



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

**La Cláusula Arbitral en la Práctica Contractual Marítima: Derecho
Uniforme con Criterio Jurisdiccional no Uniforme ó Ausente**

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRÍA EN DERECHO

PRESENTA:

JOSÉ ALBERTO PAYÁN GUTIÉRREZ

TUTOR

JUAN MANUEL PORTILLA GÓMEZ

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR

Dr. Juan Manuel Portilla Gómez	F.E.S. ACATLÁN
Dra. Roxana de Jesús Ávalos Vázquez	F.E.S. ACATLÁN
Dra. Luisa Gabriela Morales Vega	F.E.S. ACATLÁN
Mtro. Jesús Ibarra Tapia	F.E.S. ACATLÁN
Mtro. Genaro Alemán Gómez	F.E.S. ACATLÁN

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Naucalpan, Estado de México, Enero 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres y hermano, por todo el amor y apoyo otorgado.

A mis abuelos *José María Payán Aldana* y *Sabina Colunga García*, así como a mi tía *Martha Payán Colunga*, por ser pilares de la familia en los momentos más importantes. Cada logro y meta realizada en mi vida, ha sido fruto de los esfuerzos y cuidados que nos brindaron a mí y a mi hermano.

A mis amigos y colegas, a quienes tuve el agrado de conocer en el transcurso de la maestría, así como amistades anteriores a ella, por su compañerismo, alegría y motivación brindadas en todo momento.

A mi tutor, el Doctor Juan Manuel Portilla Gómez, por su guía y calidez humana.

Al CONACYT, por administrar y ejercer recursos del gobierno federal, los cuales, han sido contribuidos por el PUEBLO de México.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO: DERECHO VIVO MARÍTIMO Y MEDIOS PARA LOGRAR EL DERECHO UNIFORME	3
I. LA FINALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO MARÍTIMO	3
II. DIFERENCIA ENTRE DERECHO DEL MAR Y DERECHO MARÍTIMO	11
III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MARÍTIMO	12
1. <i>Estabilidad</i>	12
2. <i>Universalidad</i>	12
3. <i>Integración</i>	13
4. <i>Particularidad</i>	13
5. <i>Autonomía</i>	13
IV. EL DERECHO UNIFORME COMO GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO	13
V. MEDIOS PARA LOGRAR EL DERECHO UNIFORME	15
1. <i>La Lex Mercatoria como Derecho Uniforme</i>	15
2. <i>Tratados Internacionales</i>	16
3. <i>Organismos Internacionales</i>	17
A. <i>Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado</i>	18
B. <i>Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL)</i>	20
C. <i>Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit o Instituto de Roma)</i>	23
D. <i>Cámara de Comercio Internacional (CCI)</i>	25
E. <i>Comité Marítimo Internacional (CMI)</i>	27
F. <i>Organización Marítima Internacional. (OMI ó IMO por sus siglas en inglés)</i>	28
G. <i>Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP)</i>	31
4. <i>Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC)</i>	32
A. <i>El Paradigma del proceso judicial, un sistema en decadencia</i>	32
B. <i>Los Medios Alternativos de Solución de Controversias: Figuras de desplazamiento de Jurisdicciones Nacionales</i>	35
VI. EL ARBITRAJE	36
1. <i>Principios que rigen al arbitraje</i>	37
A. <i>Principio de voluntariedad</i>	38

B. Principio de limitación al procedimiento arbitral.....	38
C. Principio de arbitrabilidad de las disputas.....	38
D. Principio de igualdad de trato	38
E. Principio de designación de árbitros.....	39
2. Tipos de arbitraje.....	39
VII. CONCLUSIONES	40
CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL E INTERNO EN MATERIA MARÍTIMA Y ARBITRAJE	42
I. DERECHO DE LOS TRATADOS	42
1. Etapas de celebración de un tratado	44
A. Negociación	44
B. Adopción.....	44
C. Manifestación del consentimiento	44
D. Entrada en Vigor	45
II. RÉGIMEN DE LOS TRATADOS Y JERARQUÍA CONSTITUCIONAL	46
III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN NUESTRO DERECHO INTERNO	51
IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL IUS COGENS.....	52
V. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO PRIVADO	53
VI. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL	53
1. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): auge del arbitraje comercial internacional	53
2. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUE)	55
3. Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York-CNY)	56
4. Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (LMAC).....	60
VII. CRITERIOS Y FUENTES DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO UNIFORME... 62	
VIII. ¿ES OBLIGATORIA LA INTERPRETACIÓN UNIFORME?	63
IX. MARCO JURÍDICO INTERNO	64
1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).....	64
2. Código Federal de Procedimientos Civiles	66
3. Código de Comercio	67
4. Ley de Navegación y Comercio Marítimos.....	73
A. Contratos marítimos.....	76

B. Disposiciones procesales marítimas.....	76
X. CONCLUSIONES.....	77
CAPÍTULO TERCERO: LA CLÁUSULA ARBITRAL, SU AUTONOMÍA Y COMPETENCIA, CONTRA EL CONTROL JUDICIAL PREVIO	79
I. PRIMER PROBLEMÁTICA: DOMINIO EXTRANJERO DEL COMERCIO MARÍTIMO EN MÉXICO.....	80
II. SEGUNDA PROBLEMÁTICA: NO UNIFORMIDAD EN LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES	83
III. TERCER PROBLEMÁTICA: LA CLÁUSULA ARBITRAL O COMPROMISORIA CONTRA EL CONTROL JUDICIAL PREVIO, A TRAVÉS DE LA NULIDAD, INEFICACIA Y EJECUCIÓN IMPOSIBLE	86
IV. CUARTA PROBLEMÁTICA: LEY Y CLÁUSULAS ARBITRALES UNIFORMES, CON INSTITUCIONES Y CRITERIOS NO UNIFORMES.....	94
1. <i>Modelo de cláusula compromisoria de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)</i>	<i>97</i>
2. <i>Cláusulas Modelo de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres (LMAA por sus siglas en inglés)</i>	<i>97</i>
A. <i>Cláusula de arbitraje de BIMCO/LMAA (2009).....</i>	<i>97</i>
B. <i>Cláusula Arbitral de Procedimiento de Reclamos Intermedios de la LMAA</i>	<i>98</i>
C. <i>Cláusula arbitral para procedimiento expedito a bajo costo, (Fast and Low Cost Arbitration FALCA) de la LMAA.....</i>	<i>99</i>
3. <i>Cláusula arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)</i>	<i>103</i>
V. ANÁLISIS DE CASO: CONTROL JUDICIAL PREVIO	104
VI. CONCLUSIONES.....	111
CAPÍTULO CUARTO: PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU EFICACIA JURÍDICA Y SOCIAL EN EL DERECHO INTERNO	112
I. PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL (ESTADÍSTICAS Y COSTOS).....	113
II. ANTECEDENTES DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO	118
1. <i>Del reconocimiento, homologación y ejecución del laudo: conceptos diferentes.</i>	<i>119</i>
2. <i>Procedimiento de reconocimiento y ejecución</i>	<i>120</i>
III. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	123
IV. AMPARO: AUTORIDAD RESPONSABLE	128
V. LAUDO ARBITRAL: MEDIOS DE IMPUGNACIÓN	130

VI. EL AMPARO CONTRA LA SENTENCIA DERIVADA DEL INCIDENTE DE NULIDAD O DE EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN MÉXICO	130
CONCLUSIONES SOBRE LAS PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS	135
PROPUESTAS	140
ANEXOS	145
I. Anexo 1 (caso práctico)	146
II. Anexo 2. Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje	183
III. Anexo 3. Arancel para el cálculo de cuotas administrativas y honorarios de los árbitros.....	184
BIBLIOGRAFÍA.....	185

INTRODUCCIÓN

En México al no contar con una tradición marítima y por ende una ausencia de criterios lógico-jurídicos por parte de nuestros juzgados, nos encontramos en una desventaja ya que no se desarrolla nuestro Derecho Marítimo, careciendo de precedentes jurisdiccionales y actuando como meros espectadores y/o ejecutores de laudos que son impuestos por instituciones arbitrales extranjeras, las cuales, han sido creadas por comerciantes que operan en el ámbito marítimo y que al mismo tiempo, fueron constituidas ante Estados que integran un sistema robusto y evolucionado en la materia.

Es así que, a nivel internacional, los sectores público y privado han unido esfuerzos para crear un Derecho Marítimo homogéneo, que facilite y evite roces entre Estados y comerciantes con diferentes sistemas jurídicos, sin embargo, nos encontraremos con criterios emitidos por nuestros altos tribunales, que son contradictorios a nuestro Código de Comercio, así como a los principios establecidos sobre la cláusula arbitral, que a su vez se han desprendido de la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, impregnando el ambiente de una incertidumbre jurídica hacia las partes en conflicto.

De esta manera, el Derecho Uniforme se ha perfilado como un método para homogenizar al Derecho Marítimo, ya que éste último, al ser de naturaleza eminentemente internacional, se ha visto permeado por las prácticas y costumbres que realizan los sujetos de diversos sectores geográficos y que operan en dicho ámbito.

Ahora bien, en el primer capítulo, analizaremos la teoría del Derecho Vivo y Derecho Uniforme con un enfoque al ámbito del Derecho Marítimo, para lo cual abordaremos cuáles son los medios que se utilizan para lograr dicha uniformidad, siendo el último medio para lograrla (de acuerdo a mi opinión), los denominados Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), y muy en específico el arbitraje comercial, el cual, si bien es cierto, propone una forma alternativa de solucionar disputas y otorga

beneficios que no contempla el complicado sistema jurisdiccional, su eficacia se ha puesto en duda.

Posteriormente, haremos énfasis al marco jurídico interno que actualmente nos rige en materia marítima y las causas que dieron origen a la implementación de los MASC en cuestiones de índole comercial. Asimismo, evidenciaremos las prácticas contractuales que realizan las empresas navieras y los principios de la cláusula arbitral (principio de competencia y principio de autonomía), aterrizados a la luz de un caso práctico llevado a cabo ante un tribunal jurisdiccional especializado en materia marítima, que a su vez nos permitirá apreciar el choque entre la Jurisdicción Estatal y la Competencia de tribunales arbitrales, la injerencia de organizaciones internacionales y las dificultades a las que se enfrentan las partes en conflicto.

Además de lo expuesto en párrafos precedentes, y como fin último de la investigación, incorporaremos estadísticas sobre arbitraje comercial que nos permitirá hacer vislumbrar el panorama actual y realizar conclusiones sobre la eficacia social y jurídica de dicho medio alternativo de solución de controversias que nos ha prometido una mayor especialización y menor inversión de tiempo y dinero.

Por lo tanto, nuestro objetivo general consiste en analizar el ámbito comercial marítimo a nivel integral, es decir, el estado actual del sector marítimo en México, la práctica contractual internacional, específicamente la cláusula arbitral, tomando de base las teorías del Derecho Uniforme y el Derecho Vivo Marítimo, con el fin de evidenciar la eficacia e ineficacia de la cláusula arbitral y del arbitraje comercial internacional, atendiendo a las problemáticas que nos presenta el Derecho Marítimo.

Por último, es importante destacar que la presente investigación, no sólo se justifica por la indiferencia a nivel legislativo, jurisdiccional y gubernamental en nuestro país, sino también por la indulgencia académica respecto el Derecho Marítimo, circunstancias que han provocado la aplicación de un sistema con tintes anglosajones que hoy se nos impone, y que se ha disfrazado del multicitado “Derecho Uniforme”.

CAPÍTULO PRIMERO: *DERECHO VIVO MARÍTIMO Y MEDIOS PARA LOGRAR EL DERECHO UNIFORME*

De forma introductoria, analizaremos los medios para lograr el Derecho Uniforme, tomando como base al Derecho Vivo Marítimo, ya que éste al tener una naturaleza eminentemente internacional, se ha visto en la necesidad de solucionar las disputas que surgen, no solo tomando como método el conflicto de leyes, sino que el sector privado, ha optado por homogenizar el Derecho a través del denominado “Derecho Uniforme”, obligándose los Estados a través de Tratados Internacionales, a adoptar los lineamientos y directrices para que el comercio, en especial el marítimo, se desarrolle de una manera sana, lo anterior, con el fin de evitar a toda costa la intervención de los sistemas jurisdiccionales estatales. De esta manera, han surgido y se encuentran en auge los Medios Alternativos de Solución de Controversias, y en especial el arbitraje comercial internacional, que según varios autores, responden como una medida que tiene como fin desplazar a los tribunales estatales, quienes en última instancia tienen la responsabilidad de que se concrete la eficacia del arbitraje por medio de la ejecución de sus laudos.

De acuerdo a lo anterior, analizaremos el Derecho Vivo Marítimo, conjugado con el Derecho Uniforme, diferenciaremos el Derecho del Mar, respecto del Derecho Marítimo, además de analizar sus características. Así mismo, estableceremos a detalle, los medios que consideramos sirven para lograr la uniformidad del Derecho, siendo uno de ellos según mi humilde opinión, los medios alternativos de solución de controversias, que como veremos en el tercer capítulo, ésta uniformidad se pone en duda ante la existencia de varias problemáticas tanto en la práctica comercial, como a nivel jurisdiccional.

I. LA FINALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL Y SU REPERCUSIÓN EN EL ÁMBITO MARÍTIMO

En las últimas décadas nos hemos dado cuenta de la importancia del Derecho Internacional, tan es así, que el sistema legislativo de la mayoría de los Estados, va de la mano y de forma paralela con normas de carácter externo. Lo anterior recobra sentido en el Derecho Marítimo, de tal forma que el abogado

Gigliolla A. Abreu González, nos menciona que es de suma importancia para el Derecho Marítimo, el desarrollo de las normas jurídicas de carácter internacional, ello por la evidente naturaleza transfronteriza del tráfico naviero y por la influencia de novedosos factores en el entorno marítimo (nuevas tecnologías, contaminación ambiental, terrorismo).¹

Derivado de lo anterior, existen ramas del Derecho que dependen enormemente de esta interrelación de normas, un ejemplo de ello y para encaminar nuestro estudio, es el Derecho Marítimo, que ha buscado a lo largo de los años un proceso unificador, es decir, de Derecho Uniforme, y ¿cómo se pretende llegar a ello?, pues a través de la creación y aprobación de convenciones internacionales, que de manera conjunta con la realidad, dará como resultado, el denominado “Derecho Vivo Marítimo”.²

Para llegar a este resultado, se tuvo que pasar a través del tiempo, en primer término, por los usos y costumbres plasmados en la época de la edad media, específicamente el Consulado del Mar, Los Roles de Olerón y las Ordenanzas de Bilbao que estuvieron vigentes en México en la época de la conquista; y en segundo término, se evolucionó por medio de un proceso codificador del Derecho Mercantil, surgido a partir de la revolución francesa y que vino a desplazar parcialmente a la costumbre.

Ahora bien, las circunstancias anteriores, permitieron que cada Estado produjera, planeara y creara sus normas de Derecho Marítimo, dando como resultado un sistema positivista y nacional, a una rama del Derecho eminentemente de carácter Internacional. Lo anterior, provocó grandes controversias, ya que un conflicto al ser

¹ González Glijiolla, Abreu, *Las Convenciones Internacionales y el “Derecho Vivo” como medios para la unificación del derecho marítimo*, Revista, Centro de Estudios Internacionales Año 1, N° 1, Valencia, Enero-Diciembre 2005, p. 11.

² Scialoja, Antonio, *Sistema de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Bosh, 1950, p. 7. Scialoja propone la expresión “derecho vivo” inspirado en el término “derecho viviente” utilizado por Ehrlich en su obra *“Die Erforschung des lebenden Rechts”*, 1911.

resuelto por normas y tribunales de diferentes Estados, creó una incertidumbre, ya que las resoluciones incluso podrían ser opuestas.

Es así, que la realidad de la gente del mar, es decir, las situaciones prácticas de las personas que operan en ese ámbito, han acudido a normas de carácter internacional, y no sólo eso, sino también a las costumbres, a la realidad e incluso se han visto en la necesidad de optar por diferentes medios alternativos de solución de controversias, dándose de esta manera el Derecho Marítimo Contemporáneo.

Gliogliolla menciona:

...ha sido idóneo acudir a la regulación internacional, ya que, mediante sus instrumentos tradicionales (convenciones, tratados, acuerdos) ha encaminado al derecho marítimo a la uniformidad de sus normas, nuevamente con base a los criterios de cooperación y entendimiento internacional; a la par del desarrollo de un derecho usual internacional denominado "derecho vivo". Tendencias internacionales mediante las cuales se consolida otra etapa en la evolución del derecho marítimo.³

Así mismo, el autor concluye que la norma jurídica marítima, es apoyada por una parte, gracias a la interpretación de casos concretos y además, a través de la fuerza vinculante de la voluntad privada, que ha creado normas escritas contractuales, (derecho de los formularios o contrato tipo)⁴ que se han hecho pasar por costumbre y que generalmente pueden terminar por constituir regla sancionada por las legislaciones; las Reglas de la Haya o de York y Amberes representan el ejemplo típico.⁵

Lo anterior ha implicado la creación de un Derecho usual (me refiero a un sistema jurídico basado en usos y costumbres), paralelo al Derecho positivo, en virtud que:

...la norma que en el uso se crea espontáneamente por la propia actividad de los interesados es una norma viva y dinámica que sigue dócilmente

³ *Ibidem*, p. 14.

⁴ *Ibidem*, p. 52.

⁵ *Idem*.

las fluctuaciones de la cambiante realidad (...), los usos son la fuente inagotable de un derecho viviente⁶.

Al respecto, Scialoja expresa:

...este derecho vivo forma el meollo del derecho marítimo moderno, al que comunica ese carácter oscilante y mudable que le es propio (...), nos movemos aquí más que en parte alguna del orden jurídico fuera del campo de las normas, y de lleno en la vibrante atmósfera de la aplicación del derecho a los infinitamente varios y alejados de la norma precisa, fría, genérica y abstracta de los códigos.⁷

De la cita antes referida, entendemos que el autor nos habla de un derecho marítimo moderno, sin embargo, al darnos cuenta de que su teoría sigue siendo aplicable en la actualidad, me atreví a sustentar y proponer que los medios alternativos de solución de controversias al conjugarse o incorporarse al Derecho Vivo Marítimo, da como resultado el Derecho Marítimo Contemporáneo, considerando a la vez, que sí se pueden adaptar las normas internas de los Estados, a los actos y actividades que surgen en el ámbito marítimo, aunque esta labor le corresponde a los legisladores, que en el caso de México, no tienen ni la más remota idea de la realidad en materia del mar.

Otro aspecto importante, es que este proceso de creación de la ley, no debe ser compatible con los intereses y fines perseguidos por las grandes empresas aseguradoras y/o navieras.

En tal sentido, Glijiolla menciona que:

La ley no se considera una expresión de la libre voluntad del legislador para obtener el bien común, en la medida en que esa voluntad esté condicionada por los intereses de la clase dominante (en este caso el binomio transportistas-aseguradores); es decir, la noción de bien común podría convertirse en una mera ilusión que en el fondo trate de ocultar

⁶ Garrigues, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, p. 554.

⁷ Scialoja, Antonio: *op. cit.*, nota 2, p. 8.

que, por lo general, el Estado no deja de estar al servicio de los intereses comunes de la clase dominante.⁸

Aunado a lo anterior, es clara la actitud del legislador, cuya actuación es pasiva ante todo asunto y especialmente, ante los nuevos usos contractuales, lo que provoca que en la práctica surja y se fortalezca un poderoso movimiento emprendido por las compañías navieras y aseguradoras que en palabras de Glijiolla, dirigen:

...los beneficios a su favor mediante sus contratos tipo ó pólizas uniformes, han sabido crear paralelamente un derecho que se impone (o que imponen) a las relaciones jurídico marítimas, convirtiendo la naturaleza jurídica del contrato marítimo de un “contrato paritario” a un “contrato de adhesión”... quien desee saber (el derecho aplicable a los seguros marítimos, no debe leer el código sino la “póliza tipo” redactada e impuesta por las organizaciones internacionales de aseguradores. Y lo mismo se observa en los fletamentos y contratos de ajuste.⁹

Así tenemos que, los contratos tipo representan en la actualidad privilegios distintos entre contratantes, así como una opresión de las grandes empresas navieras y aseguradoras que imponen en muchas ocasiones condiciones leoninas, una de ellas, la cláusula arbitral, donde obligan a una de las partes a someterse a una institución de arbitraje determinada, que en palabras de Guillermo Cabanellas¹⁰, el contrato leonino es aquel que desconoce la equitativa relación entre las prestaciones, por abuso de la superioridad propia o de la ajena debilidad o ignorancia.

En ese orden de ideas, Cabanellas continua argumentando lo que, en definitiva, es el trasfondo del “Derecho Vivo Marítimo”:

Las empresas de transporte aéreo, naval y terrestre, así como las compañías aseguradoras, suelen exigir numerosas estipulaciones

⁸ González Glijiolla, Abreu, *op. cit.*, nota 1, p. 53 y 54.

⁹ *Ibidem*, p. 54.

¹⁰ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1981, tomo II, p. 343.

leoninas, que a la jurisprudencia les insta invalidar para restablecer los principios morales en el campo del derecho; se descargan de las responsabilidades que requieren y hasta recaban la facultad de alterar unilateralmente, por determinadas circunstancias del mercado, que ellas mismas aprecian, el costo de los servicios o el valor de las prestaciones.¹¹

A grandes rasgos, en el contrato de adhesión no existe discusión previa, no hay otra alternativa que la aceptación total o la abstención. Cuando un individuo aislado contrata con una empresa poderosa (empresa naviera, compañías de seguro), no le cabe discutir las condiciones del contrato de igual a igual, pues uno de los contratantes impone su voluntad al otro; aclarando sin lugar a dudas que el más “débil”, tiene la posibilidad de no contratar; sin embargo, si contrata, sufre la imposición del más “fuerte”, adhiriéndose a las normas que, si no han sido impuestas por el legislador, lo son desde luego por su otro contratante, eso ha provocado el intervencionismo para reestablecer en cierto modo el equilibrio entre las partes, con la fijación de restricciones legislativas.

Para avivar esta discusión, Glijiolla menciona:

En el “derecho vivo marítimo”, el contrato tipo (propio del derecho de los formularios) es por lo general un contrato de adhesión con cláusulas leoninas, y no responde necesariamente a la voluntad de ambas partes, sino a la voluntad de quien domine el negocio marítimo, o los negocios a él vinculados. Dicho en otras palabras, en torno al objeto del derecho marítimo, es decir el comercio marítimo, convergen los intereses, comunes y/o contrapuestos, de los entes privados (armadores, empresas navieras, cargadores, aseguradores, propietarios, intermediarios y financistas); y de los entes gubernamentales (países importadores y países exportadores), de ellos, quien domine el comercio impone las condiciones de los contratos y amolda las normas a su beneficio; y, quien tiene ese privilegio tiene (o elabora) el derecho a su favor, exigiéndolo finalmente por encima de cualquier sistema creado...¹²

¹¹ *Ibidem*, p. 344.

¹² González Glijiolla, Abreu, *op. cit.*, nota 1, p. 55.

Por su parte, Antonio Brunetti¹³, hace hincapié en que las legislaciones de los Estados más fuertes, o políticamente más evolutivos, se imponen o sobreponen a la de los pequeños Estados.

Lo anterior, puede aplicarse para el sector privado; que a la postre, el actual “Derecho Vivo Marítimo”, no es más que un derecho usual impositivo. Así mismo, por ser el “Derecho Vivo Marítimo” de inspiración preferentemente anglosajona, surgido para regir una navegación de estructura técnica y económica totalmente distinta a la regulada por el derecho interno de los países del sistema escrito (especialmente de las normas de derecho privado), surge el inevitable problema de interpretación, aplicación e integración de normas de distinto origen y estructura. De esta manera, se produce una verdadera disgregación dentro del ordenamiento jurídico: por una parte se conserva la legislación tradicional positivista; y por otra, se incorpora un grupo de normas con un esquema jurídico diferente, tal es el caso de México al adoptar leyes modelo como la de arbitraje comercial internacional, pero conjugada con leyes tradicionales, positivas y no apegadas a la evolución del Derecho Marítimo, como lo es la Ley de Navegación y Comercio Marítimos (LNCM).

Como resultado, se ha dado una ruptura entre el Derecho Legislado y el “Derecho Vivo” o también llamado por Glijiolla “Derecho de los Formularios”, donde agrega que es dominado en principio por el sistema anglosajón.¹⁴ Así mismo, nos recomienda revisar el contenido de las leyes para adaptarlas a nuestro tráfico marítimo, así como dejar a un lado la rigidez jurídica.

Glijiolla, refiriéndose al derecho vivo, menciona que este:

...guía los privilegios del transporte marítimo a favor de los armadores y países exportadores, propiciando una contraposición de intereses por quienes se encuentran del otro lado de la relación comercial, es decir, los cargadores y países importadores; éstos, sin embargo, han comenzado a ejercer presión proponiendo una revisión del sistema establecido, en cuanto, por ejemplo, a la distribución de riesgos y responsabilidades. En

¹³ Brunetti, Antonio, *Derecho Marítimo Privado Italiano*, Barcelona, Bosh, 1950, p.11.

