

EL CONTRATO DE ARBITRAJE

*Rodrigo Zamora Etcharren*¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Métodos Alternativos de Solución de Controversias. 3. Alcance del Contrato. 3.1. Arbitrabilidad. 3.2. Objeto Específico del Contrato. 4. Lugar e Idioma del Arbitraje. 5. Ley Aplicable. 5.1. Ley Substantiva. 5.2. Ley Adjetiva. 6. Arbitraje Ad Hoc o Institucional. 7. El Tribunal Arbitral. 8. Terceras Partes y Consolidación de Asuntos. 9. Medidas Provisionales. 10. El Laudo. 11. Reconocimiento y Ejecución del Laudo. 12. Bibliografía

1. Introducción

El contrato de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas (o ciertas) controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual.

El acuerdo por el que dos o más partes acuerdan someter sus diferencias presentes o futuras a cualquier método alternativo de solución de controversias es un contrato aislado, autónomo e independiente. A pesar de que el contrato de arbitraje esté incluido en una de las muchas cláusulas de otro contrato, siempre mantiene su independencia y autonomía.

El principio por el cual el contrato de arbitraje subsiste a pesar de que un panel arbitral declare nulo el convenio en el que está incluido el primero puede ser difícil de entender desde un punto de vista meramente teórico; sin embargo, es un principio que ha sido reconocido mundialmente. La premisa sobre la que se ha fundado la validez de este principio consiste en presumir que la intención de las partes (al pactar someter sus controversias a arbitraje) es la que sea un tribunal arbitral el que decida todas sus disputas, incluyendo aquellas relacionadas con la nulidad del contrato que contiene el convenio arbitral.

A pesar de la importancia que como veremos tiene el contrato de arbitraje, lo último en lo que las partes se fijan al cerrar las negociaciones de sus convenios es en él, lo que ocasiona que el mismo sea redactado en forma tal que, cuando inicia la disputa, el primer tema de la contienda sea el alcance del pacto arbitral, la institución que debe administrar el proceso, el número de árbitros, etc.

¹ Socio del Bufete Zamora-Pierce.

Sin una cláusula de resolución de controversias redactada en forma precisa y coherente, las obligaciones de las partes no podrán ser debidamente reclamadas. Asimismo, en el ámbito internacional, ninguna de las partes quiere someterse a los tribunales de su contraparte, lo que ha ocasionado en gran parte el tremendo auge de los medios alternativos de solución de controversias (arbitraje, mediación, conciliación, etc.).

A su vez, el arbitraje generalmente incluye árbitros y partes de distintas nacionalidades, a veces desarrollados en un país distinto, lo que acarrea una compleja red de leyes, reglamentos y diversas disposiciones que las partes deberán de tomar en cuenta al celebrar el contrato que les ayudará a resolver sus disputas.

La función del contrato de arbitraje es facilitar la solución de controversias, no ser fuente de más de éstas. La mejor forma en que los abogados podemos lograr este propósito es mediante la redacción de un contrato claro, que incluya todos los elementos necesarios, y que éstos sean aquéllos que mejor puedan servir para una pronta, económica y expedita solución de los problemas que puedan surgir en el futuro.

2. Métodos Alternativos de Solución de Controversias

Las partes (en gran medida auxiliadas por sus abogados) deben analizar el método específico mediante el cual las controversias que puedan surgir deben ser resueltas. Estos métodos pueden ser divididos en procesos cuyas resoluciones son obligatorias y procesos cuyas resoluciones son meras sugerencias (cuyos efectos únicamente serán vinculativos si así lo acuerdan las partes en el arreglo final). Entre los primeros tenemos al arbitraje, y, entre los segundos a la negociación, la mediación, la conciliación, las consultas a peritos y los mini-juicios (*mini-trials*).

En virtud de que el arbitraje es analizado en este artículo, solamente me referiré en forma somera en este inciso a los otros métodos mencionados. Por lo que hace a la negociación, ésta implica el puro hecho de que ciertos representantes de las partes se sienten en una mesa a resolver su controversia, y su efectividad depende totalmente de las partes. Las partes pueden pactar que las negociaciones las inicien empleados de nivel medio y si en un cierto plazo no han llegado a un acuerdo, entonces sean los niveles superiores los que negocien. La experiencia enseña que los mejores negociadores (en rapidez y efectividad) son aquellos que integran el nivel más alto de las empresas, porque ellos no tienen superiores a quienes rendirle cuentas directamente.

La mediación y la conciliación son procesos en los que las partes seleccionan a un tercero imparcial y neutral para asistirles en la solución de su controversia. Las formas, métodos y tácticas que dicho tercero puede utilizar pueden estar indicadas en un reglamento que las partes hayan pactado para regir este proceso, o las puede indicar el propio tercero o, en último caso, las pueden pactar las partes al iniciar este proceso.

El tercero puede asistirles en su comunicación, proporcionar posibles alternativas para solucionar el problema, evaluar las posibilidades de éxito para cada parte, etc. Asimismo, todos estos caminos los puede desarrollar en sesiones comunes (con todas las partes presentes) o en sesiones privadas (con cada parte). La efectividad de este método depende de las partes y del tercero.

