acta de misión del arbitraje que nos ocupa y observó que las partes acordaron llevar a cabo el procedimiento arbitral acorde con lo establecido en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, así como lo estipulado en el Título Cuarto del Código de Comercio.

63. Se precisó que la regulación del arbitraje comercial establecida en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio tiene su antecedente inmediato en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, lo cual se advierte de la exposición de motivos del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código de Comercio y del Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres y por virtud del cual se reformaron los artículos 1415 a 1437 y se adicionaron los artículos 1438 a 1463 del título cuarto del libro quinto de dicho ordenamiento mercantil.

64. Con base en lo anterior y atendiendo a la nota explicativa de la Ley Modelo de la citada comisión de las Naciones Unidas, relativa al alcance de los artículos 8 y 16, recogidos por nuestro Código de Comercio, la jueza concluyó que son dos los

momentos en que puede controvertirse la competencia del tribunal arbitral, el primero como un control previo al dictado del laudo arbitral, cuando el tribunal ha resuelto de manera previa la excepción de incompetencia y el otro una vez que se dictado el laudo a través de la acción de nulidad del propio laudo.

65. Así, de la lectura de laudo exhibido por las partes, se advierte que mediante diversos escritos presentados durante el procedimiento arbitral como la contestación tanto a la demanda como a la ampliación de demanda, la ********** argumentó ante el tribunal arbitral que las controversias sometidas a su consideración eran de naturaleza técnica, por lo cual, en su opinión, acorde con lo establecido en el contrato de capacidad, debían ser resueltas por un perito independiente y no por el tribunal; sin embargo, la determinación de la competencia del tribunal se reservó hasta el dictado del laudo.

66. El juzgado observó que en el punto VII del laudo, denominado "consideraciones acerca del evento reclamado como caso fortuito por falla mecánica del 14 de abril de 2003", el tribunal arbitral, con base en el artículo 6(2) del reglamento aplicable, así como en el artículo 1432 del Código de Comercio decidió sobre su propia competencia para resolver las disputas sometidas a su consideración, de lo que se concluye que el momento adecuado para controvertir lo decidido respecto a dicha competencia por vía judicial, no puede ser otra sino a través de la nulidad del laudo, como sucede en la especie, por lo cual ese juzgado debía abordar su análisis.

67. Por tanto, desestimó la excepción de que existió consentimiento de la **********, pues el tribunal arbitral resolvió sobre su competencia hasta el laudo de fondo.

68. Posteriormente, la jueza procedió a analizar las causas de nulidad del laudo, empezando por lo que hace al Evento 2003.

69. La primera causa es la prevista en el artículo 1457, fracción I, inciso c) del Código de Comercio, que establece: "[e]l laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas".

70. La jueza determinó que, de acuerdo a los argumentos de las partes, la pregunta a responder es si conforme a las cláusulas 22.2 y 22.3 del contrato de capacidad, y el punto 24 del memorándum de aclaraciones a dicho contrato, el tribunal arbitral estaba facultado para revisar un peritaje que se llevó a cabo con la finalidad de determinar si se actualizaba un caso fortuito o de fuerza mayor y en

su caso anularlo, y además, si también estaba facultado para resolver por sí mismo si el hecho analizado por tal perito en realidad constituía un caso fortuito o de fuerza mayor.

71. La jueza precisó que del contenido de las cláusulas mencionadas se desprende que las partes convinieron dos posibles formas para resolver sus diferencias; la primera, a través de perito independiente y la segunda a través de arbitraje. Así, el perito conocería exclusivamente de cuestiones técnicas, operacionales o de pagos debidos, conforme a lo estipulado en ese contrato. Por cuanto al tribunal arbitral, se determinó que conocería de todo reclamo que se suscitara en relación con ese contrato, incluyendo las cuestiones legales relacionadas con la designación del perito independiente o con las decisiones que emitiera; asimismo, se facultó al tribunal arbitral para decidir si un asunto debía ser resuelto por un perito independiente o mediante el procedimiento arbitral.

72. Así, la jueza concluyó que el tribunal arbitral tiene competencia para conocer del conflicto, pues aunque se estableciera que las decisiones del perito independiente serían finales y obligatorias, ello debe entenderse a condición de que aquéllas no se relacionen con cuestiones legales, dado que de hacerlo, es claro que la intención de las partes era que ese tipo de cuestiones pudieran ser revisadas por un tribunal arbitral.

73. Para la jueza, el Evento 2003 es una cuestión legal que actualizó la competencia del tribunal arbitral, pues su materia era la nulidad del dictamen emitido por el perito independiente, quien tuvo a su cargo decidir sobre la procedencia o improcedencia del caso fortuito o de fuerza mayor, comunicado por ********** a **********, el catorce de abril de dos mil tres, para lo cual el perito analizó si se actualizaban las hipótesis previstas en los incisos a) a d) de la cláusula 15.1 del contrato de capacidad, que contenían los requisitos para considerar actualizado un evento de esa naturaleza.

74. En opinión del juzgado “no existe lugar a dudas en cuanto a que el caso fortuito o fuerza mayor es una figura jurídica y por tanto analizable por el tribunal arbitral; luego, si el perito independiente se ocupó de ella en su dictamen es claro que el tribunal tenía facultad de revisar lo relacionado con ese tópico.”

75. Esta conclusión se confirma, pues en términos de lo establecido en la cláusula 24 del memorándum de aclaraciones, las partes acordaron que en caso de desacuerdos sobre si un asunto debe ser resuelto por un perito independiente o mediante el procedimiento arbitral establecido en el contrato, tal desacuerdo debía ser resuelto mediante procedimiento arbitral, de lo que se sigue que el tribunal estaba facultado para decidir en última instancia si la cuestión

sometida a arbitraje era arbitrable o no. Otro elemento de apoyo es lo establecido en el artículo 15.8 del contrato de capacidad, el cual refuerza la posibilidad de analizar esta cuestión en el arbitraje, al establecer "[c]uando algunas de las partes no acepte que ha ocurrido un caso fortuito o fuerza mayor, la parte que alegue su existencia, tendrá la carga de la prueba en el procedimiento pericial, y en su caso el arbitral, que deberá promover de conformidad con la cláusula 22 del presente contrato."

76. La jueza determinó que el memorándum debía interpretarse en el sentido de limitar la competencia del perito independiente, al confirmarse que "no podría conocer de otras cuestiones que las relacionadas con cuestiones técnicas, operacional o de pagos, más no se determinó que el tribunal careciera de facultades para resolver cuestiones legales que estuvieran implicadas con tales tópicos."

77. Igualmente, el juzgado declaró infundados los argumentos de la *********, pues los errores encontrados por el tribunal arbitral sí se refieren a cuestiones legales, pues "no se referían a lo correcto o incorrecto de lo sostenido por el perito independiente con relación a temas de operación de centrales eléctricas, ni a las consecuencias de las fallas mecánicas en la central, sino que se referían a que el perito independiente tomó en cuenta hechos diversos al Evento 2003 y a que éste se hizo una interpretación errónea de uno de los requisitos para que se configurara el caso fortuito o fuerza mayor, cuestión esta última que claramente se advierte es de carácter legal".

78. En efecto, la jueza determinó que el caso fortuito o fuerza mayor es una figura jurídica y, por tanto analizable por el tribunal arbitral, por lo que si el perito independiente se ocupó de ella en su dictamen, es claro que el tribunal tenía facultad de revisar lo relacionado con ello. Adicionalmente, aunque existiera desacuerdo sobre la competencia del tribunal arbitral, debe concluirse que de conformidad con la cláusula 24 del memorándum de aclaraciones, las partes acordaron que en caso de desacuerdos sobre si un asunto debe ser resuelto por un perito independiente o mediante el procedimiento arbitral establecido en el contrato, tal desacuerdo debía ser resuelto mediante procedimiento arbitral; "de lo que se sigue pues que en todo caso, el propio tribunal estaba facultado para decidir en última instancia si la cuestión sometida a arbitraje era arbitrable o no."

79. Esto se apoya también en la cláusula 15.8 del contrato de capacidad, ya que establece que "[c]uando alguna de las partes no acepte que ha ocurrido un caso fortuito o fuerza mayor, la parte que alegue su existencia, tendrá la carga de la

prueba en el procedimiento pericial y, en su caso el arbitral, que deberá promover de conformidad con la cláusula 22 del presente contrato."

80. La jueza responsable observó que las razones en las cuales se hizo basar la nulidad del dictamen del perito independiente sobre el Evento 2003 eran jurídicas, pues se refirieron a que dicho perito tomó en cuenta hechos diversos al evento y a que éste hizo una interpretación errónea de uno de los requisitos para que se configurara el caso fortuito o fuerza mayor:

"El primero consistía en que el perito tomó en consideración trabajos de soldadura realizados por ********** en dos mil dos, en una sección de la turbina distinta a la que concernía al evento de dos mil tres; el segundo, se refería al requisito para configurar el caso fortuito o fuerza mayor, consistente en que el evento se encontrara más allá del control razonable de **********, pues al efecto el tribunal determinó que ese control era sobre el evento mismo y no sobre la central, como lo consideró el perito."

81. Posteriormente, la responsable procedió a estudiar la tercera y la cuarta causas de nulidad, relativas a la contemplada en el artículo 1457, fracción I, inciso d) del Código de Comercio, consistente en que se pruebe que "[l]a composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título."

82. La jueza reiteró que la ********** parte de una premisa equivocada, pues el tribunal arbitral sí tenía facultad para resolver si el Evento 2003 constituía un caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual debía analizar necesariamente si se cumplían los requisitos que en cuanto a esa figura pactaron las partes en la cláusula 15.1 del contrato de capacidad. Para ello, el tribunal se valió de las pruebas aportadas por las partes, valorándolas en lo conducente, por lo que la determinación recurrida no provino del análisis directo del evento o de las fallas mecánicas, por tanto, es inexacto lo alegado por ********** en cuanto a que el Tribunal determinó por sí mismo cuestiones técnicas que escapaban a sus conocimientos.

83. Ahora, la jueza determinó que no tenía competencia para evaluar la forma en que el tribunal arbitral valoró las pruebas para concluir la existencia de caso fortuito o fuerza mayor, pues de la lectura del Título Cuarto del Código de Comercio no se observan facultades expresas concedidas a los órganos judiciales para sustituirse en el conocimiento de la acción y de las excepciones

opuestas ante el tribunal arbitral; por tanto, los argumentos de la parte actora se calificaron como inatendibles.

84. Con base en lo anterior, la jueza insistió en que el tribunal arbitral resolvió la controversia sobre la base de la interpretación jurídica del contrato en relación con los requisitos establecidos por las partes para que se actualizara la figura del caso fortuito y fuerza mayor, sobre la cual tenía competencia; respecto de las cuestiones técnicas que debía considerar para tener por acreditado dichas figuras, se apoyó en las pruebas aportadas por las partes; además las partes no establecieron en el acta misión o en las cláusulas arbitrales que los árbitros debían tener ciertos conocimientos técnicos y en todo caso si ********** estaba inconforme, pudo recusarlos.

85. La jueza recordó que las partes gozan de amplia libertad para pactar las reglas del arbitraje, sin embargo, están vinculadas a adoptar un procedimiento que otorgue a las mismas un efectivo derecho de defensa, "luego en vía judicial será revisable si el procedimiento escogido por las partes ha sido efectivo y les ha otorgado plenamente el referido derecho." En otras palabras, un laudo arbitral debe respetar el debido proceso para considerarse válido, lo que incluye la exigencia de que el laudo se encuentre motivado.

86. La jueza advirtió que la revisión judicial de un laudo debe limitarse a verificar si existe motivación respecto de los temas planteados ante el tribunal arbitral, más no si ésta es debida, legal o deficiente, ya que ello es una cuestión de fondo que no se permite revisar en sede judicial.

87. Así, la jueza calificó como infundados los argumentos de la ********** dedicados a combatir las consideraciones del tribunal arbitral relativas a la carga de la prueba para demostrar la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor, pues "la decisión sobre la carga probatoria es una cuestión que atañe al dictado del laudo arbitral, pues es ahí donde el tribunal determina a quién corresponde probar los elementos necesarios para que prospere probar los elementos necesarios para que prospere su reclamo y si esa carga se cumplió debidamente o no." Así, la cuestión de la carga de la prueba no atañe al debido proceso, sino al análisis de fondo de una controversia, "por lo que su análisis no implicaría no revisar si el laudo está motivado, sino si está debidamente motivado, esto es, si el tribunal arbitral hizo una correcta apreciación de la carga de la prueba, lo cual es una cuestión de fondo del asunto."

88. Por tanto, lo único revisable es el procedimiento probatorio, esto es, si se siguieron las reglas acordadas por las parte sobre el ofrecimiento, admisión o desechamiento, preparación y desahogo de las pruebas, más no la valoración o

establecimiento de a quién corresponda la carga de la prueba, pues con ello la ********** pretende que se conteste a la pregunta relativa a si "conforme a los requisitos establecidos en el contrato de capacidad y además a la naturaleza de la figura de caso fortuito o fuerza mayor, es necesario probar el acto o hecho causa y por tanto si fue correcto o no lo determinado en ese sentido por el tribunal arbitral en el laudo que nos ocupa, cuestiones que evidentemente no son procedimentales."

89. La jueza estimó que no se actualiza la causa de nulidad prevista en el artículo 1457, fracción I, inciso d) del Código de Comercio, por la aducida razón de que el laudo carece de motivación por lo que hace a la declaración de nulidad del dictamen pericial, pues entendiendo que las causas de nulidad de los laudos son limitativas y no enunciativas, en sede judicial sólo es dable analizar si un laudo se encuentra motivado, más no si esta debidamente motivado.

90. Debe recordarse que la actualización de una causa de nulidad genera la nulidad del laudo arbitral, no su revocación, por lo que una indebida motivación no generaría su reenvío para subsanar las fallas detectadas; "de exigirse que en sede judicial se pueda analizar la debida motivación como se hace con las resoluciones judiciales, implica desconocer la naturaleza del arbitraje, pues debe tomarse en cuenta que finalmente las partes se sometieron a él libremente, con la finalidad de que fueran los árbitros los que resolvieran en definitiva la controversia, prescindiendo con ello de la intervención judicial".

91. Así, en el laudo arbitral se motivó la determinación de los árbitros en cuanto a declarar la nulidad del peritaje emitido por el perito independiente, pues expusieron las consideraciones en que sustentaron su determinación, lo que se evidencia, pues ********** busca combatir los méritos de las consideraciones del tribunal arbitral, al contra-argumentar que son insuficientes las fallas que el tribunal encontró para considerar que el dictamen no debía ser tomado en cuenta, cuestiones que evidentemente se refiere al fondo y legalidad del laudo.

92. Por otra parte, también se calificó como infundado el motivo de invalidez relativo a que el tribunal arbitral inobservó el principio de orden público de igualdad procesal de las partes.

93. Para ello, la jueza procedió a precisar qué es el orden público para efectos de declarar la nulidad de un laudo arbitral, tomando en consideración lo resuelto por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 755/2011, en el cual se estableció que el orden público es todo aquello que no es disponible para las partes ni para el árbitro; el estudio que exige la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio no comprende analizar la

corrección o legalidad del laudo, sino a evaluar si lo decidido en el fondo viola o no el orden público mexicano, cuya finalidad decisiva es la tutela de derechos de la colectividad para evitarle algún trastorno o desventaja o para procurarle la satisfacción de necesidades o algún provecho o beneficio, de manera que ese orden público se afecta cuando con motivo de la decisión de la autoridad o, en este caso, del tribunal arbitral, se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra manera resentiría, precisando que la violación al orden público también se da cuando hay violaciones graves a los principios fundamentales de justicia procesal.

94. Además una violación al orden público debe ser evidente, pues "el principio de cosa juzgada del laudo debe ser la regla general y las declaratorias de nulidad, excepciones muy limitadas, por tanto, el orden público sólo debe considerarse violado cuando concurran circunstancias verdaderamente graves y notorias", de ahí que la jueza esté impedido para hacer una revisión exhaustiva entorno a los hechos, fundamentación y motivación que justifique el sentido de la resolución. "Asímismo, conviene decir que para determinar si un acto es contrario al orden público, no basta que en el texto de la ley en que se fundamente o en la que se debió fundamentar, se establezca que es de orden público e interés social, ya que todas las leyes, en mayor o menor medida, responden a ese orden e interés."

95. En el presente caso, la jueza recuerda que la ********* argumenta que el laudo arbitral contraviene el orden público porque se transgredió el principio de igualdad procesal, ya que se otorgó un privilegio injustificado a ********* sobre *********, al relevarlo de la carga de la prueba de acreditar la existencia del acto o hecho que ocasionó el Evento 2003.

96. La jueza precisó que la decisión del tribunal arbitral no se refiere a la carga procesal, sino que resolvió sobre los requisitos que se debieron reunir para estimar colmado el caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo con lo pacto por las partes en el contrato de capacidad, ya que el tribunal arbitral expresó que era innecesario conocer la causa raíz del Evento 2003, lo cual sólo indirectamente incide en la carga de la prueba, pues si se parte de la premisa de que ese requisito es innecesario no era exigible a ********* su acreditación, "no obstante, ********* pretende plantear esa cuestión como un problema directamente relacionado con la carga de la prueba cuando ello no es así, sino que se refiere a la interpretación del contrato de capacidad."

97. La jueza reitera que el orden público se localiza en el ámbito de los principios, por tanto, para acreditar la causal de nulidad del artículo 1457, fracción II del Código de Comercio, debe actualizarse una violación a los principios esenciales

del Estado, que trascienda a la comunidad por lo ofensivo y grave de la equivocación en lo decidido, lo que no ocurre en el presente caso.

98. Así, los requisitos establecidos para la configuración del caso fortuito o fuerza mayor no debe considerarse una afectación directa al orden público, pues no se trata de un tema reservado para la resolución de los órganos del Estado, sino susceptible de someterse a la decisión de árbitros y porque son los particulares que ahí intervienen los que, en su caso, se ven afectados de manera directa por la conducta de los árbitros al fallar sobre el tópico, sin que ello trascienda de manera directa e inmediata a la colectividad. Ciertamente, es dable anular un laudo por violación al principio de igualdad procesal, pero ello cuando la parte que intente la acción pruebe que no hubiere podido hacer valer sus derechos; "en ese orden, es claro que si el tribunal arbitral no dio a las partes la misma oportunidad de alegar y probar cuanto estimaran conveniente, ni valoró con el mismo estándar o idénticas exigencias de juicio los medios probatorios aportados, es una causa que impide a la afectada hacer valer sus derechos."

99. Sin embargo, en el caso ********** no se duele de que no tuvo la misma oportunidad probatoria, ni de que sus pruebas se hayan valorado en términos inequitativos con relación a la forma en la cual se valoraron las de su contraria, sino que se duele de una cuestión de fondo, relativa a la interpretación del contrato, a saber, si conforma a lo pactado era o no necesario conocer la causa raíz del evento, para actualizar el caso fortuito o fuerza mayor; para demostrar lo anterior, la jueza trae a colación parte del laudo arbitral y destaca la parte en que se determinó que lo que denominó causa raíz del evento y la salida de operaciones de la central no eran extremos que debían actualizarse para considerar la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

100. Posteriormente, la jueza procedió a analizar las causas de nulidad relacionadas con lo decidido en el laudo en cuanto al Evento 2007.

101. En primer lugar, desestimó la causa prevista en el artículo 1457, fracción I, inciso c) del Código de Comercio, por la alegada razón de que el tribunal se excedió de los términos del arbitraje al revisar una controversia técnica.

102. Afirma que la ********** parte de una premisa falsa, pues el tribunal arbitral no estableció que las disputas en cuestiones técnicas, operacionales o de pago necesariamente tenían que resolverse a través de un procedimiento que implicaba un doble esquema, sino que lo que resolvió fue que, para que el dictamen emitido por un perito independiente fuera final y obligatorio debía en su caso agotarse un doble proceso, esto es, primero llevar a cabo el referido dictamen, y luego en caso de controversia someter dicho dictamen a revisión

por parte del tribunal arbitral. Por tanto, no existe incongruencia entre lo decidido respecto del Evento 2003 y el Evento 2007.

103. En segundo lugar, la jueza reiteró las consideraciones por las cuales antes desestimó el motivo de inconformidad de la actora relativo a la falta de competencia del tribunal arbitral para resolver cuestiones técnicas, reiterando que las cuestiones discutidas en el proceso arbitral (caso fortuito y fuerza mayor) revisten la naturaleza legal y no sólo técnica y que, en todo caso, ante la duda respecto a si una controversia podía ser sometida o no a arbitraje, el mismo tribunal podía determinar lo conducente.

104. Además, la jueza destaca lo establecido en la cláusula 15.8 del contrato, en relación con las diversas 22.2 y 22.3 del contrato de capacidad y 24 del memorándum de aclaraciones, se desprende que el tribunal arbitral tenía plena competencia para analizar si un evento tenía el carácter de caso fortuito o de fuerza mayor, pues de otra manera no se explica porqué específicamente en la cláusula 15.8 se haya previsto quién tenía la carga de la prueba en el caso de que la controversia se sometiera tanto a perito independiente como a un tribunal arbitral.

105. Aunque ciertamente la resolución del caso involucraba el conocimiento de ciertas cuestiones técnicas, lo relevante es que el tribunal arbitral tenía competencia para incorporarlos en su razonamiento jurídico mediante la valoración de las pruebas y argumentados aportados por las partes. Además, no se observa que las partes hayan determinado excluir de la competencia de los árbitros el conocimiento de los casos fortuitos o de fuerza mayor.

106. En otro orden de ideas, la jueza procedió a analizar si se actualiza la causa de nulidad prevista en el artículo 1457, fracción I, inciso d) del Código de Comercio, por la aducida razón de que el tribunal arbitral inobservó las normas procesales pactadas por las partes, dando a las partes un trato desigual y discriminatorio. Ello, al estimar aplicables las mismas consideraciones por las cuales concluyó antes que no se había violado el orden público, por vulneración al principio de igualdad procesal. Para ello recuerda que la acción de nulidad tiene el carácter extraordinario y limitado por decisión del propio legislador, la que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, más no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo.

107. Así, insiste que la decisión sobre la carga de la prueba es una cuestión que atañe al fondo del laudo, pues ahí es donde el tribunal arbitral determina a quién corresponde probar los elementos necesarios para que prospere su reclamo y si

esa carga se cumplió debidamente o no; en la especie, sólo sería revisable lo relativo al procedimiento probatorio, lo que implica analizar si se siguieron las reglas acordadas por las partes, en relación con el ofrecimiento, admisión o desechamiento, preparación y desahogo de las pruebas, más no la valoración o establecimiento de a quien corresponda la carga de la prueba.

108. Además, el tribunal arbitral no se separó de lo establecido por el contrato al resolver sobre las cargas probatorias, pues determinó que ********** acreditó cumplir con las prácticas prudentes de la industria y actuar diligentemente, además de notar que no existieron pruebas en contrario. Contra lo determinado por la actora, a ********** no fue relevada de probar los extremos de su pretensión, sino que el tribunal arbitral determinó que dichos extremos se encuentran colmados y que ********** no desvirtuó las pruebas respectivas, lo cual es acorde con el Código de Comercio, el cual establece que quien afirma tiene la carga de la prueba.

109. A continuación, procedió a analizar si se actualiza la causal prevista en el artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio, al violar el principio de igualdad procesal, el cual se declaró infundado, pues aunque la actora pretende que se analice una violación procesal relativa a la carga de la prueba, empero, en realidad la decisión del tribunal arbitral se refirió a los requisitos exigibles para estimar colmado el caso fortuito o fuerza mayor, de acuerdo a lo pactado por las partes en el contrato de capacidad, ya que al determinar que era innecesario acreditar la causa raíz del evento lo hizo considerando que no era un elemento exigido por el contrato.

110. La jueza recuerda que en el orden público se ubican los principios jurídicos, los cuales protegen las esencias de las instituciones jurídicas, entre las que se incluyen las desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal. En el caso no se viola el orden público porque el tema no se encuentra reservado para su resolución a los órganos del Estado, sino que es disponible para los árbitros, además que sólo son las partes las que se encuentran afectadas por la conducta de los árbitros, sin existir una trascendencia a la colectividad.

111. Ciertamente conforme al artículo 1457, fracción I, inciso b) del Código de Comercio, la igualdad procesal sí es un referente para determinar la validez de un laudo, ameritando la invalidez cuando la parte actora pruebe que no hubiere podido hacer valer sus derechos; si el tribunal arbitral no dio a las partes la misma oportunidad de alegar y probar cuanto estimaran conveniente, ni valoró con el mismo estándar o idénticas exigencias de juicio los medios probatorios aportados, debe declararse la invalidez del laudo, lo que no se actualiza en la especie.

112. El tribunal arbitral no impuso a ********** la carga de probar que ********** incurrió en negligencia, sino que concluyó que una vez que ********** acreditó haber cumplido con las prácticas prudentes de la industria con las pruebas aportadas, ********** no demostró lo contrario, es decir, que ********** hubiera actuado con negligencia.

113. En otro apartado, analizó los motivos de nulidad relacionados con lo determinado en cuanto al Evento 2010.

114. En primer lugar, la jueza desestimó la causal prevista en el artículo 1457, fracción I, inciso c) del Código de Comercio, por la cual se alegó que el tribunal arbitral se excedió de su competencia al resolver la controversia relativa al Evento 2010, pues concluyó que los motivos aducidos coinciden con los formulados para combatir la competencia arbitral para conocer de los Eventos 2003 y 2007, a los cuales resultan aplicables las consideraciones antes sintetizadas. En esencia, reitera que no era obstáculo para conocer de la controversia que su resolución implicara analizar cuestiones técnicas, ya que del contrato (cláusulas 15.8, en relación con las diversas 22.2 y 22.3 del contrato de capacidad y 24 del memoradum de aclaraciones) se desprende que los árbitros tienen competencia para analizar si un evento tiene o no el carácter de caso fortuito o de fuerza mayor.

115. Aunque el tribunal arbitral no tuviera conocimientos técnicos, éste estuvo en las condiciones de allegarse de información y estudios aportados por las partes; además de que estas últimas pudieron recusar a los árbitros por no satisfacer los requisitos.

116. Por otra parte, la jueza analizó si se actualizaba la fracción I, inciso d) del artículo 1457 del Código de Comercio, sobre la alegada razón de que el laudo carece de motivación, por lo que no se ajustó al procedimiento pactado por las partes, la cual igualmente fue desestimada.

117. Por lo que respecta a que los hechos materia de la controversia, en todo caso, debieron dar lugar a la terminación de la relación contractual, se calificó como infundada, pues no fue hecho valer como una pretensión destacada de la que tuviera que pronunciarse el tribunal arbitral, por lo que una decisión en tal sentido hubiera implicado un exceso del acuerdo arbitral. Además este argumento no puede considerarse una defensa de ********** en el juicio arbitral, pues no niega la existencia del caso fortuito o fuerza mayor, sino que lo presupone.

118. Tampoco existe una falta de motivación por la falta del tribunal arbitral de interpretar la forma de calcular los cargos por combustible, pues del acta misión se observa que ésta no fue una decisión que se hubiera puesto a resolución del tribunal arbitral; además, ********* estuvo en la aptitud de solicitar al tribunal arbitral que emitiera un laudo adicional en relación con los puntos omitidos, sin que lo hubiera hecho, por lo que debe concluirse que opera la preclusión; lo anterior, en términos de los artículos 1420 y 1451 del Código de Comercio.

119. A continuación, la jueza procedió a desestimar la causal prevista en el artículo 1457, fracción II del Código de Comercio, basado en el alegato de la actora de que el tribunal arbitral inobservó el orden público, al no atender lo dispuesto en la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, además de alegar que se interpuso el interés particular sobre el público.

120. La jueza determinó que no es violatoria del orden público el laudo en la parte que concluye que era opción de ********* determinar si suministraba gas o diésel para la operación de la central.

121. Antes, sin embargo, negó que los artículos 36 Bis de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y 149 de su reglamento obliguen a ********* elegir el suministro del combustible más barato, pues establecen que el menor costo debe determinarse considerando las externalidades ambientales por cada tecnología, la óptima estabilidad y la calidad y seguridad del servicio público, por lo que no es el valor económico del combustible lo que determina sus obligaciones.

122. También es falso que en el laudo se ordene sostener una planta con una capacidad disminuida, pues sólo se determinó que el Evento 2010 constituía un caso fortuito o de fuerza mayor, por lo que no se obliga a las partes a seguir operando la central en las condiciones operadas durante dicho evento, pues lo que suceda en el futuro depende de la conducta de las partes y de los eventuales acuerdos a los que puedan llegar.

123. De la misma manera tampoco el laudo frustra los propósitos fundamentales del proyecto, consistente en que ********* disponga de una unidad generadora de energía eléctrica en la península de Yucatán (que opere a base de gas y alternativamente con diésel), pues no se resolvió sobre ninguna prohibición para mantener la operación, sino que sólo se estableció cuáles serían las consecuencias de operar con gas de calidad inferior a la requerida.

124. Tampoco se afecta el orden público porque los cargos a que tiene derecho ********* se deban pagar con dinero público, pues la Ley Federal de Presupuesto y

Responsabilidad Hacendaria (artículos 2, fracciones XIII y XVI, y XXXVI, 4 y 47) establecen que la *********, como órgano descentralizado es ejecutor del gasto público, en cuyo presupuesto devengado debe incluirse el reconocimiento de las obligaciones de pago a favor de terceros, derivadas de las obligaciones de pago establecidas en resoluciones y sentencias definitivas, permitiendo a los ejecutores del gasto establecer programas de pago, buscando evitar que se afecte el cumplimiento de los objetivos y metas de los programas prioritarios aprobados en el presupuesto de egresos.

125. En otro apartado, la jueza analizó la **acción reconvencional**, mediante la cual ********* solicitó **el reconocimiento y ejecución** del laudo arbitral ********** de once de julio de dos mil dos.

126. La jueza desestimó las causas de denegación aducidas por *********, al estimar que coinciden con los motivos expuestos como causas de nulidad de la demanda principal, por lo que debían reiterarse las mismas consideraciones desarrolladas.

127. Sólo precisó la existencia de una causal no estudiada previamente, relativa a la prevista en el artículo 1462, fracción II del Código de Comercio, basada en el alegato de que el tribunal arbitral inobservó el principio de orden público, ya que el laudo frustra uno de los objetos fundamentales del contrato de capacidad y debilita la confiabilidad y seguridad del sistema, la cual se desestimó al concluir que se relaciona con la interpretación que debe darse al contrato de capacidad y al contrato de suministro, así como a diversas disposiciones de la Ley del Servicio de Energía Eléctrica, su Reglamento, y otros ordenamientos, lo que implicaría analizar la legalidad de la determinación del laudo, extremo que no está permitido en sede judicial.

