

PERSONALIDAD Y PARTES CONFORME A LA LEY MODELO DE LA UNCITRAL SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL *

Por el doctor Carlos ARELLANO GARCÍA
Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

1. LA CODIFICACIÓN

La expresión “codificación” significa “la acción y efecto de codificar”.¹ Codificar es una palabra compuesta que deriva de las voces latinas *codex*, *codicis* y *facere* traducidas al castellano como “código” y “hacer”.² A su vez, entendemos por “código” un cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático.³ Por tanto, codificar es “hacer o formar un cuerpo de leyes metódico y sistemático”.⁴

En la tarea codificadora, en concepto nuestro, se intenta reunir, en un solo cuerpo de leyes, reglas normativas que se hallan dispersas.⁵ También en el esfuerzo codificador suele intentarse recopilar en un solo ordenamiento los principios generales jurídicos referentes a una determinada materia dándole forma de legislación interna o internacional.⁶

El Código de los Hititas, el Código de Hamurabi, las Leyes de Manú, las Leyes de Licurgo, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas, el Código de Federico de Prusia, el Código de Justiniano y el Código de Napoleón, son ejemplos de la tendencia innegable, en las diversas ramas del Derecho, de concretar, en un cuerpo de leyes, las fórmulas jurídicas fundamentales que rigen las relaciones humanas.⁷

La actividad codificadora puede emprenderse por varios países en aquellas materias que, como el arbitraje comercial internacional, rebasan las

* Ponencia presentada en el IX Simposio sobre el tema: “LA ONU Y LA NUEVA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL”. Academia de Arbitraje Comercial Internacional.

¹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1970, p. 318.

² *Idem.*

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵ Cfr. Carlos ARELLANO GARCÍA, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Porrúa, S. A., 7ª edición, México, 1984, p. 88.

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, pp. 88-89.

fronteras de un solo país. Igualmente, un solo país puede intentar la labor codificadora. Una tercera fórmula de la tendencia codificadora es la que lleva como sujeto activo a un organismo internacional.

Ha habido ocasiones en las que los intentos codificadores han partido de diversos orígenes: iniciativas extraoficiales, iniciativas científicas, proyectos colectivos ó individuales de estudiosos y labores colectivas realizadas por asociaciones, congresos o conferencias.

La codificación internacional es susceptible de ser clasificada, según la manera de realizarse y según el contenido de los preceptos del cuerpo de leyes que se pretende obtener.⁸

Desde el punto de vista de la manera de lograrse la codificación existen dos sistemas codificadores:

1. Del centro a la periferia;
2. De la periferia al centro.

Primer sistema: Los diversos Estados que intervienen en la codificación establecen las bases generales (centro) a las que han de sujetar esos Estados sus legislaciones internas (periferia). Este sistema tiene la ventaja de que la norma jurídica internacional es adaptable a las necesidades e idiosincracia de los Estados signatarios del tratado que establece las bases generales pero, tiene el inconveniente de que la unificación de reglas jurídicas es muy precaria puesto que, en definitiva, la difusión vuelve a imperar al legislarse internamente sobre lo estatuido en forma general en esas bases generales.⁹

Segundo sistema: Los diversos Estados que intervienen en la codificación tienen, en sus respectivos órdenes jurídicos internos, disposiciones disímbolas (periferia) que serán sustituidas por disposiciones contenidas en una convención internacional (centro). Este sistema tiene la ventaja de lograr una auténtica unificación pero, presenta el inconveniente de la falta de firmas, o la falta de ratificaciones, o la de formulación de reservas, así como las denuncias al tratado.¹⁰

En cuanto al punto de vista del contenido de las disposiciones que se pretende tenga el Código deseado, también observamos dos tendencias:¹¹

1. Una que pretende un ordenamiento material en el que se establecerían preceptos que sustituirían a los ordenamientos nacionales en el momento mismo en que surgiera el conflicto internacional de normas jurídicas por su simultánea vigencia espacial. Esta tendencia llevaría a realizar, en materia internacional, tantos cuerpos de leyes como materias

⁸ Cfr. Carlos ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 89-90.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Cfr. Quintín ALFONSÍN, *Dos Estudios de Derecho Internacional Privado*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, p. 40. Cfr. Carlos ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, p. 90.

jurídicas requiriesen una reglamentación y prácticamente abarcaría todas las ramas del Derecho. La actividad auspiciada por esta tendencia sería elaborar una serie de códigos de las diversas ramas del Derecho para aplicarlos en sustitución a los ordenamientos estatales al surgir el conflicto de leyes y establecer la regla de la sustitución ante el conflicto de leyes. La meta de esta tendencia es lejana, como lejano es el supuesto de que los países se pongan de acuerdo sobre el contenido de estos códigos.