Las principales ventajas de la mediación son su rapidez, su total control por las partes, su confidencialidad, y la capacidad de que las partes no solamente resuelvan sus problemas legales, sino los humanos y sociales que los estén enfrentando, lo que facilita la continuación de su relación comercial en buenos términos.

A pesar de que las propuestas que realice un mediador o conciliador (si es que ha sido autorizado por las partes para hacerlas) no sean vinculativas, el iniciar estos procesos (antes de acudir al arbitraje o al litigio) puede ser obligatorio para las partes si así lo pactan. Para evitar mantenerse en la mediación durante un lapso indefinido, las partes pueden indicar en su contrato un plazo máximo de duración de la mediación (mismo que se podrá ampliar por acuerdo de las partes), tras el cual las partes estarán libres para acudir a la etapa vinculativa (arbitraje o litigio).

Las consultas a peritos son utilizadas en procesos complejos, donde las partes generalmente discuten acerca de aspectos técnicos de un producto o de una maquinaria. El proceso, como su nombre lo indica, implica el mero llamamiento de un perito en la materia, quien tras analizar los planteamientos de las partes y la substancia o maquinaria en disputa, emite un dictamen. Este dictamen no es vinculativo para las partes, pero les da una evaluación rápida, económica y neutral de sus posibilidades de victoria en juicio, lo que generalmente acarrea un arreglo entre las partes. Las partes también tienen la opción de pactar que la opinión del perito constituya cosa juzgada respecto a los hechos en disputa, y sólo arbitrar los aspectos legales relacionados con esos hechos. Otra opción es pactar que el dictamen del perito no sea admitido en el proceso arbitral.

Finalmente, el mini-juicio es un proceso mediante el cual las partes intercambian información frente a un tercero. Involucra plazos cortos de tiempo para cada etapa, y puede o no incluir testigos o peritos. Posteriormente se celebra una audiencia y, en un plazo total de uno a tres días las partes tienen una resolución no vinculativa del tercero.

Obviamente, cualquiera que sea el método que las partes escojan, deberá ir seguido (para el caso de que no lleguen a un arreglo) de arbitraje o litigio. Además, pueden pactar que existan negociaciones, luego mediación o conciliación y, como última instancia, arbitraje. Las opciones con que cuentan los contratantes son prácticamente ilimitadas.

Igualmente las partes pueden pactar un sistema en el que tramiten el arbitraje primero, y una vez que el panel haya redactado su laudo lo guarde sin enseñárselo a las partes, para en ese momento iniciar un proceso de mediación. La gran ventaja en este caso es que al mediar,

las partes ya conocen las ventajas (y desventajas) de su caso y del de su contrario, ya no tienen razones para esconder sus argumentos y posiciones hasta el arbitraje (pues el laudo ya ha sido emitido). Si las partes llegan a un arreglo se lo comunican al panel y éste ya no emite el laudo. Por otro lado, si no llegan a un acuerdo en la mediación, el panel emite su laudo y se lo notifica a las partes.

En caso de que las partes decidan someterse a un sistema mixto (ej. Mediación y arbitraje), la complejidad de su implementación invita seriamente a que consideren el que sea una institución la que administre el proceso, ya que si deciden hacerlo en forma autónoma (ad hoc) les será muy complicado y tardado (si existe mala fe de una de las partes) decidir una gran cantidad de puntos y pasos que se deben tomar.

3. Alcance del Contrato

3.1. Arbitrabilidad

Existen materias que por diversas razones no pueden ser sometidas a ningún método alternativo de solución de controversias. Ejemplo claro de esto es el derecho penal. Sin embargo, existen áreas grises en diversos países del mundo acerca de los cuales no existe unidad de soluciones. Materias como la familiar, la concursal, la competencia económica, patentes y marcas, etc., en algunas naciones son arbitrables y en otras no.

Las partes deben tener presente la variedad de disputas que puedan surgir, y para tal efecto, deben de estar conscientes de que algunas de sus controversias posiblemente no podrán ser resueltas mediante arbitraje. La decisión acerca de la arbitrabilidad de la materia objeto de la disputa puede ser de un juez o de un panel arbitral. En relación con este punto es necesario analizar el siguiente inciso.

3.2. Objeto Específico del Contrato

El contrato de arbitraje no implica que automáticamente el panel arbitral conozca de todos y cada uno de los elementos que integran la controversia. El ámbito de aplicación del contrato de arbitraje, como el de cualquier otro contrato, está limitado por la voluntad de las partes. En este sentido, las partes pueden pactar que solamente ciertos problemas puedan ser sometidos a un panel arbitral. Pueden estipular que solamente responsabilidades contractuales sean arbitrables, o solamente aquellas extracontractuales, pueden pactar que sea el propio panel arbitral el que decida si una controversia está comprendida por el contrato o pueden indicar que sea la autoridad judicial la que decida.

Las variantes de situaciones son infinitas; sin embargo, debemos tener presentes dos principios utilizados comúnmente: (i) los contratos de arbitraje deben ser interpretados de forma que abarquen el mayor número de controversias posibles, y (ii) se presume (salvo

prueba en contrario) que el tribunal arbitral es quien debe decidir acerca de su propia competencia.