¹⁴ Gonzalez Glijiolla, Abreu, *op. cit.*, nota 1, p. 56.

todo caso, el “derecho vivo” domina la actividad marítima, y antes de ser tomado en cuenta a la hora de realizar reformas legislativas en cualquiera de los Estados que poseen derechos escritos, así como al momento de crear normas internacionales vaciadas en las convenciones internacionales, es preciso revisar su contenido para adaptarlo a la realidad del tráfico naviero con orden a los principios superiores del derecho, como la justicia y bien común; y es preciso, además, que los juristas de los sistemas escritos desistan de esa actitud rígidamente jurídica que los caracteriza, porque sólo conduce al estancamiento de derecho, causa mediata e indirecta del sistema que hoy se les impone.¹⁵

A pesar de esto, el Derecho Marítimo ha mantenido a través del tiempo (o al menos en discurso) sus características, siendo las más importantes, la autonomía de sus normas respecto a otras ramas del derecho y su uniformidad en el ámbito internacional, aunque a nuestra manera de entender, el Derecho Marítimo sigue en un proceso de recobrar su autonomía y uniformidad normativa a través de las Convenciones Internacionales y busca así mismo, crear costumbre por medio del “*Derecho Vivo*”.

En conclusión, los acontecimientos jurídicos y políticos que han influido en el proceso formativo del Derecho Marítimo han dado como resultado que en la actualidad co-existan tres categorías de preceptos normativos en los distintos ordenamientos jurídicos vigentes: i) normas de carácter Internacional: vertidas en las Convenciones Internacionales; ii) normas de carácter interno: dictadas según la corriente legislativa asumida internamente por cada país (códigos mercantiles o leyes especiales, en nuestro caso, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos); y, iii) normas de carácter consuetudinario internacional: reflejadas en los contratos tipo del “Derecho Vivo”, Lo que da como resultado que los usos se conviertan en leyes uniformes, las cuales son aceptadas internacionalmente.

¹⁵ *Idem.*

II. DIFERENCIA ENTRE DERECHO DEL MAR Y DERECHO MARÍTIMO

Para seguir con la investigación, es menester dejar clara la diferencia entre estas dos ramas, ya que al tratar de definirlo, nos hemos encontrado con muchos problemas. Por una parte se le conoce como Derecho del Mar, Derecho Internacional del Mar o Derecho Internacional Marítimo, al conjunto de normas jurídicas que rigen la actividad marina¹⁶, sin embargo, eso no nos dice absolutamente nada, aunque lo que se infiere de la lectura de este autor, es que se refiere a aquel derecho de carácter público, el cual se encarga de delimitar las zonas marinas entre los Estados, es decir, las aguas interiores, mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, plataforma continental y alta mar, que de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en caso de conflictos entre los Estado parte, podrán recurrir al Tribunal del Derecho del Mar, para resolverlos de manera pacífica. Así mismo, el Derecho del Mar, regula cuestiones de fondos marinos y cuestiones sobre buques en tiempos de paz y guerra. No obstante lo anterior, no somos nadie para criticar las obras de distinguidos doctores y académicos, sin embargo, en el caso mexicano, obras como las del doctor Raúl Cervantes Ahumada, mencionan el concepto “Derecho Marítimo”, pero el contenido de toda su obra se refiere a las zonas marinas, es decir, se refiere a cuestiones de Derecho del Mar, ocasionando una mayor confusión al estudiar dicho tópico.

Tenemos pues, a manera de entender las cosas, que el Derecho del Mar es de carácter público y entre Estados.

Por otra parte, el Derecho Marítimo, lo encontramos definido como el conjunto de reglas jurídicas que regulan los sujetos, los bienes y las relaciones jurídicas derivadas de la navegación y prestación de servicios...cualquiera sea el medio,

¹⁶ Faidutti, Juan Carlos, *Derecho Internacional del Mar*, disponible en internet en: <http://www.uees.edu.ec/servicios/biblioteca/publicaciones/pdf/70.pdf> (consultado el 17 de Marzo de 2014)

lugar o propósito con que se realice y que posibilitan su efectiva realización¹⁷.Lo anterior, se refiere tanto a cuestiones de derecho privado como público.

Es así, que para la presente investigación, nos referiremos al Derecho Marítimo, como un sistema normativo que regula las relaciones jurídicas derivadas de la navegación con un propósito comercial o mercantil, es decir, teniendo un carácter eminentemente privado y cuyas partes en conflicto pueden optar para resolver sus controversias, entre la vía jurisdiccional estatal o a través del arbitraje comercial internacional, teniendo tal carácter, cuando se presenta algún elemento extranjero.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MARÍTIMO

Las características que describiremos y analizaremos servirán para delimitar su objeto, que enfatizando lo ya expuesto, es en si la navegación con fines mercantiles. A continuación, se exponen las características que doctrinalmente se le han asignado al Derecho Marítimo:

1. Estabilidad

Esta se refiere al contenido y a sus instituciones, pero no debemos confundir que tienen un carácter estático, ya que estos han ido adaptándose a las necesidades, a la realidad y avances tecnológicos.

2. Universalidad

Consiste en la necesidad de crear una normativa uniforme y aplicable a la mayoría de los sujetos involucrados en este sector, ya que la mayoría de los conflictos se dan en aguas internacionales y entre sujetos de diversos Estados. En la doctrina y en la práctica, ha sido muy discutido este tema, ya que los Estados se escudan en su autonomía normativa, como justificante en la inaplicabilidad de determinadas normas de carácter uniforme.

¹⁷ Blas Simone, Osvaldo, *Compendio de Derecho de la Navegación*. 2ª Edición, Ábaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires, 1996, p. 53.

3. Integración

Se refiere a que el Derecho Marítimo, se ha visto influenciado por normatividades tanto de derecho público como privado, de esta manera, se protege esa dualidad de intereses, es decir, por una parte tenemos instituciones y organizaciones privadas que influyen en el desenvolvimiento jurídico y práctico en el ámbito marítimo, así como organizaciones internacionales intergubernamentales que tienen estos mismos fines, creando un ambiente sano en la economía.

4. Particularidad

Consistente desde el punto de vista de su naturaleza, es decir, el mar, que conjugado con la navegación (su objeto), da como consecuencia el tráfico marítimo, y que atiende a sujetos determinados. De aquí que sea considerada una rama única, especial y particular, tan es así y como veremos más adelante, los sujetos que operan en el ámbito, se han visto en la necesidad de contar con un procedimiento técnico y especializado en materia marítima, tal como lo es el arbitraje.

5. Autonomía

Se entiende por autonomía, la cualidad de gobernarse por sus propias leyes y principios, para lo cual, llena sus propias lagunas a fin de obtener un sistema pleno, sin necesidad de recurrir a otras ramas. Con base a lo anterior, nos encontramos en una problemática, ya que si bien es cierto, en México contamos con una Ley de Navegación y Comercio Marítimos, ésta depende en gran medida de nuestro Código de Comercio, que a su vez nos remite al Código Civil Federal y por si fuera poco y como veremos en el capítulo segundo, los asuntos que versen en esta materia, actualmente son competencia de los Juzgados de Distrito en materia civil, por lo que la característica de la autonomía se vulnera y queda expuesta a críticas.

IV. EL DERECHO UNIFORME COMO GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO

Hemos escuchado en las últimas décadas sobre la globalización, y gran parte de la sociedad, se toma este concepto como algo peyorativo, negativo, siendo éste

término algo estigmatizado y canalizado a cuestiones de índole comercial y en gran parte, no se aleja de la realidad, ya que la expansión comercial y económica se ha dado gracias a las tecnologías, lo que permite una eliminación de fronteras que conlleva a una interdependencia que algunos consideran como debilitamiento de la soberanía, sin embargo, de acuerdo a mi sentir, al ser individuos en una sociedad, es necesario rodearnos de los demás para construir una realidad conjunta, aunque en la práctica, unos aventajen a los otros.

De acuerdo con estas circunstancias, consideramos que se ha transportado esto al ámbito jurídico, vinculándose los Estados por medio de normas jurídicas internacionales, con el objeto de minimizar los roces por diferencias en sus sistemas normativos y lograr de esta manera, una solución de conflictos pacífica, minimizando costos y proveyendo eficiencia económica. El doctor Leonel Pérez Nieto, nos menciona que este proceso de uniformidad normativa, es un medio para la solución de problemas que presenta el tráfico jurídico internacional, y por tanto, es susceptible de ser estudiado por el Derecho Internacional Privado.¹⁸

Consecuentemente, el Derecho Uniforme no es otra cosa más, que la globalización del Derecho, una pretensión de crear un Derecho que elimine las fronteras y que reduzca los conflictos de intereses (algo que considero positivo), sin embargo, como veremos en el tercer capítulo, no existe tal uniformidad, sino una diversidad descontrolada de reglas, instrumentos internacionales, instituciones arbitrales y juzgados que manejan y aterrizan criterios diversos que nos llevan a una “desunificación” sistemática. Por su parte, si se llega a ver desde lo negativo, se considera un tipo de control por parte de los países de primer mundo con el objeto de imponer sus leyes, y es así como se utiliza el término “Derecho Uniforme”, es decir, como un disfraz de la globalización jurídica, que se traduce en un proceso interesante, en el que se manifiesta la importancia de la eficiencia económica, por medio de la norma jurídica.¹⁹

¹⁸ Pereznieto, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, parte general, novena edición, México, Oxford, 2011, p. 9.

¹⁹ *Ibidem*, p. 10.

V. MEDIOS PARA LOGRAR EL DERECHO UNIFORME

Como establecimos al principio del capítulo, Gliogliolla menciona de manera implícita, dos medios para alcanzar el Derecho Uniforme, muy específicamente la unificación del Derecho Marítimo. Estas son: i) la costumbre (conjugada con la realidad y dando como resultado el derecho vivo marítimo) y ii) las convenciones o tratados internacionales que responden al derecho vivo. Es así que, en la presente investigación, agregaría un tercer y cuarto elemento, que se convierten en factores muy importantes, consistentes en iii) la creación de organismos u organizaciones internacionales para la codificación del Derecho Internacional Privado y iv) los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC), respectivamente, especialmente el arbitraje, que opera como una figura con intenciones de jurisdicción, y es a través de los convenios internacionales, que pretenden se reconozcan y ejecuten sus laudos por los Estados, que de acuerdo a las circunstancias, significa privatizar la justicia, desplazar o hacer a un lado jurisdicciones estatales.

1. *La Lex Mercatoria como Derecho Uniforme*

Como se mencionó en el párrafo anterior, serán cuatro medios que dan como resultado el Derecho Uniforme. De esta manera iniciaremos por analizar a la costumbre, específicamente la denominada “*Lex Mercatoria*.”

El doctor Leonel Pereznieta Castro, lo ubica como un método de naturaleza internacional cuya función se traduce en regular el tráfico jurídico internacional, con el objeto de solucionar problemas que dieron origen a dicho tráfico²⁰. La manera en que lo hace, es a través de reglas establecidas por órganos privados o gubernamentales o bien por organizaciones de comerciantes y prestadores de servicio, quienes las hacen obligatorias en la contratación, entre afiliados.

Por su parte, María Elena Mansilla y Mejía establece:

²⁰ *Ibidem*, p. 165.

La *lex mercatoria* es autónoma, está formada por normas mercantiles derivadas de la voluntad privada, no sigue un proceso legislativo formal, por el contrario, su creación obedece a la libertad que tienen las partes para acordar las reglas del contrato de comercio que celebran.²¹

De lo anterior, Pereznieto destaca cuatro elementos de la *Lex mercatoria*:

- La agrupación de comerciantes de una misma actividad.
- La adopción de usos y costumbres comunes.
- Manifestaciones de origen no estatal, y
- La resurrección de un *Jus mercatorum*, más conocida como *lex mercatoria*.²²

Como conclusión, es necesario destacar dos aspectos, el primero es que la *Lex mercatoria*, es producto de prácticas, usos y costumbres de los comerciantes, quienes consideran y las hacen obligatorias para las partes, convirtiéndolas en ley, consolidándose por medio de la codificación y siendo válidas ante tribunales nacionales. Un ejemplo típico, el cual se relaciona con nuestro objeto de estudio, es el contrato tipo, donde se establecen cláusulas arbitrales y se obliga a las partes a someter sus controversias ante tribunales arbitrales. El segundo aspecto, radica en que, tanto ha sido el impacto de estos usos y costumbres en los ámbitos jurídicos nacionales, que dan como resultado que el legislador adopte dichas prácticas, creando y/o reformando leyes, como por ejemplo, el título cuarto de nuestro Código de Comercio, el cual regula el arbitraje comercial.

2. *Tratados Internacionales*

Siguiendo con los medios para uniformar al Derecho, los tratados, acuerdos o convenciones internacionales según el doctor Francisco José Contreras Vaca²³, tiene como fines los siguientes:

²¹ Mansilla y Mejía, María Elena, (coord.), *Derecho Internacional. Visiones contemporáneas*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, 2008, p. 207.

²² Pereznieto, Leonel, *op cit.*, nota 18, p. 166.

²³ Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, segunda edición, Oxford, México, 2012, p. 8.

- 1) Unificación de Criterios.- Este autor, nos hace mención que de esta finalidad se desprende el término Derecho Uniforme o Convencional, y señala que mediante esta unificación, se sustituyen las legislaciones nacionales por un texto rígido único (*hard law*), contenido en un acuerdo internacional.
- 2) Armonización de criterios.- Esta finalidad, no busca un texto rígido, sino que con base en leyes modelo o guías jurídicas (*soft law*), cada Estado elabora su propia normatividad, ya sea de Derecho conflictual o material. y;
- 3) Abarcar todas las áreas del quehacer humano.- Realizando convenciones específicas sobre cada una de ellas.²⁴ Esto es, crear un sistema normativo interestatal e integral.

De lo anterior, se puede desprender básicamente la existencia de un proceso para lograr la uniformidad en las disposiciones, tanto sustantivas como adjetivas, ya sea que lo llamemos Derecho Uniforme, Derecho Convencional o Derecho Globalizado.

3. *Organismos Internacionales*

Pasando ahora a los organismos mundiales de Derecho Internacional Privado, destacaremos las generalidades de siete organizaciones, como son la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit o Instituto de Roma), la Cámara de Comercio Internacional, el Comité Marítimo Internacional y por último la Organización Marítima Internacional. Así mismo, haremos mención a un organismo regional denominado Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), todo ello con el fin de vislumbrar el esfuerzo por unificar al Derecho y una vez hecho lo anterior, procederemos a analizar los medios alternativos de solución de controversias (MASC), que de acuerdo a nuestro razonamiento, se encaminan como la vía y fin último para lograr el Derecho Uniforme Internacional.

²⁴ *Ibidem*, p.9.

A. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Tuvo sus primeras actividades en el año de 1893, pero fue hasta 1951 que actuó como organismo Internacional y hasta nuestros días ha llevado a cabo veinte conferencias o sesiones ordinarias y sólo una extraordinaria²⁵, siendo México miembro de dicho organismo a partir de 1988.

Es de destacar que en un principio, este organismo fue considerado como regional, ya que estudiaba el Derecho Internacional Privado Convencional Europeo y con la tendencia globalizadora, fueron adoptando a más miembros de diferentes continentes, dando resultado que a la fecha cuenta con más de 65 miembros entre los que destacan Alemania, Albania, Argentina, Australia, Austria, Bielorrusia, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Corea, Croacia, Egipto, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Rusia, Finlandia, Francia Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda Islandia, Israel, Italia, Japón, Jordania, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Malta, México, Mónaco, Marruecos, Noruega, Nueva Zelanda, países bajos etc. Esto nos lleva a darnos cuenta de la expansión geográfica que ha sufrido este organismo y su interés por crear un Derecho Uniforme, no solo a nivel regional, sino global.

La manera en que opera este organismo consiste en utilizar al derecho comparado, cuyo desarrollo y discusión corre a cargo de profesores de Derecho, miembros de tribunales de justicia, consejeros jurídicos, abogados y diplomáticos, lo que crea un ambiente político, económico y empresarial de peso, cuyo efecto es la unificación progresiva del Derecho Internacional Privado, mediante una *Unión judiciare* (Unión del Derecho).²⁶

Conforme al objeto de estudio de la presente investigación, destacan de este organismo las siguientes convenciones:

²⁵ Cfr., Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, segunda edición, Oxford, México, 2012, pp. 262-274.

²⁶ *Ibidem*, p. 278.

- Convención Relativa a la Notificación en el Extranjero de Actos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial, concluida el 15 de Noviembre de 1965.
- Convención sobre los Acuerdos de Elección de Foro, concluida el 25 de noviembre de 1965.
- Convención sobre la obtención de Pruebas en el extranjero en Materia Civil o Comercial, concluida el 18 de marzo de 1970.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia Civil y Comercial, concluida el 1 de febrero de 1971.
- Protocolo de Competencia. Protocolo Adicional a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia Civil y Comercial, concluida el 1 de febrero de 1971.

El método de trabajo del organismo consiste en emitir: i) Recomendaciones, donde se sugiere la adopción de ciertos principios aprobados, utilizado en la Primera Guerra mundial y la Segunda Conferencia de La Haya. También lo hace a través de ii) Convenciones Multilaterales sobre áreas de mutuo interés, así mismo, emplea iii) Convenciones Modelo, consistente en la aprobación de un proyecto de tratado, donde se deja la libertad a los Estados a que lo concluyan en el futuro, siendo perfeccionado y complementado. Así mismo, la bilateralización, otorga libertad a los Estados, de elegir a las naciones con quienes quieren que surta efectos el pacto internacional; y por último, iv) la ley modelo, consistente en un texto destinado a reemplazar las reglas de conflicto existentes en la legislación interna de cada Estado interesado, pero que no está integrado, ni forma parte de ningún pacto internacional, sin embargo, en la actualidad sirve para que el legislativo de los Estados, la tome como base para su legislación interna y este es el punto que quería tocar, ya que analizaremos más adelante en el próximo capítulo, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional.(LMACI), cuya creación corrió a cargo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

B. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL)

Es el principal órgano de las Naciones Unidas encargada de reformar la legislación mercantil a nivel mundial, se encuentra conformada por 36 Estados miembros, quienes representan a los principales y más poderosos sistemas jurídicos y económicos del orbe y sus actividades son principalmente las siguientes:

- La elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial
- La preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico
- La presentación de información actualizada sobre jurisprudencia referente a los instrumentos y normas de derecho mercantil uniforme y sobre su incorporación al derecho interno.
- La prestación de asistencia técnica en proyectos de reforma de la legislación.
- La organización de seminarios regionales y nacionales sobre derecho mercantil uniforme.²⁷

Lo anterior, lo realiza celebrando coloquios, uno de ellos que consideraremos en la presente investigación, es el celebrado en Viena Austria, los días 29 y 30 de marzo de 2010, el cual trató el tema del arbitraje y la conciliación, pero dando especial énfasis a la resolución de disputas en línea, lo cual minimiza costos.

La necesidad de unificar el Derecho Mercantil Internacional, surge después de la Segunda Guerra Mundial, donde las nuevas tendencias en las transacciones internacionales marcan una nueva era denominada "*The Era of the international treaties and the modern response*", la cual define una nueva estandarización adecuada para responder a la frecuencia y el volumen de las operaciones

²⁷Para mayor información consúltese la página electrónica de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

comerciales, en una etapa donde el enfoque tradicional del conflicto de leyes era insuficiente.²⁸

Ahora bien, el 20 de Diciembre de 1965, en la vigésima Asamblea General de las Naciones Unidas, se abordó el tema referente a la problemática de conflictos y divergencia de leyes, ya que representa un factor inconveniente o negativo para el desarrollo del comercio mundial. Esto dio lugar a que el profesor Clive M. Schmitthoff, Secretario General en ese entonces, rindiera un informe conocido como “Estudio del Profesor Schmitthoff”²⁹. Dicho documento se encuentra dividido en los siguientes temas:

- Definición de Derecho Mercantil Internacional (DMI).
- Técnicas para reducir conflictos de leyes.
- Esfuerzo de otras organizaciones en la unificación del DMI.
- Métodos para lograr la unificación y armonización progresiva del DMI. (que consisten en la incorporación de normas mediante tratados internacionales; la elaboración de leyes modelo y las recopilaciones de la Lex Mercatoria.
- Resultados de los puntos anteriores.

Un año después, a través de la resolución 2205 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se considera necesario y justificable la creación de la CNUDMI, y entre otras razones, se discutió sobre la cooperación entre las naciones como factor de promoción de las relaciones de amistad, el mantenimiento de la paz y la seguridad, las divergencias entre las legislaciones estatales como obstáculo al desarrollo del comercio mundial y la conveniencia de un proceso de armonización y unificación del derecho mercantil internacional.

Así mismo, a raíz de una decisión adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en su vigésimo primer período de

²⁸ Sappideen, Razeen, *Harmonizing international commercial law through codification*, Journal of World Trade, Kluwer Law international, 2006, pp. 426-428.

²⁹ Para mayor información, consúltese dicho informe en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/vol1-p19-47-s.pdf>

sesiones, celebrado en 1988, la Secretaría ha establecido un sistema para la recopilación de decisiones judiciales y laudos arbitrales relativos a los convenios, convenciones y leyes modelo emanados de la Comisión y la difusión de la información jurisprudencial así obtenida. Dicho sistema, fue designado en inglés por las siglas “CLOUT” (*Case Law On UNCITRAL Texts*).

La finalidad del sistema, es dar a conocer en los medios internacionales, los textos jurídicos en cuya preparación o aprobación haya intervenido la Comisión, abrir un cauce por el que los jueces, árbitros, abogados, partes en operaciones mercantiles y demás personas interesadas, puedan tener fácil acceso a las decisiones judiciales y arbitrales relativas a esos textos al ir resolviendo asuntos que sean de su competencia y promover cierta uniformidad en la interpretación y aplicación de esos textos.

Este sistema tiene por objeto abarcar los convenios, convenciones y leyes modelo de la CNUDMI, actuales y futuros que hayan entrado en vigor o se hayan aplicado en los Estados, y sobre los cuales haya jurisprudencia. Actualmente, el sistema abarca los siguientes textos:

- Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958)
- Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)

Entre los principales instrumentos internacionales, encontramos los siguientes:³⁰

³⁰ Véase *Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, párrafos 40-42, disponible en internet: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html (Consultado el día 15 de febrero de 2014)

- Convenios internacionales de carácter multilateral: es un sistema de codificación internacional utilizado con vistas a conseguir uniformidad en algún tema, cuya única limitante consiste en las reservas que puedan hacer los Estados suscriptores, siempre y cuando el instrumento lo permita.
- Leyes modelo: También llamadas leyes-tipo son textos en forma de cuerpo legislativo cuya finalidad consiste en conseguir armonización en un tema determinado.

Su diseño permite que los Estados puedan incorporarlas en su ordenamiento de forma literal o con adecuaciones al sistema jurídico existente en el Estado que la incorpora. Esta flexibilidad ha permitido que algunas de ellas, gocen en la actualidad de gran aceptación, el ejemplo ideal es la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, que a la fecha ha sido incorporada por más de 50 Estados.

- Guías legislativas y recomendaciones: Cuando un tema no ha madurado lo suficiente puede ser complicada la elaboración de una convención o una Ley Modelo. Sin embargo, con el objetivo de comenzar un proceso de armonización, se crean las guías legislativas. Se trata de textos que aportan soluciones legislativas.
- Reglas Contractuales: Se trata de disposiciones contractuales modelo, puestas a disposición de los operadores del comercio internacional. Su objetivo es ser incluidas en los contratos internacionales. Básicamente son cláusulas con los elementos necesarios para evitar patologías y asegurar el buen desempeño de los contratos, lo que garantiza su eficiencia.
- Guías Jurídicas: Son instrumentos que versan sobre problemas en la preparación de determinados tipos de contrato y proponen soluciones para su elaboración. Son meras orientaciones para evitar, en lo posible, el mal funcionamiento de los contratos internacionales.

C. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit o Instituto de Roma)

Organismo Internacional intergubernamental con sede en Villa Aldobrandini (Roma), fundada el 2 de Noviembre de 1926, por decreto del gobierno fascista

Italiano, quien actuaba como órgano auxiliar de la Sociedad de Naciones, reconstituida en 1940 por un acuerdo multilateral denominado Estatuto Orgánico, el cual le reconoce personalidad jurídica propia.

A la fecha está conformado por 63 Estados miembros y su Consejo Directivo se compone por eminentes juristas elegidos por la Asamblea, pero dicha Asamblea es presidida y representada por Estados.³¹

Su labor consiste en uniformar las reglas materiales de Derecho Internacional Privado, de esta manera se distingue de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ya que esta última se encarga de unificar las reglas sobre el conflicto de leyes, es decir, del Derecho Internacional Privado Clásico.

Continuando con la UNIDROIT, ésta ha complementado y participado mucho en el ámbito comercial, y ha sido la CNUDMI quien ha tomado últimamente la batuta de coordinar a diversos organismos. Esta labor ha dado como resultado convenciones que una vez aprobadas, forman parte la realidad jurídica, siendo vigentes en la actualidad; el mejor ejemplo de ello, es la Convención del 21 de junio de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual plasma las bases de prácticas en el ámbito internacional contractual. Dichas bases, han sido nombradas como Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (*Principles of International Commercial Contracts*), aprobados por el Consejo Directivo de la UNIDROIT, en mayo de 1994 y editados en junio de ese mismo año. Lo anterior resulta alentador, pero a la vez alarmante, ya que implica una extraordinaria aportación al comercio internacional, pero a su vez nos hace vislumbrar que no fueron aprobados por los Estados miembros, sino como se mencionó anteriormente, fueron establecidos por juristas y personas que operan en el ámbito internacional, es decir, no tienen fuerza vinculante y como nos menciona Bonell³², en la práctica solo pueden aplicarse gracias a su capacidad *persuasiva*, y entendemos por esta palabra algo peyorativo,

³¹ Fontaine, M., "Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaboré par unidroit", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 68/1, 1996, p. 26.