2. Otra tendencia, pretende un ordenamiento formal en el que sólo se señalarían reglas de elección de las normas jurídicas aplicables a los conflictos de leyes sobre las diversas materias, remitiendo, en cuanto al contenido de las normas aplicables, al sistema jurídico nacional que ha de prevalecer.

2. FUNCIONES CODIFICADORAS DE LAS NACIONES UNIDAS

Desde el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas se manifiesta la preocupación de ese alto organismo internacional por la existencia de normas jurídicas que regulen a la comunidad internacional, en efecto, se dice en el Preámbulo:

“Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas
resueltos

“a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.”¹²

Posteriormente, en el apartado relativo a “Propósitos”, el artículo 1º párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas establece:

“...lograr por medios pacíficos y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamiento de la paz”.

De manera expresa, la Carta de las Naciones Unidas, en el artículo 13 previene la intervención de las Naciones Unidas, a través de la Asamblea General, en la tarea codificadora:

“Artículo 13.

“1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

“a. fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación.”

¹² Párrafo tercero.

En el auxilio a los diversos órganos de las Naciones Unidas, el artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas, en su párrafo 2, previene:

“2. Se podrán establecer, de acuerdo con las disposiciones de la presente Carta, los órganos subsidiarios que se estimen necesarios.”

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas hace referencia a organismos especializados en los artículos 57 y 63:

“Artículo 57

“1. Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del Artículo 63.

“2. Tales organismos especializados así vinculados con la Organización se denominarán en adelante ‘los organismos especializados’.

“Artículo 63

“1. El Consejo Económico y Social podrá concertar con cualquiera de los organismos especializados de que trata el Artículo 57, acuerdos por medio de los cuales se establezcan las condiciones en que dichos organismos habrán de vincularse con la Organización. Tales acuerdos estarán sujetos a la aprobación de la Asamblea General.

“2. El Consejo Económico y Social podrá coordinar las actividades de los organismos especializados mediante consultas con ellos y haciéndoles recomendaciones; como también mediante recomendaciones a la Asamblea General y a los Miembros de las Naciones Unidas”.

En lo que atañe a la codificación del Derecho Mercantil Internacional, ha surgido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Según Resolución 2102 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1965, con motivo del informe rendido por el Secretario General de las Naciones Unidas sobre el modo de provocar el desarrollo del Derecho Mercantil, se recomendó crear la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.¹³

La Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1966, refrendó la recomendación de crear la citada Comisión.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional está integrada por veintinueve miembros y tiene como funciones promover la armonización y unificación progresiva del Derecho Mercantil Internacional. Se ha ocupado de diversos temas, entre los que señalamos:

¹³ Cfr. Modesto SEARA VÁZQUEZ, *Tratado General de la Organización Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 442-443.

Compraventa de mercaderías, pagos internacionales, arbitraje comercial, reglamentación del tráfico marítimo y asistencia en Derecho Mercantil Internacional. Para el mejor desempeño de sus funciones suele integrar grupos de trabajo.

3. NATURALEZA DE LA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La naturaleza de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuyo Proyecto de Texto ha sido elaborado por un Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), la derivaremos del análisis de sus respectivas características:

A) *Ley Modelo*. La palabra “modelo” procede del vocablo latino *modello*, que a su vez deriva de la voz latina *modelus* que significa “molde”. Modelo es el “ejemplar o forma que uno se propone y sigue en la ejecución de una obra artística o en otra cosa”. En otra acepción, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española,¹⁴ “en las obras de ingenio y en las acciones morales, ejemplar que por su perfección se debe seguir e imitar”.

En seguimiento a su denominación, derivamos que el Proyecto de Texto de una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional persigue como objetivo que la Ley que proyectan sirva de ejemplo al legislador interno para que, dentro de los cauces que propone la Ley Modelo emitan internamente una Ley que tenga el mismo texto en sus disposiciones o un texto lo más similar que sea posible.

Lo anterior quiere decir que, el grado de acercamiento al texto de la Ley Modelo por cada legislador interno será variable de uno a otro país y que, para conocer la situación de cada país debe consultarse el texto de la ley interna.

Por tanto, aunque haya servido de modelo la misma Ley Modelo para las leyes internas de diversos Estados es posible que haya discrepancia entre ellas lo que dará pábulo al conflicto de leyes en el espacio.

Estimamos que si el propósito es eliminar el conflicto de leyes, por una parte, y por la otra, es lograr la unificación y codificación de las normas jurídicas, no es muy afortunado el sistema de “ley modelo”. Nosotros preferimos el sistema de celebración de tratados internacionales.