Finalmente, y dentro de la misma tónica, es necesario indicar que la extinción (por el transcurso del tiempo, nulidad, rescisión, etc.) del contrato principal no acarrea en forma automática la del pacto arbitral. Si una de las partes considera que la otra incumplió con las obligaciones que el mismo le imponía y demanda su rescisión, ni esta solicitud (ni el laudo que en su momento se emita) acarrea la nulidad o rescisión del pacto arbitral, aun cuando el acuerdo arbitral haya estado contenido en una cláusula del contrato rescindido o anulado. Recordemos que, como afirmé en la introducción, el contrato de arbitraje es independiente y autónomo.

4. Lugar e Idioma del Arbitraje

Las partes deben indicar el lugar donde el arbitraje se debe llevar a cabo. A fin de hacer esta designación, las partes deben de tomar en consideración: la posibilidad de ejecución de un laudo emitido en dicho lugar, la facultad de obtener y ejecutar medidas provisionales, la existencia de mecanismos judiciales efectivos para asistir al panel y a las partes, la existencia de lugares adecuados para celebrar las audiencias, la ley procesal de dicho lugar, la posibilidad de que las partes sean representadas por abogados (u otros profesionistas o comerciantes), extranjeros, etc.

Para el caso de que las partes no señalen un lugar, los reglamentos generalmente contienen disposiciones supletorias, mediante las cuales la facultad de designar el mismo corresponde a la institución designada o al panel arbitral (según sea el caso).

Además, las partes (o el tribunal) deben de tomar en cuenta que los ordenamientos de ciertos países sujetan la validez de los pactos de foro a la condición de que el mismo tenga algunos contactos (aunque sean mínimos) con la disputa o con las partes.

Independientemente de que las partes pacten un cierto lugar para la celebración del arbitraje, algunos reglamentos facultan al tribunal a celebrar audiencias o a reunirse en lugares distintos al señalado por las partes. Asimismo, es una práctica en el medio internacional que la firma de los laudos (cuando los árbitros son de distintas nacionalidades) se haga en el lugar donde cada uno tiene su domicilio, es decir, se elabora un laudo y el mismo se circula para su firma, lo que implica que un laudo puede estar firmado en varias ciudades, sin que ninguna de éstas sea la del lugar de arbitraje.

Por lo que hace al idioma, también en este caso la voluntad de las partes será determinante en la designación del mismo. Para el caso de que las partes sean omisas, los reglamentos también indican que su designación quedará en manos de la institución o del tribunal. Al señalarse el idioma del arbitraje, las partes (o el panel o la institución) deberán de tomar en cuenta el idioma en el que están redactados la mayor parte de los documentos, el idioma del

lugar de origen de las partes, el idioma del lugar del arbitraje, el idioma en el que rendirán testimonio los testigos y los peritos, etc.

Es altamente recomendable que solamente se conduzca en un idioma el arbitraje, pues cuando se conduce en varios, las cargas para las partes y para el panel aumentan terriblemente, pues deben encargarse de traducir cada documento, conducir el arbitraje en instalaciones adaptadas para intérpretes, etc., además del gran conflicto que la mera diferencia entre los idiomas puede acarrear en la interpretación de los documentos y, por ende, en el fondo del asunto.

5. Ley Aplicable

El tema de las leyes aplicables en un proceso arbitral ha sido materia de suficientes artículos y libros como para llenar bibliotecas enteras. El mismo abarca problemas de conflictos de leyes, orden público, normas irrenunciables, etc. Algunos autores hablan de “una” ley arbitral, cuando otros comentan que existen cinco (o más) leyes aplicables en un proceso de esta naturaleza (ley aplicable al contrato de arbitraje, ley aplicable al fondo, ley aplicable a su ejecución, ley aplicable al proceso, ley del lugar del arbitraje, etc.). Este inciso analiza en forma sumaria las dos leyes que la mayoría de la doctrina comenta.

5.1. Ley Substantiva

En el pacto arbitral las partes deben de señalar la ley que será aplicable al fondo de la disputa. Es conveniente también indicar si se aplicarán las reglas de conflictos de leyes de dicho régimen. En caso de que las partes no indiquen la ley aplicable, serán los árbitros quienes decidan cuál es ésta. Los árbitros estarán sujetos en este aspecto al reglamento que las propias partes hayan indicado, o, en su ausencia, a la ley aplicable (generalmente la del lugar del arbitraje). Algunos reglamentos autorizan al tribunal arbitral a emplear la costumbre y los usos del lugar.

En caso de que sean los árbitros quienes fijen la ley aplicable, éstos pueden tomar varios caminos: (i) designar un tratado internacional como la ley aplicable, (ii) usar la ley del foro, (iii) designar la ley con mayor número de contactos con la disputa y las partes (o cuyos intereses sean los preponderantes), o (iv) emplear la *lex mercatoria* (o algún otro sistema legal internacional). Los árbitros no podrán decidir en equidad salvo convenio expreso de las partes que así los autorice.

5.2. Ley Adjetiva

Existen cuatro supuestos: (a) las partes designan a un organismo administrador del arbitraje y, a la vez, indican que su reglamento será el aplicable; (b) las partes designan una institución administradora pero no señalan si su reglamento es aplicable; (c) las partes pactan un

arbitraje ad hoc e indican que cierto reglamento será el aplicable y, (d) las partes pactan un arbitraje ad hoc y no indican el conjunto de reglas aplicables.