³² Bonell, Michael J., "I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali: Origini natura é finalità", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 68/1, 1996, p. 4.

ya que aunque determinada persona no esté convencida de celebrar un contrato, es a través de argucias como se logra obtener el consentimiento de esta.

Como se ha repetido durante este capítulo, nos enfrentamos desde ya varios siglos a demasiados intentos por crear un código de comercio uniforme con carácter internacional, que su objetivo es unificar y armonizar el Derecho y el comercio internacional y aunque algunos principios no son vinculantes por los Estados miembros, sí tienen una efectiva vigencia en la práctica, ya que son aceptadas y obedecidas voluntariamente por los protagonistas del comercio internacional.

Para dar paso al siguiente tema, concluimos diciendo que gracias a la globalización económica, los operadores en el ámbito internacional han necesitado unificar criterios jurídicos para facilitar sus actividades, y actualmente vamos por el camino de la unificación del Derecho, aunque de acuerdo a la doctrina clásica lo que se pretende no es la unificación del Derecho, sino, “la unificación legislativa”³³, es decir, establece que sólo se pretenden unificar textos legislativos, junto con sus precedentes, pero a mi manera de ver las cosas, también se desea crear y en ocasiones sustituir principios jurídicos que impactan de gran manera y en su totalidad a sistemas jurídicos, por lo que sí existe una unificación del derecho o una unificación jurídica.

D. Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Organización empresarial constituida en París en el año de 1919, cuyo objetivo es actuar a favor de un comercio abierto y crear instrumentos que lo faciliten con la finalidad de conseguir prosperidad general y la paz entre los países.

Los miembros de la CCI son empresas que efectúan transacciones internacionales y también organizaciones empresariales, entre ellas, diversas Cámaras de Comercio. En la actualidad las miles de empresas que agrupa proceden de más de 130 países y se organizan como Comités Nacionales en más de 90 de ellos.

³³ Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, “El Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 27, 1998, p. 115.

Un año después de la creación de las Naciones Unidas, la CCI obtuvo el rango de organismo consultivo del más alto nivel ante la ONU y sus agencias especializadas. Es también ente consultivo privilegiado de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, Comisión Europea, etc. Incluso el G-8 recibe en cada una de sus reuniones, un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del momento, que es entregado en visita “ad hoc” al primer ministro del Estado anfitrión.

Dentro de sus más importantes creaciones y actividades, encontramos las siguientes:

- Creación de la Corte Internacional de Arbitraje, que opera de manera conjunta con el Comité Marítimo Internacional, en asuntos de arbitraje marítimo.
- Recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (Incoterms, Reglas y Usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etc); y
- Elaboración de reglas y códigos de conducta sobre muchos aspectos de la actividad empresarial internacional (Carta de las Empresas para un Desarrollo Sostenido, Código de prácticas legales en publicidad, Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales).
- Guía para el comercio electrónico.

En cuanto al ámbito marítimo y con apoyo del Comité Marítimo Internacional³⁴ (CMI), han producido un conjunto de reglas para el arbitraje marítimo. Las reglas preparadas por expertos de la CCI y del CMI fueron aprobadas en 1978. La administración de los casos decididos bajo las Reglas de Arbitraje CCI/CMI está confiada a una organización común para las dos instituciones: la Organización Internacional de Arbitraje Marítimo (O.I.A.M.) Estas reglas, están vigentes desde

³⁴ Para mayor información, consúltese la página del Comité Marítimo Internacional: <http://www.comitemaritime.org/Home/0,271,1132,00.html> (consultado el 14 de febrero de 2014)

1978, y fueron creadas para regular los procedimientos de solución de controversias marítimas por arbitraje, incluyendo, entre otras, las originadas en contratos *charter*, contratos de transporte marítimo de mercancías, transporte combinado de mercancías, contratos de seguro marítimos, contratos de construcción y reparación de embarcaciones, contratos de venta de embarcaciones y otros contratos que crean derechos sobre embarcaciones.

Asimismo, y en palabras de Rafael Illescas Ortíz, la CCI tiene como gran mérito el haber procedido a la primigenia formulación escrita y a las sucesivas revisiones de normas del Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI)³⁵ originariamente configuradas como usos o costumbres internacionales.³⁶

E. *Comité Marítimo Internacional (CMI)*

Organización internacional no gubernamental, sin fines de lucro, fundada en Amberes, Bélgica en el año de 1897, y cuya finalidad es contribuir, por todo el trabajo y medios adecuados, a la unificación del derecho marítimo en todos sus aspectos.

Además, promoverá para este fin, la creación de asociaciones nacionales de Derecho marítimo, para lo cual trabajará de manera conjunta con organizaciones internacionales, como es el caso de la CCI.

En los últimos años, tanto el volumen y la complejidad de las disputas marítimas internacionales han aumentado dramáticamente. Para responder a las necesidades de los intereses marítimos y como se mencionó anteriormente, la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el Comité Marítimo Internacional (CMI) han elaborado conjuntamente una serie de normas adecuadas para el arbitraje marítimo. Las normas fueron preparadas por expertos de la CCI y el CMI y fueron

³⁵ El término “Derecho Uniforme del Comercio Internacional”, ha sido nombrado de esta manera por el autor Rafael Illescas Ortíz.

³⁶ Illescas Ortíz, Rafael, y Perales Viscasillas, Pilar, *Derecho Mercantil Internacional: El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Universidad Carlos III de Madrid, 2003, p. 47.

aprobadas por la Asamblea de ésta última, en marzo de 1978 y por el Consejo de la CCI en junio de 1978.

El CMI es conocido como una de las principales organizaciones marítimas internacionales. Desde su creación, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI con frecuencia le ha pedido al CMI, manejar las disputas que surjan en la construcción naval y los sectores marítimos. Este organismo ha concluido que en materia marítima necesitan ser atendidos los conflictos por personal especializado en el tema.

Debido a la cohesión global de los intereses marítimos, una característica clave de arbitraje marítimo, en comparación con el arbitraje comercial en su conjunto, es que deja a las partes un mayor grado de libertad de acción, ya que pueden decidir sobre el lugar del arbitraje, la ley aplicable, el número de árbitros y el idioma que se utilizará. Así mismo, la responsabilidad de la administración general de las nuevas reglas recae en la Secretaría del CCI.

F. Organización Marítima Internacional. (OMI ó IMO por sus siglas en inglés)

Como organismo especializado de las Naciones Unidas, la OMI es el órgano normativo mundial para la protección, la seguridad y rendimiento del medio ambiente, enfocado en el transporte marítimo internacional. Su principal función es la de crear un marco regulatorio para la industria del transporte marítimo que sea justa y efectiva, el cual sea adoptado y aplicado universalmente.³⁷

En otras palabras, su función es la de crear una igualdad de condiciones entre los operadores de buques sin que comprometan su seguridad y la del medio ambiente. Este enfoque también fomenta la innovación y la eficiencia.

El transporte marítimo, es una industria verdaderamente internacional, y sólo puede funcionar bien si los reglamentos y las normas son acordadas, adoptadas e

³⁷ Para mayor información, consúltese la página de la Organización Marítima Internacional: <http://www.imo.org/About/Pages/Default.aspx> (consultado el 12 de febrero de 2014)

implementadas a nivel internacional y la OMI es el foro en el que este proceso se lleva a cabo.

El envío internacional, transporta alrededor del 90 por ciento del comercio mundial de los pueblos y comunidades de todo el mundo. El transporte marítimo, no solo es el método más eficiente y rentable de transporte internacional para la mayoría de los bienes, sino que además, es un medio de transporte de mercancías confiable y de bajo costo a nivel mundial, lo que facilita el comercio y ayudar a crear la prosperidad entre las naciones y los pueblos.

Medidas de la OMI, cubren todos los aspectos del transporte marítimo internacional, incluyendo el diseño de buques, construcción, equipamiento, dotación, funcionamiento y tratamiento, para asegurar que este sector vital siga siendo seguro y ecológicamente racional.

El transporte marítimo, es un componente esencial de cualquier programa para el futuro crecimiento económico sostenible. A través de la OMI, los Estados miembros de la organización, la sociedad civil y el sector del transporte marítimo ya están trabajando juntos para asegurar un aporte continuo y reforzado hacia una economía verde y el crecimiento de una manera sostenible. El fomento del transporte conjugado con el desarrollo marítimo sostenible, es una de las principales prioridades de la OMI en los próximos años.

La eficiencia energética, las nuevas tecnologías, la innovación, la educación y formación marítima, la seguridad marítima, la gestión del tráfico marítimo, el desarrollo de la infraestructura marítima y la puesta en práctica a través de la OMI, proporcionarán el marco institucional necesario para un sistema de transporte marítimo mundial verde y sostenible.

México se constituyó como miembro de la Organización Marítima Internacional el 17 de marzo de 1958.³⁸

³⁸ Información obtenida de la página electrónica de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales: <http://www.semarnat.gob.mx/temas/agenda-internacional/omi> (consultado el 12 de febrero de 2014)

La OMI tiene como objetivos:

- Desarrollar un sistema internacional destinado a aumentar la seguridad en el mar.
- Fomentar la eliminación de medidas discriminatorias y restricciones innecesarias.
- Combatir la amenaza de contaminación del mar por los buques, principalmente la ocasionada por los hidrocarburos o productos químicos transportados en buques tanque, entre otros.
- Adoptar medidas para mejorar la seguridad del transporte marítimo internacional y prevenir la contaminación del mar por los buques.
- Se ocupa además de asuntos de carácter jurídico, entre ellos la responsabilidad civil y la indemnización y la facilitación del tráfico marítimo internacional.

Para el logro de estos objetivos la OMI cuenta con cinco Comités que se abocan al trabajo técnico:

- Comité de Seguridad Marítima.
- Comité de Facilitación.
- Comité de Protección del Medio Marino.
- Comité de Cooperación Técnica.
- Comité Jurídico.

Por lo que una de las tareas que desarrolla la OMI, es la elaboración de normas internacionales comunes, impulsando la adopción de más de 40 Convenios y Protocolos, siendo estos instrumentos jurídicos vinculantes y, una vez puestos en vigor, sus prescripciones han de ser aplicadas por todos los Estados que los han suscrito. Algunos de los Convenios:

- Convenio Internacional para prevenir la Contaminación por los Buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978, MARPOL 73/78, Enmendado, con Protocolo 1978 y Protocolo de 1997.

- Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por los Hidrocarburos por Combustibles de los Buques, 2001.
- Convenio Internacional sobre el control de los Sistemas Antiincrustantes Perjudiciales en los Buques, 2001.
- Convenio Internacional para el Control y la Gestión del Agua de Lastre y los Sedimentos de los Buques, 2004.
- Convenio sobre la Remoción de Restos de Naufragio.
- Convenio para el Reciclaje Seguro y Ambientalmente Racional de los Buques.

G. Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP)

Ente de la Organización de Estados Americanos, cuyo objetivo es promover el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho Internacional, así como estudiar la conveniencia de uniformar los derechos internos de los países en desarrollo del continente.

Sus actividades se traducen en reuniones intergubernamentales, que tratan asuntos técnicos especiales y de cooperación. Los trabajos de la CIDIP, se limitan al área americana, sin embargo, sus convenciones pueden ser suscritas por cualquier país del mundo, buscando la participación de Estados Unidos de América y Canadá, por lo que se aprecia los intentos de querer hacer compatibles a dos sistemas jurídicos: el *civil law* y el *common law*.

A la fecha se han realizado siete Conferencias³⁹ y los trabajos que destacan de las mismas, son los siguientes:

- Convención Interamericana sobre arbitraje Comercial Internacional.
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros.

³⁹ Para mayor información sobre las mismas, consúltese la página de la Organización de Estados Americanos: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm (consultado el 14 de febrero de 2014).

- Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.
- Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (Convención de México), entre otros.

4. *Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC)*

Es turno ahora, de hablar sobre los medios alternativos de solución de controversias, que en las últimas décadas se encuentran en auge, sobre todo porque presumen de una celeridad en procedimientos, bajos costos y efectividad, pero para no adelantarnos en ello, es menester conceptualizarlos, así como dar a conocer las posiciones en favor y en contra de dichos medios.

En palabras de Oscar Vásquez del Mercado Cordero, los MASC, son los procedimientos que permiten resolver conflictos o disputas con independencia del aparato judicial, en forma pacífica y legal, y preservando un papel preponderante a las partes del conflicto.⁴⁰

Por su parte, la independencia de estos medios respecto del aparato judicial, es parcialmente cierto, sin embargo, recordemos que en el caso del arbitraje, el laudo emitido no puede ser ejecutado por el órgano que lo emitió, ya que éste no tiene el imperio otorgado por el Estado de hacer cumplir sus resoluciones.

Ahora bien, Los MASC o ADR (*Alternative Dispute Resolutions*), los definiremos como el procedimiento originado por la costumbre y la voluntad de las partes, quienes facultan a un tercero particular o institución pública y privada, para la solución de controversias civiles o de carácter mercantil.

Para no adelantarnos más, referiremos las posturas a favor y en contra respecto a estos medios alternativos de solución de conflictos.

A. El Paradigma del proceso judicial, un sistema en decadencia

⁴⁰ Cfr. Dupuis, Juan Carlos, *Mediación y Conciliación*, cuarta edición, Abeledo-Perrot, S.A., Argentina, 2004, p. 168.

Para abordar el tema, es necesario comenzar por hablar de la sociedad, ya que ésta ha ido creciendo y ante diversos factores de naturaleza internacional (económicos, políticos, geográficos etc.) van surgiendo más conflictos que las leyes y en general todo sistema jurídico no regulan, lo que implica que la realidad siempre va por delante del derecho, y este último, tiene que emprender una persecución delirante y estresante para poder regularla.

La sociedad al ser dinámica, necesita que los problemas originados en ella, sean resueltos de una forma en que las partes se sientan en confianza y es cuando surge la pregunta: ¿Los medios de solución de controversias son los adecuados?

Frente a la interrogante, podemos observar que a nivel judicial y con base en nuestro sistema jurídico, existen procesos marcados por la ley, que a grandes rasgos consisten en la confrontación de las partes, es decir, la *Litis*, convirtiendo al proceso jurisdiccional en un factor determinante.

En palabras del abogado-mediador y doctor en psicología Joseph Redorta, nos menciona:

...los operadores jurídicos se hallan cada vez más frustrados, a todos los niveles y sobre todo en lo que a satisfacción personal y autorrealización se refiere. Lo mismo sucede en los ciudadanos beneficiarios del sistema. Los índices de litigiosidad en todos los países demuestran que el sistema actual va colapsando en una cadena que, metafóricamente hablando, no tiene fin: a más gatos, más ratas ¿No estaremos haciendo algo mal?⁴¹

Este mismo autor, responde la cuestión, estableciendo que tanto el Derecho como el sistema de impartición de justicia, están sometidos a todo tipo de presiones y exigencias a nivel internacional, por lo que el paradigma de la sentencia judicial como camino exclusivo que pone fin a los conflictos, se encuentra actualmente en

⁴¹ Redorta, Joseph, "La justicia del Futuro", publicado en Courts and Mediation New Paths for Justice, European Press Academic Publishing, Italia, 2011, p. 2.

crisis y somos los abogados y jueces quienes se resisten a un cambio ya que se sienten vulnerados en su campo de acción.⁴²

Así mismo, el doctor Eduard Vinyamata, nos hace ver que desde la práctica del Derecho y la administración de justicia, también se han establecido sistemas como el arbitraje o la mediación para canalizar de manera inteligente conflictos que no deberían acabar dentro del complicado engranaje judicial.⁴³

A lo largo de la historia, han existido tres formas de resolver los conflictos: La primera de ellas es i) la fuerza, donde el más fuerte se impone al débil, y este último se subordina, sin embargo, actualmente el elemento fuerza se ha monopolizado por el Estado, quien es el único que puede utilizarla legítimamente. La otra forma de solución, es a través del ii) Derecho, que como se mencionó anteriormente, se ha confiado en los tribunales establecidos por el propio Estado, para resolver los conflictos a través de la confrontación y que a la larga las partes, se sienten en desconfianza por la cantidad de criterios adoptados por dichos tribunales, así como la existencia de una gran cantidad de leyes (inflación legislativa); y por último, tenemos iii) la palabra, como alternativa de solución de conflictos, que se trata de soluciones de calidad que satisfacen a las partes en conflicto.

Lo último es un poco aventurado para nosotros, ya que por ejemplo, en el arbitraje, se puede decidir quién será el árbitro que decida la cuestión, sin embargo, su laudo, lo impondrá a favor de una u otra parte, y estas por su propia voluntad acatarán o no la medida impuesta y no necesariamente satisfará a la totalidad de las partes.

Siguiendo con el pensamiento de Joseph Redorta, la solución de conflictos a través de otros medios que no impliquen la confrontación, generaría y se están generando nuevos conceptos de justicia, que nos llevan a una “desjudicialización”⁴⁴ ciudadana,

⁴² *Ibidem*. p. 3 y sig.

⁴³ Ury, William, Ponencia: “Primer Congreso Nacional de Mediación Empresarial”, Valencia, España, 11 y 12 de marzo de 2005.

⁴⁴ Redorta, Joseph, *op. cit.*, nota 41, p. 9.

por lo que propone la canalización de conflictos a centros de justicia alternativa dependientes del propio poder judicial, deteniendo la inflación legislativa, lo que nos da a entender que la solución es a nivel integral, pero en todo momento se respetarán derechos mínimos.

B. Los Medios Alternativos de Solución de Controversias: Figuras de desplazamiento de Jurisdicciones Nacionales

Como se ha mencionado a principios del presente capítulo, diversos autores han externado su preocupación relativa a la injerencia que tienen determinadas potencias a nivel mundial sobre la formación de costumbres, su codificación, celebración de tratados y creación de organismos con el objeto de regular y aplicar reglas, leyes y demás instrumentos jurídicos que conllevan como fin último la creación de un Derecho Uniforme, que responde a intereses de sociedades mercantiles y en general operadores jurídicos en ese ámbito.

Otros autores que mencionan esta preocupación son Rafael Illescas Ortíz y Pilar Perales Viscasillas, que a continuación mencionan que existe

... una constante dinámica creadora de normas configuradas bajo alguna de las diversas formas ya analizadas, cláusulas contractuales, usos internacionales de comercio y recopilaciones o codificaciones de aquellos, llevadas a cabo no tanto por los Estados, sino por los operadores, las agencias...En segundo término,... sería la aplicación del indicado conjunto de reglas, en caso de conflicto entre sus destinatarios, por los tribunales arbitrales esporádica o permanentemente constituidos por los sujetos del tráfico comercial internacional con la finalidad específica de excluir a los tribunales estatales en punto a la resolución de sus controversias jurídico-privadas.⁴⁵

Es decir, refleja que en el ámbito comercial internacional, los sujetos que operan en ese ámbito, crean reglas tanto sustantivas como adjetivas y por si fuera poco, instauran instituciones que las resuelven, por lo que estamos frente a una

⁴⁵ Illescas Ortíz, Rafael, y Perales Viscasillas, Pilar, *op. cit.*, nota 36, p. 65.

administración e impartición de justicia parcial, privatizada y monopolizada por personas que controlan el intercambio de productos y servicios de manera global, y digo que es un sistema de impartición de justicia parcial, debido a que en la actualidad dependen enormemente de los tribunales estatales, ya que estos tienen la facultad de reconocer el laudo emitido, para que pueda ejecutarse el mismo, aunque en la realidad se han celebrado tratados internacionales cuyo fin es que los tribunales estatales al entrar al análisis del laudo, sólo sea revisada la forma y no el fondo.

Pereznieto, expresa su preocupación de la siguiente manera:

En materia de comercio se celebran en la actualidad diversos tratados y acuerdos internacionales por medio de los cuales se protege al inversionista extranjero, creando sistemas de solución de controversias donde los Estados sólo participan en su administración; estos sistemas operan sobre las bases del arbitraje internacional, con árbitros libremente escogidos por las partes.⁴⁶

VI. EL ARBITRAJE

Los medios más socorridos son la mediación, conciliación y el arbitraje. Someramente y para no desviarnos demasiado, solo estableceremos su semejanza y diferencia respecto a los otros medios.

Todos los métodos mencionados comparten una finalidad, la cual consiste en servir de medio o técnica de resolución de conflictos, con la salvedad de que en el arbitraje se emite una decisión (laudo arbitral), que vincula a las partes produciendo los efectos de una sentencia, aunque como se repetirá a lo largo de la investigación, para que el laudo sea efectivo, debe ser reconocido y ejecutado con ayuda de un tribunal estatal.

Por su parte, el arbitraje es por excelencia el medio alternativo para resolver controversias mercantiles y mucho se ha discutido en torno a la naturaleza jurídica

⁴⁶ Pereznieto, Leonel, *op cit.*, nota 18, p. 31.

del mismo. Por una parte tenemos la tesis contractualista, la cual establece que el arbitraje es un contrato y por el otro lado tenemos a los procesalistas, los cuales argumentan que el arbitraje es una excepción procesal. Lo anterior, ha dado como consecuencia una tesis triunfante, que adopta ambos razonamientos estableciendo que el arbitraje es un contrato en su origen, pero sus efectos son jurisdiccionales.⁴⁷

El arbitraje es así:

...un medio o técnica, la cual va a tratar de resolver las diferencias surgidas entre las partes a través de la voluntaria sumisión de las mismas al fallo o laudo que debe rendir una tercera persona o comisión, no investida de autoridad jurisdiccional; y por lo que hace a las materias de carácter comercial, se dice que son aquellas que se suscitan en el tráfico mercantil (actos de comercio)...⁴⁸

Y es de esta manera, que en el Derecho Marítimo, al ser este de naturaleza internacional y vinculado con actos de comercio, los operadores jurídicos que realizan sus actividades en el mar, han optado por resolver en la práctica sus controversias, ante arbitrajes comerciales internacionales, y muy en específico, arbitrajes especializados en materia marítima como lo son la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres,(LMAA), la Sociedad de Árbitros Marítimos de Nueva York (SMA), la Asociación de Arbitraje Marítimo (MAA), la cual tiene oficinas a nivel nacional en los Estados Unidos de América y la Organización Internacional de Arbitraje Marítimo (OIAM).

1. *Principios que rigen al arbitraje*⁴⁹

Estos principios tienen como base, las convenciones que se han celebrado, así como las leyes modelo que han servido como medio para que los Estados las adopten en su sistema jurídico interno, por lo que no nos adentraremos demasiado

⁴⁷ Cfr., Fernández de la Gándara y Calvo Caravaca, L, *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 709-711.

⁴⁸ Cfr., Vásquez del Mercado Cordero, Oscar, *Contratos Mercantiles Internacionales*, México, Porrúa, 2009, p.338.

⁴⁹ Illescas Ortiz, Rafael, y Perales Viscasillas, Pilar, *op. cit*, nota 36, pp. 473-480.

en ellos, ya que nuestro objeto de estudio, no es el procedimiento arbitral en sí, sino la práctica contractual marítima, en específico la cláusula arbitral y las problemáticas que se derivan de la misma.

A. Principio de voluntariedad

Se refiere a la autonomía de la voluntad de las partes al contratar y someterse al arbitraje, se encuentra reconocido en el artículo 7 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI, el cual fue retomado a su vez del artículo II, 1 de la Convención de Nueva York de 1958, sin embargo, veremos que realmente no existe una autonomía a esa voluntad, ya que las partes son obligadas a someterse por medio de contratos tipo.

B. Principio de limitación al procedimiento arbitral

Consiste en la competencia del arbitraje, es decir, sólo se constriñe a resolver aquellas disputas que surjan entre las partes y que han consentido en que sean resueltas por el árbitro, sin ir más allá de lo solicitado, y en caso de que no se cumpla con esto, se puede dar la denegación de la ejecución del laudo, todo ello con base en el artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI y el artículo II. 2 de la Convención de Nueva York.

C. Principio de arbitrabilidad de las disputas

Principio que consiste en resolver disputas sobre materias susceptibles de arbitraje, que en nuestro caso serán por relaciones comerciales en el ámbito marítimo, y para ello, cada Estado de manera interna, definirá qué actos serán considerados comerciales. (Artículo 1 y 2 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI)

D. Principio de igualdad de trato

Se refiere al trato equitativo de las partes durante todo el procedimiento, englobándose aquí mismo, principios esenciales como el de audiencia y contradicción, que a mi parecer no se cumplen, ya que no hay una verdadera igualdad y equidad entre las partes, debido a que al resolverse el conflicto en una

institución extranjera (E.U.A e Inglaterra), por lo general, se lleva a cabo en inglés, y si una de las partes requiere o necesita que se desahogue en otro idioma, ésta tendrá que cubrir los gastos.

E. *Principio de designación de árbitros*

Consistente en la libertad de las partes en conflicto de designar a un árbitro entre ambas partes o un árbitro cada una, dejando a la institución arbitral la propuesta de un tercer sujeto, ya que se recomienda designar a un número impar, pero que en la práctica, dichas instituciones operan con listas cerradas, es decir, una listado limitado y reducido de especialistas, lo que refleja un impedimento a una verdadera libre selección del árbitro.