B) *Ley uniforme*. Si son funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional “promover la armonización y unificación progresiva del Derecho Mercantil Internacional”, juz-

¹⁴ *Op. cit.*, p. 891.

gamos que hubiera sido más acertado darle al Proyecto de Ley elaborado la naturaleza de una ley *uniforme*.

En efecto, la ley uniforme sustituye a las leyes internas de los Estados que han aceptado la ley uniforme en la materia o materias reguladas por esa ley uniforme. De esa manera, se obtiene mayor armonización y unificación.

Eduardo GARCÍA MÁYNEZ,¹⁵ al clasificar las normas jurídicas desde el punto de vista del sistema a que pertenecen menciona las normas nacionales y extranjeras y agrega: "Pero puede ocurrir que dos o más Estados adopten (mediante un tratado) ciertas normas comunes, destinadas a la regulación de determinadas situaciones jurídicas. A esas normas se les da entonces la denominación de derecho uniforme." De estas consideraciones desprendemos que, a diferencia de la ley modelo, la denominada ley uniforme es un tratado internacional que consigna las normas que se aplican en sustitución de las normas nacionales, cuando la situación concreta rebasa las fronteras de un solo Estado.

Ya hemos aseverado que la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en estudio no es una Ley Uniforme sino una Ley Modelo.

C) *Ley comercial*. Bajo la perspectiva de la materia que regula, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional que nos ocupa es una ley que se ocupa de la materia comercial.

En efecto, en el parágrafo 1) del Artículo 1, al fijar el ámbito de aplicación de la ley, se indica literalmente:

La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional...

Además, el propio título de la ley alude a lo comercial.

En un asterisco aclarador, al pie de la primera página del Proyecto de Texto de la Ley Modelo que analizamos, se indica el alcance del término "comercial":

Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial. Las relaciones de índole comercial incluyen las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

¹⁵ *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, S. A., 30ª edición, México, 1979, p. 79.

Sobre el particular, estimamos que, el concepto de lo comercial no debió haber quedado en un asterisco a pie de página sino que lo ideal hubiera sido que se incluyese en las definiciones y reglas de interpretación contenidas en el artículo 2 de la Ley en estudio.

De cualquier manera, al lado del sistema enunciativo de las relaciones de índole comercial faltó el concepto genérico de lo comercial que pudo haberse caracterizado por el carácter de sujetos comerciantes, por la realización de actos en masa o por el ánimo de lucro.

D) *Proyecto de Ley*. Al conocer el texto del documento A/C.N. 9/746, con su texto en idioma español, examinamos su título: "Proyecto de Texto de una Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional en su forma aprobada por el grupo de Trabajo". De tal título derivamos que se está en presencia de un Proyecto de Texto, por tanto, serán de mayor valor las observaciones constructivas y fundadas que se hagan ya que pueden ser consideradas y lograr obtener una superación en el texto definitivo.

En todo proyecto se lanza una perspectiva hacia futuro, para el logro en adelante de algo. Por tanto, al tratarse de un proyecto, el logro futuro de la intención actual podrá implicar perfeccionamiento. He allí la utilidad del examen que ahora hace el IX Simposio sobre "La ONU y la nueva Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial".

E) *Ley Internacional*. Expresamente, el Artículo 1, parágrafo 1, de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, menciona que la ley se aplicará al arbitraje comercial internacional.

Dada la importancia que le corresponde al carácter internacional de la ley, el parágrafo 2 del aludido Artículo 1, se ocupa de señalar en tres incisos cuando el arbitraje es internacional:

- 2) 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 que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - 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) la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada de algún otro modo con más de un Estado.

Si la problemática motivo de la Ley Modelo es internacional como se deriva del precepto transcrito, juzgamos que es un desacierto darle una solución interna a través de una ley modelo que servirá para orientar al legislador interno. Cuando la problemática es internacional, la mejor ma-

nera de atenderla es a través de soluciones internacionales y la fórmula ideal son los tratados internacionales y no las leyes internas.

Solamente cuando haya la imposibilidad del acuerdo internacional consignado en el tratado internacional se justificaría la ley interna apegada a una ley modelo.

F) *Ley procesal*. En la caracterización de la Ley Modelo que estudiamos y respecto de la cual tenemos la preocupación de determinar su naturaleza jurídica cabe que destaquemos su aspecto eminentemente procesal. En efecto, el arbitraje es una antigua fórmula de dirimir controversias y la Ley Modelo materia de nuestro estudio se ocupa preferentemente de regular el arbitraje comercial internacional.

