

LA SITUACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DEL ARBITRAJE EN MÉXICO ¹

Claus von Wobeser

Sumario: I. Análisis de la legislación y decisiones judiciales sobre la materia antes de la reforma de 1989; II. Reforma al Código de Comercio de 1989; III. Reforma al Código de Comercio de 1993; IV. Conclusiones.

I. ANÁLISIS BREVE DE LA LEGISLACIÓN Y DECISIONES JUDICIALES SOBRE LA MATERIA ANTES DE LA REFORMA DE 1989

1. Normas Sustantivas en Materia de Arbitraje Comercial

El Código de Comercio de 1889 que como todos saben rige hasta estos días, establecía la posibilidad de someter a arbitraje controversias existentes entre las partes o controversias que pudieran surgir entre ellas para el futuro.

El Código de Comercio no establecía un procedimiento a seguir en materia de arbitraje, sin embargo, remitía al código de procedimientos local respectivo, que en el caso del D.F. es el Código de Procedimientos Civiles para el D.F. Es precisamente en este Código que a partir del año de 1932 se regula en forma específica la materia de arbitraje civil supletorio en materia mercantil.

¹ Conferencia impartida en el Seminario sobre Arbitraje Comercial Internacional en América. Cámara Internacional de Comercio. México 18 de octubre de 1993.

Uno de los principales problemas del Código de Comercio era que exigía que la cláusula compromisoria, para ser válida, se tenía que otorgar en escritura pública ante notario, póliza de corredor público o convenio judicial.

Este último requisito fue sin duda un elemento que frenó el desarrollo del arbitraje comercial en México, ya que para los hombres de negocios era complicado tener que otorgar sus contratos o las cláusulas compromisorias correspondientes en instrumentos públicos para que fueran válidas dichas cláusulas. Debemos recordar en este punto que la cláusula compromisoria es la semilla para el desarrollo del arbitraje, ya que un altísimo número de arbitrajes surge por la inclusión de la cláusula compromisoria y no por el acuerdo de las partes de someter a arbitraje una controversia surgida entre ellas.

Un paso importante en esta materia se dio en el año de 1971, cuando México se adhirió y ratificó la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, llamada comúnmente Convención de Nueva York, que en su artículo II establece que los Estados parte de la Convención reconocen la validez de las cláusulas compromisorias cuando se contengan en un acuerdo por escrito, que puede consistir en un simple canje de cartas o telegramas.

Con la adopción de la Convención de Nueva York, se solucionó a partir del año de 1971 el problema de la validez de las cláusulas compromisorias no otorgadas en instrumento público en materia de arbitraje comercial internacional, en virtud de que dicha convención internacional es, en los términos del artículo 133 constitucional, la ley suprema de la Unión y, siendo una convención *autoaplicativa, especial y posterior* al Código de Comercio, derogaba el requisito de forma establecida para la cláusula compromisoria.

Si bien esto resultaba claro para los pocos abogados especializados en la materia, no lo era así para el común denominador de los abogados, que seguían pensando que el requisito de forma establecido en el

Código de Comercio seguía siendo necesario en cláusulas compromisorias en contratos internacionales. Esto último fue, en mi opinión personal, la razón por la que el arbitraje no se desarrolló más en los años setentas y ochentas, sino hasta la reforma del Código de Comercio de 1989, a que me referiré en un momento.

2. Decisiones Judiciales Importantes en el Período Anterior a 1989

En esta sección, me referiré brevemente a las dos principales decisiones judiciales que ha habido en materia de arbitraje comercial internacional, en el período previo a 1989 y que influenciaron en forma importante el desarrollo del arbitraje comercial internacional en nuestro país.

A. Presse Office, S.A. vs. Centro Editorial Hoy, S.A.

En este asunto, la empresa francesa Presse Office, S.A., obtuvo en 1972 un laudo favorable en un procedimiento de arbitraje llevado conforme a las reglas de la C.I.C. en contra de la empresa mexicana Centro Editorial Hoy, S.A., en el que se condenaba a esta última al pago de regalías derivadas de un contrato entre las partes.

La empresa francesa obtuvo ante un juez de primera instancia, el reconocimiento y ejecución de dicho laudo no obstante las defensas hechas valer por la empresa mexicana. Las principales defensas de la empresa mexicana consistían en:

- a. Que el laudo tendría que haber sido homologado por un juez del país en que se dictó el laudo (Francia).
- b. Que la empresa tendría que haber sido emplazada personalmente y no por medio de correo certificado tal como lo permiten las Reglas de la C.I.C., lo que es violatorio de la legislación mexicana.
- c. Que el laudo se tendría que haber enviado de juez extranjero a juez mexicano, vía carta rogatoria, a través de los canales oficiales.