2. *Tipos de arbitraje*

Es importante resaltar al arbitraje a que nos referiremos a lo largo de la investigación, ya que existen diversos tipos, por ejemplo, el arbitraje de equidad, el cual se resuelve mediante el principio *ex aequo, et bono*, pero que en cuestiones de derecho privado no se aplica, al menos no hasta la fecha, tenemos a su vez el arbitraje en Derecho o de *Stricto iure*, el cual se sujeta como su nombre lo indica al derecho establecido, por ejemplo, nuestro título cuarto del Código de Comercio, el cual regula cómo se debe llevar dicho procedimiento. Así mismo, existe el público o el privado, cuya diferencia radica en que el primero se da entre Estados dotados de *lure Imperis* y el segundo entre particulares, pudiendo actuar el Estado en este último pero en su calidad de *lure gestionis*. Siguiendo la temática, nos encontramos con el arbitraje institucional o el *ad-hoc*, el primero, brindado como su nombre lo indica por una institución, ya sea especializada o no y que presta sus servicios de arbitraje rigiéndose por sus propias reglas, y el segundo cuya característica primordial radica en que las partes deciden las reglas por las que se llevará el arbitraje; así mismo, tenemos el arbitraje nacional y el internacional, presentándose este último cuando existe en la controversia un elemento extranjero, es decir, surge una conexión con otra legislación externa; y por último, tenemos al comercial y al civil, cuya diferencia radica si nos encontramos ante un acto mercantil o no.

Por lo tanto, el arbitraje que se lleva a cabo en la práctica marítima en su mayoría es el institucional, dejando a las partes seleccionar libremente el procedimiento que se llevará a cabo, obviamente vinculado con actos de comercio, cuyo conflicto se da entre sujetos o entidades privadas de diferentes nacionalidades, teniendo como escenario y su objeto al mar y la navegación, respectivamente.

VII. CONCLUSIONES

Con base en los organismos anteriormente citados, se puede vislumbrar la pretensión de construir un Derecho Uniforme, surgiendo como una opción más favorable y menos complicada que el método de conflicto de leyes. Lo anterior a través de dos flancos, por un lado encaminándolo a la unificación sustantiva y por otro lado, a la unificación adjetiva a través de cuatro medios como son: la *lex mercatoria*, tratados o convenciones internacionales, organismos internacionales y los medios alternativos de solución de controversias, específicamente el arbitraje, para lo cual establecimos los principios que lo rigen.

Ahora bien, en últimos años se sostiene que el Derecho Uniforme, debe ser considerado como fuente autónoma, es decir, en una rama más del Derecho a la par del Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado y esto de acuerdo a los siguientes razonamientos:

- El Derecho Uniforme tiene autonomía *normativa*, ya que obtiene sus propias normas de acuerdo a convenciones y tratados internacionales y además realiza una conciliación de sistemas jurídicos.
- El Derecho Uniforme tiene además, autonomía *sustancial*, ya que reglamenta relaciones jurídicas tomando como base a un determinado país, en cambio el Derecho Internacional, responde a circunstancias que abarcan a más países.

Lo anterior no me parece convincente, ya que al decir que obtiene normas en base a convenciones y tratados internacionales implica que depende del Derecho Internacional e incluso el concepto de Derecho Uniforme se deriva de esta misma rama.

Por último, hemos apreciado que en el Derecho Marítimo, las partes han “optado” por resolver las controversias a través de la figura del arbitraje, cuyo auge se ha debido a un proceso de globalización económica, pero así mismo, por una supuesta celeridad, economía y especialización, poniéndonos a pensar si es una buena alternativa con respecto a la vía jurisdiccional, la cual según varios autores, se encuentra en crisis, generando desconfianza por parte de los gobernados, pero que aún es esencial para el arbitraje en sí, debido a su dependencia para ejecutar sus laudos. Así mismo, vislumbramos la otra cara de la moneda, la cual explica que el arbitraje comercial internacional tiene como fin, el desplazar las jurisdicciones estatales.

CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL E INTERNO EN MATERIA MARÍTIMA Y ARBITRAJE

En este capítulo se desarrollará el marco jurídico o legal que permite en el ámbito marítimo someter controversias a los llamados medios alternativos de solución de controversias, apreciaremos nuevamente los esfuerzos de Estados, Organizaciones Internacionales y sector privado para uniformar lineamientos y directrices con el objeto de que las soluciones a las controversias surgidas en el mar entre particulares de distinto origen territorial y jurídico lleguen a buen puerto.

Para continuar con esta labor, trataremos en un inicio el Derecho de los Tratados y su régimen en el sistema jurídico mexicano, para después desarrollar un análisis del marco normativo general que actualmente nos rige tanto en materia de arbitraje comercial internacional, como marítimo, todo ello sin dejar a un lado el marco normativo interno y dar paso al capítulo tercero, donde nos adentraremos a la situación actual del sector marítimo en México, las prácticas en la contratación y algunas problemáticas que se derivan, concluyendo con la homologación y eficacia de la ejecución de laudos.

I. DERECHO DE LOS TRATADOS

En la comunidad del orbe, los Estados y Organismos Internacionales están regulados por el Derecho Internacional Público, que a su vez impacta directamente al ámbito privado ya que sus normas emanan principalmente de los tratados internacionales y la costumbre, que para uniformar su aplicación e interpretación fue necesario establecer criterios generales para su entendimiento.

Lo anterior se tradujo en la celebración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual fue aprobada y firmada por México el 23 de Mayo de 1969, ratificada por el Senado en Diciembre de 1972 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de Febrero de 1975 una vez entregado el último instrumento de ratificación.

Haciendo uso de la capacidad de síntesis, mencionaré que en este tratado se abordaron principios como son el de libre consentimiento, buen fe, *pacta sunt*

servanda, igualdad de derecho, libre determinación de los pueblos, igualdad soberana, prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, lo anterior con el objeto de que en caso de conflictos entre los Estados, estos los resuelvan de manera pacífica.

La convención, en su artículo 2, numeral 1, inciso a), define a los tratados como:

...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

Ésta definición de tratado, destaca las siguientes características:

- Es un acuerdo internacional celebrado por escrito, por lo que se desprende que solo están regulados por ella los acuerdos que revistan la forma escrita; sin embargo, el hecho de que la Convención no se aplique a los acuerdos verbales no les restará valor jurídico.⁵⁰
- Celebrado entre Estados. La Convención regula únicamente los tratados celebrados entre los Estados; deja fuera de su ámbito los tratados llevados a efecto entre los Estados y los organismos internacionales u otros sujetos internacionales o entre estos exclusivamente, pero lo anterior no significa que no se les reconozca.
- Se rige por el Derecho Internacional.
- Puede constar en un instrumento único, en dos o más instrumentos conexos. Aunque por lo general, en la práctica, el tratado consta en un solo instrumento cobrando vigencia los tratados que se integran de varios instrumentos.
- Puede adoptar cualquier denominación particular. No necesariamente ha de llevar el título de tratado; puede denominarse de cualquier forma: convención, convenio, carta, estatuto, acuerdo, pacto, protocolo, acta, *modus vivendi*, procedimiento, canje de notas, declaración, concordato, armisticio, etc.; lo que realmente importa es lo que se obligan los Estados Parte.

⁵⁰ Artículo 3, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

1. *Etapas de celebración de un tratado*

Las etapas son las siguientes:

A. Negociación

Es cuando los Estados participan en la elaboración del tratado o texto, haciéndose ofertas y contraofertas. Esta etapa se puede realizar por vía diplomática a través de conferencias o cualquier otra vía convenida entre los Estados, como por ejemplo, el pacto de contrahendo, el cual se caracteriza por emprender de buena fe las negociaciones para un futuro tratado aunque no se llegue a convenir el mismo, es decir, es una promesa.

Así tenemos que las partes involucradas son llamadas Estados negociadores y en caso de que se celebre el tratado y antes de su entrada en vigor se les denomina Estados Contratantes.

Las personas que se presenten a negociar un tratado necesitan de Plenos poderes, definiéndose como aquel documento de autoridad competente de un Estado por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en negociaciones.

Aclarando lo anterior, no necesitan plenos poderes: El jefe de Gobierno y/o Estado, el ministro de relaciones exteriores (En México denominado secretario) y los embajadores.

B. Adopción

Se define como el consentimiento y autenticación en la redacción definitiva del texto, la cual se llevará a cabo por unanimidad o el voto de las 2/3 partes de los participantes presentes y votantes, es decir, se está de acuerdo y se certifica en lo relativo a la denominación del tratado, preámbulo, clausulado, transitorios y anexos.

C. Manifestación del consentimiento

Conforme a los artículos 11, 14 y 15, las formas de manifestar el consentimiento se traducen en: firma (sirve para autenticar o expresar

consentimiento), canje de instrumentos (se da en tratados bilaterales y que se traduce en un mero de cambio de notas), ratificación (la cual se da después de la firma del tratado), aceptación (que se traduce en acelerar la entrada en vigor), aprobación (que según Grigory Tunkin, significa la aceptación definitiva del tratado por el Gobierno...⁵¹) y adhesión (se refiere al consentimiento de Estados no negociadores o signatarios del tratado). De esta manera, no importa el título que se le dé, sino simplemente la constancia relativa a la manifestación de un Estado de obligarse a algo.

Al momento de manifestar el consentimiento, los Estados tienen el derecho, si no lo prohíbe expresamente el tratado o si el objeto o fin lo permite, a expresar reservas al mismo, entendiéndose por reserva con base en el artículo 2, inciso d) de la multicitada convención:

...una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

Es decir, es una declaración unilateral la cual tiene el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado respecto al Estado que la manifieste.

D. Entrada en Vigor

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala que un tratado entrará en vigor dentro del orden internacional, de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores⁵²

⁵¹ Tunkin, G., *et. al.*, *Curso de Derecho Internacional*, traducción de Federico Pita, Progreso, Moscú, 1980, libro 1, p. 244.

⁵² Artículo 24 incisos 1 y 2, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

Para que un tratado entre en vigor en el orden jurídico interno mexicano, es necesario que se publique en el Diario Oficial de la Federación.

II. RÉGIMEN DE LOS TRATADOS Y JERARQUÍA CONSTITUCIONAL

En México quien puede celebrar tratados internacionales es el Presidente de la República, todo ello con base en el artículo 89 Constitucional, fracción X, el cual establece:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;

De lo anterior, se desprende que los tratados internacionales serán sometidos a aprobación del Senado, para lo cual nuestra Constitución los faculta en su artículo 76, fracción I, párrafo segundo:

Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos;

Las disposiciones aplicables a los tratados se encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano y en el Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

De acuerdo a la investigación de la maestra María del Carmen Trejo García, el sistema de recepción de los tratados internacionales en el derecho mexicano consiste a grandes rasgos en que los plenipotenciarios llevan el texto del tratado a la Secretaría de Relaciones Exteriores para que lo analicen, y una vez realizado su estudio, se turna a la Secretaría de Gobernación, para que por su conducto, se remita a la Cámara de Senadores.⁵³

En este estudio, se concluye que la ratificación es el acto definitivo por el cual el Presidente de la República compromete al estado Mexicano internacionalmente; en tanto que la aprobación, es el acto por el cual el Senado autoriza al presidente a ratificar los tratados, obligando este acto de aprobación a los Estados de la Federación.⁵⁴

Como conclusión, tenemos que la aprobación del Senado autoriza al Presidente a llevar a cabo la ratificación, pero no lo obliga a hacerlo, pues una vez satisfecho el requisito interno de la aprobación de la Cámara Alta, la voluntad del Presidente queda libre para actuar en el plano internacional, al que pertenece la ratificación de los tratados.

Cabe agregar que la aprobación de los tratados por el Senado debe efectuarse por la mayoría de sus integrantes.

Ahora bien, respecto a la jerarquía constitucional, tenemos que derivado de la Paz de Westfalia, surgió lo que conocemos como Estado moderno, es decir, aquella

⁵³ Trejo García, María del Carmen, "Sistema de Recepción de los Tratados Internacionales en el Derecho Mexicano", Centro de Documentación, Información y Análisis, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política Exterior, disponible en internet en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-07-06.pdf> (consultado el 24 de marzo de 2014)

⁵⁴ *Ibidem*, p. 28.

entidad que justifica su actuar en base a su soberanía. Esta soberanía ha sido establecida en la llamada “Supremacía Federal o Constitucional”, contenida en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual fue reformado el 18 de enero de 1934 y cuyo precepto tiene su antecedente más próximo en la Constitución de 1857, que a su vez fue retomado del artículo sexto, inciso 2 de la Constitución estadounidense.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

De lo anterior, se desprenden como lo indica el Doctor Jorge Carpizo, la idea de legalidad e idea de estabilidad jurídica.

La legalidad entendida a la manera Kelseniana, que ningún acto es válido, si no halla apoyo y sostén en el Código Supremo, y la estabilidad jurídica estriba en que la Norma de normas es la unidad del orden y absolutamente ningún acto puede ir contra ella, a menos que el pueblo decida cambiar el orden que caduca, la idea vieja de derecho, por una nueva idea del mismo que satisfaga mejor sus aspiraciones y necesidades.⁵⁵

Es decir, el precepto constitucional o como diría Kelsen, la norma fundante básica, establece que los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la “Ley Suprema de toda la Unión”, aunque en la doctrina mexicana, no existe unanimidad al establecer el nivel jerárquico, pero si podemos observar la tendencia en considerar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por encima del resto orden jurídico, tal

⁵⁵ Carpizo, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, UNAM, 1969, p. 20.

como lo expresan Jorge Carpizo, Mario de la Cueva⁵⁶ y Eduardo García Máynez⁵⁷ en sus respectivas obras. Por lo tanto, la validez del orden jurídico internacional, se encuentra sujeto en no contravenir al orden jurídico nacional, específicamente en no entrar en contradicción o antinomia respecto a nuestra Constitución, ratificando instrumentos internacionales e incorporando preceptos que contengan los mismos a nuestro derecho interno.

Reforzando lo anterior, la maestra Elma del Carmen Trejo García menciona:

Los tratados, para ser normas válidas dentro del territorio mexicano necesitan ser incorporados al derecho nacional, ya sea a través de la ratificación o de la creación de una norma interna en la que se incorporen sus disposiciones. De este modo es que los tratados internacionales entran a formar parte de nuestro Derecho y por lo tanto, deberán formar parte de alguno de los órdenes que integran al Estado mexicano.⁵⁸

Derivado de la problemática sobre la jerarquía normativa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado al respecto en el criterio de la Novena Época, realizado en el año de 1999, atendiendo a las necesidades de un mundo globalizado, ya que la corte resuelve en sentido contrario a su tesis anterior y que a grandes rasgos la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado contradecía lo establecido en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo. Lo importante a destacar es la supremacía de la Constitución, seguida de los tratados internacionales y en un tercer plano la igualdad jerárquica respecto de leyes federales y locales.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto de la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la

⁵⁶ De la Cueva, Mario, *Derecho Constitucional*, México, Lex, 1965, pp. 46-49

⁵⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1991, pp. 87-88.

⁵⁸ Trejo García, Elma del Carmen, *op. cit.*, nota 53, p. 12.

Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio le expresión”... serán la ley Suprema de toda la Unión...” parece indicar que no sólo la carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la constitución es la Ley Suprema...No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades...la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”...⁵⁹

A manera de dato, en el año 2007 se reforzó esta tesis, pero con diferentes argumentos y posturas.⁶⁰ Lo que destaca es la inclusión de leyes generales, las cuales forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión junto con la Constitución y por debajo de ésta, los Tratados, dejando a un lado las leyes federales y locales,

⁵⁹ Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo X, noviembre de 1999, p. 46.

⁶⁰ *Cfr*, Estrada Adán, Guillermo Enrique, “Ubicación Jerárquica de los Tratados Internacionales de Integración en el sistema Jurídico Mexicano”, *Curso Básico de Derecho Internacional*, México, Comisión de Derecho Humanos del Distrito Federal, Servicio Profesional en Derechos Humanos, pp. 99-104.

las cuales se encontrarían hasta en un cuarto grado, así tenemos que la jerarquía ha quedado de la siguiente manera:

- i. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- ii. Tratados Internacionales.
- iii. Leyes Generales.
- iv. Leyes Federales
- v. Leyes Locales

Ya una vez teniendo en cuenta esta jerarquía, nos encontramos que en la práctica en caso de conflicto entre normas de derecho interno respecto de derecho internacional, es el juez quien se encarga de la aplicación e interpretación de las mismas, para lo cual debe evitar anular alguna de las dos normas en conflicto, sino definir su aplicabilidad al caso concreto, para que ambas normas coexistan armónicamente.

Derivado de lo anterior se me hace obsoleto a estas alturas, seguir preocupándonos por jerarquizar las normas, es momento de jerarquizar contenidos, lo cual ayudaría demasiado, al establecer una jerarquía axiológica de los principios y derechos contenidos en los sistemas jurídicos.

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL EN NUESTRO DERECHO INTERNO

Además del artículo 133 Constitucional, encontramos varios preceptos en este mismo ordenamiento, los cuales reconocen la existencia y aplicación del Derecho Internacional.

Artículo 42. El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la Federación;
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;

IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;

V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;

VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, *con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.*⁶¹

Por su parte, el artículo 89, en su fracción X y en relación con el 76, fracción I, facultan al Presidente de la República a celebrar tratados internacionales, con aprobación del Senado respectivamente, por lo que se puede apreciar el reconocimiento y coexistencia de nuestro sistema interno y el internacional, encontrándonos ante la tesis monista nacionalista, ya que prevalece nuestro derecho interno, el cual define la validez del derecho internacional a través de la Constitución.

IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL *IUS COGENS*

Debemos aclarar que no todos los tratados internacionales se refieren a normas de *ius cogens*, es decir, aquellas normas reconocidas y aceptadas por la comunidad internacional, que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por normas internacionales del mismo carácter, por lo que nos encontramos que en la realidad social y jurídica se encuentran incluso por encima de cualquier constitución, pero que de ninguna manera es un argumento para sostener la supremacía de los tratados internacionales respecto a la constitución.

Un ejemplo de estas normas serían los Derechos Humanos (viéndolo desde el deber ser), como la libertad y la vida, y para evitar que la discusión de la jerarquía recayera en tal sentido, nos vimos en la necesidad de adoptar e integrar las exigencias mundiales a nuestro sistema jurídico interno. De esta manera se cambió la denominación de nuestro capítulo primero “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, pero esto no implica que un tratado se sobrepusiera al derecho interno.

⁶¹ Énfasis agregado.

V. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO PRIVADO

Por otra parte y adentrándonos al arbitraje comercial internacional, México al celebrar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), adquirió algunas obligaciones, y destacan entre ellas la relativa al artículo 2022, que establece la obligación de los Estados parte, de facilitar la resolución de disputas privadas por medio del arbitraje, por lo tanto, considero que los tratados internacionales actualmente rigen y encauzan el derecho interno, son fuente modificadora y creadora de obligaciones estatales que impactan a sus gobernados, tan es así que Gustavo Zagrebelsky⁶², refiere que uno de los caracteres más significativos de nuestro tiempo es el progresivo debilitamiento de la soberanía estatal, la cual es acosada por dos elementos: el primero de ellos, el poder que aplican las estructuras supranacionales, y por otro lado, la aparición y existencia de otro grupos de poder reales y efectivos, de diversa naturaleza, ya sean estos religiosos, políticos y económicos. Es así que, dicho autor propugna por la “ductibilidad” de las Constituciones, o como él realmente lo llama *Diritto Mite*, (derecho manso), pero que de acuerdo a la traducción se hizo referencia a la maleabilidad de los metales, y pretende que los sistemas jurídicos sean abiertos y moldeables.

Lo anterior me lleva a preguntarme ¿implicaría esto un sometimiento por parte de nuestro sistema jurídico a la imposición de criterios, políticas y prácticas jurídicas de sistemas más desarrollados y avanzados a nivel económico? Consideramos que sí, pero eso será algo que estaremos vislumbrando a lo largo de la investigación.

VI. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

1. *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN): auge del arbitraje comercial internacional*

Como se mencionó anteriormente, México al celebrar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), adquirió algunas obligaciones, y destacan entre

⁶² Cfr., Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pp. 14-23.

ellas la relativa al artículo 2022, que establece la obligación de los Estados parte de facilitar la resolución de disputas privadas por medio del arbitraje.

Artículo 2022: Opción para la solución de controversias comerciales.

En la medida de lo posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.

Derivado de lo anterior, México adoptó la Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL (LMA), y en el Diario Oficial del 23 de julio de 1993, se publicó un decreto que modifica el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio, estableciendo una regulación del arbitraje comercial que puede ser aplicado tanto a nivel nacional como internacional y que a manera de dato, modifica cuestiones del Código Federal de Procedimientos Civiles, para dejar claro que los laudos comerciales no requieren de homologación.

Continuando con el TLCAN:

2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de laudos arbitrales y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

3. Se considerará que las Partes cumplen con lo dispuesto en el párrafo 2, si son parte y se ajustan con las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975.

Respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 o mejor conocida como Convención de Nueva York (CNY), Ésta se caracteriza como su título lo indica, a establecer pautas para que se reconozcan y ejecuten laudos arbitrales, y es por ello que años más tarde, específicamente en 1985 se crea la LMA, con el objeto de

regular y crear directrices y lineamientos sobre el procedimiento a seguir en disputas sometidas al arbitraje, cumpliendo y abarcando todo aspecto del mismo.

Continuando, con el artículo en cita:

4. La Comisión establecerá un comité consultivo integrado por personas que tengan conocimientos especializados o experiencia en la solución de controversias comerciales internacionales privadas. El comité presentará informes y recomendaciones a la Comisión sobre cuestiones generales enviadas por ella relativas a la existencia, uso y eficacia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de tales controversias en la zona de libre comercio.

Lo citado, refleja la necesidad de crear órganos conformados por gente especializada, que vigilen y emitan informes y recomendaciones sobre la eficacia del arbitraje, que permitan un perfeccionamiento en la práctica, cuya función es lograr un ambiente comercial sano.

2. Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUE)

Desde la negociación del TLCAN relativa a la inclusión de los medios alternativos de solución de controversias, México y la Unión Europea se vieron en la misma necesidad de regular e impulsar al comercio internacional. La diferencia con este tratado radica en que se adoptaron dos mecanismos distintos: uno político-diplomático, el cual rige a conflictos entre Estados y otro de carácter arbitral encuadrado al ámbito comercial, los cuales son mecanismos regulados de manera más completa que en el TLCAN, ya que es orientado por reglas, aunque como nos menciona Sergio López-Ayllón, pueden constituirse como problemas:

...la cobertura relativamente limitada del mecanismo, la falta de diseño institucional para asegurar la calidad de los árbitros, la imposibilidad de llevar al procedimiento casos de anulación y menoscabo sin violación y fundamentalmente, la falta de una regla explícita de exclusión de foros

que generan posibilidad, aunque ciertamente limitada, de someter la misma medida a dos procedimientos distintos.⁶³

3. Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York-CNY)

Para dejar más claro, la CNY sólo se ocupa de la validez legal de los acuerdos de arbitraje y su obligatoriedad tanto de dicho acuerdo como de los laudos arbitrales.

Así tenemos que el artículo I de la CNY establece:

ARTÍCULO I

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas.

En pocas palabras, obliga a los jueces estatales a reconocer las sentencias⁶⁴ y a ordenar su ejecución forzosa.

Por otra parte, en su artículo II, párrafos 1 y 2, nos encontramos con la validez y forma del acuerdo de arbitraje:

ARTÍCULO II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

⁶³ López-Ayllón, Sergio, "Los Mecanismos de Solución de Controversias en el tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea", p. 117, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/749/15.pdf>, (consultado el 24 de marzo de 2014).

⁶⁴Siendo más técnicos se les denomina laudos.

2. La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Tenemos de esta manera que el acuerdo debe:

- Ser por escrito. (Dentro de un contrato se denomina cláusula arbitral, la cual lleva implícita un compromiso a someter sus diferencias)
- Señalar que se obligan a someterse al arbitraje (de aquí se desprende el principio de la autonomía de la voluntad de las partes)
- Ya sea para resolver todas las diferencias o solo algunas, derivadas de una relación contractual o no contractual.
- Firmado por las partes, contenido en un canje de cartas⁶⁵ o telegramas.

En la última parte del primer párrafo, establece que debe ser concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje, en este caso, se refiere a aquellos de naturaleza comercial. Tenemos entonces que corresponde a la legislación interna de cada Estado la calificación de cuáles son sus relaciones comerciales y cuáles no.

Estos principios, los recoge la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de la CNUDMI, los cuales veremos más adelante.

Continuando con el artículo II, en su párrafo tercero menciona:

1. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

De este párrafo, se desprende la tesis de que el arbitraje desplaza a las jurisdicciones, ya que como se puede apreciar, si una persona “X”, acude a un

⁶⁵ Intercambio de dos documentos de modo que cada una de las partes tenga en su poder el documento firmado por la otra parte o su representante. En cuestión de Derecho Internacional Público se le denomina “Canje de notas”, siendo la diferencia que este se realiza entre Estados.

tribunal estatal a demandar a una persona “Y” el cumplimiento de determinadas obligaciones, basta con que “Y”, acredite que se realizó en forma un compromiso arbitral, tal como se desprende de los párrafos 1 y 2 del artículo II. Pero como será materia del tercer capítulo, si se ejerce la acción o excepción de nulidad, ineficacia o de ejecución imposible de la cláusula arbitral, el Juez podrá decidir sobre esta cuestión, que muchos consideran, iría en contra del principio Competence/Competence, término utilizado para referirse a la facultad exclusiva de una instancia arbitral de decidir sobre su propia competencia.