Para que no haya duda de su trascendente carácter procesal, basta que mencionemos que los diversos preceptos de la ley se ocupan de tópicos eminentemente adjetivos, entre los que señalamos los siguientes:

a) El órgano del sistema judicial de un país al que se denomina simplemente "tribunal";

b) El órgano decisor de las controversias sometidas al arbitraje, al que se le designa como "tribunal arbitral" y que puede ser un solo árbitro o una pluralidad de árbitros;

c) Envío de un asunto por el tribunal de un Estado a un tribunal de arbitraje si una de las partes lo solicita y existe acuerdo válido sobre arbitraje;

d) Solicitud ante el tribunal de un Estado conceda medidas cautelares provisionales;

e) Composición del tribunal arbitral;

f) Nombramiento de los árbitros;

g) Recusación de los árbitros;

h) Imposibilidad del ejercicio de funciones de árbitros;

i) Nombramiento de árbitros sustitutos;

j) Competencia del tribunal arbitral;

k) Sustanciación de las actuaciones arbitrales;

l) Lugar del arbitraje;

m) Idioma para las actuaciones arbitrales;

n) Requisitos de la demanda y de la contestación;

o) Audiencias y actuaciones por escrito;

p) Rebeldía de una de las partes;

q) Nombramiento de peritos;

r) Auxilio judicial para la práctica de pruebas;

s) Decisión judicial;

t) Transacción;

u) Forma y contenido del laudo;

v) Corrección del laudo arbitral;

w) Impugnación del laudo;

- y) Reconocimiento y ejecución de los laudos;
- z) Motivos para denegar el reconocimiento o ejecución de los laudos arbitrales.

G) *Ley parcialmente conflictual*. En las relaciones comerciales internacionales, los sujetos de la operación comercial pueden estar sujetos a dos o más leyes internas que se hallan en situación conflictiva.

El conflicto de leyes se caracteriza por la vigencia simultánea de dos o más normas jurídicas de países distintos que pretenden regir una sola situación concreta. Ante este conflicto de leyes, se requiere su solución mediante una norma jurídica conflictual que determine cuál de esas leyes en conflicto es la que deberá aplicarse.

En la hipótesis de una ley uniforme, cuando surge el conflicto de leyes no se aplica ninguna de las normas en conflicto, en lugar de ellas se le da vigencia a la norma de Derecho uniforme.

En la hipótesis de una ley modelo, al surgir el conflicto de leyes, en lugar de aplicar la norma interna de vigencia para transacciones nacionales se aplicará la norma interna de vigencia para transacciones internacionales pero, puede subsistir el conflicto de leyes entre las dos leyes internas acopladas a la ley modelo para transacciones internacionales.

Esporádicamente en la Ley Modelo cuyo Proyecto estudiamos, encontramos normas típicamente conflictuales:

a) Elección de las normas que rijan el procedimiento: el artículo 19 concede a las partes la facultad de convenir el procedimiento y a falta de ese procedimiento, la elección de las normas de procedimiento la hará el tribunal arbitral:

b) Elección del idioma, el artículo 22 permite escoger a las partes el idioma, a falta de acuerdo de las partes el tribunal arbitral elige el idioma de las actuaciones;

c) Normas aplicables al fondo del litigio. El artículo 28 determina que el tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. A falta de indicación de ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicable;

d) A juicio nuestro, es un acierto la manera como la Ley Modelo da solución al posible problema del reenvío. Cuando las partes han escogido normas de fondo para resolver el conflicto, el tribunal arbitral aplicará el derecho sustantivo del Estado de que se trate y no aplicará las normas de conflicto de leyes (Artículo 28, inciso 1);

e) El orden público puede constituir un obstáculo para la vigencia de la ley extraña individualizada en el laudo arbitral, tal y como lo previene el inciso b), sub-inciso ii) del párrafo 2) del artículo 34 de la Ley Modelo en estudio.

f) También se invoca el orden público en el artículo 36, inciso b), sub-

inciso ii) como un motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral.

g) Aunque no se le designa como tal la norma de aplicación inmediata puede ser un motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, según el sub-inciso i) del inciso b) del artículo 36 de la Ley Modelo materia de nuestro estudio.

h) *Ley supletoria.* Numerosos preceptos de la Ley Modelo confirman que se trata de una ley supletoria de la voluntad de las partes. Cuando las partes han sido omisas en la regulación voluntaria del arbitraje, en cualquiera de sus facetas, la Ley Modelo tiene aplicabilidad.

Sería prolijo analizar todos los preceptos que aluden al acuerdo de las partes, porque la mayoría lo hacen.

Solamente, a guisa de ejemplo, citaremos algunas disposiciones que corroboran el aspecto supletorio de la ley en cuanto a la prevalencia de la autonomía de voluntad de las partes:

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 árbitros.
- 3) A falta de tal acuerdo...

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...

Artículo 18. *Medidas provisionales cautelares*

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía para cubrir el costo de esas medidas.

