

**DEFENSA DE LA TESIS DOCTORAL
DENOMINADA “DEL ARBITRAJE COMERCIAL
EN MÉXICO EN EL MARCO DE UNA NUEVA
CULTURA ARBITRAL EN LATINOAMÉRICA”
REALIZADA POR EL DOCTOR BERNARDO
PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO ***

* Presentada en la Universidad Complutense de Madrid el 17 de marzo de 2001.

CON LA VENIA SR. PRESIDENTE:

Constituye para mí un gran honor e implica a la vez, una gran responsabilidad, ser el primer alumno que culmina con la lectura de su tesis doctoral del programa iniciado hace ya seis años, a través del convenio de colaboración entre la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Anáhuac de México. Programa al que tanto saber han aportado los profesores de esta Facultad de Derecho y que ahora comienza a cosechar sus frutos y asimismo, programa que no puede olvidar el esfuerzo, la imaginación y la paciencia que han tenido que desplegar muchos profesionales del Derecho tanto españoles como mexicanos. Es de justicia resaltar aquí, el papel protagonista que tuvo el Dr. César Miñambres en su confección y en su dirección durante los primeros años y ahora el Dr. Raúl Canosa.

En México, más de medio centenar de alumnos, han seguido, rigurosamente, sucesivos programas de doctorado y han ultimado la compleja tarea de cumplimentar los 36 créditos que exige la normativa universitaria española. Es cierto que el rigor de los programas ha obligado a muchos de ellos, al abandono, pero también es cierto que un porcentaje nada desdeñable, ya tiene inscrita su tesis de doctorado; cuenta con su correspondiente director; tiene su trabajo en avanzado estado de elaboración y aspira estar muy pronto en la situación en la que hoy me encuentro.

De la expectación que ha deparado este acto en mi Universidad, habla por sí sola la presencia aquí, de prestigiosos miembros de su claustro de profesores, a cuyo frente figura el Decano Dr. Núñez Ochoa, también doctor por esta Facultad, quien se ha desplazado desde México para acompañarme en este acto y para reafirmar su fe en la continuidad del programa. Permítame Sr. Presidente testimoniar a él mi sincero agradecimiento que igualmente hago extensivo a los miembros de la Universidad Anáhuac aquí presentes.

El título de mi tesis alude precisamente, a una cultura jurídica iberoamericana y es en marcos como el presente, donde dicha cultura encuentra su sentido. La presencia del prestigioso especialista mexicano Dr. Pereznieto Castro en un Tribunal presidido por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y en el que forman parte eminentes profesores españoles procedentes de distintos ramos del saber: el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado, y el Derecho Civil, no sólo evidencia el referido marco de reflexión, sino que abunda en el carácter marcadamente interdisciplinario de la materia acotada en la tesis que ahora presento: “El arbitraje comercial en México en el marco de una nueva cultura arbitral en Latinoamérica.”

La cultura arbitral en América Latina se ha ido desarrollando desde los años setenta. En estos países se conocía al arbitraje, más bien como un procedimiento accesorio al judicial, que como un contrato o un procedimiento con independencia y características propias, distintas al procedimiento formal judicial.

El proteccionismo y la intervención desmedida del Estado en la economía, consolidaron el comercio y la industria nacional, protegidos por impuestos aduaneros y medidas protectoras, e hicieron que estas actividades se desarrollaran sólo en el ámbito interior y fueran ajenas e indiferentes al comercio internacional.

Frente a ello, los procesos de integración económica regional, han favorecido el desarrollo del arbitraje en el ámbito de los Estados de esta zona. El arbitraje comercial se ha revelado, en efecto, como un instrumento eficaz que beneficia a la integración económica y se vincula, además, al proceso general de codificación regional o universal del Derecho Internacional Privado. No es una mera coincidencia que los procesos de integración económica, operados en América Latina y el Caribe en la década de los noventa, hayan deparado una reforma generalizada de las leyes de arbitraje. Dentro del fenómeno de integración económica regional, el TLCAN y el MERCOSUR han articulado un sistema común para la solución de controversias donde el arbitraje tiene un papel fundamental. El fomento del arbitraje también se observa en Centroamérica, donde la experiencia integradora la ha protagonizado el Sistema de Integración Centroamericano (SICA). Lo mismo ocurre en otros procesos de integración más antiguos, entre los que destaca el Pacto Andino de 1969.