En el primero de los supuestos no existe problema alguno, pues el organismo y el tribunal arbitral aplicarán dicho reglamento. En forma similar no existe mayor problema en el tercer supuesto, donde el panel arbitral se sujetará a lo indicado por las reglas de la UNCITRAL o a cualquier otro reglamento al que hayan sometido las partes su arbitraje.

Sin embargo, en los casos segundo y cuarto, donde las partes no han señalado ninguna ley procesal o reglamento para conducir el proceso, la efectiva conducción del proceso dependerá en gran medida de la buena fe de las partes. Pero aun en esos casos las soluciones son varias, pues la institución administradora puede considerar que su designación también implica la designación de su reglamento como el aplicable, el tribunal puede señalar el reglamento o ley aplicable, o las partes pueden fijarlo en la primera audiencia, etc.

Asimismo, si las partes lo desean (y la ley del foro y el reglamento arbitral aplicable lo permitan) en algunos casos puede ser conveniente hacer referencia a los remedios, sanciones o resolutivos a los que el panel arbitral podrá llegar (o los que no les serán permitidos). Ejemplos de esta clase de pactos son la inclusión o exclusión de la posibilidad del tribunal arbitral de condenar al pago de los llamados *punitive damages* o *exemplary damages* del derecho anglosajón o, en algunos casos, al pago de intereses a cierta tasa (o incluso la facultad de condenar al pago de intereses sobre intereses). Finalmente, las partes también pueden imponer límites al monto máximo al que podrá condenar el panel a las partes, o si los gastos del arbitraje y los honorarios de los abogados de las partes deberán ser sufragados automáticamente por la parte perdedora o si el panel determinará los porcentajes que cada parte debe de pagar de éstos.

En cualquier caso, las partes deben considerar si pactan una cláusula estabilizadora o no de las leyes aplicables a su arbitraje. Estas cláusulas señalan que las leyes y reglamentos aplicables serán aquéllos en vigor en cierto día específico que las partes indiquen, volviendo inaplicables las reformas que se hagan a los mismos en el futuro.

6. Arbitraje Ad hoc o Institucional

Las partes pueden indicar que sean ellas mismas y el tribunal arbitral quienes administren y conduzcan su arbitraje (ad hoc) o pueden decidir que una institución dedicada a estas labores lo haga por ellas (institucional).

El arbitraje ad hoc tiene como ventajas que las partes pueden redactar la cláusula incluyendo todas sus necesidades de tiempo, forma, etc., en forma específica para sus problemas. Sin embargo, la redacción de este tipo de cláusulas puede tomar más tiempo del que las partes deseen dedicarle en cierta etapa de la negociación. Asimismo, las partes pueden señalar ciertas necesidades específicas que tengan e indicar que todo lo no previsto sea regido por las

Reglas de UNCITRAL o cualquier otra serie de reglas, sin someter su proceso a una institución. En virtud de la gran responsabilidad que recae en los árbitros en este tipo de procesos, la selección del tribunal arbitral en estos casos es de la máxima importancia.

Por otro lado, en el arbitraje institucional, será una institución (nacional o internacional) la que se encargue de auxiliar a las partes en la administración de su arbitraje. Ejemplos de dichas instituciones son la Cámara de Comercio Internacional y la Asociación Americana de Arbitraje.

La institución administradora que las partes seleccionen asiste a las partes (según sea el caso) en las siguientes funciones: envío de documentos, selección de los árbitros, pago a los árbitros, selección del lugar de arbitraje, fijación de fechas de audiencias, contratación de intérpretes o estenógrafos, supervisar que el avance del proceso sea en los tiempos pactados, revisar y notificar el laudo, etc. Algunas de las instituciones llevan a cabo sólo algunas de estas labores, mientras que otras asisten en más aspectos.

Un punto importante es la designación correcta de la institución que va a administrar el arbitraje. Una incorrecta denominación puede traer consigo que el organismo rechace la solicitud de inicio de arbitraje bajo el argumento de que la denominación fue hecha a favor de otra organización diferente (o de una inexistente). Asimismo, al escoger la institución que administrará el arbitraje, las partes deben tener en cuenta la posibilidad de que dicha organización siga existiendo durante varios años más, así como que la misma tenga experiencia en el manejo de casos en dicha materia (ej. En casos de patentes existe la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) y en esa región específica del mundo.

Algunos de los muchos aspectos que las partes deben analizar para decidir si optan por un arbitraje ad hoc o uno institucional son: el costo; la complejidad de la relación de las partes de donde puede surgir una disputa; la variedad de nacionalidades, idiomas y sistemas legales involucrados en la controversia; así como la posibilidad de revisión del laudo antes de su emisión (lo realizan solamente algunas instituciones).

No existe una fórmula exacta para saber cuándo es mejor acudir a un tipo de proceso sobre el otro. Las partes deben colocar en una balanza todos los elementos que favorezcan cada posición para poder decidir. Sin embargo, podemos decir que, en lo general, un arbitraje institucional da mayor seguridad a las partes (sobre todo en arbitrajes internacionales) de que el proceso sea conducido en forma imparcial y apegado a los lineamientos establecidos por la ley aplicable y por las partes. Asimismo, en casos de duda, un juez se va a sentir más tranquilo ordenando la ejecución de un laudo emitido en un proceso administrado por una institución reconocida mundialmente (o al menos en el ámbito nacional) que uno emitido (sin respaldo de ninguna institución) por un árbitro probablemente desconocido para dicho juez (como sucede en la mayoría de los arbitrajes internacionales).