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.
- 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que con-

sidere 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.

4. CONCEPTO DE PARTE

En su significación gramatical la expresión "parte" es un vocablo latino *pars, partis* que alude a la porción indeterminada de un todo.¹⁶ En otra acepción *parte* se refiere a "cada una de las personas que contratan entre sí o que tienen participación o interés en un mismo negocio".¹⁷ En su uso forense, "parte" es "el que litiga, se muestra parte o se persona en un pleito".¹⁸

Por tanto, dentro del proceso, que es el todo, la parte será la porción del proceso. El proceso puede dividirse en diversas porciones desde diversos ángulos pero, cuando en un proceso se emplea la palabra "parte" se hace referencia a los elementos subjetivos que deben concurrir ante el órgano jurisdiccional para que se diga el derecho respecto de ellos en la cuestión principal.¹⁹

De los diversos sujetos que pueden intervenir en el proceso, como son el juez, el secretario de acuerdos, el secretario actuario, los empleados públicos, los testigos, los peritos, los auxiliares de la administración de justicia, los abogados, el actor, el demandado, los terceros venidos a juicio, en su caso, solamente se le atribuirá el carácter de partes al actor y al demandado, quienes han planteado ante el órgano jurisdiccional las posturas antagónicas de la controversia, que es la materia principal a decidirse dentro del proceso.²⁰

En concepto de Giuseppe CHIOVENDA²¹ *parte* es "aquel que pide en su propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de la voluntad de la ley, y aquel frente al cual es pedida".

En esta definición hay un fondo de verdad, el actor o el demandado, directamente, o por conducto de la persona que los representa, solicitan la actuación del órgano jurisdiccional, mismo que ha de proceder conforme

¹⁶ *Diccionario de la Lengua Española, op. cit.*, p. 989.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Cfr. Carlos ARELLANO GARCÍA, Teoría General del Proceso*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1980, p. 171.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. II, p. 284.

a lo dispuesto por la ley. No obstante, no nos afiliamos a este concepto en atención a que existen varios elementos que pudieran producir inexactitud, a saber: ²²

a) Puede suceder que un tercero, perito en el juicio, pretenda el pago de sus honorarios por los servicios prestados al emitir su dictamen y aportar conocimientos técnicos o científicos. Los reclama ante el juez del proceso en el que elaboró su dictamen. Pretende que es deber de una de las partes o de ambas pagarle. En su propio nombre hace la reclamación y pide la actuación de la voluntad de la ley. Sin embargo, no es parte, pues el pago de sus honorarios no es el tema central del debate en el proceso.

b) Se alude a la actuación de una voluntad de la ley. Es el caso que, frecuentemente, la fuente aplicable al debate principal planteado ante el órgano jurisdiccional no es la ley, sino una disposición jurisprudencial o un derecho contractual que contiene normas jurídicas individualizadas obligatorias para las partes en un contrato o en un convenio.

c) No actúa la voluntad de la ley. Quien actúa es el órgano jurisdiccional que deberá apegarse a las disposiciones normativas que lo obligan.

En concepto nuestro, parte en el proceso es la persona física o moral que, en relación con el desempeño de la función jurisdiccional, recibirá la dicción del derecho, respecto a la cuestión principal debatida. ²³

Son elementos del concepto propuesto:

a) Como partes en el proceso concurren personas físicas o morales. Naturalmente que las personas morales serán todas aquellas a las que el derecho vigente les confiere esa personalidad de entes jurídicos, capaces de derechos y obligaciones. Dado que las personas morales carecen de sustantividad psicofísica comparecerán en el proceso representadas por quienes tienen la representación legal de esos entes sociales. Tanto las personas físicas como las morales podrán comparecer a través de sus representantes voluntarios que acreditarán su personalidad con el documento en el que conste el correspondiente mandato mediante el cual se confiere la calidad de apoderado. El documento acreditativo de representación deberá sujetarse a las normas aplicables que establecen la representación necesaria y la representación voluntaria. Habrá personas físicas que tienen capacidad de goce pero que en atención a que carecen de capacidad de ejercicio, como los menores de edad, requerirán de la representación forzosa.

b) La función jurisdiccional, desde el punto de vista material, consiste en la adecuación de la norma jurídica abstracta, impersonal, ge-

²² Cfr. Carlos ARELLANO GARCÍA, *Teoría General del Proceso*, op. cit., pp. 171-172.

²³ *Idem*, pp. 172-173.

neral, a la situación concreta en la que existen posiciones concretas controvertidas.