128. También la jueza desestimó los argumentos de afectación al funcionamiento de la Planta y las que se hicieron consistir en las consecuencias de política pública, por referirse a sucesos futuros que no están determinados en el laudo. Reiteró que ********* puede variar su decisión respecto al combustible que suministraba, tomando en cuenta que el menor costo de la generación de energía eléctrica no sólo se fija por el precio del combustible sino tomando otros factores como la óptima estabilidad, calidad y seguridad del servicio público. Tampoco es cierto que se obligue a mantener una planta de generación de energía eléctrica con una capacidad disminuida, pues ello no depende de lo resuelto en el laudo, sino de la conducta que las partes adopten en el futuro.

129. A continuación, concluyó que se reúnen los elementos de la acción reconvencional. Para ello, destacó el artículo 1461 del Código de Comercio, de

los que se desprende que los elementos constitutivos de la acción de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral son 1) la existencia del acuerdo de arbitraje y 2) la exhibición del laudo certificado o autenticado, los cuales quedaron colmados en el caso concreto, por lo que se reconoció al laudo analizado el valor de un acto jurisdiccional, que por mandato legal, debe ser ejecutado en sus términos.

130. Por último, la juzgadora procedió a condenar en **costas** a la parte actora principal, toda vez que concluyó que se actualizó el artículo 1084, fracción V del Código de Comercio, al intentarse una acción de nulidad que resultó improcedente. En apoyo se cita la tesis de esta Primera Sala de rubro: "COSTAS EN MATERIA MERCANTIL. LA CONDENA A SU PAGO NO REQUIERE QUE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, NI DE LAS EXCEPCIONES, LAS DEFENSAS, LOS INCIDENTES O RECURSOS SEA NOTORIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1084 DEL CÓDIGO DE COMERCIO)."

131. **Conceptos de violación**. Contra la determinación anterior, la parte quejosa (**********) formula los siguientes conceptos de violación.

132. De manera previa, la quejosa abunda en el contenido de los derechos fundamentales a la legalidad, a la motivación suficiente y adecuada.

133. En el **primer concepto de violación**, la quejosa reclama la indebida motivación de la sentencia reclamada respecto de las causales de nulidad y de denegación de ejecución del laudo arbitral, relativas a que el tribunal arbitral se excedió de los términos del acuerdo arbitral, al revisar y anular el dictamen pericial de ABS sobre el evento de 2003.

134. Para concluir la competencia del tribunal arbitral, la autoridad responsable interpretó de manera incorrecta las cláusulas 22.2 y 22.3 del Contrato de Capacidad, a efecto de fijar la distribución de competencias entre los dos métodos de solución de controversias establecidos en el contrato, a saber, el peritaje independiente y el arbitraje. En su opinión, es inexacto que las decisiones de los peritos independientes no pueden revisadas en arbitraje, a menos que se involucre alguna cuestión legal y que ello sea apoyado por el punto 24 Memorándum de Aclaraciones, pues éste no resta competencias a los árbitros para conocer controversias que involucren aspectos técnicos, ya que reitera los límites de la competencia de los peritos, con lo cual también resulta incorrecto concluir que el evento de 2003 se refiera a una cuestión legal, como es el caso fortuito o fuerza mayor, por lo que resulte justificada la existencia de competencia del tribunal arbitral.

135. La quejosa procede a enumerar los errores de motivación en que incurrió la jueza responsable.

136. En primer lugar es falso que no exista una contradicción entre las cláusulas 22.2 y 22.3 del Contrato de Capacidad. Ello, pues de la lectura de esas cláusulas se deriva que el ámbito de competencia de los peritos y el de los árbitros se superpone impidiendo encontrar un sentido lógico a esas disposiciones, al ser inviable sostener, por una parte, que las decisiones de los peritos son irrecurribles y al mismo tiempo que son revisables en arbitraje, o que exista concurrencia competencial respecto de las controversias técnicas y de pagos.

137. Esta contradicción fue detectada por las partes al año de haber suscrito el convenio, de ahí que procedieran a suscribir un documento en el que constara, de común acuerdo, la interpretación que debía prevalecer sobre la distribución material de competencias. En efecto, en el memorándum de aclaraciones se aclara lo que no puede observarse en el contrato principal y se establece en el punto 24 que "se confirma que el Perito Independiente resolverá únicamente disputas en materia técnica operacional o de pagos en los supuestos previstos en el Contrato como exclusiva competencia del Perito Independiente y todas las disputas del tipo legal serán reservables al procedimiento arbitral de conformidad con la Cláusula 22.3 del Contrato. En el caso de disputas relacionadas con la designación del Perito Independiente o sobre si un asunto debe ser resuelto por un Perito Independiente o mediante el procedimiento arbitral establecido en la Cláusula 22.3 del Contrato, las mismas deberán ser resueltas a través de un procedimiento arbitral en los términos de la Cláusula 22.3 del Contrato."

138. Así, las disputas técnicas, operaciones y de pago se encuentran reservadas para la competencia exclusiva de los peritos, las cuales están necesariamente relacionadas con los supuestos previstos en el contrato, esto es, las controversias necesariamente se relacionan con el contenido obligacional y las figuras jurídicas del Contrato de Capacidad, pero no por eso se tornarían de naturaleza legal. Por su parte, los tribunales arbitrales tienen competencia para conocer de tres tipos de cuestiones: 1) controversias de carácter legal (con competencia exclusiva), 2) controversias relacionadas con la designación de un perito independiente y 3) si una disputa es susceptible de ser decidida en peritaje o arbitraje. Por tanto no existe concurrencia, sino especialidad de cada mecanismo en función de la materialidad de la cuestión a dilucidar.

139. Luego, es claro que el tribunal arbitral carecía de competencia para conocer de la controversia de origen, pues no podía revisar el contenido de un dictamen pericial desde el punto de vista técnico u operacional.

140. La quejosa reitera que es incorrecta la interpretación del juzgado de Distrito de que el artículo 24 del Memorándum de aclaraciones se limite a reafirmar que los peritos sólo tendrían facultades para conocer de las controversias técnicas, operacionales y de pagos, pues lo cierto es que el fin de esa cláusula era establecer que esas controversias eran de la competencia exclusiva del perito independiente.

141. Es incorrecto afirmar que el tribunal arbitral tenía competencia para conocer del evento del 2003, supuestamente por relacionarse con un aspecto legal (evento de un caso fortuito o fuerza mayor). Ello, pues las partes acordaron expresamente que los desacuerdos técnicos (de competencia exclusiva de los peritos independientes) necesariamente se relacionaban con ciertos supuestos del contrato.

142. La quejosa afirma que una cuestión técnica se actualiza cuando la resolución de la controversia "amerita que se resuelvan aspectos fundamentalmente técnicos, cuyo análisis requiere conocimientos especializados relacionados con el diseño, programación, puesta en marcha, operación y mantenimiento de la Central (el objeto del contrato), la disputa habrá de ser calificada como técnica y por ende su decisión deberá ser encomendada al perito independiente en los términos de la cláusula 22.2" [...]" "Por exclusión, una controversia de carácter legal será aquella que puede ser resuelta sin necesidad de valorar cuestiones técnicas u operacionales, basándose en meras consideraciones de naturaleza lógica-jurídica, y que por tanto puede ser decidida en un procedimiento arbitral de acuerdo con la cláusula 22.3 del Contrato de Capacidad. Así, los árbitros podrían decidir los desacuerdos sobre la interpretación de las cláusulas del Contrato de Capacidad, sobre las consecuencias legales de los actos y hechos jurídicos relacionados con el contrato, sobre aspectos competenciales y sobre aquellas otras cuestiones que no tengan carácter técnico, operacional o de pagos."

143. Con base en lo anterior, la quejosa afirma que las controversias sobre eventos de caso fortuito o fuerza mayor por fallas mecánicas son fundamentalmente de carácter técnico, lo que impide la actualización de la competencia del tribunal arbitral, al versar sobre las fallas técnicas de componentes importantes del sistema de recuperadores de calor o del sistema de turbogeneradores. Ello se demuestra al requerir de conocimientos técnicos sumamente especializados en el diseño, operación y mantenimiento de grandes centrales eléctricas, para dictaminar sobre muy diversos aspectos. En palabras de la quejosa "[a]sí, nada más absurdo sería el pretender que un tribunal arbitral diagnosticara y determinara si determinada falla mecánica fue provocada o no por la negligente operación de una maquina; cuestión que rompería por completo el propósito del

régimen de distribución de competencias por razón de la materia, adoptado por las partes."

144. Esto se apoya en la conducta de las partes quienes en dos ocasiones sometieron al conocimiento de un perito independiente el Evento del 2003. Además, insiste en que la interpretación de la autoridad responsable es absurda, ya que conforme a ella ninguna controversia sería decidida en peritajes independientes.

145. El Evento de 2003 es de carácter técnico, ya que trata de una falla en un componente del compresor de la turbina de gas número 1 de la central, causado por un daño por objeto extraño, que inicialmente no fue identificado, misma falla que fue identificada por la empresa ********* ********* (fabricante de la turbina) mediante una inspección boroscópica realizada el 8 de abril de 2003, de la cual se concluyó que faltaban aproximadamente cuatro centimétros de un cordón de soldadura de uno de los travesaños de la carcasa de entrada del compresor y se estableció que dicho desprendimiento de la soldadura era la causa probable de la falla. Así, la decisión del perito ABS, por la que dictaminó que el Evento 2003 no constituía un evento de caso fortuito o fuerza mayor se apoyaba en muy diversas consideraciones, todas de carácter estrictamente técnico, por lo que al reconocerse competencia, el tribunal arbitral procedió a pronunciarse sobre múltiples aspectos de carácter técnico.

146. Según la quejosa, resulta irrelevante que el tribunal arbitral estuviera facultado para determinar sobre su propia competencia, como sostuvo la responsable, pues el propio contrato recoge el principio conocido como "competence-competence", conforme al cual los árbitros pueden decidir sobre su propia competencia, lo que también es recogido por el artículo 1432 del Código Comercio, y el punto 6(5) del reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; sin embargo, debe determinarse que esas decisiones no pueden ser definitivas, pues de conformidad con los artículos 1457 y 1462, fracción I, inciso c) del Código de Comercio, deben revisarse por la autoridad judicial, para determinar si el tribunal arbitral no se excedió en sus competencias.

147. Por otra parte, la quejosa combate la determinación de la autoridad responsable, según la cual los árbitros decidieron anular el dictamen pericial por supuestos errores de carácter legal y no técnicos, pues es evidente que el tribunal arbitral analizó los méritos de los razonamientos técnicos del perito independiente.

148. En el **segundo concepto de violación**, la quejosa argumenta que el acto reclamado está indebidamente motivado con respecto a la primera causal de nulidad y de denegación de ejecución del laudo arbitral, relativas a que el

tribunal arbitral se excedió de los términos del acuerdo arbitral al resolver el fondo del asunto y determinar que el evento de 2003 constituía un caso fortuito o de fuerza mayor.

149. Para justificar su oposición, la quejosa reitera que la jueza responsable incurrió en diversas inexactitudes interpretativas y dejó de observar el régimen competencial que divide materias a los peritos independientes (cuestiones técnicas) y a los árbitros (para conocer de cuestiones jurídicas) y reitera que la responsable ignoró que el fondo de la controversia sobre el evento de 2003 (por falla mecánica) era estrictamente técnico.

150. La quejosa se opone a la consideración de la responsable, en el sentido de que mediante el juicio de nulidad de laudo se buscó que el juzgado se sustituyera en los árbitros, pues afirma que ********** nunca buscó que se revisara la corrección de las consideraciones emitidas por el tribunal arbitral al examinar los elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor bajo la cláusula, sino simplemente se buscó evidenciar que los árbitros fueron más allá de su competencia (limitada para resolver cuestiones legales) en tanto que resolvieron sobre aspectos técnicos y operacionales que eran de la competencia exclusiva de los peritos independientes bajo el punto 24 del Memorandum de Aclaraciones, cuestión que puede ser materia de estudio ante autoridad judicial, sobre la base de lo dispuesto por los artículos 1457 y 1462, fracción I, inciso c) del Código de Comercio.

151. Afirma rechazar que los árbitros hubieran realizado una interpretación estrictamente jurídica para resolver la controversia del Evento de 2003, pues en dicha resolución se contienen pronunciamientos sobre cuestiones tan técnicas, como son las prácticas prudentes de la industria con respecto al cuidado y el mantenimiento de los componentes que fueron afectados por el evento y si el productor efectivamente observó dichas prácticas.

152. De conformidad con la cláusula 1.1 del Contrato de Capacidad, resulta indiscutible que la delimitación de los estándares establecidos por Prácticas Prudentes de la Industria para el diseño y mantenimiento de los componentes afectados por el Evento de 2003 era un aspecto eminentemente técnico, que implicaba determinar cuáles eran las prácticas, métodos o técnicas indicadas y generalmente aceptados en la industrial de la generación de energía que habrían de aplicar al caso concreto; por tanto, los árbitros no tenían competencia para determinar si dichas prácticas necesariamente coincidían con las recomendaciones emitidas por el fabricante de la central (**********).

153. Lo mismo puede decirse de la determinación del tribunal arbitral sobre la causa raíz del Evento de 2003, en el sentido de que no era un requisito conocer el origen de la falla mecánica del compresor que originó la disputa. “Así, se requería considerar aspectos sumamente especializados en el diseño de centrales generadoras de energía, para determinar si resultaba indispensable o no conocer el origen del desprendimiento de la soldadura aplicado en el travesaño de la carcasa para resolver la controversia. Particularmente, resulta altamente técnico el poder determinar si se cumplieron los requisitos contenidos en la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad; estableciendo, por ejemplo, si la falla era imputable a la negligencia del Productor, o si dicha falla estaba o no fuera de su control razonable.”

154. La parte quejosa afirma que la resolución del tribunal arbitral versa sobre cuestiones técnicas, como se observa de la lectura relativa a los puntos siguientes: la responsabilidad de ********* en los trabajos de soldaduras; el control razonable del Evento de 2003; la imposibilidad sobre la imposibilidad para continuar operando la central.

155. Así, alega que si bien es cierto en el juicio de origen alegó que los árbitros carecían de conocimientos técnicos, ello no fue para demostrar la necesidad de excusarlos, sino para demostrar que al resolver sobre los puntos controvertidos rebasaron sus competencias, al limitarse a dilucidar cuestiones técnicas.

156. La quejosa afirma que la determinación de la responsable es incongruente con lo decidido al pronunciarse sobre el primer concepto de nulidad del laudo arbitral (sobre la incompetencia de los árbitros para revisar el dictamen pericial de ABS), pues poco después de considerar que los árbitros procedieron a resolver cuestiones jurídicas, determinó que no podía revisar las cuestiones técnicas materia del laudo arbitral.

157. En el **tercer concepto de violación**, la parte quejosa argumenta que la responsable violó el derecho de legalidad, al determinar que la carga de la prueba no es un evento procesal en relación con el evento 2003, sino al fondo del laudo por lo que no puede revisar cuestiones relacionadas con la asignación de la misma.

158. Contra lo determinado en la sentencia reclamada, afirma que la carga de la prueba es un aspecto procedimental, no de fondo, ya que los estándares de la carga de la prueba —a quién corresponde acreditar qué— son reglas procesales que preexisten no sólo al proceso decisorio de la jueza, sino también al inicio del mismo procedimiento.

159. En este sentido, alega que el tribunal arbitral estaba obligado a observar las disposiciones procesales contenidas en la legislación federal mexicana; sin embargo, alega que dicho tribunal relevó a ********* de acreditar la existencia del acto o hecho que alega como caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que éste no acreditó la causa del evento, ni los árbitros determinaron la causa concreta. Así, al concluir que el evento de 2003 constituye un caso fortuito o fuerza mayor se hace patente que hace nugatorio el principio de la carga de la prueba. "En efecto, la causa raíz del evento es un presupuesto lógico indispensable para establecer si se configura o no un caso fortuito o fuerza mayor." Luego la responsable debió decretar la nulidad del laudo arbitral conforme con los artículos 1457 y 1462 del Código de Comercio.

160. En el **cuarto concepto de violación** la parte quejosa afirma que el acto reclamado está indebidamente fundado y motivado con respecto al evento de 2003 en cuanto a la nulidad e inejecución que se reclamó por falta de motivación del laudo arbitral.

161. En efecto, la quejosa combate la conclusión de la autoridad responsable de que el tribunal arbitral sí motivó la determinación para declarar la nulidad del peritaje de ABS; esto es incorrecto, en su opinión, pues para que el tribunal arbitral procediera a declarar la nulidad de dicho dictamen debía comprobar que todas sus consideraciones eran incorrectas, pues si dicho dictamen era acertado en al menos una de las consideraciones realizadas por ABS respecto de la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad, el Evento 2003 no podría considerarse un caso fortuito o fuerza mayor. Esto no fue desvirtuado por el tribunal arbitral, toda vez que sólo se limitó a afirmar que existieron dos irregularidades en el dictamen, relativos a dos inciso de la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad, a saber, el inciso b) relativo al control razonable del evento 2003 y el c) relativo a la culpa o negligencia de *********.

162. En palabras de la quejosa "[a]sí pues, de lo que se dolió la ********* en su demanda de nulidad del laudo arbitral fue la falta de motivación respecto de la resolución alcanzada por el Tribunal Arbitral para decretar la nulidad del dictamen pericial, al no haber expuesto razón o motivo alguno con respecto al resto de las consideraciones en que se apoyó el perito independiente."

163. También afirma que es incorrecta la apreciación de los hechos por parte de la autoridad responsable y, por tanto, el acto reclamado es violatorio de los derechos fundamentales de la *********, pues la autoridad responsable perdió de vista que cada uno de las cuatro conclusiones a las que arribó ABS en el dictamen pericial sostenía de manera independiente que el evento de 2003 no constituía un caso fortuito o fuerza mayor, por tanto, era indispensable que el

tribunal arbitral se pronunciara sobre cada una de ellas para determinar por qué eran incorrectas a fin de determinar la nulidad del dictamen pericial.

164. En su opinión, las cuestiones alegadas en el juicio de nulidad de laudo arbitral, contra lo afirmado por la responsable, no implica revisar el fondo ni la legalidad de dicho laudo, pues ********* argumentó la falta de motivación absoluta se debía a que el tribunal arbitral no se pronunció respecto de los inciso a) y d) del dictamen pericial, lo que era necesario, dado que cada uno de forma independiente constituía una causa para impedir que el Evento de 2003 actualizara un caso fortuito o fuerza mayor.

165. Al respecto, la quejosa argumenta que "[n]uestros tribunales ya han sostenido que los juzgadores están facultados para analizar el laudo arbitral ante la solicitud de su inejecución, para determinar la procedencia de los motivos de inejecución formulado". En apoyo cita la tesis aislada del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, de rubro "LAUDO ARBITRAL. DENEGACIÓN DE SU EJECUCIÓN. ANÁLISIS SOBRE LA ACTUALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS SEÑALADA EN EL INCISO C) DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.".

166. La quejosa afirma que no pretende que se revise el fondo o la legalidad del laudo arbitral, pues no está solicitando que se determine que fueron incorrectas las consideraciones del tribunal arbitral, sino que se solicita que se haga una comparación entre los puntos que debían resolverse y los que dejó de resolverse.

167. En el **quinto concepto de violación**, la quejosa alega que la sentencia reclamada es ilegal al estimar que no se actualizó la causal de nulidad e inejecución prevista en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, en relación con la violación a los principios de igualdad y trato no discriminatorio a las partes.

168. En efecto, la responsable realizó un incorrecto estudio del concepto de orden público, pues lo construye a partir de una parte de la ejecutoria que resolvió el amparo en revisión 755/2011 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. "A partir del texto anteriormente transcrito, la responsable concluye, de manera parcialmente acertada, que el orden público para efectos de declarar la nulidad de un laudo es todo aquello que no es disponible para las partes ni para el árbitro, y que el estudio correspondiente, no autoriza a los juzgadores a analizar la corrección de lo resuelto por los árbitros, sino únicamente si se viola o el orden público. Sin embargo, se equivoca al concluir que para actualizar una violación al orden público, es necesario que el laudo cause un perjuicio a la colectividad."

169. Ello, pues en la ejecutoria mencionada, esta Primera Sala, en su opinión, únicamente establece que la colectividad es el fin último del orden público, pero no establece que un laudo para ser anulado con motivo de su incompatibilidad tenga que actualizar una afectación a la colectividad, pues ello llevaría a resultados absurdos.

170. En su opinión, la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio sanciona con la nulidad a los laudos que contravienen en forma manifiesta a los principios del derecho o de la equidad, esto es, aquellos principios o fundamentos principales del orden jurídico mexicano. En apoyo cita las tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de rubros "ORDEN PÚBLICO. ES UN CAUSA AUTÓNOMA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL", "ORDEN PÚBLICO. SU NOCIÓN Y CONTENIDO EN LA MATERIA CIVIL.", "ORDEN PÚBLICO. SU CONTRARIEDAD ES CAUSA DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA-DOCTRINAL." y "ORDEN PÚBLICO. ES EL LÍMITE A LA LIBERTAD CONTRACTUAL DERIVADO DE LOS VALORES MÁS IMPORTANTES QUE RECOGE EL ORDEN JURÍDICO Y REQUIERE DE LA PONDERACIÓN JUDICIAL".

171. Con base en lo anterior, la quejosa afirma que las violaciones al orden público se actualizan cuando un laudo contraviene los principios fundamentales del orden jurídico, lo que incluye otorgar un trato inequitativo a las partes; para ello no debe actualizarse una violación a los derechos subjetivos de cada uno de los miembros de la colectividad, para considerar que se ha transgredido el orden público.

172. La quejosa insiste en esta línea de argumentación y abunda en las razones que sustentan su aserto de que el principio de igualdad entre las partes es de orden público. En apoyo cita la tesis de esta Primera Sala, de rubro "PROCEDEIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 6° DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE PREVÉ EL PAGO DE COSTAS A LA AUTORIDAD DEMANDADA Y DE DAÑOS Y PERJUICIOS A LA ACTORA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL.".

173. El principio de igualdad y equilibrio procesal no sólo se recoge en el artículo 17 de la Constitución Federal, sino también en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, al relevar a ********** de la carga de la prueba (de acreditar que el evento 2003 fue ocasionado por un caso fortuito o fuerza mayor), el tribunal arbitral dio un trato inequitativo a las partes, violentando normas de orden público, ya que se dio un trato favorable hacia ********** y discriminatorio para **********.

174. A continuación, la parte quejosa procede a formular los conceptos de violación relativos al Evento de 2007.

175. Así, en el **séptimo concepto de violación**, la quejosa argumenta que la sentencia reclamada es irregular por estar indebidamente motivada respecto de la primera causal de nulidad y de denegación de ejecución del laudo arbitral, relativas a que el tribunal arbitral se excedió de los términos del acuerdo arbitral al determinar que el evento de 2007 constituía un caso fortuito o fuerza mayor.

176. Aquí afirma que el tribunal arbitral no tenía competencia para resolver si el Evento de 2007 configuraba un caso fortuito o de fuerza mayor, pues reitera que se basa en una incorrecta interpretación del régimen de competencias de los peritos independientes y de los árbitros establecido en el Memoradum de Aclaraciones y se ignora que el fondo de la controversia era estrictamente técnico. La incorrección radica en la omisión de observar que las partes concedieron a los peritos independientes competencia exclusiva sobre las controversias técnicas y que dichas cuestiones técnicas se referían justamente a los supuestos previstos en el contrato de capacidad.

177. Luego, en el caso concreto no era dable que los árbitros determinaran sobre la controversia relativa a los casos fortuitos o de fuerza mayor por fallas mecánicas de componentes importantes de la central (fracción XI de la cláusula 15.1), pues por su complejidad técnica debía someterse al conocimiento de los peritos independientes. “El Evento de 2007 versa particularmente sobre una falla mecánica en la turbina de gas número 1 de la Central que tuvo lugar el 27 de enero de 2007. De los reportes intercambiados por las partes, el Tribunal Arbitral advirtió que la posible causa raíz de la falla mecánica provenía de la súbita acumulación de suciedad en las bases del alábe.”.

178. La quejosa insiste en que la ********** nunca planteó la ilegalidad de las decisiones del tribunal arbitral sobre el Evento de 2007 como una causal de nulidad del laudo arbitral, sino que se alegó siempre que, del análisis de las cuestiones resueltas por el tribunal arbitral, se desprende que se excedió en su competencia. Así, se ignoró que los árbitros llevaron a cabo un análisis técnico sobre el fondo de la controversia, pues debía evaluar el origen de la acumulación de partículas en la base de los alábes para llevar a cabo la evaluación de los requisitos contenidos en la cláusula 15.1 del contrato de capacidad; también debió determinar sobre las prácticas prudentes de la industria, sobre el cumplimiento del Boletín emitido por **********. Igualmente es una cuestión técnica la determinación sobre el control razonable y la diligencia de ********** respecto del Evento de 2007.

179. La quejosa reitera que el análisis del referido evento es técnico y no jurídico, para lo cual destaca que el tribunal arbitral debía pronunciarse sobre la imposibilidad de operar la central, lo cual implicaba el análisis del evento de 2007 y determinar si había sido de gran magnitud y si de facto ello imposibilitaba al productor a continuar con la operación de la turbina no. 1 de la central.

180. Por otra parte, la quejosa afirma que la demanda arbitral era prematura, de acuerdo a lo que los árbitros resolvieron sobre el Evento 2007, pues suponiendo sin conceder de que el tribunal arbitral tuviera competencia, lo cierto es que antes las partes no se sometieron a un perito independiente. "De tal forma que para el caso que pudiera llegar a tener lugar la intervención de árbitros, en primer lugar, de acuerdo con la Cláusula 22.2 del Contrato de Capacidad, requería de la intervención de un Perito Independiente que resolviera los temas técnicos.".

181. En el **séptimo concepto de violación (sic)** la quejosa argumenta violación al derecho fundamental de legalidad, al determinar que la carga de la prueba no es un aspecto procesal, en relación con los motivos de nulidad sobre el Evento de 2007, sino un tema de fondo.

182. La quejosa alega que la carga de la prueba es una cuestión procesal, que puede ser materia de análisis en un juicio de nulidad de laudo arbitral; afirma que el laudo es ilegal pues los árbitros relevaron a ********** de acreditar la existencia del acto o hecho que alegó como caso fortuito o fuerza mayor, con lo cual inobservó las disposiciones obligatorias respecto a cargas probatorias en este aspecto. Así, por ejemplo, se relevó a ********** de comprobar la causa raíz del caso fortuito, haciendo constar que era suficiente que ********** argumentara que hizo todo lo posible de lo que estaba bajo su control razonable, sin analizar cada uno de los inciso previstos en la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad, el cual establece los requisito para tener por acreditada tal extremo.

183. En su opinión, el tribunal arbitral revertió la carga de la prueba, al pretender que ********** acreditara la negligencia de **********.

184. En el **octavo concepto de violación**, la parte quejosa alega que la responsable actuó de manera ilegal, al resolver que no se actualizó la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, pues el tribunal arbitral inobservó el principio de orden público de igualdad procesal a las partes.

185. Como lo hizo respecto del Evento de 2003, también respecto del Evento de 2007, la quejosa afirma que la causa de nulidad por violaciones al orden público

autoriza a revisar si la conducción del arbitraje se apegó o no a los principios de justicia que rigen todos los procedimientos jurisdiccionales, dentro de los cuales se incluye el principio de igualdad y equilibrio procesal, lo que se fundamenta en el artículo 17 de la Constitución Federal y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

186. Insiste que el tribunal arbitral al relevar a ********** de la carga de la prueba, le dio un trato inequitativo a las partes, violentando normas de orden público.

187. A continuación, la parte quejosa formula los conceptos de violación relativos al Evento de 2010.

188. Así, en el **concepto de violación noveno**, se reclama la violación al derecho de legalidad, al estimar que la responsable no observó que el laudo arbitral contraviene el orden público en tanto que frustra uno de los objetos fundamentales del contrato de capacidad y debilita la confiabilidad y seguridad del sistema eléctrico peninsular.

189. Recuerda que en el juicio de origen adujo que el laudo arbitral viola el orden público mexicano, dado que frustra los objetivos de orden público de la licitación de la central, que era disponer de una unidad de generación con una capacidad de 484 MW operando con gas y de 440 MW operando con diésel alternativamente ante la falta de gas y que la ejecución del laudo produciría una significativa degradación de la confiabilidad y seguridad en el sistema eléctrico regional de la península de Yucatán, en tanto que la central sería operada en condiciones normales con una capacidad disminuida y que la central no podría ser operada de manera regular con diésel.

190. La quejosa estima que la respuesta de la autoridad responsable para desestimar sus reclamos se basan en premisas incorrectas. Así, precisó que los motivos de inejecución no se hizo basar en que las consideraciones de los jueces fueran ilegales, absurdas o equívocas, sino en que las violaciones al orden público derivan de los efectos o implicaciones de las decisiones de los árbitros. En su opinión, “las disposiciones contractuales y normativas contravenidas por las decisiones de los árbitros contienen reglas importantes sobre la debida operación del sistema eléctrico regional peninsular y por tanto involucran aspectos de orden público (que fueron invocados en las causales de nulidad y denegación de ejecución).” Afirma que aun sin revisar la legalidad de las consideraciones del laudo arbitral era suficiente con que la responsable advirtiera que las consecuencias del laudo arbitral pudieran ocasionar violaciones al orden público para rechazar su ejecución.

191. Es igualmente incorrecto que el laudo arbitral no afectaría la operación de la central hacía el futuro y que no incidiría en el despacho, pues incorrectamente se confinó el estudio al 2010. Ello, pues el Evento 2010 es un problema que aún no se ha resuelto y, por tanto tiene un impacto adverso en la operación de la central.

192. Dicho Evento 2010 derivó, según el tribunal arbitral, de que la ********* venía suministrando a ********* gas que no venía cumpliendo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato de suministro, lo que provocó que la central tuviera que reducir su nivel de generación de manera importante. En el mismo laudo se describe como después de varios años de negociaciones, ********* decidió notificar a ********* la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor (abril de 2010) por la falta de entrega de gas, que cumpliera con las especificaciones requeridas. Al hacerlo, ********* alegó que dicha situación provocaba la disminución en la capacidad de generación de la Central (de 484 MW hasta 300 MW) y por ende supuestamente le impedía cumplir con el despacho ordenado por la *********.

193. Pues bien, afirma que es incorrecta la apreciación de la jueza responsable, pues las afectaciones al orden público se extenderán indefinidamente hacia el futuro, hasta que sea remediada la problemática del abasto de gas natural en el país, cuestión que resulta ajena a las partes del contrato de capacidad.