Las defensas hechas por la empresa demandada fueron desechadas con base en los siguientes argumentos:

- a. La homologación del laudo es un requisito para laudos domésticos. En el caso de arbitraje internacional es el juez del lugar donde se solicita el reconocimiento y ejecución el que debe otorgarlo, con base en los artículos III y IV de la Convención de Nueva York.
- b. El emplazamiento personal en los términos del Código de Procedimientos Civiles, no es necesario en virtud de que las partes, al haber adoptado las Reglas de Arbitraje de la C.I.C., renunciaron a la aplicación del Código de Procedimientos Civiles, lo que expresamente estaba permitido en este Código.
- c. La carta rogatoria no es necesaria en arbitraje comercial internacional, ya que la autenticidad y legitimidad del laudo se acredita en los términos de la Convención de Nueva York.

La empresa mexicana apeló la sentencia del juez de primera instancia, misma que fue confirmada por el Tribunal Superior

Esta decisión es un precedente importantísimo en México, para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros que sin duda alguna tiene importancia hasta nuestros días.

B. Malden Mills Inc. vs. Hilaturas Lourdes, S.A.

En este asunto la empresa norteamericana Malden Mills Inc. obtuvo en el año de 1974, un laudo favorable en contra de la empresa mexicana Hilaturas Lourdes, S.A., en un arbitraje llevado en E.U.A. conforme a las reglas de la A.A.A.

La empresa norteamericana solicitó la ejecución del laudo ante un juez de primera instancia, habiendo rechazado este último la ejecución ya que la empresa mexicana no había sido emplazada personalmente al arbitraje.

El Tribunal Superior revocó la decisión del juez de primera instancia, en virtud de que no era aplicable el Código de Procedimientos Civiles, sino la Convención de Nueva York, que tiene preeminencia sobre las leyes federales con base en lo establecido por el artículo 133 de la Constitución Mexicana.

Además de lo anterior, las partes habían elegido la aplicación de las Reglas de la A.A.A., que autoriza realizar la notificación por correo.

II. REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1989

Como la mayoría sabe, el 4 de enero de 1989 fue publicado en el **Diario Oficial de la Federación**, el nuevo Título Cuarto del Código de Comercio, referente al Procedimiento Arbitral.

Dicho título comprendía de los artículos 1415 al 1457, y tomaba el lugar de los artículos derogados del antiguo Título Cuarto relativo al Procedimiento Especial de Quiebras.

La intención de la Reforma de 1989 fue recoger los principios básicos de la Ley Modelo de Uncitral, a la que me referiré más adelante, y de introducir los mismos en un capítulo compacto sobre arbitraje comercial. La redacción de las nuevas disposiciones fue encargada a una comisión a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores. El proyecto de reforma fue bueno; sin embargo, en una revisión posterior en otra Secretaría de Estado, fue modificado y, desgraciadamente, la reforma no fue tan buena.

En virtud de ya no ser derecho vigente, ya que la misma fue derogada el 22 de julio de 1993, me referiré brevemente a sus virtudes y defectos, ya que tuvieron cierta influencia en algunas de las disposiciones vigentes.

1. Virtudes de la Reforma de 1989

a. Acuerdo de arbitraje

Se establece con toda claridad la forma que tenía que revestir el acuerdo de arbitraje, con lo que se daba por terminado el problema de que la cláusula compromisoria se tendría que otorgar en escritura pública en arbitrajes domésticos.

b. Arbitraje nacional e internacional

Se hace una distinción clara entre arbitraje nacional e internacional.

c. Reglas de arbitraje

Se reconoce expresamente la facultad de las partes para que el arbitraje se regulara por los reglamentos de instituciones que administran procedimientos de arbitraje y para que éstos prevalezcan sobre lo dispuesto por el Código de Comercio y el Código de Procedimientos Civiles.

d. Ley de fondo

En caso de ausencia de acuerdo entre las partes sobre el fondo del litigio, el árbitro, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable al fondo de la controversia, sin necesidad de aplicar las normas de conflictos de leyes, tal como establece inclusive el Reglamento de la C.I.C.

e. Autonomía de la voluntad de las Partes

En términos generales, la reforma de 1989 refuerza la autonomía de la voluntad de las partes, al darles la facultad de decidir sobre la mejor forma de llevar el procedimiento.