Terminaremos por hablar del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, que a grandes rasgos no exige más formalidades que las vigentes en el territorio donde se pretenda ejecutar el laudo, para lo cual el artículo III establece:

ARTÍCULO III

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Es imposible por el momento entrar a detalle a cada uno de los artículos de la presente convención, pero de manera general en sus artículos posteriores menciona los requisitos para solicitar el reconocimiento y ejecución de los laudos (artículo IV), causas para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo (artículo V), solicitar la suspensión del laudo (artículo VI). Cabe mencionar que la Convención de Nueva York invirtió por primera vez la carga de la prueba; ello implica que el que alega la nulidad del laudo y rechaza su ejecución es quien debe probarlo pues se presume su validez en tanto no se pruebe lo contrario.

Actualmente forman parte de la CNY, 121 Estados, siendo que ninguna otra convención tiene tal número de partes, por lo que se le considera norma universal de derecho, reflejándose de nuevo el Derecho Uniforme. México se adhirió a ella el 14 de abril de 1971, entrando en vigor en junio del mismo año.

Como podemos observar, existe un acuerdo entre Estados respecto a la aplicación flexible y uniforme de las disposiciones de la CNY, sobre todo con la finalidad de hacer del arbitraje el medio idóneo para resolver las disputas de carácter comercial internacional y queda de manifiesto que México participa en ello, ya que es parte de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, hecha en la República de Panamá, el 30 de enero de 1975, cuyos artículos 1,4 y 5 retoman los principios de la CNY.

Derivado de lo anterior, en México se da una controversia, en primer lugar, existe concurrencia de normas convencionales entre la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención Interamericana de 1975, ya que formamos parte de ambas convenciones. El profesor Carlos Loperena Ruiz, considera que se debe aplicar preferentemente la Convención Interamericana ya que la Convención de Panamá es posterior tanto en su fecha de elaboración, ratificación y entrada en vigor, por lo tanto, se aplica el principio de la ley posterior prevalece sobre la anterior⁶⁶, aunque, considera además que en caso de lagunas, se debe aplicar la Convención de Nueva York, ya que esta es de carácter universal y si por alguna cuestión existe ausencia de criterios en ambas convenciones, se debe aplicar el Código de Comercio.

El Derecho Uniforme ha surgido como una alternativa respecto del conflicto de leyes, es decir, el conflicto de leyes consiste en que si existe un conflicto y una persona "X", tiene su establecimiento en México, y una persona "Y" en Estados Unidos de América, surge la cuestión relativa a qué derecho aplicar, es decir, si el de México o el de Estados Unidos. Esta ha sido la forma tradicional de resolver conflictos a nivel internacional, la cual ha dado resultados, pero ante la necesidad

⁶⁶ Cfr., Loperena Ruiz, Carlos, "Ejecución de Laudos Arbitrales Comerciales Extranjeros en México", en Pereznieto Castro, Leonel, (comp.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Fontamara, 2000, p. 109.

de simplificar las cosas, el Derecho Uniforme propone crear principios, directrices y lineamientos globales para que sean adoptados por los Estados a través de Tratados o Convenciones y posteriormente incluirlos o materializarlos en el sistema jurídico interno, teniendo como fin hacer a un lado el sistema conflictual tradicional.

4. *Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (LMAC)*

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, regula de manera completa el arbitraje comercial, y de acuerdo a José María Abascal Zamora, tiene como fines⁶⁷:

- Promover el arbitraje como medio de solución de disputas comerciales.
- Disminuir la injerencia de los tribunales nacionales y dar primacía al principio de la voluntad de las partes.
- Establecer un mínimo de reglas imperativas que garanticen el proceso legal (igualdad entre partes y plena audiencia)
- Establecer reglas imperativas y supletorias para evitar que se frustre el proceso arbitral, y;
- Perfeccionar el sistema de impugnación, reconocimiento y ejecución de laudos.

Las aportaciones de esta ley, se perfeccionaron debido al tiempo en que se vivía ya que reconoce otros medios de comunicación, específicamente los electrónicos, que son considerados como forma escrita, así mismo, permite recurrir a las condiciones o clausulados generales y la existencia del acuerdo de arbitraje cuando las partes en su escrito de demanda y contestación reconozcan su existencia.⁶⁸

⁶⁷ *Cfr.*, Abascal Zamora, José María, “La Interpretación Uniforme de la Convención de Nueva York y del Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio”, en Pereznieta Castro, Leonel (comp) *op. cit.*, nota 66, p. 134.

⁶⁸ Artículo 7, párrafos 1 y 2, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

Ahora, es menester analizar los requisitos para otorgar el reconocimiento y ejecución de laudos, así como los motivos para denegar los mismos, para lo cual nos remitiremos a los artículos 35 y 36 de la LMA:

Artículo 35. Reconocimiento y ejecución

- 1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.
- 2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma.

Como veremos más adelante, nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles, establece un procedimiento simple para la ejecución del laudo a través de un incidente, debiendo ir acompañado por documentos que hagan constar el acuerdo arbitral y la existencia del laudo, todo ello en original o copia certificada y traducida por perito oficial.

Artículo 36. Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

- 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:
 - a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:
 - i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

- ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
- iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
- iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
- v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

En cuanto a la anulación de los laudos, se consideró en su artículo 34, que se debían establecer los mismos preceptos que se exigen para denegar el reconocimiento y ejecución, eliminando de manera obvia la fracción V, inciso a) del artículo 36 de la LMAC y siendo considerada la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. Así mismo, son establecidos estos preceptos en el artículo 1457 del Código de Comercio.

VII. CRITERIOS Y FUENTES DE INTERPRETACIÓN DEL DERECHO UNIFORME

De nada serviría realizar esfuerzos por crear leyes uniformes, si al momento de llevarlas a la práctica, se aplican razonamientos o interpretaciones basadas en sistemas locales, por ello, a lo largo de los años y a través de varias leyes modelo como lo son la *Uniform Commercial Code (UCC)*, la ley modelo de la CNUDMI sobre el Comercio electrónico, los Principios sobre los Contratos Internacionales del UNIDROIT (ART. 1.6) y específicamente el artículo 7, párrafo 1 de la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías, la cual establece:

En la Interpretación de la presente Convención se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.

Lo anterior, implica que los jueces deben realizar un esfuerzo para vislumbrar la práctica en las resoluciones de los demás países, tomando como referencia la buena fe, para esto, se creó en 1976, el “*Yearbook Commercial Arbitration*”, en el cual, se publica un análisis de la aplicación que hacen los jueces respecto a la Convención de Nueva York.

Por otra parte, tenemos el sistema denominado *CLOUT (Case Law on UNCITRAL texts)*, en español conocida como “Sistema de corresponsales nacionales de jurisprudencia de textos de la CNUDMI”, y se le nombró así, debido a que cada país que adopta una ley modelo o convención de la CNUDMI, designa un corresponsal nacional, el cual se encarga de recopilar decisiones emitidas por sus tribunales nacionales y regionales, aunque tratándose de arbitrajes, es muy difícil conocer de laudos, ya que se rigen por la confidencialidad.

El CLOUT, colecciona decisiones importantes de la interpretación de cualquier texto legal de la CNUDMI, incluyendo sentencias y laudos.

VIII. ¿ES OBLIGATORIA LA INTERPRETACIÓN UNIFORME?

La autonomía e independencia del poder judicial hacen que en principio, no estén obligados a utilizar otra jurisprudencia que la obligatoria en los términos de la Nueva ley de Amparo, sin embargo, al remitimos a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en sus artículo 26 y 27, establece que “todo tratado en vigor obliga a las partes (Estados Parte) y debe ser cumplido de buena fe”, así mismo establece la imposibilidad de “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Pero el artículo más importante al respecto, es el 31 en sus párrafos 1 y 2, el cual a la letra menciona:

Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

De lo anterior, se desprenden como elementos para la interpretación uniforme: i) la buena fe, la cual deberá ser acorde con los términos, su contexto, objeto y fin del tratado, así como el ii) preámbulo y anexos. Reforzando esto, el profesor Paul Reuter, menciona que la sumisión al texto, es en derecho internacional la regla cardinal de toda interpretación⁶⁹, así tenemos que toda interpretación consiste en buscar y encontrar la voluntad de las partes a partir de un texto, por lo que se tiene que realizar una operación inversa a la que se derivó del tratado o en caso entre personas físicas del contrato, es decir, regresar del texto a la voluntad de las partes tomando como referencia el preámbulo, términos, contexto, objeto y fin. De esta manera hemos puesto la base por la que se rige el arbitraje comercial internacional.

IX. MARCO JURÍDICO INTERNO

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM)

El profesor José Luis Siqueiros, nos menciona que existe un precepto constitucional arraigado por tradición histórica en la idiosincrasia mexicana⁷⁰, este precepto es el artículo 17 Constitucional, el cual en su párrafo segundo establece:

Artículo 17.- Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

⁶⁹ Reuter, Paul, *Introduction an Droit des Traités*, Presses Universitaires de France, l'Institut de Hautes Études Internationales, París, 1985, p. 105.

⁷⁰ Cfr. Siqueiros, José Luis, "El Arbitraje y los Órganos Judiciales", en Pereznieta Castro, Leonel, (comp.), *op. cit.*, nota 66, p. 119.

Analizando lo anterior, la administración de la justicia recae en los tribunales establecidos por el Estado, además de que realizarán su función conforme a plazos y términos que fijen las leyes, lo cual se ha instrumentado en el Capítulo Cuarto, título tercero de nuestra Constitución, pero, además por las Leyes Orgánicas del Poder Judicial de la Federación y de los Tribunales Superiores de Justicia de cada una de las entidades federativas.

Así mismo, de este precepto, se ha desprendido la premisa de que la función jurisdiccional es privativa del Estado y que sólo los funcionarios expresamente autorizados pueden impartir la justicia. Entonces ¿hay jurisdicción en el arbitraje?

Si nos remitimos al origen y significado de Jurisdicción, encontramos que se deriva del latín "*Juris Dictio*", que significa "decir el derecho", de esta manera tan simple podemos concluir que el arbitraje ejerce jurisdicción, ya que el árbitro o árbitros deciden un asunto que las partes le han encomendado a través de un laudo. Sin embargo, si abordamos la cuestión en base a la teoría del Estado y la separación de poderes, tenemos que la jurisdicción es una función pública, otorgada por el Estado (el cual está dotado de soberanía) a órganos competentes (mal llamado Poder Judicial), los cuales determinarán los derechos de las partes por medio de las siguientes fases: conocimiento de antecedentes, decisión y ejecución sus resoluciones.

De esta manera, las partes, por medio del principio de la voluntad (la cual debe manifestarse por escrito, llámese cláusula compromisoria o compromiso), eligen o consienten que un árbitro resuelva sus disputas, pero en este caso, tal como lo expresa Fernando Mantilla Serrano, las partes le otorgan competencia al árbitro para que decida el litigio,⁷¹ para lo cual, definiremos competencia como la limitante a la jurisdicción, dándose por territorio, cuantía, materia, etc.

⁷¹Cfr., Mantilla Serrano, Fernando, "Las relaciones entre los Árbitros y los Jueces", en Pereznieta Castro, Leonel, (comp.), *op. cit.*, nota 66, p. 168.

Como conclusión, consideraremos que el arbitraje ejerce competencia, mas no jurisdicción, ya que no puede en la práctica ejecutar sus resoluciones, debido a que carece de imperio, por lo que la administración de la justicia recae en última instancia a los órganos jurisdiccionales previamente establecidos y facultados por el Estado.

Continuando con este tema, el ya citado artículo 17 Constitucional, en su párrafo cuarto, establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias, por lo que se puede apreciar a la vez, la necesidad de regular estos mecanismos y en gran medida tratar de brindar confianza a los ciudadanos sobre estas figuras.

Por otra parte y en cuanto a la competencia respecto a controversias marítimas, el artículo 104. Constitucional en su fracción IV, menciona:

Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán:

...

IV. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;

Se desprende así, tanto la jurisdicción como la competencia para conocer de asuntos sobre derecho marítimo, que en la actualidad son los Juzgados de Distrito de Materia Civil, es decir, no existen Juzgados en Materia Marítima, ni mucho menos jueces especializados en el tema, por lo que incluso este puede ser un factor determinante que los operadores jurídicos consideran, prefiriendo someter sus diferencias ante instituciones arbitrales especializadas, y si le aunamos la existencia de un elemento extranjero, los Juzgados de Distrito se ven reducidos a funcionar como meros ejecutores de laudos.

2. Código Federal de Procedimientos Civiles

Este ordenamiento obviamente se refiere a cuestiones de índole no comercial, pero al ser reformados y adicionados el 22 de julio de 1993 los artículos 569, primer y último párrafos, el artículo 570 y 571, primer párrafo, se estipulo en el segundo transitorio:

SEGUNDO.- Lo establecido en el presente decreto se aplicará a los procedimientos arbitrales de carácter comercial en trámite, así como al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales comerciales, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Los artículos reformados en cuestión se refieren a la plena eficacia y reconocimiento de laudos arbitrales en la República, siempre y cuando no sean contrarios al orden público, convenciones y tratados⁷², y se regirán por lo dispuesto al Código Civil y demás leyes aplicables.⁷³

3. *Código de Comercio*

Con la incorporación de México a las Convenciones de Nueva York de 1958, de Panamá de 1975 y de Montevideo de 1979, se configuró una dualidad normativa, interna e internacional que conllevó a reformar nuestro Código de Comercio, en el cual ha existido siempre una marcada vocación a la incorporación de normas uniformes como se demostró en la activa participación en innumerables foros internacionales de finales de la década de los setenta y principios de los ochenta.

Poco tiempo después de aprobada la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, en el año 1985, se realizó una importante divulgación de la misma que tuvo especial repercusión en México encargando la Secretaría de Relaciones Exteriores un estudio al profesor José Luis Siqueiros acerca de la viabilidad de la misma en este país. El informe favorable dio lugar a incorporar la ley modelo en el libro quinto, título cuarto Código de Comercio dejándose de lado una reforma más ambiciosa que comprendería la reforma global de este último texto.⁹

En la actualidad, el arbitraje como fórmula de solución de controversias mercantiles en México, encuentra su base principal, en el artículo 1051 del Código de Comercio, de aplicación federal en toda la República, que establece:

⁷² *Cfr.*, Artículo 569, párrafo primero.

⁷³ *Ibidem*, último párrafo.

Artículo 1051.- El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral.

De aquí se desprende el principio de la voluntad de las partes a someterse a un arbitraje y a su vez se reconoce al arbitraje como medio idóneo para resolver conflictos, el cual encontramos regulado en los artículos 1415 a 1463 del mismo ordenamiento.

Con tal actitud, el legislador mexicano incorporó a su sistema interno, con un afán fundamentalmente didáctico, los instrumentos del derecho convencional de los que México ya era parte y de la Ley Modelo que aún no eran suficientemente conocidos por los operadores jurídicos, proporcionando a las partes involucradas en una controversia comercial, un conjunto de reglas actuales y uniformes que han sido adoptadas en la mayoría de las disposiciones jurídicas de los demás países que integran la comunidad internacional y en el propio sistema de integración económica en el que México participa.

La inclusión del arbitraje comercial tanto nacional como internacional en el código de comercio fue muy bien aceptada, aunque hay contradicciones, tal es el caso de los artículos 1347-A y 1461 respecto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, ya que en el primer precepto se establece que se reconocerá la fuerza vinculante del laudo, sin importar el país del que provenga, pero por otro lado, se menciona que aún cuando cumpla todos los requerimientos de ley, se podrá denegar la ejecución, si el país de origen, no cumple en la ejecución de laudos o sentencias extrajudiciales extranjeras en casos análogos.

Artículo 1461.- Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.

Y en el siguiente artículo, específicamente en el último párrafo:

Artículo 1347-A.- Las sentencias y resoluciones dictadas en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones:

I.- Que se hayan cumplido las formalidades establecidas en los tratados en que México sea parte en materia de exhortos provenientes del extranjero;

II.- Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real;

III.- Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles con las adoptadas por este Código. El Juez o tribunal sentenciador extranjero no tiene competencia cuando exista, en los actos jurídicos de que devenga la resolución que se pretenda ejecutar, una cláusula de sometimiento únicamente a la jurisdicción de tribunales mexicanos;

IV.- Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;

V.- Que tenga el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;

VI.- Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el Tribunal Mexicano o cuando menos que el exhorto

o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva;

VII.- Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; y

VIII.- Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

*No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el juez podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o resoluciones jurisdiccionales extranjeras en casos análogos.*⁷⁴

Como podemos observar, el Código de Comercio, se inscribe en el marco de una tendencia legislativa favorable a una regulación unitaria del arbitraje interno y del arbitraje internacional, como una alternativa a una regulación dualista en la que el arbitraje internacional es regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno. La reglamentación unitaria permite que, al margen de cuestiones muy específicas, el arbitraje comercial interno y el internacional, descansen en los mismos preceptos. El legislador mexicano ha optado así por regular ambas modalidades de arbitraje a partir de un texto concebido preferentemente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Ha seguido, de este modo, el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje comercial en general.

Con independencia de que cada uno de los capítulos del título cuarto del Código de Comercio, sigue muy de cerca la redacción de la Ley Modelo, y respeta fielmente sus postulados, no es en su totalidad una adopción literal de la misma. Al margen de ciertas alteraciones de carácter gramatical existen tres construcciones

⁷⁴ Énfasis agregado.

autóctonas en modo alguno significativas, que no son otra cosa que el deseo del legislador de adaptar el modelo de ley al estilo o técnica de la legislación mexicana⁷⁵. En primer lugar, cuando no existe consenso de las partes para determinar el número de árbitros, el artículo 1426 del Código establece que será un solo árbitro, en lugar de tres, como establece la Ley Modelo. En segundo lugar, en orden a la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto, en caso de que las partes no hubiesen indicado su preferencia respecto de ella, la Ley Modelo la determinará con base al conflicto de leyes que estime aplicable⁷⁶, en nuestro Código de Comercio el tribunal arbitral la determinará según su criterio, tomando en cuenta las características y conexiones del caso.⁷⁷ En tercer lugar, el Código de Comercio introduce cinco preceptos sobre costas del arbitraje⁷⁸ que derivan directamente del Reglamento Facultativo de Reglas Procesales, aprobado la CNUDMI en 1976; dichos preceptos confieren a las partes la facultad de adoptar ya sea directamente, o por referencia a un reglamento de arbitraje, reglas relativas a costas del arbitraje; así mismo, se incluye en el referido capítulo lo relativo a anticipos, depósitos, fijación de la cuantía de los honorarios, condena al pago de las costas.

Sería imposible mencionar cada artículo del ordenamiento en cuestión, pero podemos destacar la definición de arbitraje internacional si se da en uno de los siguientes supuestos:⁷⁹

- Cuando las partes al momento de celebrar el acuerdo de arbitraje (que debe ser por escrito) tienen sus establecimientos en países diferentes.
- Si el lugar del arbitraje es en país extranjero.
- Si el lugar del cumplimiento de la obligación sustancial es en país extranjero.

⁷⁵ Siqueiros, José Luis, "Las reformas (1993) referentes al arbitraje comercial en México", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X, 1994, pp. 339-347.

⁷⁶ Artículo 28, inciso 2), Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

⁷⁷ *Cfr.*, Artículo 1445, Código de Comercio,

⁷⁸ *Ibidem*, Artículos 1452 a 1456.

⁷⁹ *Ibidem*, Artículo 1416, fracción III, inciso a) y b).

- Si el lugar del objeto del litigio tiene una relación más estrecha en país extranjero.

Así mismo, el título, se divide en los siguientes capítulos: Disposiciones Generales Acuerdo de arbitraje, Composición del Tribunal Arbitral, Competencia sobre el Tribunal Arbitral (el cual podrá decidir sobre su propia competencia⁸⁰), Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales (igualdad de partes, libertad procedimental en cuanto a lugar de arbitraje e idiomas), Pronunciamiento de Laudo y Terminación de Actuaciones (conforme a las normas de derecho elegidas por las partes), De las Costas, De la Nulidad del Laudo, Reconocimiento y Ejecución de Laudos, de la Intervención Judicial en la Transacción Comercial y el Arbitraje, siendo los últimos dos capítulos materia para nuestro capítulo cuarto.

Dejando especificado lo anterior, este ordenamiento, establece en su artículo 75, los actos de comercio, tenemos así:

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

XV.- Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;

Por su parte y como veremos más adelante, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos en su artículo 111, especifica cuáles son los contratos.

Ahora bien, lo que importa en este ordenamiento, son los dos principios que se establecen y que serán objeto de estudio del próximo capítulo: “Principio de autonomía de la cláusula arbitral” y el “Principio Competencia/Competencia”, los cuales establecen y consideran a la cláusula arbitral independiente del contrato, así como la facultad del árbitro de decidir sobre su propia competencia, respectivamente, y que conllevan a mi entender dificultades en la práctica, pero eso será analizado al momento de evidenciar las problemáticas.

⁸⁰ *Ibidem*, Artículo 1432.

4. Ley de Navegación y Comercio Marítimos

Ya una vez establecidas las generalidades a nivel nacional e internacional del arbitraje comercial, es menester, hacer mención de los actos jurídicos que rigen al derecho marítimo, los cuales serán objeto de controversias en dichos arbitrajes y que son regulados en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos en su título quinto denominado “De los Contratos de Utilización de Embarcaciones”, pero para ello, veremos algunas generalidades de la ley.

Como vimos en el capítulo primero, el Derecho Marítimo tiene por objeto la navegación con un carácter comercial, tenemos así en el artículo 1 y en el artículo 2, fracciones II y III el ámbito de aplicación y su conceptualización respectivamente.

Artículo 1.- Esta ley es de orden público y tiene por objeto regular las vías generales de comunicación por agua, la navegación, su protección y los servicios que en ellas se prestan, la marina mercante mexicana, así como los actos, hechos y bienes relacionados con el comercio marítimo.

Artículo 2.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

I. Navegación: La actividad que realiza una embarcación, para trasladarse por vías navegables de un punto a otro, con dirección y fines determinados.

El fin, será de acuerdo a esta investigación, estrictamente comercial, y se entiende por comercio marítimo:

II. Comercio Marítimo: Las actividades que se realizan mediante la explotación comercial y marítima de embarcaciones y artefactos navales con objeto de transportar por agua personas, mercancías o cosas, o para realizar en el medio acuático una actividad de exploración, explotación o captura de recursos naturales, construcción o recreación.

Ahora bien, los autores que consideran al arbitraje como un elemento de desplazamiento de jurisdicciones, podrían encontrar otro argumento en el siguiente artículo, ya que a grandes rasgos establece que es jurisdicción federal lo

relacionado con las vías generales de comunicación por agua o vías navegables (mar territorial, zona económica exclusiva, aguas interiores, ríos navegables, afluentes, lagos, lagunas etc...), la navegación y comercio marítimo y en general todo acto o hecho que se lleve a cabo.

Artículo 3.- Son Vías Generales de Comunicación por Agua o Vías Navegables:

a).- El mar territorial, la zona económica exclusiva y las aguas marinas interiores;

b).- Los ríos navegables y sus afluentes que también lo sean, los vasos, lagos, lagunas y esteros navegables, así como canales que se destinan a la navegación, siempre que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar, o que en todo o en parte sirvan de límite al territorio nacional, o a dos o más entidades federativas, o que pasen de una entidad federativa a otra, o crucen la línea divisoria con otro país; y

c).- Los vasos, lagos, lagunas interiores navegables.

Artículo 4.- Es de jurisdicción federal todo lo relacionado con las vías generales de comunicación por agua, o vías navegables, la navegación y el comercio marítimos en las aguas marinas interiores y en las zonas marinas mexicanas y, en general todos los actos y hechos que en ellas se lleven a cabo.

Artículo 5.- Las embarcaciones y los artefactos navales mexicanos estarán sujetos al cumplimiento de la legislación nacional, aún cuando se encuentren fuera de las aguas de jurisdicción mexicana, sin perjuicio de la observancia de la ley extranjera, cuando se encuentren en aguas sometidas a otra jurisdicción.

Las embarcaciones y los artefactos navales extranjeros que se encuentren en las vías generales de comunicación por aguas mexicanas quedarán sujetos por ese sólo hecho, a la jurisdicción y al cumplimiento de la legislación nacional.

En conclusión, se crea la jurisdicción marítima tomando en consideración dos elementos fundamentales: por una parte, el espacio geográfico que abarcaría la jurisdicción en el espacio acuático nacional, y por otra el buque como elemento para determinar la jurisdicción del juez mexicano, independientemente del factor geográfico antes mencionado, ya que los Juzgados de Distrito en materia Civil tendrían jurisdicción sobre los buques inscritos en el Registro Público Marítimo Nacional, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentren.

En cuanto a la aplicación supletoria de la ley, encontramos en el artículo 6 el siguiente orden, destacando al código de comercio y los usos y costumbres marítimas internacionales en las fracciones IV y X respectivamente.