194. De igual forma estima que es incorrecta la determinación de la responsable de que la ********* puede decidir en el futuro con qué combustible despachar la central y que por tanto el laudo no provoca que se mantenga una central que opere con una capacidad disminuida. Ello es falso, pues la ********* no tiene en sus manos la solución del enorme problema derivado de la falta de gas de calidad, pues no es cierto que pueda cambiar la operación de la central de gas a diésel y así recuperar la capacidad plena a 484 MW, aduciendo cuestiones de seguridad del servicio, ya que existe una restricción consistente en que es la posibilidad de cambiar de combustible que le permitiría alcanzar la capacidad garantizada de 440 MW, en lugar de los 300 MW que, en promedio se producen con el gas fuera de especificaciones.

195. La primera restricción es que la normatividad que regula la operación del sistema eléctrico nacional impone la obligación de despachar las centrales en condiciones normales con el combustible más económico (artículo 16 Reglamento del Despacho y Operación del Sistema Eléctrico Nacional emitido por el Centro Nacional Control de Energía), vinculantes en términos del artículo 2 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

196. En opinión de la quejosa, la responsable malinterpreta las disposiciones que jerarquizan y armonizan la aplicación de los diversos objetivos básicos del despacho; ciertamente, la ********* debe llevar a cabo el despacho del sistema eléctrico nacional tomando en consideración las asignaciones fundamentales de calidad y seguridad, de conformidad con el artículo 36 bis de la Ley del Servicio Público de Energía; sin embargo, la responsable no tomó en cuenta el orden preciso con el que ********* debe observar y aplicar los cuatro objetivos básicos del despacho, de acuerdo a lo que establece el artículo 150 del reglamento de dicha ley, de acuerdo al cual el principio del despacho económico y que abarca la operación de las centrales con el combustible más económico tiene aplicación permanente y en todo momento, salvo en aquellos casos excepcionales de la operación, que se presenten circunstancias donde se pudiera afectar la seguridad o la continuidad del servicio.

197. La segunda restricción consiste en que el laudo arbitral impide la operación "regular" a base de Diésel, pues la decisión del tribunal arbitral impide que ********* despache la central de forma indistinta o alternativa con gas o diésel debido a que el productor se negaría, al amparo de lo establecido en el punto 204 del laudo, a producir energía quemando Diésel de manera ordinaria o regular.

198. En su opinión, "el despacho de la central queda sujeto a restricciones significativas (derivadas de la ley y del laudo arbitral) que le obligan a ********* a mantener la operación a base de gas natural tanto en condiciones normales como en condiciones extraordinarias, lo que redunda en que se soporte a la central con una capacidad significativamente reducida o degrada (de 484 MW que fueron garantizados a 300 MW es lo que la central produce en promedio)."

199. La quejosa continúa y afirma que la sentencia reclamada es incorrecta, de que los eventuales riesgos pueden ser evitado, pues ello se basa en meras especulaciones, ya que afirma que ante un evento crítico, las partes siempre podrían llegar a algún acuerdo para implementar las medidas necesarias para evitar falla del sistema. Igualmente, la responsable falla en advertir los riesgos que los efectos del laudo arbitral representan para la debida operación de la central.

200. Ello, pues la responsable no advirtió que el laudo deja a la ********* con una central que sólo sería despachada con gas fuera de especificaciones y por ende con una capacidad de generación sumamente disminuida y el laudo arbitral además elimina el derecho de ********* de despachar a la central con diésel por todo el tiempo que el gas permanezca fuera de especificaciones, pues exime al productor, de manera indeterminada, de cumplir con su compromiso de

proveer capacidad garantizada con Diésel (de 440 MW) de manera habitual por todo el tiempo que tome resolverse el problema de la falta de abasto del gas.

201. La quejosa destaca que el perito de la **********, al rendir sus respuestas, explicó que cualquier impedimento para operar plenamente la central a base de Diésel como combustible alterna implicaría limitaciones importantes para los operadores del sistema eléctrico nacional en detrimento de los principios de seguridad y continuidad.

202. La quejosa afirma que otro vicio de la sentencia reclamada es negar que el laudo arbitral frustre los objetivos del proyecto de la central, debido a que no prohíbe expresamente que se despache la central con algún combustible en particular. Insiste en que uno de los objetivos fundamentales del contrato de capacidad era que ********** contara con una unidad de generación en el Estado de Yucarán que fuera capaz de producir 484 MW operando con gas y 440 MW operando con Diésel alternativamente.

203. Sin embargo, ********** puede aducir contar con el respaldo del laudo y no utilizar Diésel, sino seguir utilizando gas degradado, en detrimento de la cláusula 10.2 del contrato de combustible, pues cuenta con la determinación de que es irrelevante que no cuente con la capacidad, "[i]nsistiendo que ante la situación previamente relatada se podría ocasionar el colapso del sistema eléctrico regional, es decir, sobrevendrá la gravísima situación que se interrumpa la prestación del servicio público de energía eléctrica, lo que se traduciría en apagones selectivos en zonas muy extensas de la península, iniciando con la región de la ciudad de Mérida, donde se localiza la central." Ello generaría afectaciones a la colectividad (costos económicos y sociales).

204. En otra parte, la quejosa alega que la sentencia reclamada es ilegal, pues es falso que haya basado su argumento en que los pagos hechos con dinero público no constituyen violaciones al orden público, pues afirma que las violaciones al orden público derivan del régimen contractual específico creado por el laudo arbitral, que pone en riesgo la continuidad y seguridad del servicio público de energía eléctrica en la península de Yucatán.

205. En el **décimo concepto de violación**, la parte quejosa argumenta que la sentencia reclamada es irregular, toda vez que la responsable no observó que el tribunal arbitral se excedió de los términos del acuerdo arbitral al determinar que el Evento de 2010 constituía un caso fortuito o de fuerza mayor.

206. Para ello, la quejosa insiste en su argumentación de que la responsable incurrió en una inexacta interpretación del contrato de capacidad y del memorándum

de aclaraciones, en aquella parte que regula el régimen de división de competencias, según el cual los peritos independientes son competentes en exclusividad para conocer de los diferendos técnicos y que el fondo de la controversia sobre el Evento de 2010 (relativo a la calidad del gas) era fundamentalmente técnico.

207. En efecto, la controversia radicaba en determinar si el suministro de gas fuera de especificaciones que hacía ********* actualizaba o no el Evento de Caso Fortuito o Fuerza mayor previsto en la fracción (vii) de la cláusula 15.1 del contrato de capacidad, lo que implicada evaluar su la disminución de la carga máxima de la central (de 484 MW a 300 MW) se debía exclusivamente a que la calidad del Gas estuviera fuera de parámetros contractuales, cuestión que los árbitros, excediendo sus competencias, respondieron afirmativamente.

208. Otra cuestión técnica resuelta por los árbitros excediéndose de sus competencias es lo relativo a lo alegado por ********* de que la Central estaba diseñada para operar a base de gas dentro de especificaciones y sólo excepcionalmente a base de diésel, lo que fue resuelto por los árbitros basándose en consideraciones de carácter técnico, concluyendo que la central había sido diseñada para operar de forma óptima a base de gas natural; que el uso del diésel y el gas fuera de especificaciones disminuye la capacidad de generar energía y que el uso de dicho combustible generaba mayor desgaste a la central y por ende incrementa costos de operación.

209. En el mismo orden de ideas, la quejosa alega que la responsable ignoró que los árbitros se excedieron de su competencia al resolver una disputa sobre los pagos de los cargos por combustible, toda vez que la última prestación reclamada por ********* consistió en que la Comisión no tiene derecho a afectar el cargo por combustible en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que nos ocupa, así como lograr la incorrección de la interpretación propuesta por la ********* para calcular los cargos por combustible. El tribunal arbitral incorrectamente abordó el tema y concluyó que la indisponibilidad de la central por falta de suministro de gas dentro de especificación no debía de afectar los cargos que ********* tiene derecho de recibir de ********* (lo que incluía los cargos por combustible).

210. En el **décimo primer concepto de violación**, la parte quejosa legal que la resolución de la autoridad responsable es ilegal, toda vez que no observó que en cuanto al Evento 2010 el laudo arbitral carece de motivación, por lo que se actualiza la causa de nulidad relativa.

211. En efecto, la autoridad responsable apreció equivocadamente los hechos del caso y el motivo de nulidad formulado por la *********, pues no emitió

consideración alguna sobre el principal punto principal, consistente en que aun habiendo un caso fortuito o de fuerza mayor (consistente en la falta de suministro de gas con las especificaciones acordadas) se afectaban los cargos por combustible y la forma en que se habrían de modificar en su caso las fórmulas respectivas.

212. Por otra parte, la quejosa afirma que el acto reclamado es ilegal, pues no observó que no procedía la solicitud de ampliación del laudo arbitral de acuerdo con el artículo 1451 del Código de Comercio. Según este precepto legal "[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales pero omitidas en el laudo. Si el tribunal lo estima justificado, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días."

213. En su opinión, resulta equivocada la interpretación de la responsable de que ********** estaba impedida de reclamar la falta de motivación del laudo arbitral, en la medida que el derecho para reclamar la ausencia de motivación no estaba sujeta a que promoviera la solicitud de un laudo adicional.

214. Finalmente, en el **décimo segundo concepto de violación** la parte quejosa alega que el acto reclamado es contrario a lo dispuesto por el artículo 1084, fracción V del Código de Comercio y a la jurisprudencia vinculante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Según dicho precepto, la condena en costas procede cuando el que intente acciones o haga valer cualquier tipo de defensas o excepciones que resulten improcedentes o interponga recursos o incidentes de este tipo.

215. La quejosa recuerda que esta Suprema Corte ha establecido que por "improcedentes" debe entenderse la ausencia de alguno de los elementos previstos en las propias normas para que pueda realizarse el estudio de fondo de la cuestión planteada, lo que no incluye las cuestiones de fondo que no fueron acreditadas y que no se declararon infundadas. En apoyo cita la tesis de jurisprudencia 9/2013 de esta Primera Sala, de rubro: "COSTAS EN MATERIA MERCANTIL. ALCANCE DEL TÉRMINO IMPROCEDENTES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 1084, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO DE COMERCIO." Las cuestiones de procedencia son la competencia, la oportunidad, la legitimación activa y pasiva, la representación y la procedencia de la vía.

216. En consecuencia, toda vez que la acción de nulidad del laudo arbitral no resultó improcedente, sino que ésta ilegalmente fue declarada infundada, debe

concluirse que no se actualiza la fracción V del artículo 1084 del Código de Comercio, por lo que no procede la condena en costas.

VIII. ESTUDIO DE FONDO

217. Pues bien, la litis del presente asunto se constriñe a evaluar la validez constitucional de la sentencia reclamada que resolvió declarar improcedente la acción de nulidad del laudo arbitral ********* de once de julio de dos mil doce, emitido por el tribunal arbitral entre ********* y ********* y declarar como fundadas las acciones reconvencionales de reconocimiento y ejecución del mismo.

218. La parte actora formula trece conceptos de violación en contra de la sentencia reclamada. Salvo el último concepto que se dedica a combatir la condena en costas —el cual se analizará en un apartado final—, el resto de los conceptos de violación se dedican a combatir la decisión de la jueza responsable de reconocer la validez del laudo arbitral, sobre la base de lo que estima es el debido entendimiento del artículo 1457 del referido Código para los hechos del presente caso. Para abordarlos, esta Sala estima necesario retomar la exploración progresiva sobre la metodología que los jueces deben adoptar para someter a escrutinio judicial los laudos arbitrales.

219. Como se desprende de la relatoría de antecedentes, el laudo arbitral materia del juicio ordinario resolvió la demanda interpuesta por ********* contra ********* para lograr el reconocimiento de que tres eventos califican como caso fortuito o fuerza mayor —2003, 2007 y 2010— asociados a diversas fallas en la generación de energía eléctrica en una planta ubicada en la península de Yucatán, de conformidad con el contrato de compromiso de capacidad de generación de energía eléctrica y compraventa de energía eléctrica asociada y el contrato para el suministro de gas natural, celebrados entre las partes el catorce de marzo mil novecientos noventa y siete, con motivo de un previo procedimiento de licitación; en el referido laudo se otorgó la razón a *********, al considerar que efectivamente dichos eventos debían calificarse como caso fortuito o de fuerza mayor.

220. Al resolver el juicio de nulidad de laudo arbitral interpuesto por *********, la jueza determinó que no se actualizaban ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 1457 del Código de Comercio en relación con la triple determinación del tribunal arbitral de calificar a los eventos de 2003, 2007 y 2010 como fortuitos y de fuerza mayor en términos de los contratos base de la acción.

221. Ahora bien, los doce conceptos de violación de la parte quejosa están ordenados para combatir de manera individualizada la validez del laudo respecto a cada uno de los eventos. Del primero al sexto de los conceptos de violación, se combate la decisión de reconocer la validez del laudo sobre el evento 2003; del séptimo al noveno, se combate lo relativo al evento 2007 y del décimo al décimo segundo, se impugna la determinación relativa al evento 2010.

222. Esta Sala procederá a abordar el análisis de los conceptos de violación agrupando los argumentos por evento; sin embargo, la quejosa reitera en cada uno de ellos líneas argumentativas, que, por ende, son comunes a los tres eventos, por ejemplo, 1) la falta de competencia del tribunal arbitral, 2) el exceso de la actuación del tribunal arbitral respecto del acuerdo respectivo, 3) la violación al orden público por inobservancia del principio de igualdad procesal (al revertirse la carga de la prueba en favor de **********). Con estas tres líneas, la quejosa cuestiona el abordaje metodológico aplicado por la jueza de Distrito respecto de lo decidido por el laudo arbitral en los tres eventos.

223. Por tanto, el resto del presente apartado se estructura de la siguiente forma. Para dar respuesta a los planteamientos comunes a los tres eventos, en primer lugar, se establecerán los criterios generales conforme a los cuales esta Sala considera deben someterse a revisión judicial los laudos arbitrales, lo que implica retomar precedentes de esta Suprema Corte sobre el artículo 1457 del Código de Comercio y retomar la tarea de explorar las condiciones de justiciabilidad de los laudos arbitrales a la luz de nuestra arquitectura constitucional, a partir del actual paradigma de justicia constitucional iniciado con la reforma artículo primero de junio de dos mil once y su relación con el artículo 17 constitucional, en la porción reformada en junio de dos mil ocho.

224. Una vez establecidas las premisas del control judicial de los laudos arbitrales, se procederán a dar contestación a las tres referidas líneas argumentativas generales contenidos en varios de los conceptos de violación.

225. En un subsecuente apartado, se contestarán en lo individual cada uno de los conceptos de violación agrupados por cada evento —2003, 2007 y 2010—. La parte final se dedica a analizar el concepto de violación dedicado a combatir la condena en costas.

226. Para establecer las premisas sobre la justiciabilidad de los laudos arbitrales, esta Sala retoma dos precedentes relevantes en el tema, los cuales se reiteran en sus consideraciones centrales. Se trata del amparo en revisión 131/2009, fallado en

sesión de veintisiete de mayo de dos mil nueve y el amparo en revisión 755/2011, resuelto en sesión de trece de junio de dos mil doce. El primer precedente es relevante, pues precisó la estructura procesal del arbitraje; el segundo precedente es pertinente, al establecer lineamientos interpretativos sobre las dos fracciones del artículo 1457, del Código de Comercio.

227. En ambos precedentes se partió de la misma premisa: que las personas tienen el derecho de pactar y resolver sus diferendos a través del arbitraje, esto es, acudir a un medio alternativo de solución de conflictos, cada vez más útil por su capacidad para procesar con mayor eficacia y dinamismo el creciente número de operaciones jurídicas realizadas por las personas en un contexto de mayor industrialización, siempre y cuando no sometan a dicho arbitraje cuestiones de orden público o que siendo arbitrables lo violen en vía de consecuencia.

228. El derecho de pactar y, por tanto, acudir al arbitraje se fundamentó en el criterio de esta Suprema Corte de que la administración de justicia, en términos del artículo 17 constitucional, no es una función exclusiva de los órganos del estado; sin embargo, el derecho a acudir al arbiraje nunca fue reconocido con jerarquía constitucional.

229. En los precedentes el arbitraje siempre fue identificado como una figura infra-constitucional, al cual se accede en ejercicio de un derecho civil de naturaleza contractual, lo que implica que era de libre configuración legislativa. Por tanto, el criterio de esta Corte era que el artículo 17 constitucional no prevé un monopolio del Estado en la administración de justicia, sin embargo, debía ser el legislador, quien en ejercicio de sus amplias facultades de configuración, podía determinar las condiciones en que los particulares podían optar por el arbitraje como medio de resolución de controversias extrajudicial.

230. Ahora bien, en ambos precedentes no se desarrolló mayormente sobre la relevancia constitucional del arbitraje; todo lo que estableció esta Suprema Corte era que el artículo 17 constitucional no impedía al legislador regular dicha figura y en ambas ejecutorias se procedió a analizar y sistematizar los preceptos conducentes del Código de Comercio.

231. Así, se estableció que el arbitraje es un medio alternativo de conflictos utilizable principalmente en el ámbito mercantil, siempre y cuando las controversias sujetas al conocimiento de un tribunal arbitral no incluyan cuestiones de orden e interés público, ya que éstas sí corresponden resolver en exclusiva al poder judicial. Así, se estableció que “la resolución que pone fin al conflicto en un

procedimiento arbitral no deriva propiamente de tribunales o jueces estatales, sino de aquel sujeto de derecho privado, tercero e imparcial al negocio, que es elegido voluntariamente por las partes, a través de un acuerdo por escrito, mediante el cual deciden desplazar, total o parcialmente, la potestad del Estado a aquél elegido que es denominado árbitro o tribunal arbitral para que conozca del asunto y resuelva determinadas o determinables controversias derivadas del mismo." Se destacó que ello se apoya en el artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.[1071]

232. En los precedentes se profundizó en la regulación establecida en el Código de Comercio sobre el arbitraje, introducida por reforma publicada el veintidós de julio de mil novecientos noventa y tres en el Diario Oficial de la Federación; se destacó que "[e]n materia mercantil o comercial que es de competencia legislativa federal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 73, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se estableció un estatuto único en el Código de Comercio respondiendo con ello a la unicidad que caracteriza a la materia federal y que se exige por el ámbito de aplicación espacial de las leyes mercantiles, las cuales rigen en todo el territorio nacional."

233. Se destacó que en el citado apartado del Código de Comercio se regula el arbitraje comercial, tanto nacional como internacional, que adopta casi en su integridad la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (lo que se justifica en la exposición de motivos), instrumento creado para regular cualquier arbitraje comercial, sea nacional o internacional, público o privado.

234. Además se trata de una regulación supletoria a falta de pacto en contrario, pues en materia de procedimientos arbitrales nacionales o internacionales, públicos o privados, el acuerdo entre las partes prevalecerá sobre la regulación establecida en ley (artículos 1415, 1416, fracción III, 1417, fracción II, 1418), sin embargo cuando durante el procedimiento arbitral, por acuerdo o por disposición legal, sea necesaria la intervención de la autoridad judicial estatal, federal o local según el caso, su intervención se regirá por las reglas establecidas en ley (artículos 1418, fracción II, 1422); asimismo la normatividad relativa cobrará aplicación también cuando las partes en disenso acuerden que dicha norma sea utilizada por un tribunal arbitral, sea éste cualquier persona (física o moral, árbitro o árbitros) o institución, ya sea que la misma sea permanente o

[1071] "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 acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex".

no permanente (artículos 1416, fracciones II y V, 1417, fracción I, 1426), o incluso pública o privada.

235. En el apartado que se analiza se prevé la posibilidad de que el compromiso arbitral o "Acuerdo de Arbitraje" (como se denomina en la regulación de referencia) conste en un acuerdo de voluntades de manera previa al surgimiento del conflicto como "cláusula compromisoria" o bien puede revestir la forma de pacto independiente y acordarse coetáneamente al surgimiento del conflicto que puede ser objeto del arbitraje (artículos 1416, fracción I, 1423, 1435, 1436, 1437).

236. Posteriormente, se precisaron las reglas relativas al nombramiento de árbitros; condiciones de recusación de éstos; regulación de las medidas cautelares; las etapas procesales y la forma de conducir el procedimiento por parte de los árbitros; las reglas aplicables para la emisión del laudo arbitral y el derecho que asiste a las partes para solicitar a los árbitros corregir o subsanar una omisión o la ampliación del laudo una vez que éste ya fue emitido.

237. Luego de abundar en las etapas y estructura del arbitraje, se concluyó que los laudos una vez dictados podrán ser objeto de reconocimiento o ejecución (artículos 1460 a 1462) o bien, de nulidad (artículos 1422 y 1457 a 1460).

238. En los precedentes se precisó que el **reconocimiento de laudo arbitral** es el acto formal realizado por la autoridad judicial y que lo declara como final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes; el efecto de este procedimiento jurisdiccional es el de darle efectos jurídicos a los resolutivos de un laudo, aunque ello no involucre su ejecución activa, concepto que deriva de la noción de que existen diferencias entre el reconocimiento del laudo y su ejecución; es decir, un laudo puede ser reconocido sin ser ejecutado, pues éste puede ser aportado a un juicio como prueba de que una controversia sobre la que versa un juicio ya representa cosa juzgada (*res judicata*) y, por ende, no sería necesario re-litigar el asunto; así como también puede ser reconocido para aportarse como prueba y fundamento de la compensación.

239. La **ejecución de un laudo** es el medio para que se materialicen los efectos de lo resuelto en el mismo, incluso de manera coactiva y aún en contra de la voluntad de las partes comprometidas a cumplirlo; constituye el mecanismo por virtud del cual mediante la intervención judicial y con la posible utilización de la fuerza pública se conmina a materializar y consumar hasta sus últimas consecuencias los efectos del fallo arbitral; el conocimiento de esta vía corresponde al juez del orden común o federal con jurisdicción territorial en el domicilio del demandado o en su defecto en el de ubicación de los bienes que serán objeto de la ejecución.

240. En tanto que la **nulidad** es la vía de naturaleza procesal que se sustancia a petición de parte ante la potestad judicial y tiene por objeto anular el laudo cuando se presente algún motivo para ello, y de resultar procedente, el fallo arbitral quedará sin efectos a partir de la fecha que así lo declare el juez competente (común o federal a elección del actor y por efectos de la jurisdicción concurrente).

241. Ahora bien, por su relevancia para el presente caso, esta Sala retoma los referentes interpretativos establecidos sobre las causas de nulidad de un laudo arbitral establecidos en dichos precedentes. Así, conviene precisar lo establecido en el artículo 1457 del Código de Comercio:

> **Artículo 1457**. Los laudos arbitrales **sólo** podrán ser anulados por el juez competente cuando:
>
> I. La parte que intente la acción pruebe que:
>
> a) Una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a ese respecto, en virtud de la legislación mexicana;
>
> b) No fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no hubiere podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
>
> c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
>
> d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o
>
> II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

242. Así, se estableció que la **fracción I** de la disposición transcrita se refiere al supuesto en que exista petición de parte para que judicialmente se declare la nulidad del laudo, en cuyo caso, la accionante habrá de demostrar que se actualizó alguna de las hipótesis descritas en los cuatro incisos que la componen, esto es, la afectación de nulidad del acuerdo arbitral derivada de la incapacidad de alguna de las partes; de la falta de notificación de la designación de los árbitros; de que el laudo ha excedido los alcances o términos acordados en el pacto arbitral o bien, de que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo pactado o –a falta de dicho acuerdo– a lo prescrito en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

243. En relación a la **fracción II**, esta Sala concluyó que se dirige al juez, quien está en aptitud de anular el laudo, incluso de manera oficiosa, cuando comprueba que –según la legislación mexicana– el objeto de la controversia no haya sido susceptible de arbitraje, o el laudo sea contrario al orden público.

244. Esta Sala concluyó que la norma se encuentra dirigida tanto a las partes interesadas en que se declare la nulidad del laudo arbitral como al juzgador encargado de resolver la petición de su anulación; así, en su fracción I la disposición prescribe qué supuestos debe demostrar el interesado ante el órgano jurisdiccional para ver estimada su pretensión cuando es él quien ejerce la acción correspondiente, en tanto que la fracción II prevé los casos en que el juzgador debe anular ese tipo de resoluciones incluso oficiosamente, por virtud de la inobservancia al orden público (sea porque la causa no era arbitrable o porque la decisión adoptada lo contravenga).

245. En los precedentes, esta Sala se formuló las siguientes interrogantes: ¿La aplicación de la norma es extensiva o es restrictiva? y, en segundo lugar, ¿Cuál es alcance del orden público en el tema del arbitraje?

246. La primera interrogante se respondió en el sentido de que la aplicación de las causas de nulidad es restrictiva, pues al prever que los laudos arbitrales "sólo" pueden ser anulados por la actualización o comprobación de los supuestos jurídicos que ahí se indican, el legislador da noticia de que, efectivamente, tales **causas de nulidad son limitativas**, lo que implica que distinto supuesto o incluso alguno análogo a las dos fracciones del transcrito artículo 1457 del Código de Comercio, no puede ser considerado como causa o supuesto para decretar la nulidad.

247. Sobre el alcance del concepto de orden público, esta Sala recordó que al resolver el amparo en revisión 527/2011[1072], cuya cuestión a dilucidar fue resolver si la caducidad constituye un tema de orden público, se resolvió que no actualiza un tópico de orden público y que si bien es cierto que el artículo 1457 del Código de Comercio señala en su fracción II que un laudo será anulado cuando sea contrario al orden público, se dijo que **el estudio que exige dicha fracción no consiste en analizar la corrección o legalidad del laudo, sino solamente se limita a examinar si lo decidido (el sentido del laudo) viola o no el orden público mexicano**. En dicha ejecutoria se dijo que **el orden público para efectos del arbitraje es todo aquello que no es disponible para las partes ni para el árbitro**.

248. Esta Sala había precisado que la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, que es la que integra la expresión "*orden público*" que ahora se analiza, prevé dos supuestos bien diferenciados que pueden dar lugar a que el juzgador declare la nulidad del laudo, a saber: el primero se presenta cuando aquél comprueba que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no era arbitrable, esto es, no era susceptible de someterse a consideración de un particular mediante el procedimiento de arbitraje y el segundo ocurre cuando el órgano jurisdiccional verifica que el laudo es contrario al orden público.

249. En ese tenor, la propia ley reserva las materias que son de "orden público", para que sean los órganos del Estado los que resuelvan las controversias en las que hayan de dilucidarse esos temas e impide que puedan someterse, por pacto o acuerdo entre las partes, al poderío de algún medio o instrumento ajeno a la jurisdicción propiamente del Estado, a guisa de ejemplo, se encuentran las cuestiones relativas a alimentos, divorcios (excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias), nulidad de matrimonio, estado civil de las personas, las que atañen a las facultades de que goza el comunero y el representante común designado por el juzgador en un juicio donde exista litisconsorcio, etcétera.

250. Ahora, en cuanto al segundo de los supuestos previstos en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, éste parte de la base de que la causa era arbitrable, es decir, que el conflicto resuelto por el árbitro involucró temas que sí eran susceptibles de someterse a consideración de un particular, prescindiendo así de la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado, de manera que la nulidad que el juzgador pudiera advertir en el laudo dictado por aquél, tendría que

---

[1072] Resuelto en sesión de treinta de noviembre de dos mil once, bajo la ponencia del Señor Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.

originarse en la circunstancia de que lo decidido por dicho mediador contraría el orden público, entendido éste, no solamente como aquello que no está disponible para las partes o para el árbitro, sino atendiendo a una concepción de "orden público" de mayor entidad.

251. En dichos precedentes se acudió a distintas fuentes internacionales, así como al contenido de los trabajos que dieron origen a la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de mil novecientos ochenta y cinco, con las enmiendas aprobadas en dos mil seis, en tanto las reformas al Código de Comercio en las que se introdujo la regulación del procedimiento arbitral adoptaron, casi en su integridad, dicha ley modelo[1073]; también se acudió a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), el cual en

---

[1073] Así consta en la exposición de motivos, citada en el párrafo 49.2 de esta ejecutoria. Esa coincidencia se verifica con el contenido de su artículo 34 (similar al 1457 del Código de Comercio) que a la letra dice: "*Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.* - - - 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo. - - - 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo o cuando: - - - *a)* la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o - - - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o - - - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o - - - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o - - - *b)* el tribunal compruebe: - - - i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o - - - ii) **que el laudo es contrario al orden público de este Estado**".

su artículo V, apartado segundo, inciso b)[1074], se establece un contenido similar al que prevé el artículo 34 de la Ley Modelo y al 1457 del Código de Comercio[1075].

252. Se subrayó que el contenido de tales disposiciones da noticia de que, para la resolución de los asuntos planteados sobre nulidad, reconocimiento o ejecución de laudos (nacionales o internacionales, públicos o privados) el juez nacional debe atender a lo que en su marco normativo interno se considere "orden público" y, a partir de ello decidir si es el caso de anular, reconocer, desconocer, ejecutar o denegar la ejecución de la determinación arbitral, es decir, se parte de la base de que cada país cuenta con un orden normativo doméstico en el que rigen elementos imperativos, de observancia irrestricta que son los que integran el orden público, de contenido diferente en cada sistema interno.

253. Luego, esta Sala estableció y ahora se reitera que el orden público pertenece a la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, en la medida en que la ley no establece con exactitud sus límites por tratarse de una noción evaluativa, el cual depende de una determinada concepción normativa sobre el cual existe un

---

[1074] "**Artículo V**. 1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: - - - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el Artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o - - - b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o - - - c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisario, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisaria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o - - - d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o - - - e) Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia. - - - 2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: - - - a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o - - - b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al **orden público de ese país**".

[1075] Reproducido en la nota al pie de página identificada con el número 14.

desacuerdo razonable, cuyo contenido se fija por los jueces de cada país en cada momento histórico. Este contenido es elástico y variable en el espacio y en el tiempo, es decir, cambia de unos países a otros y, dentro del mismo Estado, lo que hoy es orden público puede no serlo en otro tiempo; de ahí que, en todo caso, admite ser precisado en el momento de su aplicación, pues adquiere contenido según las circunstancias que imperen en cada caso concreto, de modo que, incluso a nivel internacional, cada Estado determina en forma autónoma el contenido de su orden público.

254. No obstante, se aclaró que los conceptos jurídicos indeterminados tienen un núcleo duro, es decir, un ámbito de absoluta certeza sobre su significación. Para precisar un contenido claro del concepto se trajo a colación sentencias de tribunales de otros países, como España, Colombia, Francia y Venezuela.

255. Se precisó que en nuestro país, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que el **orden público** y el interés social son nociones íntimamente vinculadas en la medida que el primero **tiende al arreglo o composición de la comunidad con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas, de procurar un bienestar o impedir un mal a la población**, mientras que el segundo se traduce en la necesidad de beneficiar a la sociedad, o bien, evitarle a aquélla algún mal, desventaja o trastorno[1076].