En su parte sustantiva, también son frecuentes en nuestro tiempo, los congresos, reuniones, convenciones, acuerdos y tratados internacionales, en donde en los últimos años, han participado los países latinoamericanos de forma activa y los han ayudado a conocer y buscar la aplicación de las normas más modernas en materia de comercio internacional. Asimismo, el impacto de las nuevas corrientes internacionales ha sido tan importante para Latinoamérica que por ejemplo, en México, en los últimos quince años, se han modificado más de 100 leyes e incluso la Constitución. Esto con el fin de suprimir “barreras artificiales” y estar acordes a las nuevas tendencias económicas. Por su parte, los países latinoamericanos como una forma de ajuste social al desarrollo globalizado, también se han tenido que ajustar en sus métodos democráticos de elección, en la protección ecológica y en la protección de los derechos humanos.

Uno de los presupuestos de la globalización comercial, es contar con procedimientos rápidos y que garanticen la seguridad jurídica de los contratantes, como es el arbitraje internacional.

El arbitraje se define como: “Es un contrato típico en virtud del cual dos o más personas llamadas compromitentes, se obligan a sujeta a la decisión de un árbitro o un tribunal arbitral, sus actuales o futuras diferencias jurídicas en un asunto determinado, sea contractual o extracontractual de acuerdo con el procedimiento permitido por la ley.”

Como especies del arbitraje encontramos al de Derecho y al de equidad; al arbitraje *ad hoc* y al institucional; al civil y al mercantil; al mercantil nacional e internacional; al internacional público y al privado. Motivo de este trabajo es el arbitraje internacional privado. Éste tiene las siguientes ventajas:

1. Está basado en los tratados internacionales y en su procedimiento y ejecución se aplican precisamente, los tratados internacionales. Se puede decir que es un procedimiento universal que el comerciante de cualquier parte del mundo o nacionalidad lo siente como propio y seguro.

2. Es un procedimiento neutral, toda vez que los sujetos que intervienen en el arbitraje, eligen las reglas del procedimiento, el derecho aplicable, la nacionalidad de los árbitros, el idioma, la representación jurídica, etcétera.

3. Es rápido, pues a diferencia de otros, las partes pueden señalar los plazos o bien, sujetarse a la institución administradora de arbitraje que más les convenga por su rapidez.

Los recursos establecidos en los arbitrajes son limitados y por lo tanto, evitan su entorpecimiento con lo que se conoce como “chicanas”.

4. La especialización de los árbitros es una ventaja frente a los procedimientos judiciales, en los que la decisión del juez está sujeta a la opinión de los peritos, los cuales muchas veces no dominan la materia objeto del arbitraje.

5. Ausencia de publicidad. El arbitraje, a diferencia del procedimiento judicial, se caracteriza por no tener ningún tipo de publicidad o publicaciones y por lo tanto es un procedimiento discreto.

6. Eficacia. La resolución o laudo tiene el carácter de sentencia ejecutoriada y constituye un documento con fuerza ejecutiva, que no admite el recurso de apelación.

7. Igualdad. Los tratados internacionales y los procedimientos formulados por instituciones administradoras de arbitraje, se destacan: por ser cuidadosos en la igualdad de las partes; en la posibilidad de presentar pruebas y alegatos; y en su participación en las audiencias.

8. Descongestiona los tribunales. La carga que existe en los tribunales es evidente, misma que se ve aliviada por los “medios alternativos de solución de controversias” como es el arbitraje, la mediación, la conciliación y la transacción.

En cuanto a la capacidad para comprometer y para ser sujeto de árbitro, se requiere la general es decir, ser mayor de 18 años y no estar sujeto a ninguna limitación de tipo intelectual de las señaladas en el artículo 450 del C.C. mexicano. Los representantes y administradores de otras personas o patrimonios no tienen capacidad para comprometer en árbitro (tutor, padres en ejercicio de la patria potestad, administradores y sociedades, asociaciones civiles, albacea, síndico, etcétera), pues se requieren facultades para actos de dominio.

Es alentador que actualmente en el campo didáctico, se han proliferado licenciaturas como la de relaciones internacionales; cursos, congresos, convenciones, diplomados y especialidades sobre arbitraje internacional, los que poco a poco van a lograr que esta institución se conozca y utilice con más frecuencia.

Por lo que se refiere a las instituciones administradoras de arbitraje, éstas se han establecido en casi todos los países. Sus ventajas son las siguientes:

a) Cuentan con una lista de árbitros en diferentes especialidades;

b) Su procedimiento de arbitraje es producto de la experiencia de varios años;

c) Proporcionan espacios en donde las partes se pueden entrevistar, desahogar pruebas y llevar a cabo audiencias. Asimismo, se cuenta con secretarías, salas de lectura con bibliotecas especializadas; las costas están previamente fijadas, hay un arancel, etcétera.