7. El Tribunal Arbitral

Existe un dicho en el medio que dice que *la calidad del proceso arbitral depende del panel que lo conduzca*. El panel que decide la controversia es de la mayor importancia. Su designación afectará los principios más elementales del proceso, como pueden ser la economía procesal, la justicia y la equidad. Primero que nada, las partes deben de indicar el número de árbitros que deben de componer el tribunal. La mayor parte de los tribunales están compuestos por uno o tres árbitros, sin embargo, no existe prohibición para que sean otro número que las partes deseen, pues, después de todo, ellas son las que van a pagar los honorarios del tribunal. La única limitación es aquella existente en unos cuantos países que prohíben que los tribunales estén integrados por un número par de árbitros.

De cualquier forma, un panel integrado por tres árbitros siempre será mejor recibido, pues de dicha forma las partes se sentirán mejor representadas en el proceso (ya que tienen la posibilidad de designar a “su” árbitro) y, como es obvio, tres personas deliberan mejor que una sola. Además, un panel de tres árbitros funciona mejor en casos internacionales ya que, si los tres árbitros son de nacionalidades distintas (como puede ser probable), su conocimiento de distintas escuelas de derecho sustantivo y procesal hacen que el proceso sea ágil, poco rígido, y acoplado en forma específica a las diversas necesidades y solicitudes de las partes (también de varias nacionalidades).

Asimismo, las partes pueden indicar si el laudo debe de ser emitido por unanimidad (poco recomendable), si puede serlo por mayoría de votos, o, incluso, si en caso de desacuerdo entre todos los árbitros el presidente del tribunal puede emitirlo aún sin la anuencia de los demás miembros.

Tanto por lo que hace al número de árbitros como a la forma del voto del laudo, todos los reglamentos contienen disposiciones supletorias, en las cuales relegan a la institución la facultad de designar el número de árbitros o el mismo reglamento fija cuántos deben de ser en cada caso. En cuanto a la votación, la mayoría de los reglamentos indica que en caso de que las partes no pacten en contrario, el laudo podrá ser emitido (en caso de que no haya unanimidad ni mayoría) con el voto del Presidente del tribunal.

Por otro lado, en caso de que las partes no quieran que sea el reglamento aplicable el que indique cómo se deberán de designar a los miembros del tribunal, las partes deben de pactar de antemano la forma para su designación. Lo más común es que cada parte designe un árbitro y estos dos designen a un tercero. Sin embargo, algunos reglamentos fijan otros métodos.

Las partes deben de tener especial cuidado cuando sean más de dos las partes en el proceso arbitral. En ese caso, el método mediante el cual cada parte designa a su árbitro no podrá ser aplicable, y el proceso podrá verse afectado. Para estos efectos, la mayor parte de los reglamentos prevén que, en dicho caso, la institución administradora designará a todos los integrantes del panel. Sin embargo, si el reglamento aplicable no hace mención a este proble-

ma, las partes se harán un favor previendo este conflicto de antemano y señalando un proceso equitativo para la designación de los miembros del tribunal, como puede ser indicar que sea la misma institución la que designe a la totalidad de los miembros del tribunal.

Por otro lado, si las partes desean que los árbitros cuenten con ciertas cualidades de nacionalidad, idiomas, edad, profesión, etc., es necesario que lo establezcan desde un inicio en el propio contrato arbitral. Es una práctica común en el ámbito internacional que las partes pacten que el árbitro de cada parte no sea de la nacionalidad de quien lo propone, fomentando así la imparcialidad de los árbitros electos por las partes. Asimismo, existen materias (principalmente la marítima) en que se acostumbra que los árbitros no sean abogados, sino comerciantes de esa rama.

No se deben de indicar muchas limitantes, ya que se puede caer en el caso de que no existan suficientes árbitros que cumplan dichas cualidades y que cuenten con el tiempo, deseo, y ausencia de conflictos de intereses para ser miembros del panel. Las limitantes deberán ser redactadas en la forma más clara y específica posible, pues su interpretación pudiera llegar a dar problemas incluso en la etapa de ejecución del laudo.

8. Terceras Partes y Consolidación de Asuntos

El pacto arbitral, como ya ha quedado establecido, es un convenio autónomo, regido (casi siempre) por los mismos principios generales de derecho aplicables a los demás contratos. Uno de estos principios nos indica que los contratos solamente surten efectos entre las partes. Aplicando este principio a la materia arbitral debemos concluir que, salvo ciertas excepciones, sólo podrán ser partes del arbitraje aquellas personas que hayan suscrito el pacto arbitral.