256. En las acepciones hasta aquí relacionadas, esta Sala advirtió que el núcleo esencial en que convergen los tribunales y que se advierte como denominador común es que el orden público se localiza en el ámbito de los principios jurídicos, protegiendo las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas, con la aclaración de que no se trata de un principio más, antes bien, sobre la base de que

---

[1076] Lo señalado en este párrafo encuentra su apoyo en el siguiente criterio: "**INTERÉS SOCIAL Y DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO. SU APRECIACIÓN**. La Suprema Corte sostiene, como se puede consultar en la tesis 131 del Apéndice de jurisprudencia 1917-1965, Sexta Parte, página 238, que si bien la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les someten para su fallo. El examen de la ejemplificación que contiene el artículo 124 de la Ley de Amparo para indicar cuándo se sigue perjuicio al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, revela que se puede razonablemente colegir en términos generales, que **se producen esas situaciones cuando se priva a la colectividad con la suspensión de un beneficio que le otorgan las leyes, o se les infiere un daño con ella que de otra manera no resentiría**." (Tesis aislada, Materia(s): Común, Séptima Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 47 Tercera Parte, página 58.).

los principios jurídicos dan unidad al ordenamiento jurídico, el orden público, como principio fundamental, armoniza y jerarquiza esos principios.

257. Esos principios pueden ser de naturaleza tanto sustantiva como adjetiva, la primera referida a la pervivencia de determinadas instituciones cuyo contenido y alcance no puede aprisionarse en un concepto inmutable sino que es reconocible en cada circunstancia (por ejemplo, el concepto constitucional de "familia", "Nación" "educación básica", etcétera) y la segunda referida a las normas procesales que el juez aplica de oficio, que no admiten transacción entre las partes (por ejemplo, la determinación de la cuantía, la competencia de juzgados y tribunales, etcétera). Tal conclusión guarda congruencia, incluso, con la opinión formulada por la secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el sentido de que el orden público, es un supuesto que abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal.

258. Así, en base en lo expuesto, se concluyó que un laudo arbitral es **contrario al orden público** y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

259. Ahora bien, esta Sala destaca que al resolver el amparo en revisión 755/2011, se determinó que la omisión de analizar la excepción de cosa juzgada no implica una afectación directa al orden público, en términos de la fracción II del artículo 1457, "porque no se refiera a un tema que se encuentre reservado para su resolución a los órganos del Estado, sino que es susceptible de someterse a consideración del o de los árbitros que designen las parte y, además, porque no se afectan principios de naturaleza sustantiva ni adjetiva, lo primero porque la circunstancia de que el tribunal arbitral haya desestimado la cosa juzgada en que se sustentó la pretensión sometida a su potestad no afecta alguna institución esencial del Estado y, lo segundo, porque no se trata de normas procesales que el juez deba aplicar de oficio, antes bien, es necesario que sean las partes las que aporten los elementos necesarios para ver estimadas sus pretensiones, máxime que, en el caso, no se advierte una desviación grave de los principios fundamentales de justicia procesal."

260. Esta Sala añadió que, en todo caso, son los particulares que intervienen quienes se ven afectados con la decisión, sin que ello trascienda de manera directa e inmediata a la colectividad.

261. Con base en estas mismas consideraciones, esta Sala determinó que tampoco violaba el orden público la probable "indebida valoración que el tribunal arbitral pudiera haber hecho en relación a la generación de daños y perjuicios"; ni tampoco lo relativo a la omisión de designar un perito tercero en discordia.

262. Ahora bien, como se había anticipado, para la resolución del presente caso se retoman las premisas establecidas en los precedentes citados; sin embargo, esta Primera Sala estima necesario actualizar dichos criterios con las siguientes consideraciones producto de los cambios en la arquitectura constitucional sucedidos desde la emisión del último precedente.

263. Hasta ahora esta Corte no había sostenido que el arbitraje tuviera anclaje constitucional alguno. Su fundamento siempre había sido la ley. El fundamento constitucional era negativo, esto es, en sede de control constitucional era suficiente constatar que los medios extrajudiciales de resolución de controversias no se encontraban prohibidas por el artículo 17 constitucional, al no existir un monopolio de los tribunales en la administración de justicia, para no negar la competencia al legislador de regularlos y habilitar a los particulares para que, sobre la base de su libertad contractual, pudieran pactar y acudir al arbitraje.

264. Por ello, este Máximo Tribunal consideró que los principios del arbitraje debían extraerse de la ley y no de la Constitución, por lo que acudiendo al Código de Comercio se concluyó que "[l]os más importantes principios generales de este apartado normativo son la prevalencia de la voluntad de las partes sobre la norma y el de intervención judicial excepcional, que consisten en concebirlo [a la legislación] como una regulación supletoria a falta de pacto en contrario, pues en materia de procedimientos arbitrales nacionales o internacionales, públicos o privados, el acuerdo entre las partes prevalecerá sobre la regulación establecida en la ley".[1077]

[1077] Tesis aislada CLXX/2009 de esta Primera Sala, visible en la página 427 del Tomo XXX (septiembre de 20099 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ARBITRAJE COMERCIAL. ASPECTOS RELEVANTES Y PRINCIPIOS QUE RIGEN EL TÍTULO CUARTO DEL LIBRO QUINTO DEL CÓDIGO DE COMERCIO."

265. Así, de lo dispuesto en el Código de Comercio, se ha derivado que sólo existen ciertos supuestos excepcionales de intervención de la autoridad judicial en un arbitraje, que no pueden ampliarse por analogía: la remisión de una controversia al arbitraje; intervención en la constitución del tribunal arbitral (cuando se requiera); auxilio en la emisión de medidas precautorias; juicio de nulidad; reconocimiento de laudo y ejecución del mismo.

266. Siendo materia legislable, en la jurisprudencia de la Corte se encuentra de manera reiterada el criterio de que el arbitraje, cuando se ajusta a la ley, tiene su origen en la voluntad de las partes, por tanto, es una expresión de la libertad de las personas, ya que "se constituye por un acuerdo de voluntades entre las partes para resolver un conflicto, ya que es un medio alterno de solución de controversias en el ámbito comercial que surge, entre otras razones, para darles mayor celeridad, en razón de los costos y tiempos que en ocasiones implica la sustanciación del procedimiento judicial".[1078] Así, se estableció que "[e]l compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje consta en un acuerdo de voluntades previo al surgimiento del conflicto como cláusula compromisoria, o puede revestir la forma de pacto independiente y acordarse coetáneamente al surgimiento del conflicto que puede ser objeto del arbitraje".[1079]

267. Lo relevante es que a pesar de la centralidad de la libertad contractual para el arbitraje, el criterio de esta Suprema Corte es que dicha libertad tenía como fundamento a la legislación y no a la Constitución.

268. Sin embargo, después de la enmienda constitucional publicada del dieciocho de junio de dos mil ocho en el Diario Oficial de la Federación al cuarto párrafo del artículo 17, esta Suprema Corte no puede seguir negando anclaje constitucional a

---

[1078] Tesis aislada CCLX/2007 de esta Primeara Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 424 del Tomo XXVII (enero de 2008) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL NO PREVER UN RECURSO ORDINARIO CONTRA LA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO, NO VIOLA LA GARANTÍA DE DEBIDO PROCESO LEGAL."

[1079] Tesis aislada CLXXI/2009 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 426 del tomo XXX (septiembre de 2009) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO PRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CUANDO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE FACULTADO PARA DECIDIR COMO "AMIGABLE COMPONEDOR" Y/O "EN CONCIENCIA" (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1416, FRACCIÓN I, 1423, 1435, 1436, 1437, 1445 Y 1448 DEL CÓDIGO DE COMERCIO)."

las libertades que fundamentan el arbitraje, pues ahora existe una provisión que contiene un mandato al legislador para establecer mecanismos alternativos de solución de controversias. En lo conducente, dicho precepto constitucional establece:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

[…]

269. El enunciado constitucional reconoce el derecho de toda persona a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, precisándose que dicha función se prestara de manera gratuita.

270. Lo relevante de la disposición constitucional es que ahora se prevé un mandato al legislador para establecer mecanismos alternativos de solución de controversias, por lo que debe considerarse, cuando menos, que la posibilidad de acudir a dichos mecanismos debe calificarse como un interés constitucionalmente protegido.

271. Ello, pues es claro que el texto constitucional consagra que los mecanismos alternativos estén disponibles para las personas en sustitución de la jurisdicción estatal, lo que deberá habilitarse por el legislador mediante legislación apropiada; por tanto, debe concluirse que el nuevo texto constitucional supone cierto grado de libertad de decisión de las personas para optar por un mecanismo de resolución

extra-judicial, o bien, acudir a la jurisdicción del Estado, por lo que dicha libertad de opción tiene relevancia constitucional.

272. Es cierto que la reforma constitucional de junio de dos mil ocho tuvo como principal propósito reformar el sistema de justicia penal, por lo que el referido mandato no puede desligarse de dicho propósito, el cual además se manifiesta inmediatamente en la mismo porción normativa, al hacer referencia a los medios alternativos en la materia penal, precisando que en su aplicación, se asegurarán la reparación del daño y se establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

273. Sin embargo, los términos amplios del lenguaje del Constituyente en dicha mandato general, obliga a esta Corte a reiterar su criterio de que cuando la Constitución reconoce derechos o establece principios, debe entenderse en sus términos más amplios, como mandatos de optimización transversales a distintas materias, cuyo propósito es atrincherar en normas supra-ordenadas a la legislación ordinaria intereses valiosos para el texto constitucional, a menos que por la naturaleza específica de dicha norma o disposición expresa de la Constitución deba limitarse a determinada materia, lo que no sucede con la referida porción constitucional.

274. Por tanto, debe concluirse que el arbitraje, como la principal especie del género "mecanismos alternativos de solución de controversias", es una figura con relevancia y protección constitucional. Su existencia sigue teniendo fundamento directo en la ley, pues es la sede legislativa prevista para su reglamentación, pero las libertades implicadas en el acuerdo de voluntades para escoger al arbitraje, en sustitución de la justicia administrada por los tribunales, deben considerarse protegidas constitucionalmente.

275. Esta Primera Sala estima innecesario pronunciarse en este caso sobre si la libertad de dos personas para escoger al arbitraje es o no un derecho humano —algunos lo han llamado derecho humano arbitral[1080]—, pues la parte quejosa no impugna un límite legislativo o normativo de otra fuente que le impida acceder al arbitraje; tampoco es el momento de determinar el ámbito material previsto constitucionalmente para que la legislación haga disponible para las personas los mecanismos alternativos, pues tampoco se impugna la indisponibilidad del

[1080] Ver, por ejemplo, a Francisco González de Cossío, el derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia judicial.

arbitraje para resolver el tipo de controversia entablado originalmente entre las partes.

276. Sin embargo, desde ahora es posible afirmar que el arbitraje entraña el ejercicio de libertades constitucionalmente relevantes, —contractuales—, las cuales no son disponibles para el legislador de la misma manera, como podían serlo antes. Aunque no deba determinarse ahora la clasificación del derecho al arbitraje como derecho humano, no puede desconocerse su estrechez con la autonomía e intimidad de las personas protegidas por diversos derechos humanos, entre las que debe incluirse la relativa a escoger la forma en que las personas pueden resolver sus controversias.

277. El artículo 17 constitucional sigue estableciendo la prohibición absoluta, relativa que "[n]inguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". Sin embargo, esta prohibición no supone el otro extremo, a saber, que todas las controversias entre las personas deban resolverse a través de los órganos judiciales del Estado. La solución constitucional es una intermedia: prevé que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia, pero también que, de manera paralela, la ley deberá habilitar mecanismos alternativos.

278. Así, debe precisarse que nuestra Constitución no es neutra respecto de la conducta que deben presentar las autoridades frente a la libertades que ella reconoce, pues el artículo 1° constitucional establece que éstas deben promoverse, respetarse, protegerse y garantizarse de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad por todas de las autoridades del Estado mexicano, observando además los principios de interpretación conforme y pro persona.

279. Sobre estas bases, debe concluirse que la nueva arquitectura constitucional exige a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación superar algunas de las premisas básicas de la doctrina jurisprudencial en la materia.

280. En primer lugar, conforme a lo dicho, el arbitraje es una figura legislativa con relevancia constitucional. Por tanto, la ley que la regule debe considerarse reglamentaria del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución Federal.

281. Relacionado con lo anterior, la caracterización de la decisión tomada por dos partes o más de pactar y acudir al arbitraje en lugar de la jurisdicción estatal debe

modificarse para enfatizar que dicha decisión se manifiesta como el ejercicio de libertades de relevancia constitucional.

282. Ciertamente la celebración de un compromiso o acuerdo arbitral implica rechazar el derecho de tener la controversia en cuestión resuelta autoritativamente por un órgano judicial, sin embargo, a partir de la reforma constitucional de junio de dos mil ocho al artículo 17, no es dable más darle un significado constitucional en términos negativos, en lo que antes esta Sala caracterizaba como "la manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos".[1081]

283. La significación constitucional de la decisión de las partes es ahora positiva, pues más que una renuncia de derechos constitucionales, el arbitraje encierra el ejercicio afirmativo de libertades constitucionales que deben, por tanto, estar protegidas por las instituciones del Estado. De ahí que se establezca en el cuarto párrafo del artículo 17 constitucional que "[l]as leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias.".

284. Al involucrar el arbitraje el ejercicio de libertades constitucionalmente relevantes, esta Suprema Corte desprende dos implicaciones más.

285. La primera implicación es la exigencia de actitud interpretativa, en sede judicial, de neutralidad respecto a ambos medios de resolución de conflictos (el judicial y el extrajudicial cuando sea disponible por legislación apropiada). En efecto, esta Sala precisa que cuando en sede judicial se resuelva sobre la validez o nulidad de un acuerdo arbitral, o bien, sobre el exceso en la competencia de un tribunal arbitral sobre lo pactado en el acuerdo arbitral, la autoridad judicial, ante una duda razonable sobre la actualización de la competencia del tribunal arbitral, no debe preferir fallar en favor de la jurisdicción del Estado, esto es, no cabe afirmar *ex ante*

[1081] La caracterización de la cláusula arbitral como renuncia de derechos constitucionales se establece en la jurisprudencia 25/2006 de esta Primera Sala, la cual tuvo repercusiones interpretativas, pues en su contenido se establece el criterio de que en caso de un conflicto sometido al conocimiento de una autoridad judicial, se presente un acuerdo arbitral, el juez ante de envía el caso al arbitraje puede analizar la validez de dicho acuerdo, cuando así sea solicitado por las partes. Dicha tesis se encuentra visible en la página 5 del Tomo XXIV (septiembre de 2006) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL." Aunque no es materia del presente asunto determinar la aplicabilidad de esta jurisprudencia en la actualidad, sí se precisa que la caracterización del arbitraje no puede ser la misma.

la existencia de un principio *pro actione* en favor de la jurisdicción del estado, pues, a diferencia de antes de la reforma de junio de dos mil ocho, ahora lo que se busca es la optimización de dos derechos de naturaleza constitucional —de acceso a la justicia y de acceso a los medios alternativos de conflictos cuando la legislación lo permita—.

286. Por tanto, el estándar de revisión judicial para 1) determinar el alcance de la competencia de un tribunal establecida en la cláusula compromisoria y para 2) interpretar los términos del acuerdo arbitral ante el reclamo de un exceso del tribunal arbitral en cuanto a lo acordado por las partes, debe determinarse caso por caso, buscando reflejar la voluntad de las partes a la luz del caso concreto, considerando que el acuerdo del arbitraje emana de la expresión de una libertad con relevancia constitucional, en la cual no debe interferir injustificadamente el poder judicial.

287. La segunda implicación se encuentra implícita en las anteriores conclusiones. Como se ha anticipado, la realización del proceso arbitral se fundamenta en la libre voluntad de dos o más partes para que un tercero, desprovisto de potestades públicas, resuelva una controversia con valor vinculante, la cual ciertamente supone la decisión negativa de no acudir a los tribunales del Estado para lograr la administración de Justicia.

288. Sin embargo, esta Suprema Corte resuelve la ambigüedad en el criterio sostenido en la Novena Época, que dice que "[l]a posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse".

289. Esta Suprema Corte estima que el ejercicio de las libertades de las personas de acudir a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como es el arbitraje, no supone la renuncia o supresión de la función jurisdiccional del Estado; supone simplemente el ejercicio de la libertad para lograr la solución de una controversia, como sucede con cualquier mecanismo de solución de conflictos de manera previa a sede judicial (por ejemplo, una amigable composición o transacción).

290. En un espectro de posibilidades de mecanismos alternativos de conflictos, puede decirse que en un extremo se encuentra la decisión de dos o tres personas de resolver informalmente un conflicto, a través por ejemplo, de una plática amistosa (amigable composición) y en otro se encuentra el trámite y resolución de un

arbitraje, de conformidad con la ley. En ambos casos, en un modelo de Estado Constitucional de Derecho debe reconocerse que los particulares ejercen libertades reconocidas que los jueces deben tutelar. Sin embargo, ello no supone la renuncia o supresión de la función de revisión judicial del Estado, pues, como se procede a demostrar, ésta sólo se modula apropiadamente.

291. La diferencia entre el arbitraje y una amigable composición es que aquél supone un acto de voluntad formalizado y sancionado por la ley, que por ministerio de éste, se encuentra reforzado, por lo que su regularidad jurídica debe realizarse en sede judicial de manera excepcional.

292. En congruencia con lo anterior, esta Sala estima necesario precisar que las anteriores premisas agregadas por las referidas reformas constitucionales no tienen impacto en otros criterios de la doctrina actual, las cuales ahora se clarifican.

293. Así, por ejemplo, debe reiterarse que un laudo arbitral no es un acto atribuible al Estado, pues no cabe sostener que al árbitro se delegue la función jurisdiccional tradicionalmente atribuida a unos de los tres poderes de la Unión. Como se había concluido, el Estado retiene sus poderes de revisión judicial, los cuales deben modularse para adaptarse al tipo de libertades involucradas en un arbitraje, las cuales justamente se ejercen para encontrar una solución alternativa a un conflicto. De ahí que los jueces, de conformidad con lo dispuesto por el Código de Comercio, revisen tanto el acuerdo arbitral (o cláusula compromisoria), así como el laudo arbitral, previo a reconocerle validez y ordenar su ejecución.

294. Luego, debe concluirse que los árbitros no conforman una autoridad, en términos de los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal, por lo cual no están obligados a satisfacer las obligaciones de fundamentación y motivación.[1082]

295. En el mismo orden de ideas, aunque los árbitros integran un denominado tribunal arbitral y, por pacto de las partes, o aplicación supletoria de la legislación mercantil, deban seguir un debido proceso y emitir una resolución fundada y motivada, no pueden clasificarse como tribunales, en la acepción contenida en la Constitución, por lo que, por ejemplo, su integración no es controlable por la

[1082] Tesis aislada CLXXIV/2009 de la Primera Sala, visible en la página 428 del Tomo XXX (septiembre de 2009) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO VIOLAN LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA".

prohibición del establecimiento de tribunales especiales, del artículo 13 constitucional.[1083]

296. Por otra parte, debe precisare que el texto de la Constitución es neutro respecto a la diversidad de mecanismos alternativos de solución de controversias —por ejemplo, entre mediación, conciliación y arbitraje— y delega en el legislador el poder de diseñarlos y regularlos, lo que debe garantizarse se realice con un amplio margen de configuración.

297. Así, la *constitucionalización* del arbitraje no se constata por la equiparación del tribunal arbitral a la autoridad estatal, en términos del artículo 1° tercer párrafo, porción normativa que establece que "[t]odas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen" diversas obligaciones en relación a la tutela de los derechos humanos, pues el arbitraje se mantiene como una actividad regulada por la voluntad de las partes; más bien, la *constitucionalización* del arbitraje se constata, en su caso, porque las libertades en virtud de las cuales las personas acuden a ella tienen relevancia constitucional, en términos del cuarto párrafo del artículo 1° constitucional.

298. Ahora bien, debe recordarse que la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio establece que un laudo es nulo cuando viola el orden público, estableciendo un doble supuesto: en primer lugar, debe determinarse si la materia del arbitraje es arbitrable, y de resultar negativa la respuesta invalidar el laudo; en segundo lugar, de constatarse que la materia es arbitrable, determinar si lo decidido en el laudo viola el orden público.

299. Esta Sala estima que, en principio, no existe obstáculo para afirmar que ciertas actividades o prestaciones tuteladas por ciertos derechos humanos puedan someterse a arbitraje. Esto es especialmente cierto de aquellos derechos humanos que protegen actividades económicas y la propiedad privada; no obstante, debe reconocerse que hay otros derechos humanos que no pueden serlo por su propia naturaleza. Sin embargo, se insiste, al no ser la litis de la presente resolución, no deben precisarse los perímetros de la materia sobre la cual la legislación debe hacer disponible los medios alternativos, ni en su caso, la materia a ser cubierta por el arbitraje.

[1083] Tesis aislada CLXXVI/2004 de la Primera Sala, visible en la página 411 del Tomo XXI (enero de 2005) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ARBITRAJE COMERCIAL. LOS ARTÍCULOS 1415 A 1463 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

II

300. Pues bien, en este apartado se proceden a analizar los planteamientos generales y comunes a los tres eventos –2003, 2007 y 2010– resueltos por el tribunal arbitral, que en opinión, de la quejosa debieron llevar a la jueza de Distrito a declarar el laudo como inválido.

301. En primer lugar, se analizaran aquellos planteamientos analizables bajo el parámetro del artículo 1457, fracción I, incisos c) y d) del Código de Comercio, los cuales establecen lo siguiente:

> **Artículo 1457**. Los laudos arbitrales **sólo** podrán ser anulados por el juez competente cuando:
>
> I. La parte que intente la acción pruebe que:
>
> [...]
>
> c) El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
>
> d) La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título; o

302. Así, en la parte conducente, el precepto establece que un laudo arbitral será nulo en dos supuestos 1) cuando se resuelva una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o bien, se resuelva una cuestión que exceda los términos del dicho acuerdo y 2) cuando el procedimiento arbitral no se ajuste al acuerdo celebrado entre las partes o bien, contradiga una disposición legal del Código de Comercio que no sea disponible para las partes.

303. Como se había establecido en el apartado anterior, la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio establece causales de nulidad que deben ser invocadas a petición de parte y deben ser analizadas por la autoridad judicial sobre la base de los argumentos propuestos por la parte actora.

304. Ahora bien, la parte quejosa alega que ambas causales se actualizan en la especie, contra lo determinado por la jueza de Distrito, porque respecto de los tres eventos, el tribunal arbitral se excedió de los términos del acuerdo arbitral, ya que, en su opinión, la controversia versa sobre la valoración de aspectos técnicos, los cuales contractualmente corresponde resolver a los peritos independientes, quedando excluida cualquier posibilidad de revisión por parte de los árbitros. Es irrelevante, continúa la quejosa, que los aspectos técnicos estén relacionados con la intelección de los términos del contrato, pues no podría ser de otra manera, ya que su función es la de regular la relación contractual de las partes; lo relevante es que las cuestiones técnicas pueden diferenciarse de las cuestiones propiamente jurídicas, quedando aquellas reservadas a los peritos independientes.

305. Este mismo argumento se realiza respecto de los tres eventos. La única variante es que la quejosa agrega un argumento adicional respecto del Evento 2003, a saber, que respecto del mismo, las partes contaron con un dictamen de un perito independiente que determinó que dicho evento no calificaba como caso fortuito o de fuerza mayor, lo que no debió revisarse posteriormente por el tribunal arbitral. En los otros dos eventos no existió dictamen de perito anterior. Sin embargo, a un nivel de generalidad, el argumento es el mismo: los árbitros no tienen competencia para resolver cuestiones técnicas.

306. En opinión de la parte quejosa, el exceso del tribunal arbitral respecto del acuerdo arbitral se constata por una indebida interpretación de las cláusulas 22.2 y 22.3 del contrato de capacidad y del punto 24 del Memorandum de Aclaraciones, ya que de haber interpretado apropiadamente dichas cláusulas, la jueza hubiera concluido que las partes acordaron un esquema de competencias exclusivas y excluyentes entre dos tipos de órganos: por una parte, todas las cuestiones técnicas se reservaron para la exclusiva resolución de los peritos independientes, mientras que las cuestiones legales se reservan a los árbitros.

307. Así, la quejosa sostiene que una apropiada interpretación del contrato y acuerdo arbitral hubiera llevado al juzgado de Distrito a excluir la existencia de un esquema competencial concurrente entre peritos y árbitros y a sostener un esquema de competencias exclusivas y excluyentes entre ellos.

308. Por tanto, la parte quejosa sostiene que el laudo es nulo porque el tribunal arbitral se excedió en su competencia, sobre la base de una interpretación

específica del contrato y acuerdo arbitral, el cual se contrapone al sostenido por el juzgado de distrito. Mientras que la quejosa sostiene que la voluntad de las partes debe interpretarse en el sentido de establecer un esquema de competencias *exclusivas y excluyentes* entre peritos y árbitros, el juzgado sostiene una interpretación de competencias *concurrentes* entre ambos órganos.

309. Luego, para determinar si la sentencia reclamada es legal o no, este Sala debe pronunciarse sobre el diferendo interpretativo y sostener cuál es la debida intelección del contrato y acuerdo arbitral. La quejosa exige a esta Corte proceder en estos términos, pues sólo así es posible determinar si "se exceden los términos del acuerdo de arbitraje" y si "el procedimiento arbitral se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes", ambas causales de nulidad previstas en el artículo 1457, fracción I del Código de Comercio.

310. Para constatar el exceso de la actuación del tribunal arbitral o determinar si se separó del procedimiento previsto por las partes, es necesario determinar cuál es el significado del contenido normativo relevante del contrato base del arbitraje; en otras palabras, se requiere interpretar los términos del contrato.

311. Ahora bien, esta Sala coincide con la quejosa en que para determinar si se actualiza las causales de nulidad invocadas, efectivamente, la autoridad judicial debe involucrarse en la interpretación de los términos de un contrato, lo que implica revisar lo interpretado por el tribunal arbitral respecto de las cláusula contractuales en cuestión; sin embargo, ello no implica, como lo sugiere la quejosa, que la autoridad judicial deba proceder a sustituirse en el juicio del tribunal arbitral.

312. Por tanto, esta Sala estima necesario precisar la naturaleza del tipo de ejercicio interpretativo que debe realizar la autoridad judicial para evaluar si se actualizan las referidas causales de nulidad.

313. En primer lugar, debe insistirse que la evaluación realizada en sede judicial es, por regla general, de revisión, esto es, una evaluación de la regularidad del ejercicio interpretativo realizado por el tribunal arbitral, pues el artículo 1432 del Código de Comercio establece que "[e]l tribunal arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás disposiciones del contrato. La decisión de un

tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria." Por tanto, al revisarse un laudo se presupone que el tribunal arbitral ha decidido respecto de su propia competencia.

314. En un modelo de Estado Constitucional como el nuestro, los jueces tienen la responsabilidad de revisar la validez de los actos y normas producidos por otros poderes u órganos, o bien, los emitidos por particulares, o en este caso, por un tribunal arbitral. En todo los casos, los jueces deben preguntarse por el apropiado estándar de revisión judicial, para lo cual resulta relevante la pregunta ¿el órgano, institución o persona emisora del acto o norma sujeta a revisión está investido por el orden jurídico de facultades de apreciación en sus poderes de producción jurídica? De ser el caso que un órgano o particular esté investido de la discrecionalidad de para interpretar una disposición ¿en sede judicial debe existir una cierta deferencia a las facultades de apreciación de dicho órgano entidad particular?

315. Esta Sala estima indispensable responder a las anteriores interrogantes, pues debe concluirse que no toda revisión judicial de lo decidido por otro órgano o entidad deba someterse a un idéntico estándar de revisión, pues de aplicarse un estándar demasiado estricto para revisar decisiones emitidas con fundamento en competencias previstas para ejercerse con un alto grado de discrecionalidad, ello implicaría una indebida interferencia en los poderes de producción jurídica de determinados órganos o instituciones; igualmente, un estándar de revisión demasiado laxo sobre normas o actos emitidos con fundamento en competencias que dejan poco margen de apreciación al autor diluiría el control judicial.

316. Como lo ha establecido esta Primera Sala en otros precedentes "la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma". En el ámbito del control constitucional de las leyes este criterio ha llevado a esta Sala afirmar que "cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal,

sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias."[1084]

317. Para determinar el grado de amplitud de las facultades de apreciación de los árbitros debe considerarse que el arbitraje es un método voluntario de resolución extra-judicial de dos partes en controversia. Así, se trata de un procedimiento voluntario escogido por las partes, quienes deciden que un tercero imparcial resuelva la controversia; lo relevante de este diseño es que las partes acuerdan que el árbitro decida sobre los méritos de los argumentos antagónicos, aceptando por adelantado el resultado de la evaluación del tribunal arbitral. Su propia naturaleza es limitar el alcance del poder de revisión judicial de su validez, transportando el poder de resolver diferendos interpretativos e individualizar términos con cierta indeterminación semántica a los árbitros.

318. De ahí que esta Primera Sala haya establecido que las partes pueden determinar la forma en que los árbitros deben resolver una controversia, a saber, si en "amigable composición", "lo que implica una procedimiento eminentemente contractual donde la solución a la controversia se presenta mediante una decisión más equitativa y justa que jurídica", o bien determinar que el laudo se funde en derecho, conforme al criterio de los árbitros, sin embargo, en ambos casos, "no caben las exigencias aplicables a los actos públicos de autoridad, que indefectiblemente deben estar fundados y motivados en congruencia con los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", pues "[e]n todos los casos, el tribunal arbitral debe decidir con base en las estipulaciones del convenio y tener en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso", y "si no existe pacto en contrario, por regla general el laudo deberá dictarse por escrito, motivado y firmado por el o los árbitros".[1085]

[1084] Tesis de jurisprudencia 84/2006 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 29 del Tomo XXIV (noviembre de 2006) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ANÁLISIS CONSTITUCONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES".

[1085] Tesis aislada CLXXI/2009 de esta Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 426 del Tomo XXX (septiembre de 2009) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro "ARBITRAJE COMERCIAL. ACUERDO O COMPROMISO ARBITRAL Y CARACTERÍSTICAS DEL LAUDO PRONUNCIADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CUANDO SE ENCUENTRA EXPRESAMENTE FACULTADO PARA DECIDIR COMO 'AMIGABLE COMPONEDOR' Y/O 'EN CONCIENCIA' (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1423, 1435, 1436, 1437, 1445 Y 1448 DEL CÓDIGO DE COMERCIO".

319. De ahí la importancia de precisar el alcance precisó de escrutinio judicial que deben ejercer los jueces al revisar los ejercicios interpretativos de los tribunales arbitrales sobre los acuerdos conforme a los cuales adquieren competencia, a fin de no establecer un escrutinio demasiado intrusivo, que implique la sustitución del criterio del poder judicial por el de los árbitros, pero tampoco un escrutinio tan superficial que suponga una renuncia del poder de los jueces de interpretar el derecho y establecer las soluciones normativas para los casos concretos.