Artículo 6.- A falta de disposición expresa de esta Ley, sus reglamentos y de los Tratados Internacionales se aplicarán de acuerdo a la materia supletoriamente:

- I. Ley General de Bienes Nacionales;
- II. Ley Federal del Mar;
- III. Ley de Puertos;
- IV. El Código de Comercio y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
- V. La Ley Federal de Competencia Económica;
- VI. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo;
- VII. Los Códigos Civil Federal y Federal de Procedimientos Civiles;
- VIII. La Ley del Contrato de Seguro y la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros;
- IX. La Ley Federal del Trabajo; y
- X. Los usos y las costumbres marítimas internacionales.

Algo que puede llamarnos la atención, es que a nivel internacional, la costumbre es la que rige al comercio marítimo, incluso es la de mayor peso y nuestra ley la ubica en último lugar, algo contradictorio a la doctrina y la práctica internacional.

A. Contratos marítimos

Pasando a los contratos de utilización de embarcaciones, el artículo 111, establece los principales:

Artículo 111.- Se consideran contratos de utilización de embarcaciones:

- I. De arrendamiento a casco desnudo;
- II. De fletamento por tiempo;
- III. De fletamento por viaje;
- IV. De transporte marítimo de mercancías;
- V. De transporte marítimo de pasajeros;
- VI. De remolque transporte; y
- VII. Cualquier otro contrato de naturaleza marítima en virtud del cual se utilice una embarcación o un determinado espacio de ésta.

No me es posible, entrar al estudio y análisis de estos, ya que sólo se analizarán las prácticas comerciales referentes a su celebración y muy en específico la cláusula compromisoria o arbitral contenida en el contrato.

B. Disposiciones procesales marítimas

Estas disposiciones se encuentran en el título noveno de la mencionada ley abarcando los artículos 264 a 267 y a grandes rasgos establece que los procesos y procedimientos de naturaleza marítima regulados en este título, se le aplicarán de manera supletoria el Código de Comercio y en su defecto el Código Federal de Procedimientos Civiles, así mismo, los tribunales de la federación y la autoridad marítima (Juzgados de Distrito y Secretaría de Comunicaciones y Transportes, respectivamente), en sus respectivas competencias, serán los facultados para

conocer de proceso y procedimientos, sin perjuicio de que las partes sometan sus diferencias a tribunales arbitrales.⁸¹

Así mismo, las autoridades judiciales y administrativas deberán fundar sus resoluciones y actos administrativos tomando en cuenta el carácter uniforme del Derecho Marítimo, debiendo hacer de igual forma con los contratos, su interpretación y clausulado, tal como se acepten en el ámbito internacional⁸²

En cuanto a proceso llevados ante instancias judiciales (en el caso de México son Juzgados de Distrito), se establecen criterios para el emplazamiento de las partes, siendo que si radica en el extranjero, se realizaría por cartas rogatorias o a través de su agente naviero, en cuyos casos se tienen hasta 90 días para dar contestación a la demanda o 9 días, si radica dentro de la Jurisdicción del juez de distrito que conoce el caso.⁸³

Por último, establece la forma en que se llevarán a cabo las inspecciones de los libros de navegación, certificados de navegación y la forma de otorgar garantía en caso de embargo de un buque.⁸⁴

X. CONCLUSIONES

Como hemos visto, el arbitraje pretende convertirse con ayuda de organismos internacionales y de los propios Estados, en el medio idóneo o por excelencia en el ámbito marítimo comercial, ya que este al tener o ser de naturaleza internacional se ha visto en la necesidad de contar con una alternativa flexible y menos conflictiva que las instancias jurisdiccionales estatales. La figura del arbitraje, no es para nada nueva, incluso en la antigüedad encontramos referencias, pero no cabe duda que ante el proceso de la globalización y conjugado con la pretensión de

⁸¹ Artículo 264, Ley de Navegación y Comercio Marítimos, 2006.

⁸² *Ibidem*, párrafo tercero.

⁸³ *Ibidem*, Artículo 265, párrafo primero y segundo.

⁸⁴ *Ibidem*, Artículo 266 y 267.

uniformar al derecho, se ha visto provisto de una fuerza y un auge en las últimas dos décadas.

No estamos lejos de lo que mencionó Kelsen, ya que éste gran jurista catalogaba al Derecho Internacional, como superior al derecho interno, y tan es superior, que ha influido en la mayoría de los sistemas jurídicos del orbe. Se han adoptado a nivel estatal criterios, lineamientos, directrices y principios contenidos en tratados y leyes modelo, que resultan sin duda en un avance e innovación en el Derecho, pero que conllevan a la par pros y contras.

El arbitraje tiene como fin constituirse como un método rápido y confiable para la solución de controversias que a nuestro entender, usa a los mecanismos jurisdiccionales propiamente dichos, como meros complementadores o ejecutores de laudos.

Sin embargo, en México estamos todavía muy lejos de tener una cultura del arbitraje, y mucho menos en cuestiones marítimas, por lo tanto, evita que se desarrolle como una alternativa real a la jurisdicción estatal y en el tiempo por venir, es innegable que los centros internacionales de tradición como son Londres y Nueva York y aquellos otros que han venido surgiendo, seguirán teniendo preeminencia.

CAPÍTULO TERCERO: LA CLÁUSULA ARBITRAL, SU AUTONOMÍA Y COMPETENCIA, CONTRA EL CONTROL JUDICIAL PREVIO

En este capítulo abordaremos nos aproximaremos a nuestro objeto de estudio, primero desde un punto de vista económico, en el cual vislumbraremos la importancia del sector comercial marítimo nacional, en un segundo plano analizaremos la práctica contractual marítima, que a través de la cláusula arbitral, se evidenciará el primer problema consistente en la colisión entre el principio *competence/competence* y la tesis sobre el control judicial previo emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que conjugado con un análisis de caso de una resolución de una Corte extranjera (Panamá), evidenciarán el conflicto entre derecho interno e internacional, así como la relación asimétrica entre exportadores e importadores frente a compañías de transporte y servicio marítimo, que a manera de dato, las de mayor peso e importancia internacional se han agrupado en la denominada “*International Chamber of Shipping*” (ICS), cuya sede se ubica en Londres y se constituye por 45 empresas del continente europeo, asiático y americano. De estas empresas, 11 son asociadas y 34 son consideradas miembros, figurando en estos últimos nuestro país con el Grupo TMM. S.A.⁸⁵

¿Por qué hablar de esta asociación? Por el simple hecho de que el 90% del comercio internacional se efectúa por la vía marítima y de este porcentaje, el 80% se realiza por la *ICS*⁸⁶. Cabe destacar que la *ICS*, representa a propietarios⁸⁷ con varios cuerpos reguladores intergubernamentales, incluyendo a la Organización Marítima Internacional.

⁸⁵ Para mayor información, consúltese la página de la Cámara Internacional de Envíos (por embarque): <http://www.ics-shipping.org/about-ics/membership> (Consultado el 17 de Agosto de 2014).

⁸⁶ Para mayor información, consúltese <http://www.ics-shipping.org/about-ics/about-ics> (Consultado el 17 de Agosto de 2014).

⁸⁷ *Shipowners* en inglés.

I. PRIMER PROBLEMÁTICA: DOMINIO EXTRANJERO DEL COMERCIO MARÍTIMO EN MÉXICO

México cuenta con 117 puertos, los cuales son

...un conjunto de instalaciones y servicios que permiten la realización del intercambio de mercancías entre medio terrestre y acuático a nivel nacional e internacional. Son la puerta por donde pasa la mayoría de los productos del comercio económico internacional, al igual de ser la interfase entre el transporte terrestre y marítimo. Los puertos son parte de la cadena de transporte internacional y del comercio mundial constituyendo una plataforma fundamental para apoyar el crecimiento del comercio exterior de un país.⁸⁸

Y se encuentran distribuidos conforme al siguiente mapa:⁸⁹



⁸⁸ Consúltese: “Diagnóstico sobre la Oferta de Servicios de Transporte Marítimo de Línea Regular, entre México y el Mundo”, Coordinación General de Puertos de la Marina Mercante. disponible en internet en: http://www.sct.gob.mx/fileadmin/CGPMM/transporte/DIAG_2009NEW.pdf (consultado el día 18 de Agosto de 2014)

⁸⁹ Mapa obtenido de la página de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes: http://www.sct.gob.mx/fileadmin/CGPMM/puertosdemexico/mapa_o.jpg (consultada el día 18 de Agosto de 2014)

De los puertos que se aprecian en la gráfica, según datos de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, se han identificado 82 líneas navieras que arriban a nuestros puertos, de las cuales sólo 5 son mexicanas⁹⁰ (MP Line; Naviera Armamex, S.A. de C.V.; PMI Trading LTD; Terminales Marítimas Transunisa; y Transportación Marítima Mexicana, ésta última mejor conocida como grupo TMM.), lo que implica que el sector comercial naviero en México en su mayoría sea extranjero, representando el 94% y sólo dejándonos con el 6%. Podemos comprobar de facto, que la práctica comercial marítima es dominada por empresas extranjeras, quienes a través de sus usos y costumbres (*lex mercatoria*) imponen las reglas del juego, creando asociaciones, que trabajando en conjunto con Organismos Internacionales y con legitimación por parte de los Estados, crean un ordenamiento jurídico complejo con intenciones de desplazar, sustituir o evitar a toda costa jurisdicciones estatales y crear alternativas jurisdiccionales por medio de instituciones arbitrales privadas que ponen precio a la resolución de conflictos, estando frente a otros estándares y conceptos de justicia.

En México, contamos con un organismo empresarial denominado Cámara Mexicana de la Industria del Transporte Marítimo (*CAMEINTRAM*), la cual es una Institución de interés público que agrupa empresas navieras mexicanas, terminales portuarias, prestadores de servicios portuarios y conexos, y administraciones portuarias integrales, que la convierte en la entidad más representativa del Sector marítimo y portuario en el ámbito nacional. Dicho organismo tiene como principales objetivos, proponer ante las instancias correspondientes medidas tendientes al fomento y desarrollo del transporte marítimo, la marina mercante, los puertos y las actividades conexas; así como coadyuvar como órgano de consulta y colaboración del Estado Mexicano para diseñar y ejecutar políticas e instrumentos que faciliten la expansión de la actividad marítima.⁹¹

⁹⁰ *op. cit.*, p. 3., nota 88.

⁹¹ Para mayor información, consúltese la página de la Cámara Mexicana de la Industria del Transporte Marítimo: <http://www.cameintram.org/home.html> (consultado el 28 de Agosto de 2014)

Sus afiliados se componen por una sección de Armadores⁹², de Operadores⁹³ y de prestadores de servicios⁹⁴.

A manera de dato, y con el objeto de no alejarnos de nuestro objeto de estudio, es preciso señalar que en México

“...se identifican los arribos de 82 líneas navieras a puertos mexicanos, en 11 puertos del Golfo de México, destacando el Puerto de Veracruz con 37 líneas navieras y con 4.2 servicios diarios en promedio. Mientras que por el Océano Pacífico arriban 30 líneas navieras en 10 puertos, sobresaliendo el Puerto de Manzanillo con 22 líneas navieras y con 4.0 servicios diarios en promedio. Tienen especial atención el intercambio de tráfico entre México y América del Norte, por lo que 64 líneas navieras con 43 destinos, atienden este tráfico con 11.2 servicios diarios en promedio.”⁹⁵

El sector de transporte y comunicaciones, es uno de los más importantes para México, representando en el 2010 un 7.3% del Producto Interno Bruto total, y de ese porcentaje, no más del 1% corresponde al sector marítimo, algo que preocupa debido a la gran extensión marítima que poseemos.⁹⁶

⁹² Titulares del derecho real de la propiedad de una o varias embarcaciones o artefactos navales, bajo cualquier título legal. También conocidos como propietarios.

⁹³ Afiliados que operan y explotan embarcaciones que no sean de su propiedad.

⁹⁴ Afiliados dedicados a la administración y operación portuaria, así como todos aquellos que presten servicios conexos vinculados con la industria del transporte marítimo y las actividades portuarias.

⁹⁵ *op. cit.*, nota 88.

⁹⁶ “Estrategias para el Fortalecimiento del Capital Humano del Sector, con base en las Competencias de las Personas, Sector Logística”, Disponible en internet en: <http://www.conocer.gob.mx/pdfs/documentos/logistica.pdf>. (Consultado el 15 de Octubre 2014)

II. SEGUNDA PROBLEMÁTICA: NO UNIFORMIDAD EN LOS CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES

A partir de este subtema, insistiré en la falta de unificación de reglas que rigen los contratos mercantiles internacionales, ya que como lo señala Jorge Oviedo Albán⁹⁷, podemos encontrarnos con respuestas jurídicas diferentes a una misma situación de hecho, tales como las relacionadas con la capacidad, la validez y formación de los contratos, la ejecución de las obligaciones y efectos derivados del contrato, entre otras.

Así pues, es necesario contar con criterios uniformes que se apliquen a la transacción, sin importar la naturaleza y nacionalidad de la persona que se involucra en el acto, pero hay factores que según la teoría de Óscar Vázquez del Mercado Cordero⁹⁸, impiden la verdadera unificación de reglas y criterios, y son: La Globalización, la cual al aperturarse las fronteras para un mayor intercambio de mercancías, hace que surjan nuevos actos y formas de contratos internacionales que son implementados gracias a la *Lex Mercatoria*, como por ejemplo, *Know How*, *Joint Venture*, *Factoring*, etc. Lo anterior, si bien acarrea crecimiento económico, aumenta también competencia entre Estados y/o empresas, pero tal como lo menciona la Comisión Europea, si la globalización no se controla, puede aumentar la brecha entre países ricos y los países pobres, marginando aún más sus economías⁹⁹, cuestión que en México cuadra muy bien, y de muestra palpable, tenemos el valor de nuestra moneda, frente a la de países que dominan el sector marítimo como Estados Unidos de América e Inglaterra. El otro factor, es la regionalización, consistente en la creación de bloques conformados por países de determinadas regiones, con el fin de hacer frente a otros bloques o países

⁹⁷ Oviedo Alban, Jorge, *La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Mercantiles*, Conferencia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2002.

⁹⁸ Vázquez del Mercado Cordero, Oscar, *Contratos Mercantiles Internacionales*, México, Porrúa, p.222.

⁹⁹ Unión Europea, Dirección General de Prensa y Comunicación, "La Globalización en Beneficio de Todos", Diciembre de 2002, p. 7.

hegemónicos, que lo único que acarrearán es un enfrentamiento o choque a nivel político, económico y social, creando una *desunificación*¹⁰⁰ regional, que establece zonas de libre comercio, unión aduanera, Mercado Común e incluso unión económica monetaria.

Ahora bien, es importante destacar que en los contratos mercantiles se aplican una diversidad de normas, ya sea que estén contenidas en diversos instrumentos internacionales, códigos, etc., lo cual propicia que no exista uniformidad de reglas y mucho menos de criterios como veremos más adelante respecto a la autonomía de la cláusula arbitral, la competencia exclusiva del tribunal arbitral para conocer de su misma competencia y el control judicial previo.

Atendiendo a la contratación, nos encontramos con los principios *UNIDROIT* de contratos mercantiles internacionales de 2004, La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena de 1980), Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (México 1994), los *INCOTERMS*, lo cual refleja la inexistencia en la uniformidad de reglas, por lo que consideramos que estamos ante la presencia de intentos de unificación que paradójicamente tienden a fracturar y deshomogenizar al sistema jurídico.

Para recordar un poco lo visto en el primer capítulo, los principios *UNIDROIT*, tienen como propósito establecer reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, que incluso pueden aplicarse cuando las partes no determinaron derecho aplicable al contrato, para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme o nacional, sin embargo, algo preocupante es que estos principios presentan limitaciones respecto al ámbito de aplicación ya que no comprenden la invalidez del contrato causada por falta de capacidad o ilegalidad (art. 3.1).

¹⁰⁰ Término utilizado por Óscar Vázquez del Mercado Cordero. *Cfr. Contratos Mercantiles Internacionales*, México, Porrúa, p.222.

Ahora bien, las reglas más usadas en el ámbito marítimo, son los denominados *INCOTERMS*, los cuales son términos comerciales internacionales que definen las obligaciones, gastos y riesgos de transporte internacional y de seguro, que no son vinculantes, por tanto, no tiene fuerza legal, pero que al pactarse son reconocidos tanto por las partes en un contrato, como por autoridades aduaneras y cortes o tribunales jurisdiccionales en todos los países, tal es el caso del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en materia administrativa que ha emitido tesis aisladas en ese aspecto.¹⁰¹

Los *INCOTERMS*, más utilizados en el transporte marítimo de mercancías, son los denominados “*Free On Board*” (*FOB*), que significa Libre a Bordo y los “*Cost, Insurance and Freight*” (*CIF*) que significa “Costo, Seguro y Flete”. Ambos, son cláusulas, pero la diferencia radica en que en el primero, el valor del transporte y seguro, es cubierto por el comprador, es decir, por el país de procedencia, por lo tanto, el vendedor sólo debe cumplir con la obligación de entregar la mercancía en el medio de transporte designado por el comprador. En cambio, el *CIF*, consiste en que el vendedor aporta un valor, cubriendo los costos que produce el transporte de la mercancía, ya sea por vía marítima al puerto de destino, o por vía terrestre a un hito determinado que puede ser un paso fronterizo o un punto terminal. La importancia del valor *CIF*, no viene dada solo por el transporte, sino también, por el seguro contratado para cubrir riesgos como pérdida o daño de la mercancía.

En la actualidad existen cuestiones muy técnicas y especializadas respecto al uso de los *INCOTERMS*. Por ejemplo, el comprador debe indicar al vendedor en qué buque o para qué fecha quiere tener el contenedor en la terminal del puerto, si el buque se retrasa por una avería, puede generar costes de estancia del contenedor en el puerto, en tal cuestión, si celebramos un acto jurídico con el *INCOTERM* “*Free Carrier*” ó Franco-transportista (*FCA*), estos costes por el retraso del buque van a cargo del comprador, pero si las condiciones de venta se han fijado mediante *FOB*,

101 Tesis: IV.2o.A.215 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXVII, Registro: 169686, mayo de 2008, p. 1050.

entonces el vendedor es responsable de asumir los costes hasta que se cargue en el barco. Lo anterior, demuestra la necesidad de especializarse en estos temas, ya que los contratos de adhesión o incluso en las facturas, es común encontrarse con este tipo de cláusulas y son prácticas que a mi parecer acarrearán que el precio de las mercancías se eleven o dupliquen, así que no solo es una diversidad incontrolable en reglas comerciales internacionales, sino que perjudican al comerciante y al consumidor final de productos, ¿Dónde está la uniformidad en el Derecho comercial? No existe tal cosa ni en el complejo sistema normativo, ni en organismos internacionales, ni mucho menos en instituciones arbitrales.

III. TERCER PROBLEMÁTICA: LA CLÁUSULA ARBITRAL O COMPROMISORIA CONTRA EL CONTROL JUDICIAL PREVIO, A TRAVÉS DE LA NULIDAD, INEFICACIA Y EJECUCIÓN IMPOSIBLE

En este tema, no pretendemos hacer un análisis de los diversos contratos que existen en el sector o en nuestra Ley de Navegación y Comercio Marítimos, ya que nos desviaríamos de nuestro objeto de estudio, el cual es la cláusula arbitral, por lo que nos enfocaremos en ella, como factor determinante en los contratos para dar origen a la competencia de tribunales arbitrales.

De acuerdo a la tesis contractualista, el arbitraje tiene un génesis convencional, es decir, las facultades de los árbitros nacen de un acuerdo o convenio arbitral.¹⁰² Lo anterior implica un sometimiento de las partes a someter el conflicto materia del contrato, ante un tribunal arbitral, en lugar de ser decidida por un tribunal judicial, es decir, existe una renuncia a la jurisdicción estatal y un otorgamiento de esas facultades a particulares, denominados árbitros. Así tenemos, tal como lo menciona Roque J. Caivano¹⁰³, dos efectos, uno negativo y el otro positivo, siendo

¹⁰² El acuerdo arbitral, se puede dar de dos formas, la primera; como un convenio independiente de un contrato, para lo cual nos referiremos a él como compromiso arbitral; y la segunda, como parte integrante de un contrato, a través de una de sus cláusulas, denominada cláusula compromisoria o cláusula arbitral.

¹⁰³ J. Caivano, Roque, "La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene", disponible en internet en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM:

incompetentes los jueces estatales para intervenir en la resolución del conflicto y atribuyendo esa jurisdicción a los árbitros, respectivamente, los cuales podrán decidir sobre su propia competencia, conocido lo anterior en la doctrina como el principio competencia/competencia, *compétence/compétence* en francés o *Kompetenze/Kompetenze* en idioma Alemán.

Lo anterior, conlleva desde mi punto de vista, una sustracción de ciertos tipos de litigios a la jurisdicción de los jueces, estando frente a jurisdicciones privadas por medio del imperio de la voluntad de las partes y que en la contratación marítima quedan obligados a solucionar su disputa por la vía arbitral, y como veremos más adelante, en la práctica, la declaración de validez de la cláusula arbitral¹⁰⁴, no queda en manos exclusivamente del tribunal arbitral, y que según mi opinión, debe ser una jurisdicción estatal la que previamente declare su nulidad o validez para poder así dar paso a la instancia del arbitraje, tal como lo sostiene la siguiente tesis por contradicción:

Época: Novena Época

Registro: 174303

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXIV, Septiembre de 2006

Materia(s): Civil

Tesis: 1a./J. 25/2006

Página: 5

ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr2.pdf>, pp. 5 y 6, (consultada el 29 de Agosto de 2014)

¹⁰⁴ También denominada cláusula compromiso o compromisoria, la cual se encuentra en un contrato, insertada para prevenir controversias futuras.

COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL.

La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aun sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se someter el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Contradicción de tesis 51/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de enero de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N.

En las primeras líneas de la tesis referida, nos menciona la regla máxima o principio de la voluntad de las partes, la cual de acuerdo al artículo 1432 de nuestro Código de Comercio, otorga la facultad de decidir sobre su propia competencia al mismo tribunal arbitral, es decir, no sólo conocerá del asunto que se derive del contrato, sino que decidirá sobre su propia competencia, de aquí se desprende el principio de competence/competence, que complementado con el principio de autonomía, consistente en dotar a la cláusula como un acuerdo aparte, independiente, el cual no se podrá ver afectado de nulidad aunque el contrato en sí sea nulo. De esta manera se protege la voluntad de las partes, al establecer que el conflicto sea conocido por un medio alternativo de solución de controversias, lo que para mí implica la violación a la máxima del derecho consistente en *“lo accesorio sigue la suerte de lo principal”*, ya que toda cláusula, al ser complementaria y por ende accesoria al contrato, debe ser nulificada si el contrato o la obligación principal se ha declarado nula.

Ahora bien, sobre esta misma cuestión, en caso de que se presente una demanda ante autoridades jurisdiccionales, La Convención de Nueva York, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, y por ende, nuestro Código de Comercio, especifican que al observar la presencia de la cláusula arbitral o al hacer valer la excepción de incompetencia por acuerdo arbitral, el juez debe remitir a las partes al tribunal arbitral que corresponda, es decir, sin siquiera hacer un estudio ni del fondo de la controversia e incluso de la forma, sin embargo, en esta misma tesis se desprende un elemento que hace que el poder judicial, se encuentre por encima de cualquier institución arbitral o incluso de la voluntad de las partes, mencionando que existe una excepción a la regla anterior, la cual consiste en ejercer la acción consistente en considerar a la cláusula compromisoria nula, ineficaz o de ejecución imposible. Lo anterior indica que estamos ante la presencia de un control judicial previo a la remisión del arbitraje, que si bien es cierto, en nuestro Código de

Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. Tesis de jurisprudencia 25/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis.

Comercio lo contempla, no se establecen los criterios para declarar nula, ineficaz o de ejecución imposible tanto en nuestro orden jurídico interno, en el internacional y ni siquiera por tesis o jurisprudencia, lo que queda al arbitrio del juez, la estimación de sus elementos, al menos por lo que respecta a la ineficacia o imposibilidad. A grandes rasgos, la Litis en estos casos se divide en dos, por una parte, la competencia, la cual podrá ser abordada al mismo tiempo tanto por un juez o por el árbitro; y por la otra, tenemos el conocimiento y resolución de la controversia de fondo, la cual será únicamente llevada a cabo por el tribunal arbitral, es decir, aquí el juez no podrá emitir ni siquiera una decisión previa a la litis principal, siendo competencia exclusiva del tribunal arbitral.

Siguiendo con el análisis, a mi manera de apreciar los elementos, en la práctica contractual marítima se realizan contratos de adhesión, por lo que el importador o exportador no entra en una efectiva negociación de la situación, es decir, el consentimiento es “desprendido” no por la voluntad en sí misma, sino por las circunstancias, como por ejemplo, la necesidad del importador o exportador de transportar su mercancía poniéndola de inmediato en el mercado para evitar gastos de aduanas, almacén, etc. y esto se agrava cuando son artículos perecederos. Es aquí cuando la empresa naviera aprovecha la situación e impone sus condiciones en precio, pero sobre todo obliga al contratante a otorgar competencia a una determinada institución arbitral, ya que al apreciarse elementos extranjeros pretenden evitar a toda costa el conflicto de leyes, para así someterse a un derecho uniforme que les permita resolver la controversia de una forma más “sencilla”, pero que en gran medida esa uniformidad opera de forma inequitativa, ya que los procedimientos suelen llevarse en un solo idioma (inglés) y los pagos se deben cubrir en un solo tipo de moneda (euros o dólares), apreciándose una desventaja económica y cultural cuando existe un problema entre empresas de países de primer mundo y empresas de países en vías de desarrollo, esto da a lugar a que sea imposible comprobar o acreditar la nulidad del acuerdo, convenio o compromiso arbitral por ausencia del consentimiento, ya que este se ha dado por la simple firma del contrato y mucho más difícil acreditar en la práctica el dolo, mala fe, lesión e intimidación o violencia, dejando a una de las partes sólo con la posibilidad de atacar

el acuerdo arbitral por considerarlo ineficaz, pero que lastimosamente no se han fijado criterios o elementos lógico-jurídicos para poder considerarlo de esta manera.