Es verdad que, en ocasiones el juzgador aplica normas jurídicas individualizadas, únicamente obligatorias para las partes, como pueden ser las contenidas en un contrato celebrado entre ellas pero, habrá normas generales que permitan al juzgador basarse en esas normas individualizadas. También es cierto que, en algunas ocasiones el juzgador deberá realizar un papel creador del derecho, que regirá a las partes y que resolverá la controversia entre partes. La facultad del juez para actuar como un legislador, creador de la norma individualizada que resolverá la controversia entre partes, está establecida en una norma jurídica general que le confiere al juzgador el papel de legislador concreto.

En la aplicación de la norma jurídica general y de la norma jurídica individualizada, en su caso, se tomarán en cuenta las situaciones peculiares que, en el proceso, han desplegado las partes y que, en el desempeño de la función jurisdiccional, desde el punto de vista material, se hallarán en una situación de antagonismo, de oposición, de controversia.

c) La parte, concurra o no al desenvolvimiento del proceso, aunque siempre debe concedérsele la oportunidad de concurrir a defender sus derechos, recibirá de parte del juzgador la dicción del derecho.

En la dicción del derecho habrá un pronunciamiento del juzgador que vinculará jurídicamente a las partes, quienes, una vez que es inimpugnable el fallo final, habrán elucidado definitivamente la controversia y sólo restará el cumplimiento voluntario o la ejecución forzada de la resolución ejecutoria.

d) En el curso del proceso puede haber dicción del derecho sobre cuestiones incidentales o sobre cuestiones planteadas por terceros que han sobrevenido al proceso pero, no serán partes los otros sujetos intervinientes puesto que sólo es parte quien ha tenido el carácter de sujeto de derechos en la cuestión principal debatida.

e) En el concepto de parte no hemos incluido el impulso procesal de las partes puesto que, puede darse el caso de que éste sea dado por el propio juez cuando está facultado para actuar oficiosamente.

f) Cuando mencionamos la dicción del derecho, no nos referimos a alguna fuente en particular pues, el derecho aplicable puede tomarse de alguna de las fuentes formales, como pueden ser las normas sustantivas, las normas adjetivas, contenidas en la ley, la jurisprudencia, el reglamento, el tratado internacional, la sentencia, el contrato, el convenio, etcétera.

g) La parte recibe la dicción del derecho, haya actuado directamente o haya actuado representada en forma necesaria cuando sea una persona moral o una persona física con incapacidad de ejercicio, o haya actuado con representación voluntaria. También recibe la dicción del derecho

cuando tuvo oportunidad de concurrir a defender sus derechos y estuvo en rebeldía, sin hacer valer sus derechos.

h) En el concepto propuesto no aludimos al obrar en el proceso pues, el juez actúa en el proceso y no es parte. Además, en el proceso, un sujeto no perderá su carácter de parte por el hecho de abstenerse de obrar en el proceso.

i) En el concepto sugerido no hemos involucrado a la relación jurídica pre-existente pues puede darse el carácter de parte a quien no intervino en esa relación jurídica como por ejemplo, cuando se da el carácter de parte al Ministerio Público.

j) No hemos establecido limitación cuantitativa pues, en un solo proceso, varias personas tienen el carácter de parte, en ciertas ocasiones de litisconsorcio.

k) La diferencia específica entre quienes son partes y otros sujetos del proceso está en el hecho de que, en la dicción del derecho sólo recibirán tal dicción quienes son partes en la cuestión principal.

l) No todos los sujetos que intervienen en el proceso son partes.

5. DIFERENTES CLASES DE PARTES

En un proceso pueden concurrir diversas especies de partes, a saber:

- Personas físicas;
- Personas morales;
- Menores de edad;
- Incapacitados;
- Ausentes e ignorados;
- Sucesiones;
- Extranjeros;
- Agentes diplomáticos;
- Agentes consulares;
- Concursos;
- Quiebras.

6. CAPACIDAD DE GOCE Y DE EJERCICIO EN EL PROCESO

La aptitud para intervenir en el proceso como parte es la capacidad de goce que tiene la persona física o moral para deducir derechos propios en una situación controvertida que requiere el desempeño de la función jurisdiccional. Si no deduce los derechos, de todas maneras ha tenido la capacidad de goce. En efecto un sujeto tiene la capacidad de goce aunque no la ejercite por sí mismo, no por conducto de quien lo represente.