320. Esto es especialmente cierto cuando en sede judicial se exige la interpretación de los términos de un contrato, lo que debe hacerse considerando que, salvo pacto en contrario, son los árbitros los que deben resolver sobre su propia competencia. Así, mientras mayor sea el alcance de la competencia judicial para interpretar los términos del contrato que fundamentan la competencia del tribunal arbitral, menor será el alcance de los árbitros para interpretar los términos de su propia competencia; de no cuidarse un adecuado equilibrio, el poder de los árbitros para tales efectos puede quedar vaciado de contenido.

321. Ciertamente los árbitros no pueden aspirar a tener absoluta libertad para interpretar el acuerdo arbitral, pues la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio establece que un laudo arbitral será nulo en dos supuestos 1) cuando se resuelva una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o bien, se resuelva una cuestión que exceda los términos del dicho acuerdo y 2) cuando el procedimiento arbitral no se ajuste al acuerdo celebrado entre las partes o bien, contradiga una disposición legal del Código de Comercio que no sea disponible para las partes, lo que supone la decisión del legislador de que los jueces retengan el poder de evaluar si los árbitros han fijado correctamente los límites de su propia competencia.

322. La interpretación es una función inherente de los jueces como también de los árbitros. Por tanto, cuando un juez analiza si actualiza una de las causales de nulidad previstas en el artículo 1457, fracción I del Código de Comercio, el escrutinio exigido requiere la interpretación sobre los términos de un acuerdo arbitral.

323. A diferencia de lo que sucede al resolver los medios de impugnación en sede judicial, en el cual el a quo resuelve una duda interpretativa que, de ser combatida, puede ser revisada *de novo* por el *ad quem*, con el mismo poder interpretativo, cuando se analiza la validez de un laudo arbitral, los jueces deben auto-restringirse y no someter a escrutinio las operaciones interpretativas de los árbitros con el mismo alcance con el que se revisa a una instancia judicial inferior.

324. Pues bien, el estándar de revisión que esta Corte estima correcto es el siguiente.

325. El tribunal arbitral, como la autoridad judicial deben acudir al texto del acuerdo arbitral. Cuando el lenguaje sea claro y, por tanto la respuesta normativa sea de fácil determinación, el juez debe aplicarla, a pesar de lo resuelto por el tribunal arbitral. Sin embargo, cuando el lenguaje del acuerdo arbitral sea ambiguo, deficientemente precisado por las partes, o vago, debe concluirse que ese lenguaje supone el poder de los árbitros de determinar su sentido. En este segundo caso, los jueces no deben imponer la interpretación que mejor les parezca, sino simplemente verificar si la interpretación del tribunal arbitral es *razonable* y declarar inválido el laudo si la determinación en que se basa la afirmación de su competencia es *caprichosa o arbitraria*.

326. Así, cuando un tribunal arbitral interpreta los términos de un acuerdo arbitral debe hacerlo sobre la base de un método interpretativo razonable; sin embargo, no debe sentirse compelido a seguir la metodología de interpretación escogida por el poder judicial, ni debe buscar anticipar cuál de las opciones interpretativas será la preferida por la autoridad judicial encargada eventualmente de reconocer su validez y ordenar su ejecución o de someter a evaluación su invalidez.

327. Un mero desacuerdo interpretativo entre métodos igualmente razonables no es fundamento para que un juez determine la invalidez de un laudo arbitral.

328. Recapitulando, al evaluar si un laudo arbitral es nulo sobre la base de lo establecido en la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, ya sea porque 1) se resuelva una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o bien, se resuelva una cuestión que exceda los términos del dicho acuerdo o 2) cuando el procedimiento arbitral no se ajuste al acuerdo celebrado entre las partes o bien, contradiga una disposición legal del Código de Comercio que no sea disponible para las partes, el juez ordinario que conozca del juicio debe, en primer lugar, acudir al texto del acuerdo arbitral o cláusula compromisoria y determinar si los términos empleados por las partes son claros y precisos respecto de los límites de la competencia de los árbitros, pues de ser el caso debe resolverse autoritativamente si la controversia conocida por el tribunal cae o no en su ámbito de competencia, sin importar lo considerado en la laudo. De resultar incorrecta la decisión del tribunal arbitral, el laudo debe declararse nulo. Sin embargo, si los términos utilizados por las partes es ambiguo, vago o indeterminado, entonces la autoridad judicial debe evaluar si la interpretación del tribunal arbitral es razonable y de ser el caso, reconocer su validez y sólo declarar nulo en laudo en caso de resultar arbitraria o caprichosa.

329. Pues bien, aplicada la metodología precisada al caso concreto, se obtienen las siguientes conclusiones.

330. Las cláusulas 22.2 y 22.3 del Contrato de Capacidad establecen:

22.2 Perito Independiente. Las partes acuerdan resolver de común acuerdo sus diferencias en materia técnica, operacional o de pagos debidos conforme a este contrato. En caso de que las Partes no lleguen a un acuerdo, éstas convienen en sujetarse a las decisiones de un perito independiente (el "Perito Independiente"). El Perito independiente será, para cada materia, el acordado para tal efecto en el Anexo 15. Cada Parte pagará sus propios costos en relación con este procedimiento y los servicios del Perito Independiente, cada Parte proporcionara a éste la información que posea en relacion al asunto en controversia. El Perito Independiente podrá convenir una reunión con las Partes, en conjunto o separadamente, para establecer los puntos específicos en controversias y podrá requerir la información suplementaria que resulte necesaria. El Perito Independiente deberá emitir su determinación dentro de los 30 días siguientes a la conclusión del procedimiento, el cual no podrá exceder los 90 días desde la fecha de su inicio, a menos que las Partes acuerden lo contrario. La determinación del Perito Independiente será final y obligatoria para las partes.

22.3 Arbitraje. Todo reclamo que se suscite en relación con este Contrato, incluyendo las cuestiones legales relacionadas con la designación del Perito Independiente o con las decisiones que ésta emita, deberá ser resuelto exclusivamente mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. La ley aplicable al fondo y al procedimiento será la estipulada en la Cláusula 22.1. El tribunal arbitral se integrará por tres miembros, uno nombrado por cada una de las Partes y el tercero, quien será el Presidente, nombrado por la Cámara de Comercio Internacional con apego al Reglamento referido. El arbitraje se conducirá en español, pero los árbitros deberá conocer el idioma inglés, para el caso de que sea necesaria su utilización, y tendrá como sede la Ciudad de México, D.F. El laudo arbitral será final y obligatorio para las Partes, quienes renuncian al derecho de apelación.

331. Ahora bien, para precisar el alcance de la competencia del tribunal arbitral resulta indispensable considerar la cláusula 24 del memorándum de aclaraciones al contrato de capacidad:

24. Se aclara que para efectos de lo dispuesto en la cláusula 22.2 del Contrato, la Parte que decida someter un asunto a la decisión de un Perito independiente deberá proponer a la otra parte dos candidatos de la lista que se incluya en el Anexo 15 del Contrato para que esta última seleccione de esa lista al Perito independiente dentro de los 15 días siguientes a aquél en que reciba dicha lista. En el caso de que la Parte que deba elegir al Perito independiente de la lista, no lo haga, dentro del plazo citado, la primera Parte tendrá derecho a designar al Perito independiente de la lista

y deberá notificar dicha designación a la otra Parte. La decisión del Perito independiente designado en la forma establecida en este párrafo será final y obligatoria para las partes, siempre y cuando se refiera única y exclusivamente a la cuestión pericial que se le haya planteado.

De igual forma, se confirma que el Perito independiente resolverá únicamente disputas en materia técnica operacional o de pagos en los supuestos previstos en el Contrato como exclusiva competencia del Perito independiente y todas las disputas del tipo legal serán reservadas al procedimiento arbitral de conformidad con la cláusula 22.3 del Contrato. En el caso de disputas relacionadas con la designación del Perito independiente o sobre si un asunto debe ser resuelto por un Perito independiente o mediante el procedimiento arbitral establecido en la Cláusula 22.3 del Contrato, las mismas deberán ser resueltas a través de un procedimiento arbitral en los términos de la cláusula 22.3 del Contrato.

332. Por su parte, la cláusula 15 de referido Contrato regula el caso fortuito o fuerza mayor, lo que cabe recordar fue materia del procedimiento arbitral:

15. 1. Definición. Constituye caso fortuito o fuerza mayor todo acto o hecho que (a) imposibilite a la Parte afectada cumplir con sus obligaciones conforme al presente contrato, (b) esté más allá del control razonable de la Parte afectada, (c) no se deba a su culpa o negligencia, y (d) no pudiese ser evitado, por la Parte que lo sufra, mediante el ejercicio de la debida diligencia incluyendo, sin limitación, el gasto de toda suma de dinero razonable habida cuenta de la inversión del Procurador en la Central, todos los beneficios de seguros disponibles para el Productor, y la dependencia de la Comisión en la Capacidad Garantizada y en la Producción Neta de Energía asociada en los incisos (a) a (d) de la definición anterior, Caso Fortuito o Fuerza Mayor incluirá, de manera no limitativa: (i) fenómenos de la naturaleza, tales como tormentas, inundaciones, rayos y terremotos, (ii) guerras, disturbios civiles, revueltas, insurrecciones, sabotaje y embargos comerciales en contra de México, (iii) desastres de transporte, ya sean marítimos, de ferrocarril o aéreos, (iv) huelgas u otros conflictos laborales con el sindicato mencionado en la Cláusula 21.9, siempre que los mismos no se deban a un incumplimiento de los convenios laborales de la Parte que Alegue Caso Fortuito o Fuerza Mayor, (v) incendios, (vi) actos u omisiones de la Autoridad Gubernamental (distintos a los señalados en el inciso (vii) que hubieren sido voluntariamente solicitados o promovidos por la Parte afectada ni ocasionados por el incumplimiento de sus obligaciones, (vii) Cambios en la Ley, o cambios en otras Leyes Aplicables que impidan de manera substancial a una Parte cumplir sus obligaciones conforme al presente contrato, (viii) la falta de entrega de la Comisión al Productor de Gas y Diesel en cantidad y calidad para que pueda operar la Central por cualquier razón, incluyendo casos de fuerza mayor en los términos del Contrato de Gas Comisión-Productor, aun cuando no se satisfagan las condiciones establecidas en los incisos (a) a (d) de esta cláusula 15.1, (ix) la

imposibilidad de una de las Partes, a pesar de sus mejores esfuerzos, de obtener oportuna y apropiadamente cualquier Autorización Gubernamental necesaria para que dicha Parte cumpla sus obligaciones conforme a este Contrato, y el Contrato de Gas Comisión-Productor y (x) la falta por parte de alguno de los Contratistas principales de proporcionar los Equipos, siempre que dicha falta se deba, a su vez, a caso fortuito o fuerza mayor en los términos de las Leyes Aplicables, y (xi) fallas mecánicas en un componente importante del sistema de recuperadores de claro hasta por 180 días de duración, o de un componente importante del sistema de turbogeneradores hasta por 300 días de duración que no se deban a una falta del Productor y a pesar de que el Productor hubiere operado y mantenido la Central de conformidad con las Prácticas Prudentes de la Industria. Caso Fortuito o Fuerza Mayor no incluirá ninguno de los siguientes eventos: (1) dificultades económicas, (2) cambios en las condiciones del mercado, (3) retraso en la entrega de maquinaria, Equipo, Materiales, refacciones o bienes consumibles excepto que se deba a caso fortuito o fuerza mayor en los términos de las Leyes Aplicables (con excepción del Gas o del Diesel en los términos del inciso (viii) anterior), o (4) retraso en el cumplimiento por cualquiera de los Contratistas excepto en los términos del inciso (x) anterior.

333. Como se observa, las cláusulas trascritas regulan la competencia del tribunal arbitral, la cual se prevé en términos amplios para abarcar "[t]odo reclamo que se suscite en relación con este Contrato", incluyéndose dentro de dicho contrato la cláusula 15, que establece "el caso fortuito o fuerza", estableciéndose los requisitos respectivos. Adicionalmente, se establece que el arbitraje es apto para resolver también "las cuestiones legales relacionadas con la designación del Perito Independiente o con las decisiones que ésta emita".

334. Así, debe concluirse razonable la decisión del tribunal arbitral de afirmar su competencia para resolver la controversia sometida a su potestad, aunque esto implica evaluar lo determinado por un perito independiente respecto de uno de los tres eventos en cuestión, pues es razonable adoptar esta interpretación incluyente justo por los términos amplios de la cláusula 22.2 del contrato base de la acción.

335. Ciertamente, existen cláusulas en los instrumentos contractuales que prevén la existencia de un medio de resolución de conflictos alternativo al arbitraje, a saber, la resolución de un perito independiente. Así, la cláusula 22.2 establece que en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto de sus diferencias en materia técnica, operacional o de pagos debidos conforme al contrato, debe entenderse que convienen en sujetarse a las decisiones de un perito independiente, quien resolverá únicamente disputas en materia técnica operacional o de pagos en los supuestos previstos en el Contrato como exclusiva competencia del Perito independiente y todas las disputas del tipo legal serán

reservadas al procedimiento arbitral de conformidad con la cláusula 22.3 del Contrato.

336. Ahora bien, aunque este último precepto ofrece soporte para concluir razonablemente que en los contratos entre las partes existe un esquema competencial que divide potestades entre los peritos independientes y los árbitros conforme a una técnica de asignación de exclusividad, lo cierto es que posteriormente los términos utilizados por las partes introducen cierta indeterminación sobre esta conclusión, ya que se establece que "en el caso de disputas relacionadas con la designación del Perito independiente o sobre si un asunto debe ser resuelto por un Perito independiente o mediante el procedimiento arbitral establecido en la Cláusula 22.3 del Contrato, las mismas deberán ser resueltas a través de un procedimiento arbitral en los términos de la cláusula 22.3 del Contrato."

337. Adicionalmente, la cláusula 15.8 del contrato presenta un elemento normativo que plantea como dudosa la tesis de la quejosa, en el sentido de que entre el perito y el tribunal arbitral, se prevé un esquema de competencias exclusivas y excluyentes, pues establece que "[c]uando alguna de las partes no acepte que ha ocurrido un caso fortuito o fuerza mayor, la parte que alegue su existencia, tendrá la carga de la prueba en el procedimiento pericial, y en su caso, arbitral, que deberá promover de conformidad con la cláusula 22 del presente contrato". lo que, por otra parte, otorga cierto respaldo a la afirmación del tribunal arbitral de que su competencia es concurrente y, en su caso, lo suficientemente amplia para revisar cuestiones técnicas necesarias para tener por actualizado un caso fortuito o de fuerza mayor.

338. Pues bien, esta Sala estima que los términos de la cláusula compromisoria no son inequívocos, ya que, en relación con lo previsto en otras cláusulas, ofrecen una regulación abierta a distintas interpretaciones sobre la apropiada descripción de la división de competencias entre los peritos independientes y el tribunal arbitral. Analizados en su integridad, puede concluirse que a través del arbitraje es dable resolver cualquier controversia suscitada con motivo de la aplicación del contrato, incluido la actuación de los peritos, sin embargo, vistos aisladamente ciertas disposiciones, se puede concluir que las partes dispusieron que las cuestiones técnicas fueran reservadas a los peritos independientes.

339. Por tanto, al no existir una determinación contractual precisa y clara que resuelva el diferendo, ya que el lenguaje de los términos utilizados por las partes no es determinante para resolver la duda, esta Sala concluye que no cabe extraer de la cláusula compromisoria una única respuesta correcta que imponer independientemente de lo decido por el tribunal arbitral, por lo que para

determinar la validez del laudo debe comprobarse si la interpretación realizada por el tribunal arbitral es razonable.

340. Esta Sala estima que la determinación del tribunal arbitral es razonable y, por tanto, como lo concluyó la jueza de Distrito, debe reconocerse su validez, pues, como se estableció, los términos amplios previstos en la cláusula 22.3 del contrato base de la acción, sustenta la conclusión de que los árbitros tienen competencia para conocer de "toda" controversia suscitada sobre el contrato, incluida la actuación de los peritos independientes.

341. Si bien, en el memorándum se establece que los peritos tendrán competencia exclusiva para resolver cuestiones técnicas y que sus decisiones serán definitivas, también es cierto que se establece que cuando surja la duda sobre cuándo debe resolver un perito independiente, se debe acudir al arbitraje, además de que, en lo que respecta al caso fortuito o fuerza mayor, debe resolver ya sea a través de perito independiente o de arbitraje.

342. Pues bien, esta Sala no estima que se actualice las causales de nulidad previstas en la fracción I del artículo 1457 del Código de Comercio, porque, conforme a lo expuesto, en el caso, 1) no se resolvió una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, ya que conforme a una interpretación razonable de las cláusulas 22.2, 22.3, 15 y 2 del Contrato y 24 del Memoradum, se desprende que el tribunal arbitral es competente para resolver sobre el caso fortuito y fuerza mayor, con la posibilidad de revisar determinadas cuestiones técnicas; por las mismas razones tampoco se resolvió una cuestión que exceda los términos del dicho acuerdo y finalmente, con base en la mismas consideraciones 2) el procedimiento arbitral se ajusta al acuerdo celebrado entre las partes y no se contradice una disposición legal del Código de Comercio que no sea disponible para las partes

343. En segundo lugar, se analizaran aquellos planteamientos formulados bajo el parámetro del artículo 1457, fracción II del Código de Comercio, el cual establece lo siguiente:

> **Artículo 1457**. Los laudos arbitrales **sólo** podrán ser anulados por el juez competente cuando:
>
> [...]
>
> II. El juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público.

344. La porción normativa establece que un laudo será nulo cuando el juez compruebe que, según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público.

345. En el apartado anterior se precisó que es criterio de esta Sala que esta causal de nulidad de los laudos está dirigida a la autoridad judicial, para que de oficio, determine si se actualiza o no un doble supuesto: 1) determinar si las legislación removió el objeto del laudo de la libertad contractual de las partes, al reservarse para el exclusivo conocimiento de los jueces y 2) en caso de resultar negativa la respuesta, esto es, una vez determinado que el objeto de la controversia sí es arbitrable, no obstante, evaluar si lo decidido es contrario al orden público.

346. Esta Sala ha determinado que un laudo arbitral es contrario al orden público y que, por ende, constituye una causa de nulidad, cuando la cuestión dilucidada se coloque más allá de los límites de dicho orden, es decir, más allá de las instituciones jurídicas del Estado, de los principios, normas e instituciones que lo conforman y que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del yerro cometido en la decisión. Un laudo de ese tipo estaría alterando el límite que marca el orden público, a saber, el mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad.

347. Ahora bien, es criterio de esta Primera Sala que la causal de nulidad contenida en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio también puede actualizarse cuando se viole el contenido de determinados derechos constitucional, dependiendo el caso concreto.

348. Esta Sala estima que, en principio, no existe obstáculo para afirmar que ciertas actividades o prestaciones tuteladas por ciertos derechos humanos puedan someterse a arbitraje. Como se dijo, esto es especialmente cierto de aquellos derechos humanos que protegen actividades económicas y la propiedad privada; no obstante, debe reconocerse que el ejercicio ciertos derechos humanos no pueden integrar la materia arbitrable por su propia naturaleza. Sin embargo, se insiste, al no ser la litis de la presente resolución, no deben precisarse los perímetros de la materia sobre la cual la legislación debe hacer disponible los medios alternativos, ni en su caso, la materia a ser cubierta por el arbitraje.

349. Pues bien, en el caso, la parte quejosa afirma que se viola el principio de orden público, al estimar que no se observó el principio de igualdad procesal, el cual debe calificarse como una formalidad esencial del procedimiento, al no respetarse el principio de que quien afirma tiene la carga de la prueba, pues, según se desprende del laudo, el tribunal arbitral revertió la carga de la prueba

en contra de la parte demandada, ya que eximió a la actora de demostrar la "causa raíz" de los tres eventos sobre los que solicitó la calificación de caso fortuito o fuerza mayor.

350. En la sentencia reclamada, la jueza de distrito desestimó la argumentación de la ahora quejosa, al considerar que lo realmente alegado no era una violación procesal, sino una crítica a la forma de resolver el fondo, oponiéndose a la forma en que el tribunal arbitral precisó los requisitos de actualización de caso fortuito o fuerza mayor y la forma en que, con los medios de prueba aportados en autos, se acreditó que los tres eventos —2007, 2007 y 2010— encuadraban en dicha hipótesis normativa, toda vez que si se concluyó que no debía acreditarse "la causa raíz" era porque bastaba demostrar que la empresa actora no había actuado con negligencia, sobre la base de las mejores prácticas, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 15 del contrato base de la acción.

351. La quejosa argumenta que el criterio de la jueza de Distrito es erróneo porque la carga de la prueba debe identificarse por su naturaleza procesal, a pesar de tener alguna relación con el fondo del asunto, y mantenerse como una formalidad esencial del procedimiento.

352. Pues bien, esta Sala concluye que la argumentación de la quejosa es infundada.

353. Ciertamente, esta Sala coincide con varias de las premisas de la quejosa, las cuales son conformes con lo establecido en el apartado anterior. Así, debe compartirse que el orden público no sólo se ve afectado cuando se detecta una afectación a la colectividad o a un bien público del que todos se benefician. Como ha quedado precisado, también se viola cuando se afectan los principios objetivos del ordenamiento jurídico, entre los que se encuentran determinados derechos constitucionales.

354. Sin embargo, esta Sala observa que el defecto de la argumentación de la quejosa radica en suponer que el tribunal arbitral debe cumplir con todas las formalidades esenciales del procedimiento, de manera idéntica a la forma en que un tribunal del Estado queda vinculado a respetar del debido proceso, lo que no puede compartirse, por las mismas razones que esta Suprema Corte ha concluido reiteradamente que un tribunal arbitral no debe cumplir con las exigencias de fundamentación y motivación, como las autoridades estatales, ni debe vincularse en su integración por la prohibición en el establecimiento de tribunales especiales prevista en el artículo 13 constitucional.

355. En efecto, el debido proceso, como se ha establecido en la jurisprudencia de esta Suprema Corte, se integra por un "núcleo duro" que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que

son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Corte ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto.[1086]

356. En otras palabras, el debido proceso es un derecho humano ligado intrínsecamente con la función jurisdiccional del Estado, que se compone de distintos elementos y vertientes relevantes desde distinta perspectiva, dependiendo el papel que una persona desempeña en el mismo (como actor o demandado).

357. Así, se ha concluido que el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

726.

358. Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, del que cabe realizar un recuento de sus elementos integrantes hasta la actualidad en dos vertientes: 1) la referida a las formalidades esenciales del procedimiento, la que a su vez, puede observarse a partir de dos perspectivas, esto es: a) desde quien es sujeto pasivo en el procedimiento y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso adquieren valor aplicativo las citadas formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer pruebas, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, b) desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como sujeto activo, desde la cual se protege que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y

[1086] Ver tesis de jurisprudencia 11/2014 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 396 del Libro 3 (febrero de 2014), Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO.”

ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada estrechamente con el derecho de acceso a la justicia; y, 2) por la que se enlistan determinados bienes sustantivos constitucionalmente protegidos, mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos. De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la modalidad en la que se ubica el reclamo respectivo.[1087]

359. Pues bien, por las mismas razones que esta Suprema Corte ha negado evaluar la validez de un laudo arbitral con base en un parámetro de regularidad constitucional aplicable a la función jurisdiccional, como son las garantías de fundamentación y motivación, de la misma forma se niega la procedencia de la evaluación del laudo impugnado de nulo utilizando al debido proceso entendido éste como el tipo de formalidades exigibles a una autoridad judicial.

727.

360. Lo concluido no implica que esta Corte afirme disocie del orden público al debido proceso como parámetro de control de un arbitraje; lo que se niegue es que se deba entender sobre la base de las mismas exigencias aplicables a los tribunales del Estado. Esta Suprema Corte, como en otras ocasiones, recuerda que al debido proceso subyace el principio de audiencia o de defensa, el cual exige que una persona sea oída antes de resolver sobre alguna cuestión que le afecte.

728.

361. Como todo principio, el relativo al debido proceso debe caracterizarse como un mandato de optimización,[1088] cuyo grado de exigibilidad en cada caso concreto se debe fijar sobre la base del equilibrio exigido por las exigencias de los otros principios en tensión.

729.

362. Ahora bien, como mínimo, el debido proceso es un principio que exige que una persona sea escuchada antes de resolverse una cuestión que le puede afectar, lo

---

[1087] Tesis aislada IV/2014 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 1112 del Libro 2 (enero de 2014) Tomo II de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: "DERECHO HUMANO AL DEBIDO PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN."

[1088] Tesis aislada XII/2011 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 23 del Tomo XXXIV (agosto de 2011) del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA."

que se logra claramente cuando se constata (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas; tomando ello como mínino, debe concluirse que en el caso concreto, como se concluye en la sentencia reclamada, no se violó el referido debido proceso.

363. Así, como se desprende del laudo, el tribunal arbitral hizo constar los siguientes hechos que no son controvertidos por las partes, por lo que deben tenerse como aceptados. El procedimiento de arbitraje inició con la presentación de una demanda de fecha veintiocho de septiembre de dos mil nueve por parte de ********** ante la Secretaría de la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, invocando el acuerdo arbitral contenido en la cláusula 22.3 del contrato de compraventa de energía eléctrica asociada de catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete, suscrito por ********** y **********.

364. Según se observa de la relatoría de antecedentes, en el laudo se hace constar la recepción de la demanda, la notificación de la misma a la demandada, el otorgamiento de un plazo de treinta días para su contestación, la que fue prorrogada, la presentación de la ampliación y su relativa contestación; la realización de diversas audiencias, la solicitud de producción de documentos; memorial de demanda y contestación a la demanda; memorial de réplica y memorial de dúplica; la realización de la audiencia arbitral, en la cual se resolvió sobre la solicitud de admisión de pruebas.

365. Así, por ejemplo, se hace constar que los días 6, 7 y 8 de septiembre de dos mil once, se celebró en el Hotel Emporio de la Ciudad de México, la audiencia arbitral "con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral y las Partes, mediante la cual las partes tuvieron plena oportunidad de exponer sus argumentos respecto a los tres eventos materia de la disputa, así como fueron desahogadas pruebas periciales y testimoniales ofrecidas; las partes manifestaron su entera satisfacción con la oportunidad que tuvieron de presentar su caso, como consta en la versión estenográfica de dicha audiencia arbitral." Adicionalmente, existió la posibilidad de presentar alegatos finales y finalmente, luego de cerrarse la instrucción, se emitió el laudo en el cual, con base en las pruebas y alegatos presentados, se resolvió sobre los tres eventos materia de la controversia, concluyendo que constituían caso fortuito o fuerza mayor.

366. Pues bien, con lo anterior, esta Sala estima que es infundada la argumentación de la quejosa en el sentido que se viola el orden público, al afectarse la igualdad procesal, constatada por la supuesta inobservancia de sus formalidades esenciales del procedimiento, sin que pueda procederse a realizar un análisis minucioso de cada una de las diligencias procesales del arbitraje, ni de la forma

en que el tribunal arbitral valoró los argumentos y pruebas aportadas por las partes.

367. Cabe resultar que el arbitraje analizado no deriva de una relación asimétrica, en la que una de las partes ostente una posición de clara superioridad frente a la otra, pues ambas partes son personas morales, que si bien han entablado una relación contractual por la existencia de una licitación, lo cierto es que lo hicieron libremente. Esto se refuerza al considerar que la quejosa era al momento del arbitraje una entidad par**********tatal de la administración pública, que como tal, no puede alegar en su favor ubicarse en una situación de asimetría.

368. Con base en lo anterior, esta Sala declarara como infundadas las líneas argumentativas que son comunes a los tres eventos resueltos en el laudo arbitral, con lo cual no debe revocarse la sentencia reclamada, pues la aproximación a la forma de someter a escrutinio de validez el laudo arbitral se ajusta a lo decidido por esta Suprema Corte

III

369. Esta Sala procede a avaluar el resto de los conceptos de violación, agrupados por cada uno de los eventos resuelto por el tribunal arbitral.

370. Así, respecto del evento 2003, la parte quejosa formula los conceptos de violación 1 a 6.

371. En el primer concepto de violación, se alega exceso en los términos del acuerdo arbitral al revisar y anular el dictamen pericial de ABS sobre el evento de 2003, en el segundo argumenta que existió exceso respecto de los términos del acuerdo arbitral, al haber procedido sobre el fondo del asunto y determinar que dicho evento constituía un caso fortuito o fuerza mayor. En el tercer concepto de violación reclama que la jueza de Distrito se equivocó al concluir que la carga de la prueba no es una cuestión procesal en relación con el evento 2001, sino relacionada con el fondo de la controversia. En el quinto concepto, controvierte que se violó el orden público al existir vulneración a los principios de igualdad y trato no discriminatorio entre las partes. Todos los cuales han quedado respondidos con las consideraciones desarrolladas y, por tanto, deben declararse infundados.

372. En el cuarto concepto de violación, la quejosa argumenta combate la conclusión de la autoridad responsable de que el tribunal arbitral sí motivó la determinación para declarar la nulidad del peritaje de ABS; esto es incorrecto, en su opinión, pues para que el tribunal arbitral procediera a declarar la nulidad

de dicho dictamen debía comprobar que todas sus consideraciones eran incorrectas, pues si dicho dictamen era acertado en al menos una de las consideraciones realizadas por ABS respecto de la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad, el Evento 2003 no podría considerarse un caso fortuito o fuerza mayor. Esto no fue desvirtuado por el tribunal arbitral, toda vez que sólo se limitó a afirmar que existieron dos irregularidades en el dictamen, relativos a dos inciso de la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad, a saber, el inciso b) relativo al control razonable del evento 2003 y el c) relativo a la culpa o negligencia de **********.

373. En palabras de la quejosa "[a]sí pues, de lo que se dolió la ********** en su demanda de nulidad del laudo arbitral fue la falta de motivación respecto de la resolución alcanzada por el Tribunal Arbitral para decretar la nulidad del dictamen pericial, al no haber expuesto razón o motivo alguno con respecto al resto de las consideraciones en que se apoyó el perito independiente.".

374. También afirma que es incorrecta la apreciación de los hechos por parte de la autoridad responsable y, por tanto, el acto reclamado es violatorio de los derechos fundamentales de la **********, pues la autoridad responsable perdió de vista que cada uno de las cuatro conclusiones a las que arribó ABS en el dictamen pericial sostenía de manera independiente que el evento de 2003 no constituía un caso fortuito o fuerza mayor, por tanto, era indispensable que el tribunal arbitral se pronunciara sobre cada una de ellas para determinar por qué eran incorrectas a fin de determinar la nulidad del dictamen pericial.

375. En su opinión, las cuestiones alegadas en el juicio de nulidad de laudo arbitral, contra lo afirmado por la responsable, no implica revisar el fondo ni la legalidad de dicho laudo, pues ********** argumentó la falta de motivación absoluta se debía a que el tribunal arbitral no se pronunció respecto de los inciso a) y d) del dictamen pericial, lo que era necesario, dado que cada uno de forma independiente constituía una causa para impedir que el Evento de 2003 actualizara un caso fortuito o fuerza mayor.