Otro punto importante, radica en que la mayoría de instituciones arbitrales, tienen lineamientos y formatos de cláusulas o convenios arbitrales en sus páginas de internet, todo ello con el fin de “blindar” dicho acuerdo para hacerlo inatacable y reforzándolo así mismo con ideologías y doctrinas plasmadas en tratados y leyes modelo como la denominada “autonomía de la cláusula arbitral”

Por último y por lo que respecta a la nulidad de la cláusula arbitral, la tesis más reciente que complica, confirma y perfecciona lo anterior es la siguiente:

Registro No. 162,931

Localización:

Novena Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXXIII, Febrero de 2011

Página: 2250

Tesis: I.4o.C.309 C

Tesis Aislada

Materia(s): Civil

ARBITRAJE COMERCIAL. EL JUZGADOR DEBE LIMITARSE A CONOCER DE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO ARBITRAL CUANDO SE EJERCE JUNTO CON LA DE CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y DECIDIRLA EN LA RESOLUCIÓN SOBRE EL FONDO DEL JUICIO.

La interpretación jurídica de los artículos 1424 y 1432 del Código de Comercio, permite afirmar que el conocimiento del juzgador ante el ejercicio simultáneo de las pretensiones de nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución del acuerdo de arbitraje y de cumplimiento o rescisión, por extensión del contrato en que tal pacto arbitral tiene su causa, debe limitarse a la primera, y así declararse en la resolución sobre competencia, dejando a salvo los derechos de los contendientes en

cuanto a la segunda (y las que de ésta deriven), para que se decidan, arbitral o judicialmente, según el caso, una vez que se resuelva acerca de aquélla, que es una de las formas en que puede plantearse el control judicial de la competencia para conocer de la validez del acuerdo arbitral...

Lo citado anteriormente, remite a una forma de ejercer el control judicial previo, y consiste en solicitar de manera conjunta 2 de las 3 acciones consistentes en: 1) nulidad, ineficacia o imposibilidad de ejecución de la cláusula arbitral, 2) cumplimiento del contrato y/o 3) rescisión del mismo, si éste el caso, el juez debe limitarse a resolver sólo la correspondiente a la nulidad de la cláusula arbitral. Una vez realizado lo anterior, se originan los siguientes supuestos:

a) Si se declara nula la cláusula arbitral, se dejarán a salvo los derechos de las partes para que las demás acciones (cumplimiento, rescisión del contrato o las que se deriven) sean resueltas vía judicial o arbitral, si se decide por vía jurisdiccional, sólo así, el Juez podrá en segundo término, conocer y resolver las demás acciones o pretensiones; en cambio,

b) Si se encuentra que la cláusula arbitral es válida, el Juez se declarará incompetente y remitirá el asunto al tribunal arbitral competente, quien será el único facultado de resolver las cuestiones de cumplimiento o rescisión del contrato.

Continuando con la tesis en análisis:

...Es posible que el control surja de un planteamiento no negativo..., sino positivo, al demandar la nulidad del laudo, y podrá hacerse si el pronunciamiento competencial fue emitido por el tribunal arbitral en el laudo acerca del fondo, no antes.

Por control judicial negativo, entenderemos como aquél que se ejerce por vía de excepción, es decir, alguien demanda el reconocimiento y ejecución del laudo, y la contraparte en el rubro de excepciones y defensas, solicita la nulidad laudo por considerar que la cláusula arbitral es nula, ineficaz o de ejecución imposible, por lo tanto, el juez, ejercerá un control judicial previo a reconocer y ejecutar el laudo.

En cambio, el control judicial positivo, será aquél que se ejerce por vía de acción, es decir, una vez emitido el laudo, una de las partes solicita al juzgado que estime competente, declare la nulidad del mismo, o nulidad de la cláusula arbitral.

Siguiendo con el criterio en comento:

...Además, el juzgador habrá de esperar al dictado de la resolución que emita sobre el fondo del asunto, es decir, la pretensión de nulidad, para determinar si es o no válido el acuerdo arbitral, lo cual estará en función de las pruebas aportadas que solamente podrán versar sobre ese reducido tema.¹⁰⁶

Es así que de lo expuesto en párrafos precedentes, concluiremos en que no existe una efectiva autonomía de la cláusula o acuerdo arbitral, estableciéndose en nuestro país un control judicial previo para determinar la competencia del árbitro, lo que conlleva a una ineficacia del arbitraje, ya que de nada sirve dejar a salvo los derechos de las partes para resolver su controversia ante el arbitraje, mientras se resuelve al mismo tiempo por un juzgado la validez del acuerdo, ya que si se llega a dar el caso de declarar nulo dicho acuerdo por el órgano jurisdiccional, todo el tiempo y dinero gastado o “invertido” en el arbitraje, el cual concluyó en un laudo, se habrá ido a la basura.

Regresando a la sustracción, o desplazamiento jurisdiccional, se encuentra legalmente establecido en nuestros ordenamientos jurídicos, como lo es el artículo 17 Constitucional cuarto párrafo, artículo 1416 fracción I del Código de Comercio, en materia marítima expresado en el artículo 264 segundo párrafo de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, dándose un permiso de *iure* a los mecanismos alternativos de solución de controversias, que subjetivamente alcanza sólo a las

¹⁰⁶ CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 251/2010. Carrera, S.A. de C.V. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo. Amparo en revisión 127/2010. Carrera, S.A. de C.V. 17 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

partes¹⁰⁷ y objetivamente a las cuestiones que acordaron someter a juicio de los árbitros, los cuales no tienen la fuerza vinculante en sus laudos, por lo que el cumplimiento del mismo depende del tan mencionado principio de voluntad de las partes.

Así tenemos que de este factor subjetivo (personas) y objetivo (materia y cuestiones a resolver), se debe entrar al estudio y análisis previo sobre la validez de la cláusula arbitral y en caso de que así se considere la misma, proceder al análisis sobre el alcance de esta.

IV. CUARTA PROBLEMÁTICA: LEY Y CLÁUSULAS ARBITRALES UNIFORMES, CON INSTITUCIONES Y CRITERIOS NO UNIFORMES

Para dar paso a mis siguientes razonamientos recordaremos los requisitos de validez de la cláusula arbitral.

- Consentimiento, el cual en la práctica comercial, específicamente la marítima, se otorga gracias a los contratos de adhesión o contratos tipo, es así que, aunque el comprador (importador) o vendedor (exportador), no quieran someter su disputa futura al arbitraje con la empresa naviera contratada, no existe negociación alguna, simplemente ese “consentimiento” es arrancado forzosamente por la *lex mercatoria*, es decir, la práctica contractual internacional impuesta por el sector que domina el comercio y aunado al objeto posible y lícito del contrato, es muy difícil que se vea afectado por una nulidad absoluta.
- De acuerdo con nuestro Código de Comercio, el acuerdo arbitral, debe constar por escrito, ya sea en la cláusula contenida en un contrato, o ya sea un acuerdo arbitral¹⁰⁸ por separado.

¹⁰⁷Aunque en la práctica va más allá de las partes en conflicto, ya que se puede dar el caso de inclusión de terceros a procedimiento arbitral.

¹⁰⁸Otra diferencia entre el acuerdo o compromiso arbitral respecto a la cláusula arbitral, radica en que el primero, se da una vez que ha existido el conflicto, en cambio la cláusula arbitral, al encontrarse en un contrato, es previo al conflicto.

- Indicar el número de árbitros.(subsancable conforme al artículo artículo 426 del Código de Comercio)
- Las reglas para constituir el tribunal arbitral.
- Elección de reglamento para el procedimientos arbitral o en su caso reglas propias impuestas por las partes, conocido este último como arbitraje *ad-hoc*.
- Institución que brinda el arbitraje.(al mencionar el reglamento y sede, no es necesario especificar las reglas para constituir el tribunal e idioma)
- Sede del arbitraje.
- Idioma en que se llevará el procedimiento arbitral.
- Ley sustantiva que se aplicará, es decir, derecho aplicable a la controversia; y,
- Las controversias materia de arbitraje.

Con los primeros requisitos, no existe mayor problemática, sin embargo, los subsecuentes nos dan pauta a razonar que el arbitraje es tan abierto que se pierde el control y el seguimiento que usualmente se le puede dar a los juicios comunes ¿y por qué? Porque como hemos visto, existen muchísimas organizaciones de arbitraje. Además las partes pueden escoger arbitrajes especiales (ad hoc). Toda esta apertura de posibilidades hace casi imposible establecer precedentes ya que en muchas ocasiones los laudos quedan olvidados en la privacidad de las partes involucradas, gracias a la confidencialidad y en muchas otras ni siquiera se mantienen compendios escritos de sus decisiones y resultados.

Generalmente, los contratos de fletamento contienen cláusulas arbitrales que hacen referencia a alguna organización marítima de árbitros ya establecida. Alrededor de todo el mundo, existen asociaciones, sociedades y grupos de árbitros con sistemas preestablecidos que incluyen las reglas y el procedimiento arbitral.

Si el contrato de transporte hace referencia a alguno de estos grupos, es importante conocer las reglas y procedimientos bajo los cuales se celebraría el proceso arbitral. Por el contrario, si la cláusula arbitral no hace referencia a ninguna de estas asociaciones, la propia cláusula debe ser extensiva y contener todas las reglas y

procedimientos del caso. Este último tipo de arbitraje es conocido como arbitraje ad hoc, mientras que el primero es tratado como un arbitraje institucionalizado. Es claro que el arbitraje institucionalizado es mucho más seguro de llevar y concretar que el ad hoc. El problema es que existen tantos organismos institucionalizados que en vez de ir hacia una unificación, estamos creando una diversidad incontrolable. Esta reproducción masiva de organizaciones arbitrales tiene su fundamento en el aspecto comercial que representa el arbitraje ya que las partes que deciden someter sus disputas ante estas instituciones, deben pagar fuertes sumas de dinero para que el procedimiento se lleve a cabo.

Por ejemplo, en muchos de los procesos arbitrales que se desarrollan en Nueva York, son sometidos a las reglas de la Sociedad de Árbitros Marítimos (Society of Maritime Arbitrators). Esta Sociedad está integrada por hombres de comercio con experiencia en transporte marítimo. Los arbitrajes de la Sociedad, se realizan bajo la supervisión general del título 9 del Código de los Estados Unidos (Title 9 U.S.C.) Así mismo, el arbitraje es generalmente administrado por un panel de tres árbitros, de los cuales cada una de las partes escoge a uno de ellos y el tercero es nombrado por los dos árbitros que eligieron las partes en disputa.

Otros arbitrajes se encuentran sometidos a las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association). En contraste con la Sociedad de Árbitros Marítimos, los árbitros de la Asociación, son nombrados por la misma entidad dentro de un grupo profesional de árbitros que conocen la materia y que han obtenido una licencia específica para llevar a cabo este procedimiento. Así mismo, podemos encontrar asociaciones en Londres, Japón y muchos otros centros marítimos internacionales.

En la actualidad varias instituciones arbitrales, cámaras de comercio y organismos internacionales en sus respectivas páginas de internet, realizan recomendaciones para estructurar de manera correcta las cláusulas arbitrales o compromisorias, como por ejemplo:

1. *Modelo de cláusula compromisoria de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*¹⁰⁹

La cláusula es la siguiente:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

Nota: Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente:

- a) La autoridad nominadora será . . . (nombre de la persona o instituto)
- b) El numero de árbitros será de . . . (uno o tres);
- c) El lugar de arbitraje será . . . (ciudad o país);
- d) El idioma (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n)...

2. *Cláusulas Modelo de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres (LMAA por sus siglas en inglés)*

Ésta institución nos muestra tres tipos de cláusula arbitral; la primera, rigiéndose por el Acta de Arbitraje de 1996, y que es utilizada por el Consejo Marítimo Internacional del Báltico (BIMCO); y las otras dos, operan con base al monto de lo reclamado.

A. *Cláusula de arbitraje de BIMCO110/LMAA (2009)*¹¹¹

¹⁰⁹ Cfr., “Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”, disponible en internet en la página electrónica: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf> (consultado el 01 de Octubre de 2014)

¹¹⁰ Consejo Marítimo Internacional y del Báltico, organización no gubernamental (ONG), conocida por sus siglas en inglés como BIMCO.

¹¹¹ Página electrónica de la Asociación de Árbitros Marítimos de (LMAA): <http://www.lmaa.org.uk/lmaa-bimco-clause.aspx> (consultado el 01 de Octubre de 2014.)

Español

“(a) Este Contrato se regirá e interpretará de acuerdo con el Derecho Inglés y cualquier disputa que surja fuera o en conexión con este Contrato, será sometida a arbitraje en Londres, de acuerdo con la Acta de Arbitraje de 1996 o cualquier modificación estatutaria o nueva promulgación del mismo salvo en la medida necesaria para dar efecto a las disposiciones de la presente Cláusula.

(b) El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres (LMAA) conforme a las Condiciones actuales en el momento en que se inicien los procedimientos de arbitraje.”

Inglés

“(a) This Contract shall be governed by and construed in accordance with English law and any dispute arising out of or in connection with this Contract shall be referred to arbitration in London in accordance with the Arbitration Act 1996 or any statutory modification or re-enactment thereof save to the extent necessary to give effect to the provisions of this Clause.

(b) The arbitration shall be conducted in accordance with the London Maritime Arbitrators Association (LMAA) Terms current at the time when the arbitration proceedings are commenced.”

B. Cláusula Arbitral de Procedimiento de Reclamos Intermedios de la LMAA¹¹²

Español

"Este contrato se rige por el Derecho Inglés y todas las controversias derivadas de o en

Inglés

"This contract is governed by English law and all disputes arising under or in connection

¹¹² *Ibidem*, <http://www.lmaa.org.uk/lmaa-clause.aspx>, (Consultado el 01 de Octubre de 2014)

conexión con ésta se someterá a arbitraje en Londres. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con uno de los procedimientos siguientes LMAA aplicables en la fecha de comienzo del procedimiento de arbitraje: -

(i) Cuando el importe reclamado por los demandantes es de menos de US \$ 400,000.00, excluidos los intereses, (o cualquier otra suma que las partes podrán convenir y sujeto al párrafo (ii) a continuación), la referencia será a un tribunal de tres árbitros y el arbitraje se llevará a cabo de acuerdo con el Procedimiento de Reclamos Intermedio de la LMAA;”

with it shall be referred to arbitration in London. Arbitration shall be conducted in accordance with one of the following LMAA procedures applicable at the date of the commencement of the arbitration proceedings:-

(i) Where the amount claimed by the Claimants is less than US\$400,000.00, excluding interest, (or such other sum as the parties may agree and subject to paragraph (ii) below), the reference shall be to a tribunal of three arbitrators and the arbitration shall be conducted in accordance with the LMAA Intermediate Claims Procedure;”

C. Cláusula arbitral para procedimiento expedito a bajo costo, (Fast and Low Cost Arbitration FALCA) de la LMAA¹¹³

Español

La cláusula que recomendamos debe ser insertada en las pólizas de fletamento y otros contratos marítimos dispone lo siguiente:

Inglés

The Clause which we recommend should be inserted into charterparties and other

¹¹³ *Íbidem*, <http://www.lmaa.org.uk/lmaa-falca-clause.aspx>, (Consultado el 01 de Octubre de 2014)

"Este contrato se rige por el Derecho Inglés y todas las controversias derivadas de o en conexión con ésta se someterá a arbitraje en Londres El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con uno de los siguientes procedimientos LMAA.:

(i) cuando la cantidad reclamada por los demandantes sea menor a US \$ * , [* Nota: cuando no se inserta cifra , se considerará que las partes han acordado un límite de US \$ 250.000, sin incluir intereses,] excluidos los intereses, la referencia será a un solo árbitro y el arbitraje se llevará a cabo de conformidad con las Reglas FALCA Dde la LMAA;

(ii) cuando la cantidad reclamada por los demandantes es menor a US \$ 50.000, excluyendo intereses, (o cualquier otra suma que las partes podrán convenir) la indicación deberá referirse a un solo árbitro y el arbitraje se llevará a cabo de conformidad con el Procedimiento de Pequeñas Reclamaciones de la LMAA;

maritime contracts provides as follows:

"This contract is governed by English Law and all disputes arising under or in connection with it shall be referred to arbitration in London. The arbitration shall be conducted in accordance with one of the following LMAA procedures:

(i) where the amount claimed by the claimants is less than US\$*..... , [*Note: where no figure is inserted, the parties shall be deemed to have agreed a limit of US\$250,000, excluding interest,] excluding interest, the reference shall be to a sole arbitrator and the arbitration shall be conducted in accordance with the LMAA FALCA Rules;

(ii) where the amount claimed by the claimants is less than US\$50,000, excluding interest, (or such other sum as the parties may agree) the reference shall be to a sole arbitrator and the arbitration shall be conducted in accordance with the LMAA Small Claims Procedure;

(iii) en cualquier caso donde los procedimientos LMAA antes mencionados no se especifique la referencia, esta será a tres árbitros (uno designado por cada una de las partes y el tercero por los árbitros así escogidos) de acuerdo con los Términos LMAA vigentes en el momento oportuno ".

(iii) in any case where the LMAA procedures referred to above do not apply the reference shall be to three arbitrators (one to be appointed by each of the parties and the third by the arbitrators so chosen) in accordance with the LMAA Terms in force at the relevant time."

Como podemos observar, en estas cláusulas y contratos tipo, no sólo se renuncia a la jurisdicción estatal, sino que se adopta un derecho sustantivo y adjetivo extranjero, por lo que la promesa de un Derecho Uniforme en si es falso, ya que lo que se está uniformando u homogenizando es el Derecho extranjero y no un Derecho común y que beneficie a las partes involucradas. Así mismo podemos apreciar que con base al monto de lo reclamado estaremos frente a otras formas de resolución de controversias, que de alguna manera se caracterizan por el tiempo en que durará el procedimiento arbitral, así como el monto de los costos que cobrará la institución arbitral. Una cuestión por demás importante es dejar claro el número de árbitros, ya que como se desprende de lo anterior, si no especificamos el número de árbitros en la cláusula, la institución arbitral llevará dicho procedimiento con tres de ellos, elevándose el costo al momento de pagar los honorarios.

Continuando con lo anterior, Estados Unidos de América también tiene instituciones especializadas con el mismo fin.

3. *Cláusula modelo de la Sociedad de Árbitros Marítimos (Society of Maritime Arbitrators, SMA).*¹¹⁴

Español

En caso de que cualquier disputa surja fuera de esta Carta, la materia de la controversia se someterá a tres personas en Nueva York, uno designado por cada una de las partes del mismo, y el tercero por los dos así elegido; su decisión o la de cualquiera de dos de ellos serán definitivas, y con el propósito de hacer cumplir cualquier laudo, este acuerdo puede ser hecho una regla de la Corte. Esta Carta se regirá por la Ley Federal Marítima de los Estados Unidos. Las actuaciones se llevarán a cabo de conformidad con las Reglas de la Sociedad de Árbitros Marítimos, Inc. Los árbitros serán miembros de la Sociedad de Árbitros Marítimos, Inc.

Inglés

Should any dispute arise out of this Charter, the Matter in dispute shall be referred to three persons at New York, one to be appointed by each of the parties hereto, and the third by the two so chosen; their decision or that of any two of them shall be final, and for the purpose of enforcing any award, this agreement may be made a rule of the Court. This Charter shall be governed by the Federal Maritime Law of the United States. The proceedings shall be conducted in accordance with the Rules of the Society of Maritime Arbitrators, Inc. The arbitrators shall be members of the Society of Maritime Arbitrators, Inc.

Esta institución, obliga a las partes a realizar el procedimiento por medio de tres árbitros miembros de la Sociedad, esto implica según mi forma de pensar, que no existe una libertad de las partes al escoger a sus árbitros, ya que se encuentran limitados a que estos terceros sean miembros, es decir, la institución opera con listas cerradas y por si fuera poco, no cuenta con árbitros de origen latino¹¹⁵. Lo más destacado de esta cláusula, es la consideración que hace la institución de que el laudo pueda tener fuerza vinculante gracias a la intervención de la Corte.

¹¹⁴Página electrónica de la Sociedad de Árbitros Marítimos: <http://www.smany.org/smamodelarbitrationclause.htm> (consultado el 01 de Octubre de 2014)

¹¹⁵ Consúltese el listado de árbitros miembros en: <http://www.smany.org/memberRoster.html> (consultado el 03 de Octubre de 2014)

3. Cláusula arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)¹¹⁶

Español

"Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento."

Inglés

"All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules."

Como pudimos observar, toda institución está enfocada en otorgar directrices para hacer que las cláusulas arbitrales sean cada vez más eficaces, es decir, se aprecia una verdadera uniformidad en lineamientos, pero a la hora de uniformar criterios cada institución tiene una base o sistema particular, e inclusive contradictoria como cualquier órgano jurisdiccional. Para no alargar más esta cuestión, se realizan también esfuerzos por instituciones regionales como el Centro de Mediación y Arbitraje Comercial para las Américas¹¹⁷, y nacionales como la Cámara Nacional de Comercio¹¹⁸.

¹¹⁶ Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, disponible en: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp> (Consultado el 01 de Octubre de 2014)

¹¹⁷ Disponible en la página de Internet de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México en: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=108&con=informacion>, (Consultado el 01 de Octubre de 2014)

¹¹⁸ Cfr., Página de Internet de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México, <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=107&con=informacion>, (Consultado el 01 de Octubre de 2014)

En el siguiente tema se hará un análisis a un caso práctico entre una empresa transportista Danesa, la cual tiene oficinas en varios países latinoamericanos como México, pero que en el caso específico que nos ocupa, sus oficinas se encuentran en Perú, y la otra empresa de capital mixto, pero en su mayoría, de capital peruano.

V. ANÁLISIS DE CASO: CONTROL JUDICIAL PREVIO¹¹⁹

Nos encontramos ante un proceso ordinario marítimo instaurado por la empresa “x” (empresa peruana) y Otros, contra la naviera “y” (empresa danés), ante el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá, donde se demanda el incumplimiento de un Contrato de Servicio Marítimo, suscrito en el Perú para el suministro de contenedores, reserva de espacio en los buques y la transportación de contenedores a los puertos de destino.

Dentro del escrito de contestación de demanda y en escrito aparte, la demandada solicitó al tribunal marítimo, la declinatoria de competencia hacia el foro arbitral de Nueva York¹²⁰ ya que el contrato contiene una cláusula compromisoria o arbitral, la cual obliga a las partes a someterse a un proceso arbitral si surgieran disputas en la ejecución o interpretación del contrato.

Adicionalmente, en el contrato se indica el proceso de elección de los árbitros y la forma de iniciar el arbitraje. Dicho contrato fue registrado electrónicamente en el FEDERAL MARITIME COMMISSION (FMD) en Estados Unidos, conforme a las disposiciones de la OCEAN SHIPPING REFORMAN ACT, por tanto, ese contrato de servicios está sujeto a las referidas leyes y a las del Estado de Nueva York.¹²¹

Podemos observar que los contratos de adhesión, deben estar inscritos ante una autoridad que le de validez y pueda ser celebrado en la práctica comercial.

¹¹⁹ Resolución de Segunda instancia, Tribunal:Corte Suprema de Justicia, Panamá, Sala:Primera de lo Civil, Ponente:Alberto Cigarruista Cortez, Fecha:01 de junio de 2005, Materia:Civil, Apelación, Expediente:179-03. (Acompañado a la presente investigación como anexo 1).

¹²⁰ Criterio de la Corte: Tercer Párrafo, p. 25.

¹²¹ *Idem*.

Consecuentemente, afirmó la demandada que la causa debería decidirse mediante arbitraje de conformidad a lo dispuesto a la Convención de Nueva York de 1958, norma internacional y ley de Panamá, que obliga a los jueces a declinar la causa al foro arbitral escogido por las partes.

La contraparte, es decir la demandante, básicamente fundamentó su oposición al incidente, en que el convenio arbitral es nulo de nulidad absoluta, ya que el mismo, es un contrato solemne que requiere estar por escrito y firmado por las partes, no siendo válida su aceptación tácita. Que de acuerdo al art. II de la Convención de Nueva York, ratificada por Panamá, le impone al juez remitir el litigio al arbitraje pactado, a menos que se compruebe que el mismo es nulo, ineficaz e inaplicable. Además, alegó, que es aplicable la ley sustantiva peruana, por lo tanto, el juez fija la controversia en la nulidad o no de la cláusula compromisoria o arbitral, ya que el opositor cuestiona su validez por no llenar las formalidades de la ley sustantiva peruana.¹²²

Seguidamente, en la resolución se entra al examen de los contratos aportados y la forma en que fueron suscritos, para determinar la validez de la cláusula arbitral, la que finalmente es considerada nula por la ausencia de voluntad expresa del demandante (art. 98 Ley General de Arbitraje de Perú), por lo cual se establece como causal para los actos jurídicos en el num.1 del art.6 del Código Civil de Perú.