Las partes se adhieren a las normas de estas instituciones por medio de un contrato de adhesión o condiciones generales de contratación.

Estas instituciones tienen publicados reglamentos de arbitraje, mismos que fueron redactados con base en una larga experiencia y a través de muchos arbitrajes que se han llevado a cabo. Cualquiera de los mencionados reglamentos, han demostrado su eficacia práctica, así como la validez de los laudos que se han dictado en todo el mundo. Para someterse al arbitraje sujeto a la intervención de una de estas instituciones, bastará que en el contrato se inserte la cláusula tipo que proponga el reglamento de la institución convenida.

Con independencia de que la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985 haya sido utilizada en mayor o menor medida por la comunidad iberoamericana, lo cierto es que tuvo la virtud de revitalizar el arbitraje como medio de solución de controversias en este concreto marco y asimismo, propiciar la aparición de nuevas normas insertas en leyes especiales y en códigos mercantiles o de procedimiento civil. A partir de aquí, puede hablarse de una nueva cultura arbitral iberoamericana que se manifiesta, palmariamente, en trabajos comunes de innegable continuidad y en la existencia de sedes arbitrales propias, tanto a nivel regional como nacional.

Dentro de esta cultura el arbitraje internacional constituye uno de los ajustes o adecuaciones más importantes que México ha desarrollado en el campo del comercio internacional. En la hora presente, tanto en el ámbito interno de un país como en el internacional, las partes prefieren someterse a un procedimiento arbitral con el fin, en primer término, de evitar que la interpretación o cumplimiento de un contrato, se realice con las desventajas que implica acudir ante los tribunales comunes y en segundo lugar, porque resulta más sencillo, discreto, ágil y de bajo costo y asimismo, su resolución se encomienda a un técnico en la materia.

La relación de los principios que rigen el procedimiento arbitral, viene encabezada por el principio de libertad que consiste en el reconocimiento de facultades potestativas a las partes, para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de controversias. A él se añaden: el principio de flexibilidad que consiste en el establecimiento de actuaciones informales, adaptables y simples; y el principio de privacidad que consiste en el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad.

Otros principios que adornan el procedimiento arbitral son: el de idoneidad que consiste en la capacidad para desempeñarse como árbitro o conciliador; el de celeridad que consiste en la continuidad de los procedimientos para la solución de las controversias; el de igualdad que consiste en dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos; el de audiencia que consiste en la oralidad de los procedimientos alternativos; y el de contradicción que consiste en la oportunidad de confrontación entre las partes.

Ante las posiciones en presencia acerca de la naturaleza jurídica del compromiso en árbitro (contrato privado, acto jurisdiccional y acto de naturaleza propia), considero que se trata de un contrato, toda vez que existe consentimiento que crea derechos y obligaciones entre las partes, tales como someter sus diferencias a un árbitro y sujetarse a su decisión. En este sentido es un contrato similar a la transacción que también tiene el carácter de cosa juzgada y fuerza ejecutiva.

Dentro de esta posición contractual, las partes por medio de una cláusula en el contrato, compromiso arbitral, pueden someterse al arbitraje realizado por una institución, la cual cuenta con una lista de árbitros, un procedimiento a seguir y un arancel. Con dicha cláusula arbitral, las partes se adhieren a las normas de carácter general preestablecidas por las administradoras de arbitraje en un contexto de contrato de adhesión o normas generales de contratación.

En el convenio arbitral, resulta básico que desde el momento en que se firma y las partes adquieren el compromiso de someter las controversias, surgidas o no, de sus relaciones privadas patrimoniales, hasta que se hace efectivo el pacto ante los árbitros o ante los Tribunales estatales, éstos queden impedidos para conocer de la controversia.

Todas las fases de la existencia de un convenio arbitral, están expuestas a posibles causas de invalidez e ineficacia principalmen-

te, de dos tipos: procesales y materiales y también, por la respuesta jurídica que debe darse a tales causas de inoperatividad. La definición y análisis de los principios y valores que informan la institución, resulta esencial, pues si bien es un lugar común establecer que los árbitros y los jueces estatales no aplican los mismos sistemas de normas a cuestiones similares, lo cierto es que la respuesta que se da a la validez y eficacia del convenio arbitral, no puede variar mucho en uno y otro caso. La razón es precisamente, la existencia de una serie de principios informadores, idénticos y con parecido alcance para unos y otros.