376. Al respecto, la quejosa argumenta que "[n]uestros tribunales ya han sostenido que los juzgadores están facultados para analizar el laudo arbitral ante la solicitud de su inejecución, para determinar la procedencia de los motivos de inejecución formulado". En apoyo cita la tesis aislada del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, de rubro "LAUDO ARBITRAL. DENEGACIÓN DE SU EJECUCIÓN. ANÁLISIS SOBRE LA ACTUALIZACIÓN DE LA HIPÓTESIS SEÑALADA EN EL INCISO C) DE LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 1462 DEL CÓDIGO DE COMERCIO."

377. La quejosa afirma que no pretende que se revise el fondo o la legalidad del laudo arbitral, pues no está solicitando que se determine que fueron incorrectas las consideraciones del tribunal arbitral, sino que se solicita que se haga una comparación entre los puntos que debían resolverse y los que dejó de resolverse.

378. Hasta aquí la síntesis de lo alegado.

379. El argumento de la quejosa es inoperante, pues no logra combatir las consideraciones por las cuales la jueza de Distrito concluyó que lo alegado por la quejosa es una indebida motivación, en lugar de una ausencia de motivación, pues, como se observa de la lectura de lo manifestado, la pretensión de la justiciable es lograr que en sede judicial se determine la correcta interpretación de la cláusula 15 del contrato base de la acción, el cual regula los elementos del caso fortuito o de fuerza mayor.

380. Tan es así, que lo que propone como interrogante a contestar es determinar si los elementos del caso fortuito o fuerza mayor deben considerarse de actualización conjunta y exhaustiva para tener por actualizado dicho caso o, por el contrario, como lo determinó el tribunal arbitral, sólo es necesario que se actualice alguno de sus elementos. Así, la falta de motivación atribuida al tribunal arbitral es la supuesta omisión en analizar si se surtían todos y cada uno de los elementos previsto en la cláusula 15 del contrato, cuando ese motivo de inconformidad, como correctamente lo calificó la jueza responsable, se dirige a combatir el criterio interpretativo del tribunal arbitral sobre los requisitos exigibles contractualmente para tener por acreditado una instancia de caso fortuito o fuerza mayor.

381. Respecto del evento 2007, la parte quejosa formula los conceptos de violación 7 a 9.

382. En séptimo concepto de violación, la quejosa argumenta que el tribunal arbitral se excedió en los términos del acuerdo arbitral al determinar que el evento de 2007 constituía un caso fortuito o fuerza mayor; en el octavo concepto alega que la sentencia reclamada es ilegal, al determinar que la carga de la prueba no es un aspecto procesal sino una cuestión atinente al fondo; en el noveno insiste en que el tribunal arbitral violó el orden público, al no observar el principio de igualdad procesal de las partes. Todos los cuales también deben considerarse contestados con las consideraciones desarrolladas en el apartado anterior y, por tanto desestimarse.

383. Finalmente, por lo que respecta al evento 2010, la quejosa formula los conceptos de violación 10 a 12.

384. En el décimo concepto de violación, la quejosa alega la sentencia reclamada es ilegal, toda vez que no observó que la violación al orden público se acredita toda vez que con el laudo se frustra uno de los objetos fundamentales del contrato de capacidad y se debilita la confiabilidad y seguridad del sistema eléctrico peninsular. Recuerda que en el juicio de origen adujo que el laudo arbitral viola el orden público mexicano, dado que frustra los objetivos de orden público de la licitación de la central, que era disponer de una unidad de generación con una capacidad de 484 MW operando con gas y de 440 MW operando con diésel alternativamente ante la falta de gas y que la ejecución del laudo produciría una significativa degradación de la confiabilidad y seguridad en el sistema eléctrico regional de la península de Yucatán, en tanto que la central sería operada en condiciones normales con una capacidad disminuida y que la central no podría ser operada de manera regular con diésel.

385. La quejosa estima que la respuesta de la autoridad responsable para desestimar sus reclamos se basan en premisas incorrectas. Así, precisó que los motivos de inejecución no se hizo basar en que las consideraciones de los jueces fueran ilegales, absurdas o equívocas, sino en que las violaciones al orden público derivan de los efectos o implicaciones de las decisiones de los árbitros. En su opinión, "las disposiciones contractuales y normativas contravenidas por las decisiones de los árbitros contienen reglas importantes sobre la debida operación del sistema eléctrico regional peninsular y por tanto involucran aspectos de orden público (que fueron invocados en las causales de nulidad y denegación de ejecución)." Afirma que aun sin revisar la legalidad de las consideraciones del laudo arbitral era suficiente con que la responsable advirtiera que las consecuencias del laudo arbitral pudieran ocasionar violaciones al orden público para rechazar su ejecución.

386. Es igualmente incorrecto que el laudo arbitral no afectaría la operación de la central hacía el futuro y que no incidiría en el despacho, pues incorrectamente se confinó el estudio al 2010. Ello, pues el Evento 2010 es un problema que aún no se ha resuelto y, por tanto tiene un impacto adverso en la operación de la central.

387. Dicho Evento 2010 derivó, según el tribunal arbitral, de que la ********** venía suministrando a ********** gas que no venía cumpliendo con las especificaciones técnicas establecidas en el contrato de suministro, lo que provocó que la central tuviera que reducir su nivel de generación de manera importante. En el mismo laudo se describe como después de varios años de negociaciones, ********** decidió notificar a ********** la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor (abril de dos mil diez) por la falta de entrega de gas, que cumpliera con las especificaciones requeridas. Al hacerlo, ********** alegó que dicha situación provocaba la disminución en la capacidad de generación de la Central (de 484

MW hasta 300 MW) y por ende supuestamente le impedía cumplir con el despacho ordenado por la **********.

388. Pues bien, afirma que es incorrecta la apreciación de la jueza responsable, pues las afectaciones al orden público se extenderán indefinidamente hacia el futuro, hasta que sea remediada la problemática del abasto de gas natural en el país, cuestión que resulta ajena a las partes del contrato de capacidad.

389. De igual forma estima que es incorrecta la determinación de la responsable de que la ********** puede decidir en el futuro con qué combustible despachar la central y que por tanto el laudo no provoca que se mantenga una central que opere con una capacidad disminuida. Ello es falso, pues la ********** no tiene en sus manos la solución del enorme problema derivado de la falta de gas de calidad, pues no es cierto que pueda cambiar la operación de la central de gas a diésel y así recuperar la capacidad plena a 484 MW, aduciendo cuestiones de seguridad del servicio, ya que existe una restricción consistente en que es la posibilidad de cambiar de combustible que le permitiría alcanzar la capacidad garantizada de 440 MW, en lugar de los 300 MW que, en promedio se producen con el gas fuera de especificaciones.

390. La primera restricción es que la normatividad que regula la operación del sistema eléctrico nacional impone la obligación de despachar las centrales en condiciones normales con el combustible más económico (artículo 16 Reglamento del Despacho y Operación del Sistema Eléctrico Nacional emitido por el Centro Nacional Control de Energía), vinculantes en términos del artículo 2 de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica.

391. En opinión de la quejosa, la responsable malinterpreta las disposiciones que jerarquizan y armonizan la aplicación de los diversos objetivos básicos del despacho; ciertamente, la ********** debe llevar a cabo el despacho del sistema eléctrico nacional tomando en consideración las asignaciones fundamentales de calidad y seguridad, de conformidad con el artículo 36 bis de la Ley del Servicio Público de Energía; sin embargo, la responsable no tomó en cuenta el orden preciso con el que ********** debe observar y aplicar los cuatro objetivos básicos del despacho, de acuerdo a lo que establece el artículo 150 del reglamento de dicha ley, de acuerdo al cual el principio del despacho económico y que abarca la operación de las centrales con el combustible más económico tiene aplicación permanente y en todo momento, salvo en aquellos casos excepcionales de la operación, que se presenten circunstancias donde se pudiera afectar la seguridad o la continuidad del servicio.

392. La segunda restricción consiste en que el laudo arbitral impide la operación “regular” a base de Diésel, pues la decisión del tribunal arbitral impide que

********** despache la central de forma indistinta o alternativa con gas o diésel debido a que el productor se negaría, al amparo de lo establecido en el punto 204 del laudo, a producir energía quemando Diésel de manera ordinaria o regular.

393. En su opinión, "el despacho de la central queda sujeto a restricciones significativas (derivadas de la ley y del laudo arbitral) que le obligan a ********** a mantener la operación a base de gas natural tanto en condiciones normales como en condiciones extraordinarias, lo que redunda en que se soporte a la central con una capacidad significativamente reducida o degrada (de 484 MW que fueron garantizados a 300 MW es lo que la central produce en promedio).".

394. La quejosa continúa y afirma que la sentencia reclamada es incorrecta, de que los eventuales riesgos pueden ser evitado, pues ello se basa en meras especulaciones, ya que afirma que ante un evento crítico, las partes siempre podrían llegar a algún acuerdo para implementar las medidas necesarias para evitar falla del sistema. Igualmente, la responsable falla en advertir los riesgos que los efectos del laudo arbitral representan para la debida operación de la central.

395. Ello, pues la responsable no advirtió que el laudo deja a la ********** con una central que sólo sería despachada con gas fuera de especificaciones y por ende con una capacidad de generación sumamente disminuida y el laudo arbitral además elimina el derecho de ********** de despachar a la central con diésel por todo el tiempo que el gas permanezca fuera de especificaciones, pues exime al productor, de manera indeterminada, de cumplir con su compromiso de proveer capacidad garantizada con Diésel (de 440 MW) de manera habitual por todo el tiempo que tome resolverse el problema de la falta de abasto del gas.

396. La quejosa destaca que el perito de la **********, al rendir sus respuestas, explicó que cualquier impedimento para operar plenamente la central a base de Diésel como combustible alterna implicaría limitaciones importantes para los operadores del sistema eléctrico nacional en detrimento de los principios de seguridad y continuidad.

397. La quejosa afirma que otro vicio de la sentencia reclamada es negar que el laudo arbitral frustre los objetivos del proyecto de la central, debido a que no prohíbe expresamente que se despache la central con algún combustible en particular. Insiste en que uno de los objetivos fundamentales del contrato de capacidad era que ********** contara con una unidad de generación en el Estado de Yucarán que fuera capaz de producir 484 MW operando con gas y 440 MW operando con Diésel alternativamente.

398. Sin embargo, ********** puede aducir contar con el respaldo del laudo y no utilizar Diésel, sino seguir utilizando gas degradado, en detrimento de la cláusula 10.2 del contrato de combustible, pues cuenta con la determinación de que es irrelevante que no cuente con la capacidad, "[i]nsistiendo que ante la situación previamente relatada se podría ocasionar el colapso del sistema eléctrico regional, es decir, sobrevendrá la gravísima situación que se interrumpa la prestación del servicio público de energía eléctrica, lo que se traduciría en apagones selectivos en zonas muy extensas de la península, iniciando con la región de la ciudad de Mérida, donde se localiza la central." Ello generaría afectaciones a la colectividad (costos económicos y sociales).

399. En otra parte, la quejosa alega que la sentencia reclamada es ilegal, pues es falso que haya basado su argumento en que los pagos hechos con dinero público no constituyen violaciones al orden público, pues afirma que las violaciones al orden público derivan del régimen contractual específico creado por el laudo arbitral, que pone en riesgo la continuidad y seguridad del servicio público de energía eléctrica en la península de Yucatán.

400. Pues bien, esta Sala concluye que la argumentación de la quejosa es infundada.

401. Esta Suprema Corte estima relevante precisar las razones por las cuales, en un modelo de estado constitucional que reconoce y garantiza el ejercicio de libertades y derechos humanos, en sede judicial debe rechazarse, por regla general, el tipo de apelación al orden público realizado por la parte quejosa para lograr la nulidad de un laudo arbitral, que es el producto del ejercicio de libertades con relevancia constitucional.

402. En efecto, no debe perderse de vista que la parte quejosa es la **********, que al momento de celebrarse el contrato, según se lee en el apartado de declaraciones del contrato base, se trataba de un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se rige por la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica y que según lo estableció en dicho convenio "cuenta con las facultades y autorizaciones requeridas para la celebración y cumplimiento de este Contrato".

403. Efectivamente, como también se ha precisado, el contrato es el producto de un proceso de licitación —la Licitación Pública Internacional Num. SDC-16/94 resuelto en favor del tercero interesado por fallo de veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete—, para lograr la contratación de un productor externo de energía que proporcione capacidad de generación de energía eléctrica, a partir de gas natural como combustible base y diésel como combustible alterno en el Estado de Yucatán.

404. Ahora bien, esta Suprema Corte estima que la decisión de la Administración de Pública Federal de hacerse de la generación de energía eléctrica a través de un productor externo, mediante una licitación pública, y la celebración de un contrato respectivo; adicionalmente, establecer que las controversias suscitadas respecto a la interpretación del contrato se deben reservar al arbitraje se debe calificar como una decisión de política pública que desde su diseño original contiene la opción de que sean árbitros privados quienes resuelvan cuestiones contractuales sobre los términos, condiciones y, en general todos los aspectos sobre la producción de energía eléctrica materia del contrato, sin la intervención de los tribunales del Estado.

405. Así, al decidir que las controversias sobre contratos públicos se resuelvan a través de árbitros, la Administración Pública razonablemente pudo anticipar que las indeterminaciones semánticas del contrato y la resolución de las interrogantes interpretativas sobre la aplicación de las cláusulas a cada caso concreto por partes de los árbitros, tendrían impacto, de una u otra forma, en la operación de la generación de energía eléctrica.

406. Por tanto, este Suprema Corte de Justicia de la Nación rechaza la argumentación de la quejosa, pues, en esencia, ésta se reduce a concluir que la determinación de los árbitros impacta en la condiciones de generación de energía eléctrica, mediante la anticipación de la cadena causal de cada determinación tomada por ellos. Ello es inevitable cuando se decide depositar en árbitros el poder de resolver controversias sobre los términos de un contrato público, que como todo texto jurídico, contiene términos y obligaciones con un cierto grado de indeterminación semántica.

407. No toda controversia puede ser anticipada y resuelta en la celebración de un contrato y, por tanto, la persona, institución pública o privada o, bien, la autoridad judicial encargada de establecer cuáles son las respuestas normativas autoritativas del contrato para resolver una controversia respecto de la cual no existe un consenso entre las partes, tiene por necesidad la responsabilidad de determinar la respuesta correcta suponiendo que cualquier decisión que tome tendrá consecuencias sobre el objeto del contrato en lugar de otras, y si el objeto del contrato es de interés público, las consecuencias de cada respuesta interpretativa supondrá consecuencias de interés público. Sin embargo, ese es el diseño previsto por este tipo de contratos públicos.

408. Por tanto, esta Corte concluye que es insuficiente para declarar la nulidad de laudo constatar que la determinación de una interrogante interpretativa de los términos de un contrato pueda desencadenar una cadena causal de impacto en la prestación de un servicio público o de un bien público, la cual pudo ser evitada si se hubieran resuelto en sentido opuesto; en ambos casos, cualquier

decisión hubiera desencadenado una cadena causal de relevancia para ello. Lo determinante es verificar que el tribunal arbitral haya resuelto los términos del contrato dentro de su margen de acción y que al resolver la controversia no incluya en su potestad la resolución de un principio objetivo del ordenamiento indisponible para el arbitraje o que, siéndolo, resulte inapropiada su resolución en los términos precisados.

409. No debe olvidarse que el laudo que se analiza en sede judicial versa sobre un contrato público, el cual se encuentra regulado no sólo por las reglas de derecho privado, sino por un régimen exorbitante de derecho público, en virtud del cual el Estado retiene potestades para modificarlo, suspenderlo o terminarlo si así lo estima conveniente justo por el tipo de consideraciones de política pública que la quejosa ahora formula en el presente juicio de amparo.[1089]

410. Los jueces constitucionales no deben valorar los méritos de política pública de las decisiones tomadas por los árbitros, cuando resuelvan una controversia sobre un contrato público; ello no está permitido por la causal de nulidad relativa a la violación al orden público. En otras palabras, las consideraciones de política pública no deben entenderse incluidas en el concepto de orden público, pues éste tiene una connotación más restringida y tiene que ver con los principios objetivos del ordenamiento y no con las consideraciones utilitarias propias de la racionalidad de política pública.

411. Como se había establecido al inicio de este apartado, la regla general es la abstención de la intervención judicial para revisar los méritos de un laudo, pues si los jueces analizarán ilimitadamente los méritos de las decisiones de los árbitros, el arbitraje se convertiría en una etapa más en el proceso judicial y, por tanto, se le privaría de las ventajas que ofrece a las personas para encontrar en ejercicio de sus libertades básicas la posibilidad de acudir a medios de resolución de conflictos extrajudiciales definitivos.

412. No obstante, cuando un laudo arbitral se impugna como inválido por contravención del orden público, los jueces, como lo afirma la parte quejosa,

---

[1089] Ver la tesis aislada CCXXXVIII/2015 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 477 del Libro 21 (agosto de 2015) Tomo I de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: "RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL ESTADO. DEL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DERIVA UNA FACULTAD REGLAMENTARIA DEL LEGISLADOR SECUNDARIO QUE ABARCA TODO EL ÁMBITO MATERIAL DE AQUÉL."
También ver la tesis CCCXVIII/2013, visible en la página 516 del Libro XXVI (noviembre de 2013) Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO. LA COEXISTENCIA DE LOS PRINCIPIOS DE INTERÉS PÚBLICO Y HONRADEZ CONSTITUYE EL PARÁMETRO DE SU ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL."
Finalmente ver la tesis aislada CCCXIX/2013, visible en la página 515 del Libro XXVI (noviembre de 2013) Tomo 1 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de rubro: "ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL NO ESTABLECE UN DERECHO DE INDEMNIZACIÓN POR CUALQUIER MODIFICACIÓN CONTRACTUAL ATRIBUIDA AL ESTADO."

deben evaluar en algún grado los méritos de las decisiones tomadas sólo para el reducido efecto de determinar si se viola dicho orden público.

413. Cuando se alega violación al orden público, los jueces deben evaluar si los árbitros han desconocido reglas o principios fundamentales del derecho, no en abstracto, sino en el caso concreto, mediante la emisión de una decisión que, sin lugar a dudas, pueda presumirse su exclusión del ámbito de resolución de los árbitros. El propósito de la facultad de revisión judicial es evitar que los particulares, mediante el arbitraje, eviten la aplicación de contenidos normativos indisponibles establecidos en determinadas normas que los jueces no pueden desconocer. Sin embargo, los contenidos que ameritan la nulidad de los laudos son muy reducidas y de aplicación excepcional, de las cuales los jueces deben considerarse guardianes. Un claro ejemplo, sería la nulidad de un laudo, cuya ejecución implicaría la comisión de un delito o de un acto ilícito conforme a leyes prohibitivas.

414. Esta Sala reconoce que la identificación y aplicación de las normas de orden público no admite una metodología de fácil identificación. De alguna manera, todas las leyes son de orden público, como lo ha establecido esta Corte, sin embargo, su inobservancia en el arbitraje no debe llevar en automático a la nulidad del laudo, pues debe considerarse que se analiza un laudo arbitral y una decisión judicial, por lo que debe sopesarse que el laudo se soporta en el artículo 17 constitucional, cuyo principal propósito es la promoción del arbitraje como método definitivo de resolución de conflictos, por lo que este propósito puede triunfar y superponerse al interés subyacente a ciertos reclamos de violación al orden público.

415. La autoridad judicial debe evaluar el tipo de interés público involucrado en la resolución del laudo arbitral, determinar su peso específico en el caso concreto y contrastarlo con el peso específico del interés también constitucionalmente protegido en el artículo 17, de preservar el arbitraje como un método de resolución de conflictos extra-judicial, con valor definitivo y vinculante para las partes cuando así lo decidan.

416. Por tanto, el juez debe balancear el tipo de interés público confrontado con lo decidido por los árbitros contra la mayor eficacia posible de la figura del arbitraje como un método de resolución de conflictos definitivo, el cual aspira a sustituir a un proceso judicial.

417. Con el fin de lograr la optimización del mandato de preservar el arbitraje como expresión de la libertad de las personas para resolver controversias, sólo las violaciones claras a importantes contenidos normativos justifican la nulidad de

un laudo, con base en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio. Cuando la fricción del laudo con un interés protegido por el orden público sea menor, debe prevalecer el principio de promover el arbitraje, pues toda vez que las partes acordaron someterse al arbitraje, debe aceptar la decisión del árbitro, incluido las posibles deficiencias interpretativas del derecho en que incurra, a menos que sea abiertamente injusta o incorrecta.

418. En el presente caso, esta Primera Sala estima que el tipo de interés público aducido como violados por la quejosa no presenta el suficiente peso relativo, a la luz de los principios objetivos del ordenamiento, para lograr superar el mayor peso que en el caso tiene el objetivo de preservar el arbitraje, pues la quejosa antepone consideraciones de política pública que deriva de la alegada cadena causal obtenible de la decisión tomada por el tribunal arbitral, la cual busca comparar con la cadena causal que se derivaría de una decisión arbitral en sentido opuesto, comparación que se basa en un criterio utilitarista. Pues bien, esta Suprema Corte no cuenta con las capacidades para evaluar argumentos de políticas públicas ni de utilidad pública: ello corresponde a los órganos técnicos de la Administración Público y a las ramas políticas con representación política. Si las consideraciones de política pública son de tal magnitud, debe recordarse que al tratarse de un contrato público, el Estado cuenta con un régimen exorbitante de derecho público que permite la modificación o extinción del contrato, a condición del cumplimiento de los principios del artículo 134 constitucional.

419. Por tanto, debe declararse como infundados los argumentos de la quejosa que de manera individualizada se dedican a cada uno de los tres eventos resueltos por el laudo arbitral.

IV

420. Finalmente, esta Primera Sala procede a analizar el concepto de violación dedicado a analizar la determinación de condena en costas realizada en su perjuicio por la jueza responsable.

421. En el décimo segundo concepto de violación la parte quejosa alega que el acto reclamado es contrario a lo dispuesto por el artículo 1084, fracción V del Código de Comercio y a la jurisprudencia vinculante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Según dicho precepto, la condena en costas procede cuando el que intente acciones o haga valer cualquier tipo de defensas o excepciones que resulten improcedentes o interponga recursos o incidentes de este tipo.

422. La quejosa recuerda que esta Suprema Corte ha establecido que por “improcedentes” debe entenderse la ausencia de alguno de los elementos previstos en las propias normas para que pueda realizarse el estudio de fondo de

la cuestión planteada, lo que no incluye las cuestiones de fondo que no fueron acreditadas y que no se declararon infundadas. En apoyo cita la tesis de jurisprudencia 9/2013 de esta Primera Sala, de rubro: "COSTAS EN MATERIA MERCANTIL. ALCANCE DEL TÉRMINO IMPROCEDENTES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 1084, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO DE COMERCIO." Las cuestiones de procedencia son la competencia, la oportunidad, la legitimación activa y pasiva, la representación y la procedencia de la vía.

423. En consecuencia, toda vez que la acción de nulidad del laudo arbitral no resultó improcedente, sino que ésta ilegalmente fue declarada infundada, debe concluirse que no se actualiza la fracción V del artículo 1084 del Código de Comercio, por lo que no procede la condena en costas.

424. La juzgadora procedió a condenar en costas a la parte actora principal, toda vez que concluyó que se actualizó el artículo 1084, fracción V del Código de Comercio, al intentarse una acción de nulidad que resultó improcedente. En apoyo se cita la tesis de esta Primera Sala de rubro: "COSTAS EN MATERIA MERCANTIL. LA CONDENA A SU PAGO NO REQUIERE QUE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, NI DE LAS EXCEPCIONES, LAS DEFENSAS, LOS INCIDENTES O RECURSOS SEA NOTORIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1084 DEL CÓDIGO DE COMERCIO)."

425. Ahora bien, para resolver sobre el tema específico, conviene retomar los precedentes de esta Primera Sala, en los que ha elaborado criterios que deben regir sobre el tema de condena en costas, referente al análisis del artículo 1084, fracción V del Código de Comercio.

426. Al resolver el amparo directo en revisión 204/2013, en sesión del tres de abril de dos mil trece, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció la premisa de que si el legislador decide imponer una condena en costas con la única finalidad de indemnizar a la parte que fue obligada a acudir a un juicio en defensa de sus intereses cuando a la postre resultó que ni siquiera fue posible efectuar un estudio de fondo del asunto, debe analizarse la necesidad y la proporcionalidad de la medida, pues únicamente se pretende reparar en los términos que prevé la ley (costas) el daño sufrido por quien nunca debió haber sido llevado a juicio.

427. Así, esta Primera Sala resolvió que es constitucional el artículo 1084, fracción V, del Código de Comercio, específicamente la porción normativa que establece que siempre será condenado en costas quien intente acciones improcedentes, si es interpretado de conformidad con el derecho de acceso a la jurisdicción en términos del artículo 17 constitucional.

428. En lo que interesa, en la ejecutoria se dijo que la interpretación que debe emplearse al analizarse la fracción V, del artículo 1084 del Código de Comercio, es la siguiente:

> [...] Una vez precisado lo anterior, es importante aclarar que una correcta interpretación de la fracción V del artículo 1084 del Código de Comercio, específicamente, de la porción de dicho precepto que establece que siempre será condenado en costas quien intente acciones improcedentes, resulta perfectamente compatible con la Constitución, en términos del propio artículo 17 constitucional. Pues la expresión 'intentar acciones improcedentes', únicamente comprende aquéllos casos en los que injustificadamente se somete a una persona a un procedimiento jurisdiccional, hecho que se acredita por la falta de un elemento en la acción intentada para lograr un pronunciamiento de fondo que dirima la controversia planteada por el accionante.

429. En esa ejecutoria, se apuntó que los requisitos de procedencia en los que se actualiza la improcedencia de la acción, son los siguientes:

> [...] los requisitos de procedencia, a falta de los cuales se actualiza la improcedencia de una acción, varían dependiendo de la vía que se ejerza, aunque en esencia, consisten en los elementos mínimos necesarios previstos en las leyes adjetivas que deben satisfacerse para la realización de la jurisdicción, es decir, para que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer la cuestión de fondo planteada en el caso sometido a su potestad y pueda resolverla, determinando los efectos de dicha resolución."

430. Posteriormente, en ese asunto se analizó si la restricción era legitima, constitucionalmente admisible e idónea y por tanto, razonable, de tal suerte que para llegar al estado de razonabilidad de la medida impuesta se apuntó que:

a. La justificación de la medida radica en el hecho de que quien es llevado a juicio de manera injustificada, debe ser reparado, en sentido amplio, por el daño sufrido en su patrimonio a causa de un juicio que se vio forzado a seguir, aun cuando la acción intentada ni siquiera cumplía con los requisitos mínimos previstos para su procedencia, lo que refleja que la afectación sufrida por esa parte era innecesaria.
b. La condena en costas persigue una finalidad constitucionalmente admisible, pues, si bien los gobernados se encuentran obligados por el artículo 17 constitucional a dirimir sus controversias dentro de los cauces legales, lo cierto es, que implícitamente, es un derecho –entendido como inmunidad– de las personas a no ser sometidas injustificadamente a procedimientos jurisdiccionales, es decir, a juicios en los que no exista controversia que dirimir.

c. La medida restrictiva se considera idónea para inhibir la práctica de iniciar juicios sin motivo, pues obliga a condenar en costas a la parte que, injustificadamente, ha sometido a otra a un procedimiento jurisdiccional, causándole con ello un daño por el tiempo y recursos invertidos en el trámite de dicho asunto.
d. En ese sentido la fracción V, del artículo 1084 del Código de Comercio, por cuanto hace a la porción que establece que siempre será condenado en costas quien intente acciones improcedentes sólo pretende disuadir la promoción de juicios innecesarios por la imposibilidad que conllevan de obtener un estudio de fondo de la cuestión planteada. En suma, existe una relación de causalidad entre la restricción impuesta y la finalidad constitucional perseguida.
e. Respecto a la necesidad y la proporcionalidad de la medida, se dijo que para apreciar la validez de la modulación del derecho de acceso a la jurisdicción, era necesario interpretar la expresión legal "improcedencia" de la acción.

431. En suma, bajo el supuesto "improcedencia de la acción" se impone una condena en costas con la finalidad de indemnizar a la parte que acudió a un juicio en defensa de sus intereses cuando a la postre resultó que ni siquiera fue posible efectuar un estudio de fondo del asunto. Medida que pretende reparar en los términos que prevé la ley (costas) el daño sufrido por quien nunca debió haber sido llevado a juicio.

432. De tal suerte que al efectuarse la condena por una acción improcedente, deberá identificarse la acción con el derecho sustantivo que pretende hacerse valer con su ejercicio, esto conduce a que quien no acredita su acción (aun cuando ello derive del examen de la cuestión de fondo planteada), se hace acreedor a una condena en costas, sin distinguir si la ineficacia de la acción se debió a la falta de un verdadero requisito de procedibilidad (juicio innecesario) o si, por el contrario, se decretó como resultado de un estudio de fondo sobre la cuestión planteada (juicio necesario para arribar a una decisión judicial de fondo).

433. Así, se concluyó que la condena en costas es constitucionalmente valida en términos del artículo 1084, fracción V, cuando ésta se efectúa respecto de una acción que no haya sido idónea. Dentro de los requisitos de procedencia se efectúen, por ejemplo: (i) la admisibilidad de un escrito; (ii) la legitimación activa y pasiva de las partes; (iii) la representación; (iv) la oportunidad en la interposición de la acción, excepción o defensa, recurso o incidente; (v) la competencia del órgano ante el cual se promueve; y (vi) la procedencia de la vía.

434. Hasta aquí la reseña de las consideraciones del amparo directo en revisión 204/2013.

435. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto al contenido de la fracción V, del artículo 1084 del Código de Comercio, en la contradicción de tesis 154/2006-PS determinó que ante la improcedencia de la acción debe condenarse al accionante al pago de costas del juicio, al margen de que la improcedencia sea notoria o resulte del estudio de la demanda y de la ponderación de los elementos aportados al juicio, de tal suerte que son improcedentes aquellas acciones que no encuadren en los supuestos amparados en la ley u otras cuyos presupuestos, elementos o hechos constitutivos no se lograron acreditar durante el juicio.

436. También, en la diversa contradicción de tesis, número 292/2012, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó lo que debía entenderse por "improcedencia".

437. En lo que interesa, se dijo que para efectos del artículo 1084, fracción V, del Código de Comercio, por "improcedencia" debe entenderse la ausencia de alguno de los elementos previstos en las propias normas para que se esté en posibilidad de realizar el estudio de fondo de la cuestión planteada; sin que ello contemple, precisamente, cuestiones de fondo que no hayan sido acreditadas, que desemboquen en su calificación de infundadas, lo cual implica que han sido superados los temas de procedencia.