Quien posee la aptitud para ejercitar derechos en el proceso puede tener o carecer de la aptitud para ejercitarlos directamente. Los que tienen al lado de la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio pueden ejercitar por sí mismos los derechos en el proceso. Pero, los que tienen la capacidad de goce en el proceso y carecen de la capacidad de ejercitarlos en el proceso, por sí mismos, pueden obtener la representación de personas capacitadas que puedan representarlos. Si quien posee la capacidad de goce no tuviera la capacidad de ejercicio, aunque sea a través de quien lo representa, vería nulificada su capacidad de ejercicio. Por ello, hemos dejado asentado que hay sujetos que, ante su incapacidad, tienen la posibilidad de ejercitar sus derechos en juicio, a través de quien tiene una representación permitida por la ley.²⁴

Quienes intervienen directamente en el proceso, lo pueden hacer en nombre propio y entonces son partes, con capacidad de goce y de ejercicio. Cuando lo hacen a nombre de su representado, tienen una facultad de representación que permite a sus representados intervenir por conducto de ellos en el proceso, complementando su capacidad de goce. En esta última hipótesis la parte no lo es el representante sino la persona representada.

Por otra parte, es conveniente precisar que, quienes tienen capacidad de goce y de ejercicio en la materia procesal pueden hacerse representar en juicio en una representación voluntaria. Quienes tienen capacidad de goce procesal y no tienen capacidad de ejercicio procesal tienen el deber de hacerse representar en juicio. A esta representación la llamaríamos forzosa pues, es imprescindible para comparecer en juicio.

Acerca de los entes colectivos, estimamos que, tienen capacidad de goce procesal puesto que se les puede considerar como partes pero, no tienen capacidad de ejercicio procesal puesto que no pueden comparecer directamente sino sólo a través de su representación legal.

En concepto nuestro, la incapacidad de ejercicio no entraña la incapacidad procesal pues, el incapaz puede ser parte en el juicio. Por tanto, tiene la capacidad de goce procesal. Si es incapaz no puede intervenir directamente en el juicio, sino que requiere de la representación. Por tanto, carece de la capacidad de ejercicio y de esa manera, la capacidad de goce se complementará con la representación para que pueda actuar a través del representante necesario.

7. LEGITIMACIÓN

Gramaticalmente la legitimación es la acción de legitimar. A su vez, legitimar es probar que algo está conforme a la ley; también es reunir

²⁴ *Ibidem*, p. 201.

los requisitos legales para que algo esté conforme a la ley, como cuando se legitima a un hijo.²⁵

Para nosotros la legitimación es una cualidad que corresponde a las partes en el proceso y a sus representantes para poder actuar válidamente en el proceso, por derecho propio o en representación de otro.

Englobamos en el concepto anterior los siguientes elementos:

a) El género próximo que atribuimos a la legitimación es el de una cualidad, una virtud, una atribución que ha de corresponder a un sujeto determinado. En el proceso, ha de examinarse si quien tiene una determinada pretensión, en nombre propio o ajeno, posee la cualidad de poder hacer la reclamación en nombre propio o ajeno.

b) Juzgamos que es de esencia el requisito de señalar a qué sujetos ha de atribuirse la cualidad de la legitimación. Consideramos que, esos sujetos son las partes y sus representantes. Es decir, se requiere que el actor esté legitimado y que también lo esté el demandado. Igualmente, se exige que, quien tenga la representación legal de ellos esté igualmente legitimado para actuar a nombre de ellos.

8. LITISCONSORCIO

Desde el punto de vista gramatical, la expresión *litisconsorcio* es una expresión compuesta de dos vocablos: *litis* que significa litigio, pleito, juicio; y *consorcio* que alude a una asociación o unión. En la institución de la litisconsorcio hay una asociación de partes que se hallan en la posición de actores o demandados.

En nuestro personal punto de vista, la institución procesal de la litisconsorcio consiste en la presencia plural de sujetos en el proceso, en calidad de actores, de demandados o de actores y demandados. La multiplicidad de actores produce el litisconsorcio activo, la multiplicidad de demandados da lugar al litisconsorcio pasivo. La pluralidad de actores y demandados da lugar a la presencia de ambos litisconsorcios. Puede haber disposición legal que obliga a que varias personas litiguen unidas como actores o demandados, en tal supuesto estaremos frente a un litisconsorcio necesario. Si sólo es conveniente que varios actores o demandados litiguen unidos pero, sin obligación legal, estaremos frente a litisconsorcio voluntario.

9. REPRESENTANTE COMÚN²⁶

La pluralidad de actores, de demandados, o de ambos, comprometida en la situación de litisconsorcio antes mencionada, da lugar, como con-

²⁵ Cfr. Carlos ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 203-205.

²⁶ *Idem*, pp. 212-214.

secuencia lógica, a que las diversas personas físicas o morales, que tienen la calidad de actores o demandados, deban designar un representante común.

La obligatoriedad de la representación común se justifica por varios motivos:

— *Economía Procesal*. Dentro del proceso hay una pluralidad de actos que lo integran. Si son varios los actores y los demandados, se simplificarán los actos procesales pues, cada trámite no se entenderá con cada actor o demandado sino que se realizará con el representante común.