2. Defectos de la Reforma de 1989

A continuación, me permito destacar los principales defectos que, en mi opinión, tenía la reforma de 1989 y que sin duda alguna fueron las causas principales que motivaron al ejecutivo federal a enviar al

Congreso de la Unión a la iniciativa de reformas al Código de Comercio en el que se adopta la Ley Modelo de Uncitral, con ciertas modificaciones a que me referiré con más detalle en mi exposición.

a. Término del juicio arbitral

El artículo 1419 establecía que el término del juicio arbitral era de 60 días, cuando las partes no hubieran acordado un plazo distinto.

El plazo de 60 días era poco realista e inclusive peligroso, ya que el mismo no podía ser prorrogado ni siquiera por el juez. ¿Cuál sería la consecuencia de que el arbitraje no se terminara dentro de dicho plazo?

b. Idioma del arbitraje

En arbitrajes que se llevaban en México, necesariamente se utilizaría el español, sin perjuicio de otros. Esto último era impráctico, costoso e innecesario. Las partes del contrato deben decidir en qué idioma se llevará el arbitraje.

c. Terminación del arbitraje

El artículo 1428 establecía que el arbitraje terminaba por muerte del árbitro, excusa justificada del mismo, designación en cargo judicial, etcétera, cuando las partes no se ponían de acuerdo con la designación de su sustituto. No se facultaba al juez para designar al sustituto y no se establecían las consecuencias legales de lo anterior.

d. Reconvencción

El artículo 1434 establecía que la reconvencción no podía ser superior en monto a la demanda principal. No había lógica de lo anterior.

e. Aclaración del laudo

El artículo 1436 establecía que una vez que hubiese sido notificado el laudo arbitral, se pasarían los autos al juez para su ejecución, a no ser que las partes pidieran la aclaración de dicho laudo.

No se establecía con claridad a qué se refería la aclaración. ¿Se trataba de una nueva instancia o únicamente era para aclarar un error aritmético o de redacción? Si el juez no había participado en el procedimiento, ¿cómo podía aclarar el laudo?

III. REFORMA AL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1993

En esta tercera sección me referiré a la reforma al Código de Comercio en materia de arbitraje, que se publicó el 22 de julio de 1993, en el **Diario Oficial de la Federación**.

El principal objetivo de la reforma fue, en mi opinión, corregir los graves defectos que tenía la reforma de 1989, y establecer un sistema de arbitraje comercial internacional moderno, acorde con los demás cambios que se están introduciendo al sistema legal mexicano, que a la vez son una exigencia de la apertura económica por la que atraviesa nuestro país.

Lo que hizo el ejecutivo en su iniciativa de reforma fue adoptar con ciertas modificaciones la *Ley Modelo de Arbitraje de Uncitral*. En esta sección me referiré en breve a la Ley Modelo de Uncitral, para que aquellos que no la conocen tengan sus antecedentes y, en segundo lugar, me referiré en breve a la reforma en sí y a algunas adaptaciones que se efectuaron a la propia ley modelo.

1. Ley Modelo de Uncitral

La Comisión para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional de la ONU ha tenido, entre otros, el objetivo de unificar las legislaciones en materia de arbitraje comercial internacional. Dentro de estos objetivos, las Naciones Unidas han dado tres pasos de suma importancia, que son:

- Promover la ratificación de la Convención para el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958, que es una de las convenciones más aceptadas en el mundo; 90 países la han suscrito y ratificado.
- Las reglas de Arbitraje de Uncitral, aprobadas en 1976 y que son ampliamente utilizadas en arbitrajes *ad hoc* y por instituciones que administran arbitrajes comerciales internacionales. La Convención de Panamá, suscrita y ratificada por México, adopta las reglas como aplicación supletoria cuando las partes no hayan pactado reglas de procedimiento.
- La Ley Modelo de Arbitraje, que fue aprobada por Naciones Unidas en el año de 1985.

En su resolución número 40/72 del 11 de diciembre de 1985, la Asamblea General de Naciones Unidas recomendó a todos los países de la O.N.U. que estudiaran la posibilidad de adoptar la ley modelo de Uncitral en sus sistemas internos, a efecto de lograr una unificación en los sistemas legales de los diferentes países, sobre la materia de arbitraje comercial.

La ley es un *modelo* de ley y no una ley modelo. Es importante mencionar que la misma fue redactada por abogados expertos en arbitraje de todas las regiones, sistemas económicos y jurídicos del mundo. En su elaboración encontraron soluciones que fueran aceptables para todos los sistemas jurídicos del mundo, lo que obviamente no es fácil.