438. Así, esta Primera Sala explicó que los requisitos de procedencia, a falta de los cuales se actualiza la improcedencia, varían dependiendo de la vía que se ejerza, consistente en los elementos mínimos necesarios que deben satisfacerse para la realización de la jurisdicción.

439. Esto es, tanto en su parte subjetiva como objetiva, apegado a la seguridad jurídica y debido proceso, deben reunirse los requisitos normativos necesarios establecidos en las propias leyes adjetivas, para que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer y resolver el caso sometido a análisis.

440. Así, entre los requisitos de procedencia que implican la competencia, la oportunidad, la legitimación activa y pasiva, la representación, procedencia de la vía, entre otros, que ya dependerán de la acción que se ejerza en particular.

441. El artículo 1084, fracción V, del Código de Comercio encuentra su racionalidad en que debe condenarse en costas ante la hipótesis de no actualización de los elementos de procedencia, esto es, que no se presentó alguno de los elementos previstos en las propias normas para que pueda abordarse el estudio de fondo de la cuestión planteada.

442. Así, la contradicción de tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1a./J. 9/2013 (10a), que constituyó jurisprudencia resulta aplicable al presente caso, cuyo rubro y texto es:

COSTAS EN MATERIA MERCANTIL. ALCANCE DEL TÉRMINO "IMPROCEDENTES" A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 1084, FRACCIÓN V, DEL CÓDIGO DE COMERCIO. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 43/2007, de rubro: "COSTAS EN MATERIA MERCANTIL. LA CONDENA A SU PAGO NO REQUIERE QUE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN, NI DE LAS EXCEPCIONES, LAS DEFENSAS, LOS INCIDENTES O RECURSOS SEA NOTORIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 1084 DEL CÓDIGO DE COMERCIO).", sostuvo que acorde con la fracción V del citado artículo 1084, para que proceda condenar al promovente al pago de costas, basta que las acciones, las excepciones, las defensas, los recursos o incidentes que haga valer resulten improcedentes, y que se consideran así las acciones ejercitadas que no encuadran en los supuestos amparados en la ley o aquellas cuyos presupuestos, elementos o hechos constitutivos no se acreditaron durante el juicio. Sin embargo, en alcance a dicha tesis y de una nueva reflexión se precisa que el término "improcedentes" a que se refiere el artículo 1084, fracción V, del Código de Comercio, debe entenderse como la ausencia de alguno de los elementos previstos en las propias normas para que pueda realizarse el estudio de fondo de la cuestión planteada, los cuales varían dependiendo de la vía que se ejerza y consisten en los mínimos necesarios que deben satisfacerse para realizar la jurisdicción; esto es, que el caso en su integridad, tanto en su parte subjetiva como objetiva, apegado a la seguridad jurídica y debido proceso, debe reunir los requisitos normativos para que el juzgador pueda conocerlo y resolverlo. Así, la procedencia de una acción, excepción, defensa, incidente o recurso, implica que se reúnan los requisitos mínimos necesarios para que sea posible su estudio en cuanto a la cuestión planteada, así como su resolución y efectos; sin que lo anterior contemple cuestiones de fondo que no hayan sido acreditadas, porque éstas desembocan en su calificación de infundadas, lo que significa que ya se han superado los temas de procedencia y un análisis de la cuestión de fondo.

443. Pues bien, con base en lo anterior, esta Sala concluye que el argumento de la quejosa es fundado y suficiente para revocar exclusivamente la determinación de condena en costas, pues como se observa, en la sentencia recurrida se satisficieron los presupuestos procesales, sin existir obstáculo técnico o procesal alguno para analizar el fondo del asunto.

444. Si bien la jueza de Distrito determinó que la acción principal intentada por la actora era improcedente, dicha decisión se refiere en todo momento al fondo del asunto, pues el producto de la constatación de que no se surtieron en el caso los elementos de la acción de nulidad de laudo intentada. Luego, es evidente que no

se surte la hipótesis de condena de la fracción V del artículo 1084 del Código de Comercio.

445. Por tanto, debe otorgarse el amparo para el único efecto de que la jueza de Distrito deje insubsistente la sentencia reclamada y vuelva a emitir una nueva sentencia, en la que reitere todo lo que no es materia de la concesión, y determine que no se actualiza la fracción V del artículo 1084 del Código de Comercio, por lo que no procede la condena en costas en contra de la parte actora en lo principal.

Por lo expuesto y fundado, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

IX. RESUELVE:

ÚNICO. La Justicia de la Unión **ampara y protege** a ********** en contra de la sentencia dictada el treinta y uno de enero de dos mil catorce por la jueza Décimo Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal en el juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitrajes número ********** únicamente por lo que respecta a la condena en costas, en los términos del último apartado de la presente ejecutoria.

Notifíquese; con testimonio de esta resolución; y en su oportunidad archívese el toca como asunto concluido.

Así lo resolvió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por mayoría de tres votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (quien se reserva el derecho a formular voto concurrente), Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Ponente y Presidente de esta Primera Sala. El Ministro José Ramón Cossío Díaz y la Ministra Norma Lucía Piña Hernández votaron en contra y se reservaron el derecho de formular voto particular.

Firma el Ponente y Presidente de la Sala con el Secretario de Acuerdos que autoriza y da fe.

PONENTE Y PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA

MINISTRO ALFREDO GUTIÉRREZ ORTIZ MENA

SECRETARIO DE ACUERDOS DE LA PRIMERA SALA

VIDEOS

- Abyei Area (Sudan v. SPLM/A) - Oral Proceedings (Gary Born) (inglés)

- Vattenfall v Germany - Public Hearing - Day Nine - 21 October 2016 (inglés)

- Corona Materials, LLC v. Dominican Republic Day 2 Part 1 (español)

BIBLIOGRAFIA

Libros

A

AIA, *Interim Measures in International Commercial Arbitration*, AIA, 2007

B

Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996

Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956

Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Unesco, 1979

Ben Hamida & Clay (ed.), *L'argent dans l'arbitrage*, Lextenso, 2013

Berger, *The creeping codification of lex mercatoria*, Kluwer Law International, 1999

Berger, *The Creeping Codification of the New lex mercatoria*, Kluwer, 2010

Blackaby & Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6 ed, Oxford, 2015

Blessing, *Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives*, Helbing & Lichtenhahn, 1999

Briseño Sierra, *Dos estudios sobre el arbitraje privado internacional*, Limusa, 1988

Broches, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, 1990

C

Caron & Caplan,

Clavel, *Le déni de justice économique dans l'arbitrage international. L'effet négatif du principe de compétence-compétence*, tesis doctoral, Universidad de París 2, 2011

Clay, *L'arbitre*, Dalloz, 2001

Cruz Miramontes & Cruz Barney, *El arbitraje*, Porrúa, 2004

D

David, *Arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982

Derains & Schwartz, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Oxford, 1998

Di Pietro & Platte, *Enforcement of international arbitration awards, the New York Convention of 1958*, Cameron, 2001

Draetta & Luzzatto,

Dupuy et al., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009

F

Ferrari & Kröll, *Conflict of Laws in International Arbitration*,

Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, 1965

Fouchard-Gaillard-Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996

G

Gaillard, *Teoria jurídica del arbitraje internacional*, Limusa, 2012

Gharavi,

Gómez-Urrutia, *Contratación internacional en el sistema interamericano*, Oxford, 2000

Gómez-Palacio, *Derecho de los negocios internacionales*, Porrúa 2006

González de Cossío, *Arbitraje deportivo*, Porrúa, 2006

González de Cossío, *Arbitraje*, 3 ed, Porrúa, 2011

Graham Tapia, *El Arbitraje comercial*, Themis, 2000

Graham & Sánchez, El Derecho internacional del futbol, 2 ed., Zamanga Editores, 2014

Graham & Treviño, Ley de Métodos Alternos de Solución de Controversias de Nuevo León, Lazcano, 2007

Graham, *Manual de Derecho internacional privado*, Zamanga Editores, 2016 (ibooks; google play)

Graham, *Teoría general del Derecho internacional*, 2 ed, Zamanga Editores, 2013 (ibooks; google play)

Graham, *El Derecho internacional privado del comercio electrónico,* Themis, 2003

Grierson & van Hooft, *Arbitrating Under the 2012 ICC Rules: An Introductory User's Guide*, Kluwer Law International, 2012

Grigera Naón, *Choice-of-law Problems in International Commercial Arbitration*,

Gusy et al., *A Guide to the ICDR International Arbitration Rules*, Oxford University Press, 2011

H

Hanotiau, *Complex Arbitration*, Kluwer, 2006

Hauriou, *Principes de droit public*, 1910

Heuzé, *La réglementation française des contrats français*, Economica, 1990

Holleaux-Foyer-de La Pradelle, *Droit international privé*, París, 1987

I

IAI, *Les premières applications du Règlement de référé pré- arbitral de la CCI*, IAI, 2002

J

Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987

Jellineck, *Allgemeine Staatslehre*, 1922

K

Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international,* L'Harmattan, 2005

Kassis, *Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la CCI. Les déviations de l'arbitrage institutionnel*, LGDJ, 1988

Kassis, *Théorie générale des usages de commerce,* LGDJ, 1984

Kronke, *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Kluwer, 2010

Kurkela & Turunen, *Due Process in International Commercial Arbitration*, 2 ed., Oxford, 2010

L

Loquin, *L'amiable composition en droit comparé et international*, Librairies Techniques, 1980

M

Malik, *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet another challenge for states in investment treaty arbitration?*, IISD Papers, 2011

Martinez-Fraga, *The American Influence on International Commercial Arbitration: Doctrinal Developments and Discovery Methods*, Cambridge, 2009

Mayer & Heuzé, *Droit international privé*, 11 ed., Montchrestien, 2014

Mistelis & Brekoulakis (ed.), *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009

Mosimann, *Anti-Suit Injunctions in International Commercial Arbitration*,

Mustill & Boyd, *Commercial Arbitration*, Butterworths, 1989

N

Nappert, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules 2010: A Practitioner's Guide*, Juris Publishing, 2012

Newman & Ong, *Interim Measures in International Arbitration*, Juris Publishing, 2014

Nygh, *Choice of forum and laws in international commercial arbitration*,

O

Oppetit, *Teoría del arbitraje*, Legis, 2006

Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998

P

Pailliet, *Manual de droit français*, 7 ed. 1827

Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2013

Parra, *The History of ICSID*, Oxford, 2012

Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2011

Paulsson, *The idea of arbitration*, Oxford, 2013

Poudret & Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2 ed, Sweet & Maxwell, 2007

R

Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*,

Reed, Paulsson & Blackeby, *Guide To ICSID Arbitration*, 2 ed., Kluwer 2010

Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008

Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé,* LGDJ, 2008

Rigozzi, *L'arbitrage international en matière de sport*, Helbing & Lichtenhahn, 2005

Roca & Caldin, *El arbitraje marítimo en Londres,* Blaz de Lezo, 2014

Rodríguez Jiménez, *El sistema arbitral del CIADI,* Porrúa, 2006

Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford, 2014

Rubellin-Devichi, *L'arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international*, LGDJ, 1965

S

Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1918

Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 3 ed., Giuffrè, 1977

Scherer et al., *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules. A user's Guide*, Kluwer, 2014

Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, Mohr, 1975

Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2 ed., Mohr, 1989

Schreuer, *The Icsid Convention: A Commentary*, 2 ed., Oxford University Press, 2009

Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz, 2001

T

Teyssié, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975

Turner & Mohrashami, *A Guide to the LCIA Arbitration Rules,* Oxford, 2009

V

Van de Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a uniform judicial interpretation,* Kluwer 1981

Van der Bend et al., *A Guide to the NAIArbitration Rules*, Juris Publishing, 2012

W

Webster & Buhler, *Handbook of ICC Arbitration: Commentary, Precedents, Materials*, Sweet & Maxwell, 2014

WortLey, *Expropriation in Public International Law*, Cambridge University Press, 1959

Z

Zobel, *Schiedsgerichtsbarkeit und Gemeinschaftsrecht*, Mohr, 2005

Artículos

A

Abascal Zamora, La interpretación uniforme de la Convención de Nueva York y del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, *Arbitraje Comercial Internacional*, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2000. 129

Aksen, International Arbitration – Knowing the Practical Differences, *Mélanges Briner*, ICC Publication, 2005.17

Alexandrov, Breaches of Contract and Breaches of Treaty - The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines, *J. World Investment & Trade*, 2004.555

Ali, Nesbitt & Wessel, Anti-suit injunctions in support of International Arbitration in the United States and in the United Kingdom, *Intl. A.L.R.*, 2008.12

Arnaldez, L'acte déterminant la mission de l'arbitre, *Mélanges Bellet*, 1991.1

B

Banifatemi, Defending Investment Treaty Awards: Is There an ICSID Advantage?, *50 Years of the New York Convention*, Kluwer, 2011.318

Berdanini, ICSID Versus Non-ICSID Investment Treaty Arbitration, *Mélanges Cremades*, La Ley, 2010.159

Bernardina, Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause, *ICCA Congress series*, no. 9, París, 1999.197

Bertrand, The Brave New World of Arbitration: Third-Party Funding, *ASA Bull.*, 2011.607

Besson, Arbitration and Human Rights, *Bull. ASA,* 2006.395

Bose & Meredith, Emergency Arbitration Procedures: A Comparative Analysis, *International Arbitration Law Review*, 2012.186

Bowden, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, *Transnational Rules in Commercial Arbitration* (ICC Publ. Nr. 480,4), 1993

Bredin, A la recherche de *l'aequitas mercatoria, Mélanges Loussouarn*, 1994.109

Bucher, Noch einmal das Rücktrittsrecht des Schiedsrichters: Zurück zum receptum arbitri, und sodann Rezepte gegen die Untat böser Buben, *ASA Bull.*, 2002.413

Bucher, Was macht den Schiedsrichter? Abschied vom "Schiedsrichtervertrag" - und Weiteres zu Prozessverträgen, *Festschrift für Peter Schlosser*, 2005.97

Bühler, Costs of Arbitration: Some Further Considerations, *Mélanges Briner*, ICC Publishing, 2005.179

C

Caminos, The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, *ICSID Review*, 1988.107

Canal-Forgues, Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC, *RGDIP*, 2001.5

Chilstein, Arbitrage et droit pénal, *Rev.arb.*, 2009.3

Clay, Le coarbitre, *Mélanges Mayer*, 2015.133.

Christoph Schreuer, Traveling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, *J. World Inv. & Trade*, 2004.231

D

Danielle & Masters, "In the Canal Zone": the Panama Convention and its Relevance in the United States Today, *The Arbitration Brief*, 2012.90

David, Droit natural et arbitraje, *Natural Law and World Law*, Yuhikaku, 1954.19

Derains, Intérêts moratoires, dommages-intérêrets compensatoires et dommages punitifs devant l'arbitre international, *Mélanges Bellet*, Litec, 1991.101

Douglas, The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails, *J Int. Disp. Settlement*, 2011.97

Dupeyre, Les arbitres et centres d'arbitrage face à leurs responsabilité : le droit français à son point d'équilibre, *ASA Bull.*, 2014.265

E

Eyzaguirre, Arbitration in Latin America: The Experience of the Inter-American Commercial Arbitration Commission, *BerkeLey Journal of International Law*, 1988.288

F

Fadlallah, Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés, *TCFDIP*, 1985.105

Faint, Commodity Maritime Arbitration in London How the grain trade approaches the problema, *Chartered Institute of Arbitrators Journal*, 2000.306

Fernanández Rozas, Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral, *Lima Arbitration*, 2007.25

Fernández Rozas, Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators, *Mélanges Cremades*, La Ley, 2010.413

Fouchard, La convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, *Rev. arb.*, 1977.203

Franceskakis, Quelques précisions sur les lois d'application immédiate, *Rev. crit.*, 1966.16

G

Gaillard, Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international, *RCADI*, 2007.49

Gaillard, Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisations des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international, *Rev. arb.*, 2004.47

Gaillard, L'effet négatif de la compétence-compétence, *Mélanges Poudret*, 1999.387

Gaillard, L'interférence des jurisdictions du siège dans le déroulement de l'arbitrage, *Mélanges Raymond*, Litec, 2004.83

Gaillard, The representations of international arbitration, *New York Law Journal*, 04/10/ 2007

Gaillard, Trente ans de lex mercatoria, *Clunet*, 1995.5

Garza Cánovas, La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: un paso firme, *Revista de Derecho Privado*, 1991.371

Giovannini, Ex Officio Powers to Investigate: When Do Arbitrators Cross the Lines?, *Mélanges Schneider*, Kluwer, 2015.59

Goldman, Frontières du droit et lex mercatoria, *Arch.phil.dr.*, 1964.184

Goldman, L'arbitrage internationaux: réalités et perspectives,*JDI*, 1979.475

Goldman, La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives,*JDI*, 1979.475

Goldsmith, How to draft Terms of Reference, *Arb. Int'l*, 1987.298

Goldstajn, Permanent and ad hoc arbitration tribunals, in: Schmitthoff & Simmonds, *International Economic and Trade Law*, Sijthoff, Leyden, 1976.183

Goldstein, Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? - Thoughts About A Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration, 8 *Transnational Dispute Management* 8 (2011)

González de Cossio, Medidas precautorias en arbitraje: instrumento viejo, régimen nuevo, *Memorias XIII Congreso de la Barra Mexicana*, 2012

Gónzalez de Cossio, Sobre la naturelza jurídica del arbitraje, *Lima Arbitration*, 2007

Graham, Breves observaciones sobre el contrato sin Ley en material internacional, *Revista internacional de Derecho y Ciencias sociales*, 2006. 74

Graham, *Grundlegung* y *lex contractus* en los contratos estatales, *RLMA*, 2001.18

Graham, La “falsa” extension del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México, *Revista peruana de arbitraje*, 2008.173

Graham, La financiación del arbitraje internacional, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2011.91

Graham, The compensation of damages as result of the State’s international responsability: an overview, *in: Responsabilidad internacional de los Estados*, EDUCC, 2012.43

Grigera Naón, Competing Orders Between Courts of Law and Arbitral Tribunals: Latin American Experiences, *Mélanges Briner*, ICC Publication, 2005.335

H

Hascher, Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 Issues, *American University International Law Journal*, 2012.789

Hascher, Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international, *RCADI*, 1999.175

Hausmann Einheitliche Anknuepfung internationaler Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen?, *Festschrift Lorenz*, Tuebingen, 1991.359

Heiskanen, Of Capital Import: The Definition of “Investment” in International Investment Law, *Protection of Foreign Investment through Modern Treaty Arbitration*, ASA, 2010.51

Herrera Trejo, Hacia una Ley tipo de mediación en México, *Memoria II Congreso Nacional de Mediación*, TSJDF-Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.199

Hosking, Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent, *Arbitration International*, 2004.289

I

Isakoff, Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments, *The Global Business Law Review*, 2013.189

J

Jackson, The 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration: Scope, Application and Problems, *Journal of Int'l Arbitration*, 1991.91

Jarrosson, L'arbitrage et la Convention europénne des droits de l'Homme, *Rev.arb.*, 1989.573

Jarrosson, Les frontieres de l'arbitrage, *Rev. arb.*, 2001.5

Jarvin, La validité de la clause arbitrale vis-à-vis des tiers non signataires de la clause – Examen de la doctrine de Groupe de Société dans l'arbitrage CCI, *RDAI*, 1995.730

K

Kamto, La notion de contrat d'Etat: une contribution au débat, *Rev.arb.*, 2003.719

Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, *Int`l Arb.*, 2007.357

Keutgen, La nouvelle loi sur l'arbitrage, *Journal des tribunaux*, 1998.761

Kreindler, Final rulings on costs: Loser pays all?, *Best practices in international arbitration*, ASA, 2006.41

L

Lagarde, Approche critique de la lex mercatoria, *Mélanges Goldman*, Paris, 1987.125

Lalive, Avantages et inconvénients de l'arbitrage "ad hoc", *Mélanges Bellet*, 1991.301

Lalive, Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents, 181 *RCADI*, 1983.9

Lalive, Du nouveau sur les tribunaux tronqués?, *Bull. ASA*, 1999.211

Lalive, Sur l'irresponsabilité arbitrale, *Mélanges Poudret*, Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, 1999.419

Lastenhouse, Why Setting Aside an Arbitral Award is not Enough to Remove it from the International Scene, *J.Int´l Arb.*, 1999.26

Lefebvre-Teillard, Arbiter, arbitrator seu amicabilis compositor, *Rev. arb.*, 2008.369

Lefebvre-Teillard, L'arbitrage dans l'histoire, *Archives de philosophie du droit*, 2009.4

Lefebvre-Teillard, L'arbitrage en droit canonique, *Rev. arb.*, 2006.5

Lerche, "Kompetenz-Kompetenz" und das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Verfassungsrecht im Wandel*, Heymanns, 1995.409

Lévy & Robert-Tissot, L'interprétation arbitrale, *Rev.arb.*, 2013.861

Loquin, L'examen du projet de sentence par l'institution et la sentence au deuxième degré. Réflexions sur la nature et la validité de l'intervention de l'institution arbitrale sur la sentence, *Rev.arb*, 1990.427

Lukomski, Arbitration clauses in sport governing bodies statutes: consent or constraint? Analysis from the perspective of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights, *The International Sports Law Journal,* 2013.60.

M

Mann, Lex Facit Arbitrum, *Mélanges Domke*, 1967.157

Mann, The Law Governing State Contracts, *BYBIL*, 1944.21

Martínez, A Guide to ICDR Case Management, *ICDR Awards and Commentaries*, JurisNet, 2012.37

Mascarenhas, What is the future of class action arbitration? Development in US jurisprudence and investment treaty arbitration, *IBA's Arbitration News*, 2013.75

Mayer, L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français, *Droit et pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci, 1984.81

Mayer, L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, *RCADI*, 1989. 327

Mayer, La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, *JDI*, 1986

Mayer, La règle morale dans l'arbitrage international, *Mélanges Bellet*, Litec, 1991.379

Mayer, Le mythe de l'ordre juridique de base (ou Grundlegung), *Mélanges Goldman*, Litec, 1987.199

Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, *Rev. arb.*, 1998.359

Mayer, Les lois de police étrangères, *JDI*, 1981.277

Montineri & Salasky, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, *ASA Bull.*, 2013.774

Mosk & Ginsburg, Evidentiary Privileges in International Arbitration, *Int'l & Comp. L.Q.*, 2001.345, 346

Mosk & Ginsburg, Evidentiary Privileges, *Int'l & Comp. L.Q.,* 2001.345

Mourre, Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal, *in: Arbitrability: International And Comparative Perspectives*, Kluwer, 2009.207

Mullerat & Blanch, The liability of Arbitrators: a survey of current practice, *Dispute Resolution International*, 2007.99

Mustill, The new lex mercatoria: The first twenty five years, *Arbitration International*, 1988.86

N

Nash Leich, The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, *American Journal of Int'l Law*, 1981. 982

O

O'MalLey & Eaton, U.S. Discovery in Aid of International Arbitration: Where Things Presently Stand, *Journal of International Arbitration*, 2014.111

Ogarrio, El procedimiento arbitral, in: Pereznieto, *Arbitraje comercial internacional*, DJC, 2000.75, 92

Ohrström, SCC rules, *in*: Schütze (ed.), *Institutionnal arbitration*, CH Beck, 2012.815

Oppetit, Le consentement sans l'échange : le concours des consentements, *Rev. Jur. Com.*, 1995.73

Oppetit, Sur le concept d'arbitrage, *Mélanges Goldman*, Litec, 1987.227

Orrego Vicuña, Lis Pendens Arbitralis, *Parallel State and Arbitral Procedures in International Arbitration*, ICC, 2005. 207

P

Park, Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad, *Revista internacional de arbitraje*, 2005.11

Paulsson, Arbitration without privity, *ICSID Review*, 1995.232

Paulsson, Hypochondria and International Arbitration, *Arbitration International*, 1990.226

Paulsson, May a state invoke its internal law to repudiate consent to international commercial arbitration?: Reflections on the Benteler v. Belgium Preliminary Award, *Arbitration international*, 1986.90

Paulsson, Moral Hazard in International Dispute Resolution, *ICSID Review*, 2010.339

Paulsson, The Timely Arbitrator: Reflections on the Bockstiegel Method, *Arbitration International*, 2006.19

Pellerin, L'instance au fond devant la Cour d'appel après annulation de la sentence, *Rev. arb.*, 1993.199

Pereznieto & Graham, ¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?, *Liber amicorum* Aylwin Azocar, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2007.595

Pereznieto & Graham, La muerte programada del Estado sede del arbitraje, *RLMA,* 2006. 197

Pereznieto & Graham, Some recent decisions on Kompetenz-Kompetenz and related issues, *RLMA*, 2006.131

Pereznieto, Comentarios a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de las Naciones Unidas, *CAMECIC*, enero-marzo, 1997.11

Pereznieto, Consideraciones entorno a la lex mercatoria el caso de México, in: Silva Silva (coord), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006

Pereznieto, Introducción a la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, *Revista de Derecho Privado*, 1994.774

Pinsolle, The Status of Vacated Awards in France: the Cour de Cassation Decision in *Putrabali*, *J.Int.Arb*. 2008.277

Platte, When should arbitrators join cases?, *Arb. Int'l,* 2002.69

Polovets et al., GAFTA Arbitration as the most appropriate forum for disputes resolution in Grain Trade, *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2013.559

R

Racine, Refléxions sur l'autonomie de l'arbitrage comercial international, *Rev. crit.*, 2005.305

Radicati Brozolo, Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international, *RCADI*, 2006.269

Rainer, The impact of West Tankers on Parties' Choice of a Seat of Arbitration, *Cornell Law Review*, 2010.431

Refléxions sur l'autonomie de l'arbitrage comercial international, *Rev. crit.*, 2005.305

Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, *ICSID Rev*., 2000.362

Rigaux, Des dieux et des héros, *Rev. crit.*, 1978.435

Rigaux, Des dieux et des héros. Réflexions sur une sentence arbitrale, *Rev. crit*., 1978.435

S

Sandrock, Arbitration Agreements and Groups of Companies, *Mélanges Lalive*, Genibra, Helbing & Lichtenhahn, 1993.625

Santacroce, The emergency arbitrator: a full-fledged arbitrator rendering an enforceable decision?, *International Arbitration*, 2015.283

Schneider, The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and other Methods intented to help International Arbitration Practitioners to avoid the nedd for Independant Thinking and to promote the Transformation of Errors into "Best Practices", *Mélanges Lazareff*, Pedone, 2011

Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice,*Journal of World Investment and Trade*, 2005.357

Schreuer, ICSID Annulment Revisited*, in: Legal Issues of Economic Integration*, Kluwer, 2003.103

Schreuer, Travelling the BIT Route -- Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road,*Journal of World Investment and Trade*, 2004.231

Schwartz, A Sealed Letter Crosses the Chanel, *Mélanges Schneider*, Kluwer, 2015.167

Schwartz, Do International
Arbitrators Have a Duty to Obey the Orders of Courts at the Place of the Arbitration? Reflections on the Role of the Lex Loci Arbitri in the Light of a Recent ICC Award, *Mélanges Briner*, ICC Publication, 2005.795

Schwebel, Validité d'une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral tronqué, *BCIA*, 1995.18

Shihata & Parra, Applicable Substantive Law in Disputes Between States and Private Foreign Parties: The Case of Arbitration Under the ICSID Convention, *ICSID Review*, 1994.183

Sinclair, The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection, *Int'l Arbitration*, 2004.411

Sindler & Wüstermann, Privilege across Borders in Arbitration: Multijurisdictional Nightmare or a Storm in a Teacup?, *ASA Bull.*, 2005.611

Slater, On annulled arbitral awards and the death of Chromalloy, *Arbitration International*, 2009.271

Smit & Robinson, Cost awards in international commercial arbitration: proposed guidelines for promoting time and cost efficiency, *American Review of International Arbitration*, 2009.267

Smit, The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution?, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1986.9

Stern, L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur, *Rev.arb.*, 2002.229

T

Thiel & Poernbacher, Kostenentscheidungen und Kompetenz des Schiedsgerichts – Probleme aus der Praxis, *SchiedsVZ*, 2007.295

V

Van de Berg, Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia, *J.Int.Arb.*, 2010.179

Van den Berg, The New York Convention 1958 and the Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility?, *Arbitration Int'l*, 1989. 214

Van Houtte, La loi belge du 27 mars 1985 sur l'arbitrage international, *Rev. arb.*, 1986.29

Vásquez Palma, Relevancia de la sede arbitral y los criterios que determinan su elección, *Revista chilena de derecho privado*, 2011.75

Veeder, Multiparty Disputes: Consolidation under English Law, *Arb. Int'l*, 1986.310

Verdross, Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1958.635

Von Schlabrendorff & Sheppard, Conflict of legal privileges in international arbitration: an attempt to find a holistic solution, *Mélanges Briner*, CCI, 2005.743

W

Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, *Mélanges Rousseau*, Pedone, 1974.301

Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économiques, *Mélange Rousseau*, Pedone, 1974.301

Whitesell & Silva-Romero, Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience, *ICC Complex Arbitration*, 2003.7

Y

Yala, La notion d´investissement dans la jurisprudence du CIRDI, *Le contentieux arbitral transnational relative à la investissement,* París, LGDJ, 2006.281

TABLA DE JURISPRUDENCIA

El número reenvía al número de parágrafo.