En la materia arbitral internacional (principalmente en Europa y los Estados Unidos) se han empleado varias teorías para hacer extensivo el contrato arbitral a terceras personas que no lo suscribieron. Estas teorías son: (i) En caso de que un convenio que contenga un pacto arbitral sea incorporado por referencia en otro contrato que no contenga una cláusula de sometimiento a arbitraje, un tercero que no haya suscrito el primer contrato podrá ser obligado a comparecer a un arbitraje relacionado con ese contrato. (ii) Una persona puede someterse a las consecuencias del convenio arbitral si realiza actos relacionados con el convenio que incorpora el pacto arbitral, o si en cualquier forma su conducta se entiende como un sometimiento al convenio arbitral. (iii) Las partes de un convenio arbitral pueden concederle el beneficio a un tercero de ser parte en un proceso arbitral. (iv) Si una sociedad controladora es parte de un contrato de arbitraje, las controladas, los empleados de éstas y sus representantes también son partes del contrato. Resta analizar en otro trabajo la aplicabilidad de éstas y otras teorías en nuestro derecho.

A fin de no tener que discutir si un tercero puede ser parte en el arbitraje, las partes deben de prever estos problemas y obligar a los terceros a ser parte en el arbitraje desde un inicio, ya

sea señalando un reglamento que permita la incorporación de terceros (en ciertos casos), u obligando al tercero a suscribir el convenio arbitral o, con posterioridad, firmando un anexo del mismo por el que el tercero se obligue a comparecer ante el tribunal arbitral y, en consecuencia, a aceptar que el laudo que se dicte le pare perjuicio.

Por lo que hace a la consolidación, la mayor parte de los reglamentos indican que diversos procesos no podrán consolidarse sin el consentimiento de las partes involucradas. De nueva cuenta, si las partes consideran que pudiera presentarse este problema, pueden señalar en su pacto arbitral la posibilidad (o prohibición) de consolidar los procesos que puedan surgir.

9. Medidas Provisionales

En caso de que las partes redacten esta porción de su contrato, deben de tener en cuenta la legislación del lugar donde se va a ejecutar dicha medida, y los tiempos en que las partes podrán obtener dichas medidas, así como el proceso para tal efecto. Debe indicarse también si el hecho de solicitar una medida provisional ante una autoridad judicial implica renunciar al proceso arbitral.

En general, los reglamentos de las principales instituciones contienen secciones relacionadas con medidas provisionales. La mayor parte de estos reglamentos aceptan que las partes obtengan estas medidas.

A pesar de que cada país el catálogo de medidas provisionales que un juez puede ordenar varía, en el arbitraje se han adoptado tres posiciones principales: (i) aquéllos que consideran que un tribunal arbitral no puede ordenar ninguna medida provisional que *el juez del lugar del arbitraje* no puede imponer; (ii) los que opinan que el panel solamente puede ordenar las medidas provisionales que *el juez del lugar de ejecución de la misma* puede ejecutar; y (iii) los que manifiestan que los tribunales arbitrales no están sujetos a las limitantes de los jueces del lugar del arbitraje y del lugar de ejecución de la medida.

Adoptemos la posición que sea de estas tres, los tribunales arbitrales en la práctica operan en forma cautelosa al ordenar estas medidas; incluso, muchas veces el panel primero “sugiere” a una parte que otorgue una garantía, o que se abstenga de vender ciertos bienes, etc., sin llamar a eso propiamente *medida provisional*. Sólo en caso de que la parte se oponga vendrá la orden expresa de hacerlo. Sin embargo, esto sucede en raras ocasiones, pues una “sugerencia” del tribunal arbitral es generalmente obedecida (ninguna parte quiere dar la apariencia de estar actuando de mala fe ante el tribunal arbitral), sin importar en ocasiones si dicha “sugerencia” sería ejecutable como *medida provisional* en el lugar del arbitraje o en el de la ejecución de la medida.

Si las partes indican en su pacto arbitral que el panel podrá ordenar cualquier medida provisional solicitada por las partes o enumeran algunas específicas facultando al panel para imponerlas, este último se sentirá mas seguro ordenando su imposición. Igualmente, en ese

caso las autoridades jurisdiccionales de ciertas naciones (en caso de ser solicitada su cooperación) se sentirán más inclinadas a ordenar la ejecución de la medida.

10. El Laudo

Las partes (en caso de que la reglamentación aplicable lo permita) pueden indicar si el laudo debe ser fundado y motivado o sólo debe incluir los resolutivos.

Igualmente pueden indicar si los árbitros deben incluir los considerandos de sus votos particulares o sólo indicar que disienten. Algunos autores consideran que la inclusión de los razonamientos particulares de los votos de la minoría puede constituir una violación de la confidencialidad de las deliberaciones del panel.

El hecho de que en el arbitraje, en su generalidad, el tribunal arbitral emita un laudo final e inatacable ha sido materia de cantidad de aplausos, pero también de quejas y de temores. A pesar de que la doctrina y la mayoría de las legislaciones y reglamentos indican que el laudo emitido por el panel es final, es prudente así indicarlo (aunque sea una reiteración) en el pacto arbitral. El contrato debe indicar que las partes renuncian a todo recurso que proceda en contra del laudo, tanto ante el propio tribunal como ante los juzgados comunes. Esta renuncia sólo aplica para aquellos medios de impugnación del laudo mismo (esto es, del fondo), sin que la misma abarque los recursos que procedan contra la resolución judicial que niegue o conceda la ejecución del laudo.