La Ley Modelo de Uncitral ha sido adoptada con ciertos cambios en los siguientes países: Australia, Bulgaria, Canadá (en el ámbito federal y estatal), Chipre, Escocia, Rusia, Hong Kong, México, Nigeria, Perú, Túnez; y en Estados Unidos de Norteamérica, en California, Connecticut, Oregon y Texas.

2. Ventajas de la Adopción de la Ley Modelo de Uncitral

- a. Sistema jurídico claro y transparente en el ámbito internacional:

- Confianza de extranjeros en el sistema jurídico mexicano.
 - Desarrollo de México como lugar idóneo para el arbitraje comercial internacional.
 - Seguridad jurídica para mexicanos y extranjeros.
- b. Jurisprudencia internacional:
- Jurisprudencia extranjera.
- c. Fuentes de interpretación de la ley:
- Trabajos preparatorios de la comisión redactora.
- d. Doctrina sobre la ley:
- Tratadistas de todo el mundo.
- e. Promover el desarrollo de la unificación del derecho mercantil internacional:
- Seguir recomendaciones de la O.N.U.
- f. Prestigio internacional de México.

3. Breve Análisis de la Reforma al Código de Comercio Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de julio de 1993

a. Ámbito de aplicación

Las disposiciones del nuevo título cuarto sobre el arbitraje comercial, se aplicarán al arbitraje comercial *nacional* y al *internacional* cuando el lugar del arbitraje se encuentre en el territorio nacional, salvo lo dispuesto en tratados internacionales de que México sea parte.

La Ley Modelo de Uncitral fue redactada y diseñada para ser aplicada a arbitrajes comerciales de carácter internacional. Sin embargo, el legislador mexicano consideró que la ley también sea aplicada al arbitraje nacional doméstico. Existen críticas de los expertos mexicanos en la materia de arbitraje, en el sentido de que la ley modelo fue diseñada para arbitrajes internacionales, motivo por el cual no se debería de aplicar al ámbito nacional. En mi opinión, esta crítica es un poco superficial, ya que habría que analizar en concreto en qué aspectos la ley choca con el sistema jurídico interno o en qué aspectos la ley no regula adecuadamente el arbitraje doméstico.

En mi opinión, contar con un sistema jurídico único para el ámbito interno y el internacional tiene la ventaja de dar una gran transparencia y seguridad jurídica a las partes, evitando la gran confusión y dificultad en muchas ocasiones de determinar si un arbitraje es doméstico o internacional. En caso de tener una ley única para ambos ámbitos, estos problemas desaparecen.

b. Ámbito de aplicación territorial

Las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán a arbitrajes nacionales y a arbitrajes internacionales cuando el lugar de arbitraje es México. También se aplicarán las disposiciones del Código, en relación con la competencia exclusiva del Tribunal Arbitral y reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales aun cuando el lugar de arbitraje sea en el extranjero.

c. Definiciones

El artículo 1416 establece diversas definiciones similares a las establecidas en el artículo 2 de la Ley Modelo.

Se define al arbitraje como:

«Cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleva a cabo».

Esta definición puede llevar a ciertas confusiones ya que el procedimiento arbitral siempre se lleva a cabo ante un Tribunal Arbitral y no

ante la institución arbitral permanente que lo que hace es supervisar y coordinar el desarrollo del arbitraje.

En la definición de costos se incluyen los honorarios y gastos de la institución que haya designado a los árbitros. En mi opinión, debería haberse establecido que la institución que administra el arbitraje, ya que generalmente son las partes las que designan a los árbitros.

d. Reglas de interpretación

El artículo 1418, fracción I establece algunas reglas con relación a las formalidades de las notificaciones.

«Se considera recibida toda documentación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal».

Con esta disposición, se termina la tradicional defensa utilizada en México contra la ejecución de laudos, en el sentido de que el demandado no fue emplazado personalmente en los términos de lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles del D.F.

e. Acuerdo de arbitraje

El artículo 1423 establece que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímile u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo. La fórmula que es similar a lo establecido en la Convención de Nueva York, sin embargo, incluye el facsímile en forma expresa.

f. Jurisdicción exclusiva del árbitro

El artículo 1424 establece que el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas.

Con esta disposición, se aclara cualquier duda sobre la jurisdicción exclusiva del árbitro en un contrato en que las partes hayan pactado una cláusula compromisoria.

g. Nombramiento de árbitros

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros. A falta de tal acuerdo, será un solo árbitro.