Principal Jurisprudencia Mexicana

Adolfo Tovar López: **135**
ADT Security Services: **148, 203, 516, 520,** 523
Alfonso Ponce Rodríguez y otros: **84**
Ana Luisa Lerdo de Tejada, Luna de Landucci: **434**
Baetzer Federico y coagriavado: **52**
Bergesen Worldwide Limited: **13, 548, 554**
Carlos Sandoval Romero y otros: **131**
Cecilia Flores Rueda y otros: **34, 500**
Certificados Integrales Funcionales: **112, 401, 517**
Comisión Federal de Electricidad: **557**
Comisión Federal de Electricidad: **79**
Compañía Mexicana de Petróleo "El Aguila": **497**
Conproca: **135, 143, 148, 156, 165, 177, 182**
Constructora Aboumrad Amodio Berho: **497**
Contradicción de tesis 51/2005-PS: **189, 193, 196, 203**
Contradicción de tesis 78/2007-PS: **513**
Divasa-Farmavic, S.A: **563**
Duroplast Ramos Arizpe: **412**
Emilio Francisco Cásares, Loret de Mola: **46, 77**
Enrique Autrique Gómez: **528**
Francisco Ignacio Aguilar: **567**
Gilberto Contreras Zúñiga: **500**
Grupo Radio Centro: **520, 546, 561**
Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa: **632**
Jorge Ernesto Portillo lniestra: **93**
José de Jesús Reyes Cortés: **257**
José Sáenz Viesca y otros: **249, 514**
Koblenz Eléctrica: **474, 497**
Lamex Mexicana: **412**
Las Palmas Partners: **513**

Luis Olguín González: **420**
Manuel Flores Macías: **91**
Maquinaria Igsa: **112, 127, 130, 307, 401, 474**
Maquinaria, S.A. de C.V.: **563**
Mecalux: **497**
Mireya Leonor Flores: **113**
Motores Automotrices y Accesorios Diesel: **126, 497, 563, 565**
Petróleos Mexicanos y Pemex Refinación: **632**
Ramon Kuri: **76**
Ricardo García Pelayo: **499**
Romero y Andrade Francisco Lauro: **196**
Rosario del Carmen Pacheco Mena: **87**
Servicio Electrónico Digital: **203**
Servicios Administrativos de Emergencia: **112, 201, 394**
Sindicato Heriberto: **78**
Smart & Final del Noroeste: **503**
Spectrum Trim: **517, 523**
Talent Agency Unlimited: **7, 54, 57, 78, 412, 474, 517**
Teléfonos de México: **77, 321, 362**

Principal Jurisprudencia Internacional

ABS, Civ[1]: **169**
Airbus Helicopters, Civ[1]: **201**
AM & S Europe, CJCE: **334**
Appareils Dragon, CA París: **484**
Axelsson and Others v. Sweden, CEDH: **83**
Baker Marine Ltd v. Chevron Ltd (2nd Cir, 1999): **544**
Bargues Agro Industries, CA París: **542**
Benvenuti & Bonfant c. République du Congo, CA París: **628**
Bergesen v. Joseph Muller Corp (2d Cir, 1983): **530**
Bergesen, TFS: **532**
Besse, AP: **168**
Bomar Oil, Civ[1]: **145**
Bompard, CA París: **246**
Burkina Faso v. Mali, CIJ: **68**
Buzzichelli, Civ[1]: **496**
C. et autres, CA París: **53**

Cekobanka, TGI París: **219**
Charterer v. Shipowner, CA Halogaland: **145**
Chromalloy Aeroservices v. Egypt, (DDC, 1996): **543**
Chromalloy, CA París,: **543**
Clic Clac Photo, Civ[1]: **168**
Coderre v. Coderre, QCCA: **59**
Commisa vs PEMEX, Tribunal d'arrondissement du Luxembourg: **133, 545**
Comissa v. PEMEX (2nd Cir. 2017) **133**
Comissa v. PEMEX (S.D.N.Y. 2013): **36, 544**
Continental Shelf, CIJ: **68**
Copropriété maritime Jules Verne, Civ[1]: **34, 157**
Cubic, CA París: **254**
Cubic, Civ[1]: **261, 289**
Dalico, Civ[1]: **34, 157**
Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan, [2010] UKSC: **37, 152**
Didier Monnot c/ Axa, Civ[2]: **9**
Dutko, Civ[1]: **371**
Egypte c. SPP, CA París: **316**
Emprunts serbes et brésiliens, CPJI: **28**
Fairtrade, CA París: **538**
Fertilizer Corp of India v. IDI Management Inc, 517 F.Supp. 948 (SD Ohio 1981): **532**
Ganz, CA París: **129**
Goetaverken, Corte Suprema de Suecia: **532**
Gold Reserve Inc v Venezuela, CA París: **538**
Groupe Antoine Tabet v République du Congo, Civ[1]: **478**
Gulf Leaders, Civ[1]: **553**
Hilmarton v. OTV, TFS: **40**
Hilmarton, Civ[1]: **26, 33, 542**
Honeywell, CA París: **483**
In Re Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l (5th Cir. 1999): **342**
Indian Oil Corporation Limited v. Coastal (Bermuda) Limited, English High Court: **332**
Inserm, Tribunal des conflits: **123**
International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States, (D.C. Dist. Ct.): **626**
Jaguar, CA París: **32**
KBC v. Pertamina (5th Cir. 2003): **398**
L'Oreal, CA París: **246**

Lamborghini, Civ[1]: **168**
Le Parmentier et Association Internationale des concours de beauté pour les pays francophones c. Société Miss France, Association Miss France, Miss Europe, Miss Univers, CA París : **508**
Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia, (SDNY, 1986): **628**
Mexico v. Karpa , Ont. SCJ: **626**
Mexico v. Metalclad Corp, BCSC: **625**
Mexico v. Metalclad, BCSC: **455**
Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614: **130**
Noga, CA París: **620**
Norsolor, Civ[1]: **542**
Pechstein v. ISU, LG München I: **8**
Pechstein v. Switzerland, CEDH: **8**
Pechstein, BGH: **8, 159**
Pechstein, OLG München: **159, 281**
Positive Software Solutions v. New Century Mortgage Corp. (5th Cir. 2007): **229**
Progressive Casualty Insurance Co v. C.A. Reaseguradora Nacional de Venezuela (SDNY, 1992): **529**
Projet Pilote Garoubé, TGI París: **395**
Putrabali, Civ[1]: **26**, **35, 542**
Qatar Technical Support, CA París: **483**
Quasar de Valores SICAV S.A. et al v. Russian Federation, CA Estockholmo: **620**
Regent Company v. Ukraine, CEDH: **87**
République de Guinée, CA París: **87**
République de Guinée, TGI París: **487**
Sacheri v. Robotto, Corte di cassazione: **297**
Saipem v. Petrobangla, Corte Superior de Dhaka: **399**
Schmitz v. Zilveti, (9th Cir 1994): **229**
Shackleton, Civ[1]: **153**
SNF, CA París: **219**
Société MPI, AP: **168**
Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing Inc (5th Cir. 1993): **145**
SPP v. Egipcia, Tribunal de Distrito de Amsterdam: **532**
Swiss Oil, CA París: **566**
Syrian Petroleum Company, TFS: **484**
Termorío c/ Electrificadora del Atlántico, U.S Court of Appeal,: **544**
The Republic of Ecuador v Occidental Exploration & Production Company, Court of appeal: **626**
Thomson-CSF S.A. v. AAA & Evans & Sutherland Computer Corp, (2d Cir. 1995): **173**

Tiffany/Swatch, CA Amsterdam: **482**
Unamar, Corte de Casación belga: **122**
Unesco c/ Boulois, CA París: **87**
Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, CJCE: **434**
US v. ASCAP (SDNY 1989): **512**
Westland Helicopter, TFS: **310**
Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft, CA Amsterdam: **36, 626, 628**
Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft, DC La Haya: **620**
Yukos Capital SARL vs. OJSC Rosneft Oil Company, English Court of Appeals: **545**

Principal Jurisprudencia Arbitral

#1110, CCI: **40**
#1434, CCI: **160**
#2321, CCI: **160**
#2795, CCI: **106**
#3243, CCI: **106**
#3267, CCI: **310**
#4131, CCI: **171**
#6474, CCI: **40**
#7710, CCI: **160**
#8307, CCI: **397**
#8891, CCI: **40**
#10021, CCI: **70**

AAPL v. Sri Lanka, ICSID: **617**
Abaclat v. Argentine, ICSID: **384, 597**
Abel Xavier & Everton FC /UEFA, TAS: **87**
AIG Capital Partners, Inc. and CJSC Tema Real Estate Company Ltd. v. Kazakhstan, ICSID: **605**
AMCO v. Indonesia II, ICSID: **604**
AMCO v. Indonesia, Comite ad hoc: **449, 604**
AMCO v. Indonesia, ICSID: **449**
Aminoil v. Kuwait, Ad hoc: **134, 446**
Andersen v. Andersen, CCI: **384**
Anderson v. Republic of Costa Rica, ICSID: **384**

Antoine Goetz v. Burundi, ICSID : **589**
Avco Corporation, Iran-US Tribunal: **339**
Azurix Corp. v. Argentina, ICSID: **605**
Benteler vs Belgique, Ad hoc: **111**
Benteler vs Belgique, Ad Hoc: **134**
BG Group PLC v. Argentina, UNCITRAL: **626**
Biwater v. Tanzania, ICSID: **597**
Border Timbers Limited and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID: **88**
Burlington Resources v. Ecuador, ICSID: **430, 619**
Buzzichelli, Civ[1]: **496**
Caratube v. Kazakhstan, ICSID: **236**
Cargill v. Mexico, ICSID: **629**
Cf Railroad Development Corporation (RDC) v. Guatemala, ICSID: **611**
CMS v. Argentina, Comité ad hoc: **495, 622**
CMS v. Argentina, ICSID: **600**
Compagnie Noga D'importation et D'exportation S.a. v. Russia, SCC: **620**
Construttori S.p.A. and Italstrade v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID: **600**
Creighton Ltd, Civ[1]: **632**
Deutsche Bank AG v. Sri Lanka, ICSID: **611**
Diseno, CA París: **496**
EDF v. Argentina, ICSID: **88**
El Paso Energy v. Argentina, ICSID: **600**
Electrabel v. Hungary, ICSID: **597**
Elf Aquitaine v. NIOC, Ad hoc: **111, 1134**
Feldman v. Mexico, ICSID: **619**
Fenerbahçe SK v. UEFA, TAS: **87**
Framatome and others v The Atomic Energy Organisation of Iran, CCI: **111, 134**
Gas Natural SDG v. Argentina, ICSID: **602**
GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID: **576**
Glamis Gold Ltd v. U.S., UNCITRAL: **611**
H&H Enterprises Investments v. Egypt, ICSID: **599**
Hilmarton v. OTV I, CCI: **40**
Hilmarton v. OTV II, CCI: **40**
Himpurna v. Indonesia, UNCITRAL: **399**
Hochtief AG v. Argentina, ICSID: **602**
Hrvatska v. Slovenia, ICSID: **253**
Hydro v. Albania, ICSID: **408**
Iberdrola Energía S.A. v. Republic of Guatemala, ICSID: **614**
Impregilo S.P.A. v. República Argentina, Comite ad hoc: **622, 625**

Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID: **600**
Ioan Micula v. Romania, ICSID: **629**
Klöckner v. Cameroon, Comité ad hoc: **446, 604**
Kuwait v. Aminoil, Ad hoc: **110, 111**
Kyocera (ND Cal, 1995): **496**
L.F.H. Neer & Pauline Neer v. Mexico, Mexico/USA General Claim Commission: **610**
Lanco v. Argentina, ICSID: **599**
Liamco v. Libya, Ad hoc: **446**
Liberian Eastern Timber Corporation v. Liberia, ICSID: **604**
Link Trading v. Moldova, UNCITRAL: **619**
Loewen v. United States, ICSID: **454**
Maffezini v. Spain, ICSID: **601**
Marvin Feldman v. México, ICSID: **608**
Marvin Roy Feldman Karpa vs México, ICSID: **71**
Metal-Tech v. Uzbekistan, ICSID: **332**
Metalcald Corp. v. México, ICSID: **71**
Metalclad v. Mexico, ICSID: **455**
MINE v. Guinea, Comité ad hoc: **628**
Mondev International LTD v. U.S., ICSID: **615**
Mr Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID: **614, 615**
MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v Chile, ICSID: **605**
Muhammet Çap & Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd Sti v Turkmenistan, ICSID: **274**
Noble Venture v. Romania, ICSID: **116, 331, 345, 600**
Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, LCIA: **608**
Occidental Petroleum v. Ecuador, ICSID: **110, 611**
Pantechniki v. Albania, ICSID: **599, 617**
Petroleum Dev. v. Scheikh de Abu Dhabi, Ad hoc: **446, 604**
Pope & Talbot Inc v. Government of Canada, UNCITRAL: **612, 619**
Quiborax v. Bolivia, ICSID: **406**
S.D. Myers v. Canada, Ad hoc: **455**
S&T OIL Equipment and Machinery LTD v. Romania, ICSID: **271**
Saipem SpA v. Bangladesh, ICSID: **571**
Salini Costruttori v. Etiopia, CCI: **21**, **30, 156, 108, 302, 399, 595**
Salini v. Jordan, ICSID: **602**
Salini v. Morocco, ICSID: **599**
Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL: **619**
Saudi Arabia v. ARAMCO, Ad hoc: **111, 417, 446**
SAUR v. Argentina, ICSID: **88**

Sempra v. Argentina, ICSID: **600**
SGS v. Pakistan, ICSID: **399, 600**
SGS v. Philippines, ICSID: **600**
Siemens v. Argentina, ICSID: **602**
SPP v. Egypt, ICSID: **449, 604**
Swisslion v. Macedonia, ICSID: **611**
TECMED S.A. v. México, ICSID: **453**
Teinver v. Argentina, ICSID: **108, 407**
Telenor v. Hungaria, ICSID: **602**
Texaco v. Libya, Ad hoc: **111, 417, 446, 584**
Tokios Tokeles v. Ucraine, ICSID: **481**
Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali SpA y Hugo Trumpy SpA, CJCE: **434**
UPS v. Canada, ICSID: **453**
Urbaser v. Argentina: **88**
Vivendi v. Argentine, ICSID: **599, 617**
Waste Management II, ICSID: **610, 611**
Waste Management, v. Mexico, ICISD: **300, 599**
Wena Hotels Ltd v. Egypt, Comité ad hoc: **449, 605**
Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines, CCI: **40**
White Industries Australia v. India, ICSID: **576**
Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina, ICSID: **602**
Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Rosneft, CCI: **545**

Tabla de los artículos de la Ley Modelo UNCITRAL

Art. 1: **12, 299**
Art. 6: **287, 299, 391**
Art. 7: **143**
Art. 8: **160, 198, 203, 413**
Art. 11: **286**
Art. 12: **227, 237, 292**
Art. 13: **223, 290**
Art. 16: **196, 203**
Art. 17: **352, 362**
Art. 18: **567**
Art. 19: **77**
Art. 28: **51, 78, 139, 418**
Art. 30: **483**
Art. 31: **482**
Art. 33: **476, 491**
Art. 34: **122, 476, 490, 559**
Art. 35: **13**
Art. 36: **540, 559**

PALABRAS PRELIMINARES **4**

ABREVIATURAS **6**

INTRODUCCIÓN **9**

EL ARBITRAJE 9

A - Definición *14*

B - Tipología *19*

a) Arbitraje interno e internacional 19

b) Arbitraje institucional y ad hoc 22

c) Arbitraje sectorial 27

TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL 28

A - LAS REPRESENTACIONES DEL ARBITRAJE 29

a) El postulado del Estado sede *32*

b) El postulado del Estado de ejecución *33*

c) El postulado del tercer orden jurídico *34*

d) El postulado de la propia Grundlegung *36*

1. La juridicidad del acuerdo arbitral en virtud de su propia Grundlegung 37

2. La juridicidad del laudo 46

B - LOS VALORES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL 51

PARTE 1: EL MARCO ARBITRAL **55**

LECCIÓN 1: EL MARCO CONCEPTUAL DEL ARBITRAJE **56**

1.1 ¿UN PROCEDIMIENTO JURISDICCIONAL O CONTRACTUAL? 57

1.2 ¿UN PROCEDIMIENTO JURÍDICO O EQUITATIVO? 60

1.2.1 Arbitraje en Derecho *60*

1.2.2 Arbitraje en amigable composición *61*

A – La amigable composición es un arbitraje 66

B - La amigable composición no es una transacción 67

a) Origen de la confusión 70
1. La explicación por el Derecho mexicano..... 70
2. La explicación por el Derecho colombiano 71
3. La explicación por el Derecho francés 73
i) El Derecho Antiguo 73
ii) Derecho Positivo 74
b) Las consecuencias de la confusión 76
1.2.3 La futilidad de la distinción..... 77
1.3 ARBITRAJE Y LA CONFIDENCIALIDAD..... 80
LECCIÓN 2: EL MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE 84
2.1 EL BLOQUE CONSTITUCIONAL 85
2.1.1 La constitucionalidad del arbitraje 85
2.1.2 Las garantías constitucionales y los derechos humanos 96
A - El derecho humano al arbitraje 97
B – Los derechos humanos en el arbitraje 101
a) Arbitraje en general 102
b) Arbitraje sobre inversión extranjera..... 106
C - La protección constitucional contra los actos del tribunal arbitral 110
2.2 LOS TRATADOS INTERNACIONALES 118
2.2.1 La Convención Universal de Nueva York..... 119
A – Generalidades..... 119
B – El campo de aplicación de la Convención 121
2.2.2 La Convención regional de Panamá 122
A – Generalidades..... 122
B – Campo de aplicación 124
2.3 LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL ARBITRAJE 124
1. Los principios generales jurisprudenciales 125
A - Los principios generales internacionales 126
B - Los principios generales sectoriales..... 129

a) Principios alegados 129
b) Principios establecidos..... 130
C - Los principios generales mexicanos 131
2. Los principios generales codificados 136
A - Los principios establecidos 137
B - Los principios progresivos..... 143
Ejemplo de laudo basado en los principios generales de arbitraje 145

LECCIÓN 3: LA ARBITRABILIDAD 148

4.1 La Ley aplicable a la arbitrabilidad..... 149
4.2 Nomenclatura de la arbitrabilidad 151
a) Los contratos de Derecho común..... 151
b) Los contratos exorbitantes de Derecho administrativo 165

PARTE 2: EL ACUERDO ARBITRAL 173

LECCIÓN 4: LOS REQUISITOS PARA UN ACUERDO ARBITRAL 177

4.1 Los requisitos de forma 179
4.1.1 La Ley aplicable..... 179
4.1.2 Las formas 181
A - El escrito..... 181
a) El Derecho convencional 181
b) El Derecho mexicano 183
B - La firma 185
a) El Derecho convencional 186
b) El Derecho mexicano 188
4.2 Los requisitos de fondo 190
4.2.1 La Ley aplicable..... 191
A – El Derecho convencional 191
B – El Derecho mexicano..... 194

4.2.2 El consentimiento *197*
A – Los grupos de contratos 201
B – El penitus extranei 202
a) La jurisprudencia francesa 203
b) El Derecho americano 208
c) El Derecho mexicano 210

LECCIÓN 5: LA TRANSMISIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL..... 217
5.1 La transmisión convencional..... 218
5.1.1 La cesión de derechos *218*
5.1.2 Otras formas de transmisión convencional *220*
5.2 La transmisión legal..... 220
5.2.1 En materia de sucesiones..... *221*
5.2.2 En materia de subrogación legal *221*

LECCIÓN 6: LOS EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL..... 223
6.1 La autonomía del acuerdo arbitral..... 224
6.2 La kompetenz-kompetenz del tribunal arbitral 226
6.1.1 El principio de la kompetenz-kompetenz..... *226*
6.1.2 El control judicial de la kompetenz-kompetenz..... *233*
A – El control indirecto..... 233
a) El acuerdo nulo 234
b) El acuerdo ineficaz 236
c) El acuerdo de imposible ejecución 240
B – El control directo 242

PARTE 3: LOS ACTORES DEL ARBITRAJE..... 247

LECCIÓN 7: LOS CENTROS DE ARBITRAJE..... 248
7.1 Los centros de arbitraje..... 249

7.1.1 Los centros internacionales de arbitraje *249*
A - La CCI..... 250
B - La AAA/ICDR..... 251
C - La LCIA 252
7.1.2 Los centros nacionales de arbitraje *253*
A - CAM
254
B - CANACO 255
7.2 La responsabilidad de los centros de arbitraje 256

LECCIÓN 8: LOS ÁRBITROS 258
8.1 Requisitos para ser árbitro 259
8.2 – Deberes del Árbitro 261
8.2.1 Deber de revelación *261*
A – Derecho mexicano 262
B – Las Directrices IBA sobre los conflictos de intereses en Arbitraje internacional 265
8.2.2 Imparcialidad y neutralidad *275*
8.2.3 Ética *278*
8.3 - El estatuto del árbitro..... 279
8.3.1 El estatuto jurisdiccional del árbitro *279*
8.3.3 El estatuto procesal del árbitro *282*
A - Inmunidad 283
B - Testigo en el juicio sobre laudo 288
C - Tercero perjudicado en el juicio de amparo 289

LECCIÓN 9: LOS ABOGADOS 292
9.1 Las reglas éticas 293
9.2 Las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en Arbitraje Internacional . 295
9.3 Las reglas LCIA..... 296

LECCIÓN 10: LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE LOS DIVERSOS ACTORES..... 299

10.1 Acuerdo partes – centro de arbitraje 300
10.1.1 Ley aplicable 300
10.1.2 Calificación del contrato de administración del arbitraje 301
10.1.3 Momento de celebración 305
10.2 Acuerdo Centro – Árbitro 307
10.2.1 Ley aplicable 308
10.2.2 Calificación del contrato de arbitraje 308
10.3 Acuerdo partes-árbitros 309
10.3.1 Ley aplicable 310
10.3.2 Calificación del contrato de arbitraje 311

LECCIÓN 11: LAS FINANCIADORAS DEL ARBITRAJE 312
11.1 Las financiadoras como parte al arbitraje 315
11.2 Cuestiones procesales 316
11.2.1 El Discovery 317
11.2.2 Nombramiento de árbitros 318
11.2.3 Garantías de buena administración de justicia 320
11.3 La confidencialidad 321
11.4 Condena en costos 322

PARTE 4: EL PROCESO ARBITRAL 325

LECCIÓN 12: LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL 326
12.1 La designación de los árbitros 327
12.1.1. La calificación jurídica del acto de designación 328
12.1.2 El modo de designación 329
12.2 La recusación de los árbitros 331
12.3 La designación de un Secretario del Tribunal arbitral 337

LECCIÓN 13: LA SEDE ARBITRAL 342
13.1 La sede arbitral de lege lata 343
13.2 La sede arbitral de lege ferenda 344
LECCIÓN 14: EL ACTA DE MISIÓN 348
14.1 Utilidad del Acta de Misión 349
14.1.1 Clarificación de las cuestiones procesales 351
14.1.2 Clarificación de las cuestiones sustanciales 354
14.2 Naturaleza jurídica del Acta de Misión 355
14.2.1 El acta de misión aceptada por ambas partes 356
14.2.2 El acta de misión no aceptada por una o las dos partes 358
14.2.3 El orden procesal como acta de misión 358
LECCIÓN 15: EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL 360
15.1 Organización del procedimiento 361
15.1.1 Organización de las audiencias 362
15.1.2 Organización de las pruebas 365
A – El marco legal 365
a) Las reglas generales para todas las pruebas 366
b) Las excepciones por el privilegio abogado-cliente 369
B – Discovery 372
a) El discovery en el arbitraje 373
1. El discovery segun los reglamentos de arbitraje 374
2. El discovery según las Reglas IBA 374
3. El incumplimiento del discovery 375
b) El ancillary discovery 376
C – Los textos internacionales 378
a) Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional 378
15.1.3 Las medidas cautelares 382

A - Otorgamiento de las medidas 384
a) Por el tribunal arbitral 384
1. Disposiciones de la Ley 385
2. Disposiciones de los reglamentos de arbitraje 386
i) Las medidas provisionales de urgencia 386
ii) Las medidas cautelares ordinarias 389
b) Por el tribunal judicial 392
B - Forma y ejecución de las medidas 393
C - Cautio judicatum solvi 397
15.2 MULTIPLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS 398
15.2.1 Consolidación de los procedimientos 399
A - Consolidación de múltiples partes ("Joinder") 400
B - Consolidación de múltiples contratos 404
C - Consolidación de múltiples procedimientos 405
15.2.2 Acciones masivas y colectivas 407
A - Acciones colectivas ("Class action") 408
B - Acciones masivas ("Mass action") 409
15.3 TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO 410
LECCIÓN 16: LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL 414
16.1 EL JUEZ DE APOYO 415
16.1.1 Competencia 415
16.1.2 Facultades 416
16.2 EL JUEZ DE DERECHO COMÚN 419
16.2.1 Las injunctions 420
16.2.2 Las acciones penales 426
A – El incidente criminal 428
B – La acción penal paralela 432
16.3 LA LITISPENDENCIA 436

LECCIÓN 17: LA LEY APLICABLE 447
17.1 LA DETERMINACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS APLICABLES 448
17.1.1 La determinación de las normas aplicables 448
A - La determinación por las partes 449
a) Código de Comercio 450
b) Reglamentos arbitrales 453
B - La determinación por los árbitros 453
a) Código de Comercio 454
b) Reglamentos arbitrales 457
C - La auto-aplicación de las Leyes de policía 457
17.1.2 La interpretación de las normas aplicables 460
A – La interpretación 460
B – Los precedentes 461
17.2 LA LEX MERCATORIA 462
17.2.1 El concepto de la lex mercatoria 466
17.2.2 La lex mercatoria en la jurisprudencia judicial 471
17.2.3 Contenido de la lex mercatoria 475
17.3 LA LEX INVERSIONIS 476
17.3.1 La Grundlegung 477
17.3.2 El Derecho aplicable 483

LECCIÓN 18: LA CUANTIFICACIÓN DE LOS INTERESES, GASTOS Y COSTOS 498
18.1 INTERESES 499
18.2 GASTOS Y COSTOS 500
18.2.1. Derecho mexicano 504
18.2.2 Los reglamentos arbitrales 506
A - CAM
506
B - CANACO 507

C - Instituciones internacionales 508
18.2.3 La oferta sellada *510*

LECCIÓN 19: EL LAUDO 512
19.1 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL LAUDO 513
19.1.1 Definición del laudo 513
19.1.2 Tipos de laudos 624
A - En relación con su objeto 624
B - En relación con su territorialidad 626
19.1.3 Laudos y órdenes procesales..... 627
19.1.4 Laudos y medidas cautelares 630
19.1.5 Laudos y opiniones disidentes 632
19.2 LOS REQUISITOS FORMALES DEL LAUDO 634
19.2.3 La revisión institucional de la forma del laudo 636
A – La revisión autorizada sobre la forma 639
B - La revisión prohibida sobre el fondo 641
19.3 LA NOTIFICACIÓN DEL LAUDO 645

PARTE 5:LAS ACCIONES POST-ARBITRALES 647

LECCIÓN 20: LA APELACIÓN DEL LAUDO..... 648
20.1 LA APELACIÓN CONTRACTUAL 649
20.2 LA APELACIÓN JUDICIAL 651
20.3 LA "APELACIÓN CONSTITUCIONAL": EL AMPARO 658

LECCIÓN 21: LA ACCION EN NULIDAD DEL LAUDO 668
21.1 JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA 669
21.1.1 En virtud de la legislación 669
21.1.2 En virtud de la autonomía de la voluntad 671
A – La atribución 671

B – La renuncia..... 673
21.2 El procedimiento 675
21.3 El amparo 678
LECCIÓN 22: EL RECONOCIMIENTO Y LA HOMOLOGACION DEL LAUDO..... 711
22.1 La legislación..... 712
22.2 La jurisprudencia 717
LECCIÓN 23: LA ACCION EN EJECUCION DEL LAUDO 722
23.1 Jurisdicción y competencia 724
23.2 El procedimiento 724
23.2.1 Derecho común 725
2. Derecho convencional 731
A - La convención universal 733
a) El laudo 735
I) El laudo obligatorio 735
ii) El laudo "flotante" 736
b) Aspectos procesales..... 737
B – Las convenciones regionales..... 738
23.3.1 El laudo en proceso de nulidad 739
23.3.2 El laudo anulado..... 741
A – Derecho mexicano 742
B - Jurisprudencia internacional 743
a) Francia..... 743
b) Estados Unidos..... 746
LECCIÓN 24: LAS CAUSALES DE NULIDAD, DE NO-RECONOCIMIENTO, O DE NO-EJECUCIÓN DE UN LAUDO 751
24.1 Causales ex officio 752
24.1.1 Inarbitrabilidad..... 752

24.1.2 Ausencia de notificación *753*
24.1.3 El orden público *755*
24.2 Causales a petición de parte..... 762
24.2.1 Vicios en relación con el acuerdo arbitral..... *762*
A - El acuerdo arbitral no válido 762
B – No-respeto del acuerdo arbitral..... 765
24.2.2 Vicios en relación con el proceso arbitral *770*
A - Violación del acta de misión..... 770
a) Controversia no prevista 774
b) Ultra e infra petita..... 774
B – Violación de la garantía de audiencia 777
24.2.3 El Estoppel *782*

LECCIÓN 25: LA "REVISION" DE LAS DECISIONES JUDICIALES POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES 787

PARTE 6: EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA..... 799

LECCIÓN 26: LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES..... 801
26.1. El arbitraje CIADI..... 802
26.1.1 El CIADI..... *802*
A – Antecedentes..... 802
B – La institución del CIADI..... 808
26.1.2 Las normas arbitrales..... *809*
B - El Reglamento de Arbitraje 810
26.2 El arbitraje afuera del mecanismo CIADI..... 810
26.2.1 El mecanismo complementario..... *811*
26.2.2 Otros mecanismos de arbitraje *812*

LECCIÓN 27: LAS PRINCIPALES CUESTIONES PROCESALES 815
27.1 Definición del inversionista..... 816

27.2 CONTRACT CLAIM VS TREATY CLAIM 817
27.2.1 Fork on the road *818*
27.2.2 Cláusula Paraguas *823*
27.3 CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA 828

LECCION 28: EL DERECHO SUBSTANCIAL 831
28.1 LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO SUSTANCIAL 832
28.2 LOS ESTÁNDARES 836
28.2.1 Los tratos *836*
A - El Trato Nacional 837
B - El Trato Mínimo y el Trato Justo y Equitativo 838
a) El Trato Mínimo 839
b) El Trato justo y equitativo 841
28.3.2 Los otros estándares *844*
A – Denegada de Justicia 844
B – Plena Seguridad y Protección 849
C - La Expropiación 854

LECCION 29: LA FASE POST-ARBITRAL 857
29.1 LA NULIDAD DEL LAUDO 858
29.1.1 La revisión del laudo en el sistema del CIADI *858*
29.1.2 La nulidad del laudo fuera del sistema CIADI *861*
29.2 LA EJECUCIÓN DEL LAUDO 865
29.2.1 Laudos del CIADI *865*
29.2.2 Otros Laudos *868*

LECCION 30 LOS PRINCIPALES REGLAMENTOS ARBITRALES 872
30.1 ARBITRAJE INTERNACIONAL 874
30.1.1 Arbitraje ad hoc *874*

A - UNCITRAL 876
a) Reglamento de arbitraje..... 876
B - Las Reglas de Paris 877
30.1.2 Arbitraje institucional internacional 879
30.2 ARBITRAJE INSTITUCIONAL MEXICANO..... 879
30.3 ARBITRAJE INSTITUCIONAL SECTORIAL 880

CONCLUSIONES 882

ANEXOS 885
LEY MODELO DE LA UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL 886
AMPARO DIRECTO 71/2014 905
VIDEOS
1001

BIBLIOGRAFIA 1002
LIBROS
1002
ARTÍCULOS..... 1008

TABLA DE JURISPRUDENCIA..... 1021
PRINCIPAL JURISPRUDENCIA MEXICANA 1021
PRINCIPAL JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL..... 1022
PRINCIPAL JURISPRUDENCIA ARBITRAL 1025

TABLA DE LOS ARTÍCULOS DE LA LEY MODELO UNCITRAL 1029

ZAMANGA

Editores