— *Orden*. Varios demandados o varios actores plantearían múltiples problemas dentro del proceso que tendrían que resolverse uno a uno por el juzgador. Mediante el sistema de la representación común se excluyen, por razones de orden, los planteamientos múltiples y sólo el representante común haría planteamiento único.

— *Celeridad*. La rapidez de trámites se logra a través de la representación común pues, sólo se atenderá lo que se unifica a través de esa representación.

10. PERSONALIDAD ²⁷

Para nosotros, la personalidad es la cualidad que poseen las personas físicas o morales para actuar válidamente en el proceso como actores, demandados o terceros o como representantes de ellos.

Son elementos del concepto propuesto:

a) Se trata de una cualidad, de un atributo, de una característica atribuible a una persona física o moral. Por tanto, la personalidad está íntimamente vinculada a la persona jurídica.

b) La personalidad sólo la poseen las personas físicas o morales. Un nombre comercial no tiene personalidad jurídica.

c) Con personalidad se puede actuar válidamente en el proceso. Sin personalidad no se puede actuar válidamente.

d) La personalidad abarcará no sólo la posibilidad de intervenir por su propio derecho el tercero, o la parte, sino también incidirá en el análisis de la personalidad de quien se ostenta como representante de alguna de las partes o del tercero.

11. FALTA DE PERSONALIDAD ²⁸

Con la frase genérica "falta de personalidad" se comprenden varias hipótesis, en las que se estima, por la autoridad jurisdiccional, o por la

²⁷ Cfr. Carlos ARELLANO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 220-224.

²⁸ *Idem*, pp. 236-237.

parte contraria, que no se reúnen los requisitos necesarios para poder comparecer por derecho propio o en representación de alguna de las partes y aún en nombre de un tercero. Algunas veces, más que falta de personalidad es falta de legitimación para poder comparecer como parte.

Precisamos algunos casos en los que se estima que falta personalidad:

a) Comparece a juicio una presunta parte que no es persona física ni moral.

b) Se acude en derecho propio por quien no tiene capacidad de ejercicio, por ejemplo un menor, un quebrado, un concursado, un sujeto a interdicción.

c) Comparece a juicio quien dice representar a una sociedad pero, su representación es incorrecta o dejó de tener tal representación.

d) Un sujeto tiene la representación pero, no la acredita en el juicio.

12. OMISIONES DE LA LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El Proyecto de Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional cuya redacción quedó a cargo de la comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) es omiso en la materia de *partes* y de *personalidad* pues, no establece normas, ni remite a ellas, en lo que atañe a los temas procesales citados con anterioridad. Entre las omisiones, señalamos ejemplificativamente las siguientes:

- No determina quiénes pueden ser partes en el procedimiento arbitral;
- No determina de qué manera se representará a las personas morales en el procedimiento arbitral;
- No determina cuándo se admite la representación voluntaria a través de mandatarios;
- No determina cuándo es necesario que haya representación necesaria;
- No señala la situación que corresponde a las diversas clases de partes;
- No indica hipótesis alguna en cuanto a capacidad de goce y de ejercicio;
- No previene la institución de la legitimación y su correspondiente ausencia;
- No contiene disposición alguna relativa a la situación en que haya litisconsorcio necesario o voluntario;
- No fija regla alguna respecto al representante común;
- No se ocupa de la sustitución de partes;
- No establece precepto alguno respecto a la personalidad y su falta de personalidad;
- No especifica si cabe o se rechaza la gestión de negocios;
- No supone al mandato judicial.

13. SUPERACIÓN DE LAS OMISIONES SEÑALADAS

En virtud de las omisiones que nos hemos permitido destacar en el apartado que antecede, el Proyecto de Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional redactado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional resulta incompleto.

Por tanto, la manera de superar las omisiones indicadas y de esa forma completar el proyecto aludido, puede ser:

A) Establecer disposiciones complementarias que regulen, de la mejor manera posible, cada uno de los temas procesales que hemos expresado; o

B) Remitir en una norma expresa a lo que las partes hayan convenido sobre esos temas; o

C) Enviar a las normas que las partes hayan elegido como aplicables sobre esos temas; o

D) Especificar, a través de una norma conflictual, qué disposiciones procesales serán aplicables en esas materias.

Estas consideraciones parten de la base de que se insistiera en la Ley Modelo, aunque nosotros consideramos que sería preferible un tratado internacional que contuviera reglas conflictuales y reglas de Derecho uniforme que regularan en forma lo más exhaustivamente posible el arbitraje comercial internacional.

En concepto nuestro, con la regulación de los temas procesales que hemos apuntado y con preceptos sobre la valoración de las pruebas, se podría mejorar considerablemente el Proyecto que hemos estudiado.