La autonomía de la voluntad en tanto que piedra angular del arbitraje, no se pierde nunca. Sin embargo, a no ser que se exprese una voluntad en contrario, la institución administradora aplica sus normas al arbitraje. Esta previsión resulta especialmente eficaz en arbitrajes complejos o en los que una parte, surgida ya la controversia es renuente al procedimiento pactado. Las previsiones reglamentarias actúan en ausencia de acuerdo de las partes y nunca en contra de su común voluntad. En contraposición, el arbitraje *ad hoc* debe ser diseñado por las partes de principio a fin es decir, desde el nombramiento del o los árbitros, hasta las normas procesales aplicables. Teniendo en cuenta que el procedimiento arbitral se impulsa desde lo previsto en el convenio, pacto de sumisión a arbitraje, es preciso que este último se haya diseñado cuidadosamente. De esta manera se evita que surgida la controversia las partes sean incapaces de alcanzar los acuerdos necesarios y contenidos mínimos para iniciar, proseguir y terminar el procedimiento. En este sentido, el arbitraje institucional aventaja en seguridad al arbitraje *ad hoc*, pues el órgano administrador se encarga de suplir las posibles deficiencias, aunque eso sí, siempre con los límites de lo realmente esperado por las partes.

Como lo expresé con anterioridad, en el comercio internacional existen varias instituciones dedicadas al arbitraje. Todas tienen publicados reglamentos de arbitraje, los cuales se redactaron con base en una larga experiencia y a través de varios arbitrajes que se han llevado a cabo. Estos reglamentos han demostrado su eficacia práctica, así como la validez de los laudos que se han dictado en todo el mundo. Para someterse al arbitraje sujeto a la intervención de una de estas instituciones, basta insertar en el contrato la cláusula tipo que el reglamento de la institución convenida proponga. Ahora bien, la mejor manera de meterse en dificultades, es tratar de enmendar la cláusula tipo recomendada, razón por la cual, para

que el arbitraje funcione eficazmente, es preferible utilizar la cláusula tipo propuesta en el reglamento que se convino. Administrar arbitraje implica prestar todos los medios y recursos humanos y materiales, a efecto de llevar a cabo el cumplimiento de una cláusula compromisoria o un contrato de compromiso arbitral. Dentro de las instituciones dedicadas a la administración del arbitraje, la Cámara de Comercio Internacional es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional, misma que desempeña una función pionera en el desarrollo del arbitraje comercial internacional.

La valoración mundial de las leyes nacionales sobre arbitraje pone de manifiesto notables disparidades, no sólo en cuanto a las disposiciones y soluciones concretas, sino también desde el punto de vista de la evolución y el perfeccionamiento. Algunas leyes que a veces datan del siglo XIX y que a menudo equiparan el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, pueden considerarse anticuadas. Otras pueden calificarse de fragmentarias, en el sentido de que no regulan todas las cuestiones pertinentes. Incluso la mayor parte de las leyes que al parecer son modernas y completas, se redactaron teniendo presente el arbitraje nacional. A pesar de que ese criterio resulta explicable, pues hoy la gran mayoría de los casos regidos por una ley general de arbitraje tendrían un carácter exclusivamente nacional, entraña, desafortunadamente, la consecuencia de que a los casos internacionales se imponen los principios locales tradicionales y, por lo general, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna.

Los problemas y las consecuencias originadas por disposiciones imperativas o supletorias o por la falta de ordenamientos pertinentes, se ven agravados por el hecho de que las leyes nacionales, sobre el proceso arbitral, difieren ampliamente. Con frecuencia esta disparidad es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una y muchas veces las dos partes, tienen que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros con los que no están familiarizadas. Asimismo, obtener información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje, puede resultar costoso, poco práctico o imposible.

La historia pone de relieve que cuando México se independiza de España, continuaron vigentes las leyes españolas y el Derecho Indiano que es el conjunto de cédulas, pragmáticas y demás disposiciones dictadas por el Rey a través del Consejo de Indias, el cual no debe confundirse con el Derecho Indígena propio de la

región. Cuando se promulga la Constitución de 1917, no se elevó a rango constitucional el derecho a someter las controversias privadas al procedimiento arbitral. Éste, por las características históricas y políticas del Congreso Constituyente, sólo permaneció vigente en la apelación secundaria.