La ausencia de diversas instancias de ataque al laudo hace que el proceso sea más rápido, pero también que los errores que en el mismo se cometan no sean analizados por un segundo tribunal arbitral o por la autoridad judicial (salvo que caigan dentro de una de las causales señaladas en legislación interna del lugar de ejecución o en las Convenciones internacionales aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos).

Ante esta situación, las partes pueden pactar que otro panel revise el laudo. Dicho recurso podrá implicar que se revise *de novo* todo lo actuado (incluyendo nueva admisión de testigos, documentos y peritos), o solamente sea una revisión limitada del propio laudo. El único ordenamiento arbitral que contiene una revisión automática del laudo es la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convención de Washington, o CIADI), mismo que es aplicable a arbitrajes entre países. En este caso la revisión la realiza un comité ad hoc integrado por tres personas designadas por el Presidente del Consejo administrativo de CIADI, mismas que no serán nacionales de los países en disputa. Asimismo, las causales de anulación del laudo están limitadas, pero su análisis no será materia de este artículo.

A pesar de lo expuesto en relación con las diversas modalidades de ataque al laudo arbitral, pactar un sistema de revisión del fondo del laudo no es recomendable. Si lo que las partes quieren es establecer un sistema de solución de sus controversias en el que existan diversas

etapas de revisión del fondo, lo que deben de hacer es pactar un sometimiento a las leyes y tribunales de una nación específica. Incurrir en los gastos y honorarios que implica tramitar un arbitraje, así como preocuparse por su conducción y desenvolvimiento para después acudir ante otro panel arbitral o una autoridad judicial para revisar si el primer tribunal arbitral actuó apegado a derecho es costoso, incongruente y extremadamente lento. El arbitraje debe de aceptarse con sus cualidades y con sus riesgos, pues no se puede tener lo mejor de los dos mundos.

11. Reconocimiento y Ejecución del Laudo

En esta sección voy a volver a tocar varios de los temas ya analizados, pero ahora desde la perspectiva de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958). La Convención de Nueva York facilita la ejecución de laudos arbitrales, y, a la larga, ha traído como consecuencia que sea más fácil ejecutar un laudo arbitral que una sentencia judicial. Esta Convención tiene varios artículos que remiten a las partes al contrato arbitral. Algunas de las implicaciones de la Convención de Nueva York son las siguientes:

Lugar de arbitraje. La Convención de Nueva York contiene la posibilidad de que las partes se reserven la facultad de ejecutar solamente aquellos laudos emitidos en naciones parte de la propia Convención (reserva de reciprocidad). Hasta 1998, 86 de los 116 países partes de la Convención (casi 75%) habían hecho dicha reserva. Por lo mismo, lo más recomendable es que el arbitraje sea llevado a cabo en una nación parte de la Convención.

Laudo anulado en su lugar de emisión. De conformidad con el artículo V(1)(e) de la Convención, el laudo podrá no ser reconocido y ejecutado si el mismo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en donde el laudo fue emitido. Las partes deben estar seguras que el poder judicial del lugar del arbitraje ve con buenos ojos a este medio de solución de controversias.

Nulidad del laudo fundada en la ley del lugar de arbitraje. El mismo artículo V(1)(e) indica que el reconocimiento y ejecución podrá ser negado si el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país conforme a cuya ley ha sido dictado el laudo. La interpretación internacional señala que “a cuya ley” hace alusión a la ley procesal, por lo que las partes deben de tener cuidado en que la ley procesal aplicable en su proceso arbitral sea la de un país favorable al arbitraje, donde existan pocas probabilidades de obtener la suspensión o nulidad del laudo.

Constitución del tribunal arbitral. Como ya señalé, en caso de que las partes pacten ciertas especificaciones para los miembros del panel (ej. “El árbitro deberá ser un abogado de prestigio reconocido...”), las mismas deben ser claras, pues de lo contrario la parte perdedora podrá alegar que la constitución del tribunal arbitral no se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes (¿Quién determina que un abogado es de prestigio reconocido?) y, en consecuencia, con fundamento en el artículo V(1)(c) de la Convención su reconocimiento y ejecución podrá ser negado.

Éstos y muchos otros detalles pueden acarrear la nulidad del laudo o la negación de su reconocimiento y ejecución. Las partes y sus abogados pueden ahorrarse muchos dolores de cabeza y pérdidas de tiempo y de dinero redactando una cláusula lo más clara y específica posible para cada caso concreto, tomando en cuenta las necesidades y requisitos previsibles al momento de contratar la resolución de disputas mediante un método alternativo de solución de controversias.

12. Bibliografía

Aibel, Howard J., y George H. Friedman, *Drafting Dispute Resolution Clauses in Complex Business Transactions* en *Dispute Resolution Journal*, 51:1. P. 17 *et seq.* 1996.

American Arbitration Association, *Drafting Dispute Resolution Clauses – A Practical Guide*. Estados Unidos de América.

Anderson, Cerrisse, *Choice of Arbitration Forum Unenforceable* en *New York Law Journal*. Agosto 14 de 1998.

Arias, Ricardo, *Examen Comparativo de Reglas de Arbitraje Comercial*, sin publicar (al 15 de diciembre de 1998).

Berger, Claus Peter, *International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* en *American Journal of Comparative Law*. Número 46. P. 129 *et seq.* 1998.