La Ley Modelo de Uncitral establece que a falta de acuerdo, se nombrará a tres árbitros. En mi opinión, la solución de la Ley Modelo da mayor seguridad, pero encarece el procedimiento. Los redactores de la ley se inclinaron por la solución barata en beneficio de pequeños comerciantes que no tienen los medios para contratar abogados que los asesoren en la redacción de sus contratos.

A falta de acuerdo entre las partes, o de los árbitros nombrados por las partes, o en la comisión en la designación de árbitros, corresponde al juez nombrar a los mismos. Evidentemente, cuando las partes se hayan sujetado a las reglas de arbitraje de alguna institución administradora de arbitrajes, corresponderá a esta última la designación y no al juez.

h. Recusación de árbitros

El artículo 1429 del Código de Comercio, establece un procedimiento para que las partes soliciten la recusación de un árbitro ante el mismo Tribunal Arbitral.

Si no prospera la recusación, la parte recusante podrá pedir al juez que resuelva sobre la procedencia de la recusación.

Es muy difícil y delicado para el Tribunal Arbitral, y sobre todo para el árbitro único, conocer sobre su propia recusación. En caso de que el árbitro o Tribunal Arbitral rechacen la recusación, nuevamente se requiere la intervención del juez para resolver sobre la recusación.

i. Competencia del Tribunal Arbitral

El Tribunal Arbitral está facultado para decidir sobre su propia competencia.

La cláusula compromisoria que forma parte del Contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.

j. Procedimiento de arbitraje

A falta de acuerdo, el tribunal podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado.

k. Derecho aplicable al fondo

El Tribunal Arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes.

Si las partes no indicaren la ley que deba regir el fondo del litigio, el Tribunal Arbitral, tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable.

Esta disposición es un avance con relación a lo establecido en la ley modelo, conforme a la cual, a falta de acuerdo de las partes, el tribunal aplicará la ley que determine las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

l. Usos mercantiles

El párrafo final del artículo 1445, establece que en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Esto es en reconocimiento expreso de la *lex mercatoria* como fuente formal del derecho.

m. Honorarios del árbitro

Si las partes no fijan con toda claridad en un acuerdo de arbitraje los honorarios del árbitro o las reglas para fijar los mismos, corresponderá al árbitro o Tribunal de Arbitraje fijar los honorarios.

«Los honorarios de cada árbitro, se indicarán por separado y los fijará el propio Tribunal Arbitral.

»Cuando una parte lo pida y el juez consienta en desempeñar esta función, el Tribunal Arbitral fijará sus honorarios solamente tras consultar al juez, el cual podrá hacer al Tribunal Arbitral las observaciones que considere apropiadas respecto a los honorarios».

Me parece peligroso que el árbitro o tribunal pueda fijar sus propios honorarios. El tercer párrafo del 1554 sólo obliga a consultar con el juez, quien podrá hacer observaciones.

Las observaciones del juez, en mi opinión, no son vinculativas para el árbitro, por lo que creo que se le da un poder excesivo a este último.

El capítulo relativo a las costas del arbitraje, no se incluye en el texto de la Ley Modelo de Uncitral.

n. Nulidad del laudo y reconocimiento y ejecución de laudos

Las nuevas disposiciones del Código de Comercio sobre estas materias basadas en la ley modelo, son casi una copia de las disposiciones sobre la materia contenidas en la Convención de Nueva York.

o. Autonomía de la voluntad de las partes

Uno de los pilares de la Ley Modelo de Uncitral y que es la base para un sistema libre y eficiente de arbitraje, es la autonomía de la voluntad de las partes para decidir las principales cuestiones del arbitraje.

A continuación las mencionaré brevemente:

- Reglas de arbitraje aplicables.
- Determinación del número de árbitros.
- Forma para su nombramiento.
- Lugar del arbitraje.
- Derecho de fondo.

IV. CONCLUSIONES

Con la adopción de la Ley Modelo de Uncitral en México, se resuelven los problemas y objeciones que había en México en la legislación sobre la materia.

Es incuestionable que, con las nuevas disposiciones legales, se desarrollará en forma importante el uso del arbitraje nacional e internacional en México y también es incuestionable que en México se utilizará más y más como un lugar adecuado para realizar arbitrajes internacionales.

México pasa a formar parte de los países que cuentan con una legislación moderna sobre la materia, lo que sin duda alguna será una herramienta más para el desarrollo del comercio internacional.