En México, a lo largo de su camino hacia la cultura arbitral y a través de la legislación administrativa, se ha formulado un arbitraje institucional administrado por particulares o por entidades fundamentales. Un ingrediente más, fue la adopción de la Ley Modelo de la UNCITRAL en la legislación interna. El nuevo apartado del Código de Comercio, relativo al arbitraje comercial publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 22 de julio de 1993, es armónico con el deber del conocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, consignado en la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. No obstante, en materia civil no han habido modificaciones al capítulo aplicable del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual si bien no es contradictorio con el Código de Comercio, tampoco es del todo moderno ni mucho menos completo.

La legislación mexicana ha realizado una aceptable regulación de los arbitrajes internos e internacionales y ofrece una especial disposición a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. La incorporación al sistema de la Ley Modelo de la UNCITRAL coloca a mi país en una mejor postura que otras legislaciones latinoamericanas, mismas que por lo general, poseen una peligrosa tendencia a la “judicialización” del arbitraje. A partir de dicha incorporación México es un lugar idóneo para el desarrollo del arbitraje internacional.

En México y en los países latinoamericanos la cultura arbitral se ha venido desarrollando pausadamente a partir de los años setentas. Dicha cultura arbitral iberoamericana se manifiesta de forma palpable, en trabajos comunes de innegable continuidad, así como en la existencia de sedes arbitrales propias, tanto a nivel regional como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, como nacional y ajenas en principio a este círculo como la Corte de Arbitraje de la CCI que no en vano cuenta con una amplia representación latinoamericana en sus órganos directivos y a su concurso se remiten algunos acuerdos bilaterales sobre protección de inversiones.

Los cambios económicos de proteccionismo e intervención desmedida del Estado en la economía, junto con la cada vez más

frecuente realización de reuniones, congresos y convenciones internacionales, ha logrado la apertura a la comercialización internacional y con ella al arbitraje. En la actualidad, la globalización, el intercambio comercial, la comunicación electrónica y el desarrollo de la cibernética, ha motivado que ningún país se sienta ajeno y participe en los convenios internacionales.

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje interno, que no goza de gran predicamento como medio de desplazar la jurisdicción de los tribunales locales, el arbitraje internacional se halla en plena expansión y goza de gran éxito en los países industrializados como medio de solucionar conflictos que puedan surgir en el ámbito de las relaciones internacionales.

América Latina en general, y los países de América Central en particular, han permanecido ajenos a este fenómeno por bastante tiempo. Buena prueba de ello se manifiesta en: la reticencia, durante muchos años, de gran parte de los países de la región a ratificar convenciones internacionales sobre arbitraje; la escasez de estudios e investigaciones sobre la materia; la ausencia de toda mención sobre arbitraje internacional en las legislaciones iberoamericanas; la necesidad de recurrir a las normas de arbitraje previstas en los códigos procesales para regular los arbitrajes internacionales; y la ficción de equiparar los laudos arbitrales dictados en el extranjero, a las sentencias extranjeras a fin de otorgarles el correspondiente *exequatur* a efectos de su ejecución.

Principalmente, han sido razones histórico-políticas, las que explican esa reticencia de los países latinoamericanos a acoger con beneplácito el arbitraje internacional. Sin embargo, la percepción del arbitraje internacional como menoscabo de la soberanía nacional en aquellos casos en que el Estado o sus subdivisiones se somete al arbitraje, ha repercutido en la poca difusión del arbitraje internacional como medio de resolver conflictos entre personas de derecho privado. Por lo que se refiere al arbitraje como medio de solución de conflictos entre partes domiciliadas en un mismo país, su poca utilización responde a razones más complejas, entre las cuales cabe mencionar la natural falta de confianza a esta institución por parte de los abogados y sus clientes, debida a las insuficiencias y defectos técnicos de su regulación legal que, en la mayoría de los casos, no evita el recurso a los tribunales y no asegura claramente que la decisión de los árbitros será respetada al momento de demandarse la ejecución del laudo.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por la paciencia que han tenido para soportar el largo periodo de redacción.

A las personas que me han ayudado a su realización, fundamentalmente mis compañeros de la Universidad Anáhuac.

A los miembros del Tribunal por tener que dedicar un sábado a esta lectura de tesis y en especial al Dr. Leonel Péreznieto que cruzo el Atlántico para participar en este examen.

A mi Director de Tesis Dr. José Carlos Fernández Rozas, quien dedico parte de su tiempo para dirigir y corregir la presente tesis.