Boeglin, Marcus C., *The Use of Arbitration Clauses in the Fields of Banking and Finance* en *Journal of International Arbitration*. Volumen 15, Número 3. P. 20 *et seq.* 1998.

Carbonneau, Tom, *Cases and Materials on Commercial Arbitration*, Nueva York, Juris Publishing, Inc., 1997.

Coe Jr., Jack J., *International Commercial Arbitration: American Principles and Practice in a Global Context*, Nueva York, Transnational Publishers, Inc., 1997.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), *Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional*.

_____, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral*, Viena, CNUDMI, 1997.

Cooley, John W., y Steven Lubet, *Arbitration Advocacy*, Indiana, National Institute for Trial Advocacy, 1997.

- Craig, W. Laurence, William W. Park, y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Paris, ICC Publishing, S.A., 1990.
- Cuartero Rubio, María Victoria, *El Recurso de Anulación Contra el Laudo Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional*, Eurolex, Madrid, 1997.
- Delaume, Georges R., *Choice-of-Forum and Arbitration Clauses in the United States* en *Journal of International Arbitration*. Volumen 13, Número 1. P. 81 *et seq.* 1998.
- Derains, Yves, y Eric A. Schwartz, *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, La Haya, Kuwer Law International, 1998.
- Díaz, Luis Miguel, *Arbitraje: Privatización de la Justicia*, México, Editorial Themis, 1998.
- Gaillard, Emmanuel, *Validity and Scope of Arbitration Agreement* en *New York Law Journal*. Agosto 4 de 1998.
- Giardina, Andrea, *ICSID: A Self-Contained, Non-National Review System* en *International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?* Compilado por Richard B. Lillich y Charles N. Brower. Transnational Publishers, Inc. P. 199 *et seq.* 1994.
- Graham Tapia, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial: un Análisis a Partir de la Ley Modelo*, Tesis para Optar por el Diploma de Doctorado, 1998.
- Hunter, Martin, Jan Paulsson, Nigel Rawding, y Alan Redfern, *The Freshfields Guide to Arbitration and ADR*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, Roma, UNIDROIT, 1995.
- Lorca Navarrete, Antonio María, *Manual de Derecho del Arbitraje*, Madrid, Dykinson, 1997.
- Lowenfeld, Andreas F., *Can Arbitration Coexist with Judicial Review? – A Critique of Lapine v. Kyocera*, 3 *ADR Currents* 3. P. 1 *et seq.* Septiembre de 1998.
- Ly, Filip De, *Current Issues in Internal Commercial Arbitration: The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning* en *Journal of International Law & Business*. Número 12. P. 48 *et seq.* 1991.
- McDermott III, Stanley, y Michael R. Hepworth, *Agreements for Expanded Judicial Review of Arbitration Awards* en *New York Law Journal*. Marzo 12 de 1998.

- Muller, Eva, *Fast-Track Arbitration* en Journal of International Arbitration. Volumen 15, Número 3. P. 5 *et seq.* 1998.
- Peter, James T., *Med-Arb in International Arbitration* en The American Review of International Arbitration. Número 8. P. 83 *et seq.* 1997.
- Portilla Robertson, Carlos, *La Corte Internacional de Arbitraje de la CIC y la Cláusula Arbitral* en Boletín Informativo del CAMECIC. Número 25. P. 47 *et seq.* 1998.
- Pryles, Michael, *Assesing Dispute Resolution Procedures* en The American Review of International Arbitration. Número 7. P. 267 *et seq.* 1996.
- Raghavan, Vikram, *Heightened Judicial Review of Arbitral Awards* en Journal of International Arbitration. Volumen 15, Número 3. P. 103 *et seq.* 1998.
- Reisman, W. Michael, W. Laurence Craig, William Park, and Jan Paulsson, *International Commercial Arbitration: Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*, Westbury, The Foundation Press, Inc., 1997.
- Sikiric, Hrvoje, *Selection of the Place of Arbitration* en Croatian Arbitration Yearbook. Número 3. P. 7 *et seq.* 1996.
- Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, México, Perezniето Editores, 1994.
- Siqueiros, José Luis, *La Nueva Regulación del Arbitraje en el Código de Comercio* en El Foro. Octava Época, Tomo II, Número 1. P. 157 *et seq.* 1989.
- Smit, Hans, y Vratislav Pechota, *A Chart Comparing International Commercial Arbitration Rules*, Estados Unidos de América, Sweet & Maxwell y Juris Publishing, Inc., 1998.
- Trachte-Huber, E. Wendy, y Stephen K. Huber, *Alternative Dispute Resolution: Strategies for Law and Business*, Cincinnati, Anderson Publishing Co., 1996.
- Treviño, Julio C., *La Nueva Legislación Mexicana sobre Arbitraje Comercial* en Revista de Derecho Privado. Año 6, Número 17. P. 35 *et seq.* 1995.
- Wortmann, Beda, *Choice of Law by Arbitrators: The Applicable Conflict of Laws System* en Arbitration International. Volumen 14, Número 2. P. 97 *et seq.* 1998.
- Zamora Etcharren, Rodrigo, *Reformas 1998 a Distintos Ordenamientos de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional* en Boletín Informativo del CAMECIC. Número 25. P. 57 *et seq.* 1998.