El fallo a grandes rasgos, se basó en el artículo 557 del Código de Procedimiento Marítimo de Panamá para poder entrar a revisar la Convención de Nueva York, la cual estimó inoperante, por no tener una norma de conflicto que determinara la ley aplicable a la forma de los contratos, por lo que hizo uso del artículo 240 del Código de Bustamante y de otras normas de manera subsidiaria, para arribar a la conclusión de que la forma de los contratos mercantiles se sujeta a la ley territorial o leyes del lugar de celebración del mismo, siendo en este caso la de Perú. En ese orden de ideas, el juez cita un artículo de la Ley General de Arbitraje del Perú, que establecen la definición y forma del convenio arbitral, para concluir que el mismo

¹²² *Ibidem*, Tercer párrafo, p. 26.

debe constar por escrito o en la forma permitida por la ley, ya que de no ser así la sanción es la nulidad del pacto.

Dicho fallo, es apelado ante la Sala de la Corte de Panamá, la cual hace un análisis de los cargos que formula la censura, toda vez que, el asunto de saber cuál es la norma de conflicto aplicable para efectos de indicarnos a qué ley hay que acudir para verificar circunstancias como: la definición, forma, validez y eventual nulidad del presente convenio arbitral, es decisiva para efectos de determinar si estas situaciones debieron ser examinadas por el juez de primera instancia antes de resolver la procedencia de la remisión de esta causa, al foro arbitral extranjero o, si estaba obligado a declinar competencia inmediatamente a dicho tribunal para que el mismo examinara dichas situaciones.

Los argumentos de la empresa “y” consisten en que¹²³, el juez erró en la determinación de cuál era la ley sustantiva aplicable para verificar la validez de la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Servicios No.6591, porque debió aplicar la ley pactada por las partes, es decir, la Ley de Nueva York y no la del lugar donde se celebró el contrato (Perú) como lo hizo. En ese sentido explica el apelante que el juez marítimo fundamentó su decisión en el artículo 240 del Código de Bustamante, que data de 1928 (30 años antes de que existiera la Convención de Nueva York en materia de arbitraje), por lo que ese Código no contiene "disposición alguna de conflicto de leyes que regule cláusulas o convenios arbitrales"; y, dicho artículo 240 se refiere a la cualidad del comerciante y a los actos de comercio. Igualmente, indica la empresa “y” que el artículo 557 del Código de Procedimiento Marítimo, no contiene reglas de conflicto para efectos de determinar la validez de una cláusula arbitral, siendo que actualmente existe en la legislación Panameña una norma de conflicto de leyes específica con relación a la materia de arbitraje, que es la Ley General de Arbitraje, contenida en el Decreto Ley No.5 de 18 de julio de 1999, citando seguidamente, el artículo 43 de ese texto legal que establece cuál es la Ley que regirá la capacidad de las partes, la ley aplicable al convenio arbitral en lo que

¹²³ Los argumentos de “y” se pueden apreciar en detalle a partir del último párrafo de la página 26, hasta la página 30.

afecta a su validez y efectos, entre otros puntos, en los casos en que el arbitraje sea comercial internacional.

Así mismo, considera la empresa “y” que se debió acatar lo referido por el Decreto Ley No.5 de 1999 que hacen referencia al arbitraje comercial internacional, específicamente los artículos 27, el cual establece tomar en cuenta los principios UNIDROIT y el artículo 43, porque según el apelante, ese artículo es la norma de conflicto de leyes específica con relación a la materia en cuestión, es decir, la que el juez debió aplicar para verificar la validez del pacto arbitral, en lugar del Código de Bustamante, ya que en numeral 2 establece que:

ARTICULO 43. REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL.

1...

2. La ley aplicable al convenio arbitral, en lo que afecta a la validez y los efectos, será la expresamente designada por las partes, por si o a través del reglamento de una institución de arbitraje; en su defecto por la ley del lugar en donde haya de dictarse el laudo arbitral y si éste no estuviera determinado, por el lugar de celebración del convenio arbitral cuando este constase expresamente; en su defecto, por la ley panameña.¹²⁴

Para no alargar más el caso, otro punto que cuestiona la empresa “y” sobre el criterio del juez de primera instancia, es que a pesar de reconocer la existencia del Contrato de Servicios No.6591 entre empresa “x” y empresa “y”, concluye el juez que no se ha acreditado que en el mismo exista una cláusula de ley aplicable y la de arbitraje; siendo que, según afirma la empresa “y”, tal señalamiento no es cierto y el juez infringió las reglas de valoración probatorias que establece el Código de Procedimiento Marítimo, toda vez que en las pruebas donde consta el referido Contrato se encuentra específicamente la cláusula de ley aplicable y la de arbitraje, pero que dichas cláusulas figuran en la parte II del contrato, por lo tanto, la empresa “x”, otorgó el consentimiento al sujetarse a esa parte por referencia, es decir, la parte

¹²⁴ Criterios de la Corte: p. 28

que representó a la empresa “x” suscribió y envió por fax a la empresa “y” el contrato firmándolo en la última página de la parte I, donde se expresaba lo siguiente:

"It is mutually agreed that this contract shall be performed in accordance with the provisions consisting of part I and the terms and conditions set forth in Part II. Part II Terms and conditions found in Rule 100 of governing tariff maeu"¹²⁵

Que traducido al español establece:

“Queda mutuamente acordado que este contrato se cumplirá de conformidad con las disposiciones contempladas en la Parte I y los términos y condiciones establecidos en la Parte II. Los términos y condiciones de la Parte II se encuentran en la Norma 100 de la Tarifa MAEU vigente.”

De lo anterior, el juez de segunda instancia, resolvió:

“...que no haya sido firmada (la parte II) por el representante de la empresa “x”, no implica la invalidez o nulidad de su contenido, pues la misma fue incorporada por referencia a través de la Parte I de dicho Contrato, siendo que ésta última parte sí fue firmada y reconocida por la demandante.”¹²⁶

Con esta resolución, estoy de acuerdo que la empresa “x” cometió un grave error al no leer el párrafo de la parte I del contrato que hace referencia a la parte II de dicho acto jurídico. Ahora bien, me parece preocupante que las empresas navieras utilicen argucias (consistente en sólo mencionar la existencia de una parte II del contrato, sin anexarla o adjuntarla para su revisión) y más preocupante y aberrante aún, que los juzgados acepten lo anterior, curándose en salud debido a que en la práctica internacional se reconoce y se considera válido la firma, aceptación o consentimiento de algo por una simple referencia.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹²⁶ *Ibidem*, quinto párrafo, p.35.

Por tanto, la Sala concedora de la apelación, declara probado el Incidente de Declinatoria de Competencia, accede a la solicitud de Declinatoria de Competencia presentada por la demandada, declara inhibido al Segundo Tribunal Marítimo de Panamá en el presente proceso ordinario marítimo instaurado por “x” contra “y” y ordena la inmediata remisión del expediente al Tribunal Arbitral convenido por las partes (art. 11, Decreto Ley No.5 de 10 de julio de 1999);¹²⁷

Otra cuestión, interesante, preocupante y aberrante, la encontramos en esta misma sentencia, la cual nos hace referencia a otros casos, los cuales de forma directa, y sin vergüenza, señalan que las cláusulas arbitrales se sustentan en el principio de la autonomía de la voluntad que rige la contratación comercial de carácter internacional, aludiendo el hecho de que a estos contratos no les es aplicable la ley de protección al consumidor, ya que la misma está destinada al consumidor local, es decir, nos restriegan en cara que el consumidor no tiene derechos exigibles a nivel internacional, sólo a nivel interno, cuestión preocupante si nos encontramos en países como México, donde existen instituciones que sólo simulan sus funciones, pero no hay una efectiva protección de sus derechos, pero esa cuestión se adentra a otro objeto de estudio muy diverso al de la presente investigación.

Sin más, me hubiera gustado analizar un caso de una empresa mexicana contra una extranjera, pero ante la omisión de información y poca importancia que los diversos Juzgados de Distrito en materia Civil le dan al Derecho Marítimo, me fue imposible conseguir un caso práctico, y en cuanto al desahogo del procedimiento arbitral en el caso analizado, me encontré que una de las desventajas del arbitraje radica en la sujeción al principio de confidencialidad, es decir, tanto las empresas involucradas, como las instituciones arbitrales, son celosas en sus asuntos y por ende, se queda todo en la confidencialidad entre las partes. Por ello es necesario un plan integral para que se desarrolle el Derecho Marítimo en nuestro país, pero eso será abordado en nuestro último capítulo en la sección de propuestas y conclusiones.

¹²⁷ Resolutivos de la Corte: p. 37.

Como pudimos observar, el Tribunal Marítimo de Panamá, al conocer de la demanda planteada por “x”, ejerció el control judicial previo, analizando la validez de la cláusula arbitral por ser considerada por la demandante nula, (concepto que sí fue atacado por la empresa “x”, pero que de manera sorprendente en segunda instancia establecen que fue un grave error el que no lo hayan atacado, reflejando una incongruencia con lo plasmado en la resolución anexada) cuestión que el juez de primera instancia concedió por no cumplir los requisitos de forma de la ley peruana (lugar donde se firmó el contrato), ya que consideraba que la parte II del contrato no se había firmado, sino que sólo se había dado el consentimiento por simple referencia. Lo anterior fue desestimado por la Corte de apelación por los criterios ya expuestos, pero podemos observar que la Corte menciona lo siguiente:

Finalmente sólo cabe expresar que en múltiples fallos esta Sala de la Corte le ha reiterado al Tribunal Marítimo que, en casos como el presente, donde existe una cláusula de sumisión de jurisdicción a la justicia arbitral, plenamente acreditada con la aportación del respectivo contrato, lo procedente es que se acceda a la declinatoria correspondiente, declarando viable la solicitud de incompetencia que promueve la parte, toda vez que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes pactada en dichos contratos, conforme lo establece el numeral 3 del artículo 19 de la Ley 8 de 1982.¹²⁸

Es decir, la Corte tiene un criterio pro-arbitral, pero no sólo eso, promueve el principio Competence/Competence, el cual reconoce la competencia exclusiva del tribunal arbitral a entrar al estudio de su propia competencia, incluyendo el estudio sobre la validez de cláusula arbitral, el cumplimiento del contrato y en general toda cuestión referente al fondo del asunto.

Por otra parte, vislumbramos cómo un tribunal marítimo especializado, es consciente de lo necesario que es realizar un análisis a la validez de la cláusula arbitral, debido a las prácticas comerciales marítimas malintencionadas, es decir,

¹²⁸ *Ibidem*, último párrafo, p.36.

un control judicial previo, lo anterior sin violar el tan mencionado principio de Competencia/Competencia, sin embargo, en segunda instancia nos encontramos con una Corte Suprema Civil, que si bien es cierto, es superior jerárquicamente, al no ser especializada en el tema, le echa abajo a un tribunal marítimo sus resoluciones, todo por que dicha Corte, considera que es mejor no analizar la validez y dejarle todo el paquete a un Tribunal arbitral, pero sin comprender el gasto que implicaría para las partes (en especial a la empresa latina), el sufragar dichos erogaciones por lo que respecta a cuotas administrativas del tribunal arbitral, honorarios de los árbitros y el pago a abogados especializados que dominen el idioma inglés.

VI. CONCLUSIONES

La comunidad internacional ha vendido la idea de que el Derecho Uniforme es la solución a las problemáticas en conflictos a nivel internacional, y no están alejados de la realidad, pero como hemos visto en el presente capítulo, sólo se han preocupado por crear leyes uniformes, dando libertad a los Estados a modificarlo de acuerdo a su derecho interno, así como establecer principios uniformes en la contratación internacional, pero al mismo tiempo, estableciendo una serie de tecnicismos que hacen que esa uniformidad paradójicamente sea descontrolada, evidenciando que en el Derecho Marítimo, el sistema Obligaciones-Derechos entre importadores, exportadores, empresas navieras y aseguradoras, beneficie o perjudique a uno o a otro como si se tratase de un simple juego de palabras y que si bien, no tienen carácter vinculatorio, sí son reconocidos de *facto* y de *iure* por comerciantes, por órganos jurisdiccionales e instituciones arbitrales. Por su parte, éstas instituciones, sólo se han preocupado por dar lineamientos y directrices para hacer de la cláusula arbitral un elemento efectivo al momento de entrar en conflicto las partes y así mantener lo que les interesa (el lucro que obtendrán al conocer de un determinado asunto), sin embargo, como mencionamos con anterioridad, las cláusulas arbitrales crean un Derecho Uniforme que en si es el Derecho extranjero, es decir, lo que se uniforma es el derecho extranjero, no un Derecho que beneficie a todos. Respecto al derecho interno, nos encontramos con una diversidad de criterios entre juzgados de primera y segunda instancia e incluso cortes supremas

que dejan ver la falta de uniformidad que tanto han pregonado el sector público y privado, pero falta un esfuerzo mayor e importante consistente en lograr una uniformidad en criterios jurisprudenciales por parte del derecho interno, así mismo, la existencia de un mayor control hacia las instituciones privadas que ofrecen servicios de mediación, conciliación y arbitraje, ya que cada una crea y se rige por sus propios reglamentos. La problemática creo yo ha sido además, considerar que el sector público y privado debe estar separado, pero no olvidemos la propuesta que hace Joseph Redorta mencionada en el capítulo primero de esta investigación. Él propone un centro de conciliación, mediación y arbitraje, que forme parte del sistema judicial de los Estados, que si bien es cierto, ya contamos con varios a lo largo y ancho de nuestro país, hace falta que los árbitros, mediadores y conciliadores sean gente preparada, especializada y ajena al sistema judicial, pero que los funcionarios del órgano jurisdiccional se cercioren de que se cumpla el mínimo de derechos para una administración de justicia, equitativa, imparcial, y proporcional, es decir, una efectiva unión entre un sector privado-comercial que funja como árbitro y que en apoyo y cooperación del poder judicial, resuelvan conflictos con criterios unidos y con sistemas normativos uniformes. De esta manera se podrán reconciliar sistemas que a lo largo de la historia siempre han estado en pugna, pero que uno y otro deben convivir en armonía sin la creencia de que uno es más importante que el otro.

CAPÍTULO CUARTO: PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU EFICACIA JURÍDICA Y SOCIAL EN EL DERECHO INTERNO

En este último capítulo de la investigación, abordaremos el panorama jurídico y económico al que se enfrentan las partes en conflicto en el arbitraje una vez que la jurisdicción interna se ha declarado incompetente por existir una cláusula arbitral. Así mismo, dedicaremos espacio a cuestiones sobre la nulidad del laudo, generalidades sobre el reconocimiento y ejecución del mismo y su efectividad jurídica y social. Analizaremos el amparo y el arbitraje a partir de lo establecido por

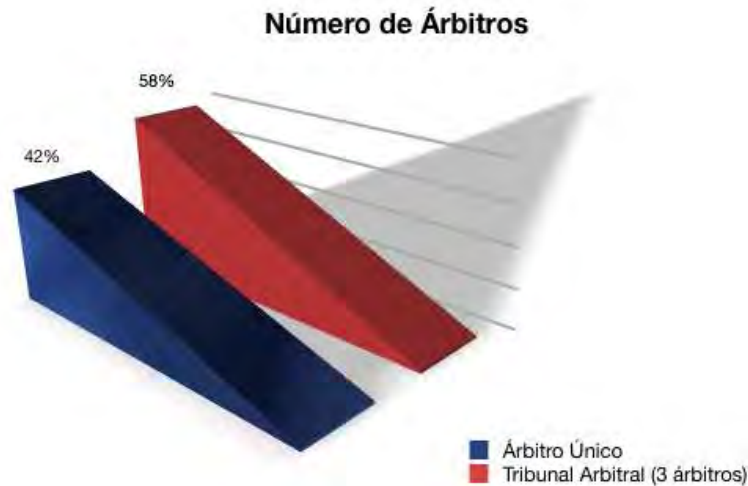
la nueva ley de amparo, debido a que en las controversias se han incluido nuevos elementos y definiciones por lo que respecta a las autoridades responsables, las cuales han generado confusión al respecto. Lo anterior sin dejar a un lado el amparo procedente en cuestiones de arbitraje, las posturas doctrinales y jurídicas que generan incertidumbre a las partes en conflicto y por último realizaremos conclusiones y propuestas en base a las problemáticas analizadas a lo largo de la investigación.

I. PANORAMA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL (ESTADÍSTICAS Y COSTOS)

Ahora bien, es importante destacar que en el apartado, no se pretende analizar el procedimiento arbitral, sólo tenemos como propósito otorgar un panorama al que se enfrentan las partes en conflicto y como primer punto, nos vemos en la necesidad de preguntarnos ¿Cuánto me costará dicho procedimiento? ¿Realmente es eficaz el arbitraje?, para ello es necesario observar y analizar las siguientes estadísticas¹²⁹:

Para determinar el costo, tenemos que tomar en cuenta si será resuelta la controversia por un solo árbitro o un tribunal arbitral (normalmente constituido por tres árbitros). Lo anterior implica que mientras más árbitros utilicemos, generará mayor costo debido a que a cada uno, se le deben cubrir sus honorarios más un porcentaje previamente estipulado en el reglamento de la institución arbitral que preste sus servicios. Así tenemos pues:

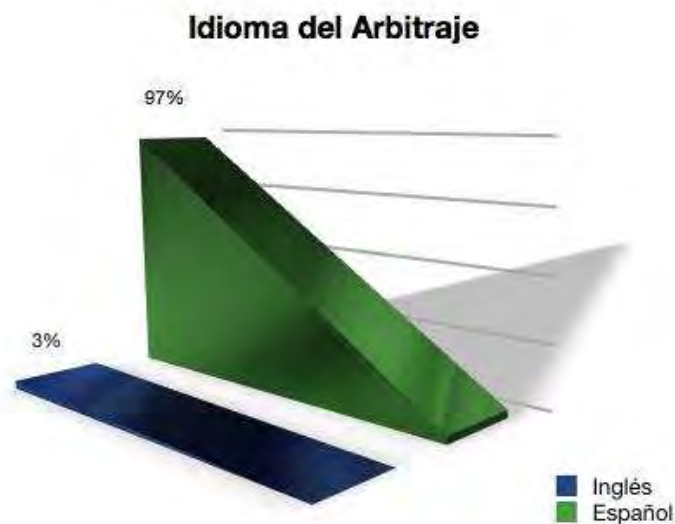
¹²⁹ Estadísticas obtenidas del Centro de Arbitraje de México (CAM ó CAMEX), disponibles en internet: <http://www.camex.com.mx/index.php/arbitraje-cam/estadisticas> (Consultado el 27 de febrero de 2015)



La gráfica anterior, nos demuestra que es más probable que se decida por un tribunal arbitral que por un solo árbitro, sin embargo, ¿quién decide esto? y ¿cómo?, básicamente pueden ser varias circunstancias, la primera de ellas es que, el número de árbitros se puede determinar en la propia cláusula arbitral contenida en el contrato, en caso de no estipularse, opera la máxima que consiste en que las partes en conflicto se pongan de acuerdo y en el caso de que no logren el mismo, la institución arbitral lo decidirá conforme a su reglamento. Así, para completar dicha estadística, tenemos que en el 61% de los casos, el número y designación de árbitros lo deciden las propias partes y el 39% la institución arbitral, tal como se demuestra con la siguiente gráfica:



Una vez teniendo el panorama anterior, la pregunta sería ¿en qué idioma se lleva a cabo el procedimiento arbitral?, cabe mencionar que las estadísticas al ser brindadas por una institución arbitral constituida en base a las leyes mexicanas y con domicilio en México, podemos suponer que la mayoría de sus procedimientos son llevados a cabo en idioma español y no estamos alejados de la realidad, tal como se acredita con la siguiente gráfica:



Pero, ¿Que pasaría en el caso del Derecho Marítimo, donde un 94% del sector naviero es dominado por empresas extranjeras, las cuales pretenden en sus contratos dotar competencia a instituciones arbitrales de Nueva York y Londres?. Considero que la gráfica anterior sería a la inversa, además, en el caso en que una de las partes quisiera que el procedimiento arbitral se lleve a cabo en otro idioma, implicaría un costo adicional.

Para dar un panorama económico general del arbitraje, es necesario incluir a la presente investigación, los costos de dicho procedimiento, para ello incorporo como anexo 2 la tabla del Centro de Arbitraje de México (CAM)¹³⁰, y así mismo, como

¹³⁰ Disponible en su página de internet en: <http://www.camex.com.mx/images/html/arancel-tabla2011.htm>, consultado el 27 de Febrero de 2015.(anexo 2)

anexo 3, la tabla correspondiente al Centro de Mediación y Arbitraje de México de la Cámara Nacional de Comercio (CANACO)¹³¹

Para darnos una idea de cuánto se gastaría en un procedimiento arbitral, vamos a tomar de base la tabla del CAM y fijar una cifra a manera de ejemplo. Imaginemos que el monto de lo que queremos cobrar es de \$700,000.00 (Setecientos mil pesos 00/100 M.N.). Así que nos situaríamos en la segunda fila, por lo tanto:

- Tasa administrativa: \$23,200.00 (Veintitrés mil doscientos pesos 00/100 M.N)

¿Cómo llegamos a esta cifra?

\$20,000.00 (Veinte mil pesos 00/100 M.N) como monto fijo y sumamos el 1.16% del excedente de \$500,000.00. Ese porcentaje lo sacaríamos:

$$\$700,000.00 - \$500,000.00, \text{ Excedente} = \$200,000.00 \times .016 = \$3,200.00 + \$20,000.00 = \\ \underline{\$23,200.00}$$

- Honorarios de un árbitro: \$49,200.00 (Cuarenta y nueve mil doscientos pesos 00/100 M.N)

\$43,200 (Cuarenta y tres mil doscientos pesos 00/100 M.N.) como monto fijo y sumamos el 3% del excedente de \$500,000.00. Quedando de la siguiente manera:

$$\$700,000.00 - \$500,000.00, \text{ Excedente} = \$200,000.00 \times .03 = \$6,000.00 + \$43,200.00 = \\ \underline{\$49,200.00}$$

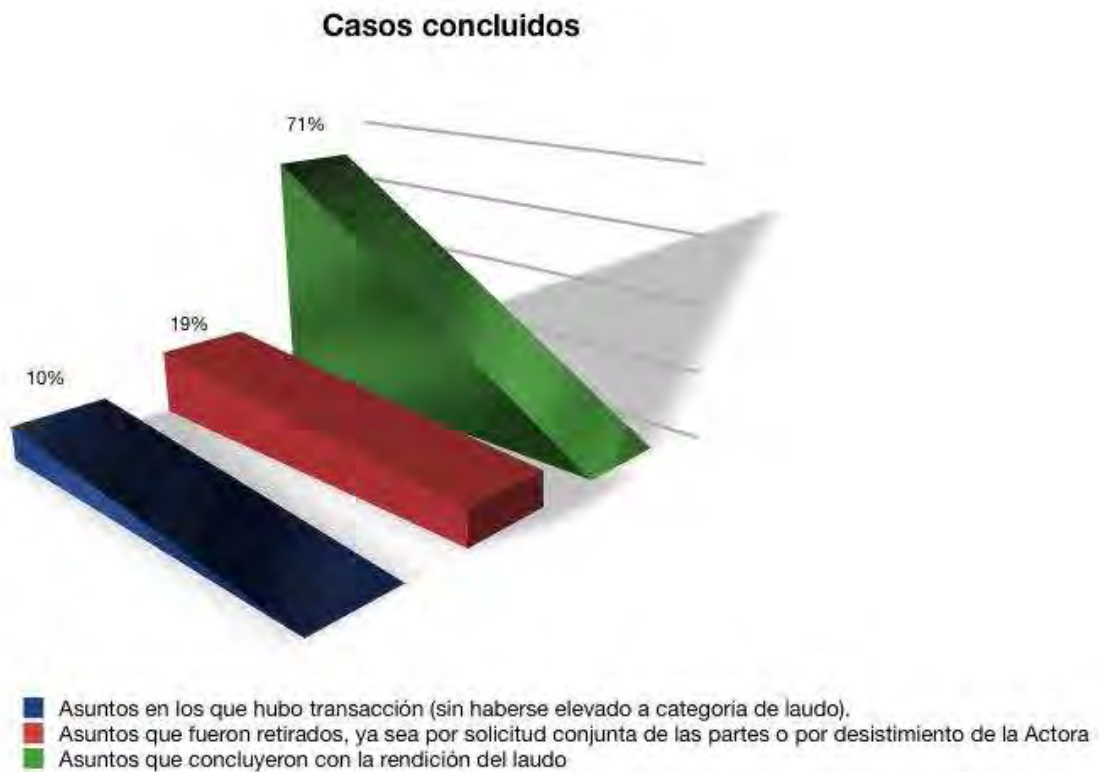
Así tenemos, \$23,200.00 (Cuota administrativa) + \$49,200.00 (Honorarios de un árbitro), nos da un total de \$ 72,400.00 (Setenta y dos mil cuatrocientos pesos 00/100 M.N.). Como último paso, sólo tendríamos que incluir el Impuesto al Valor Agregado (IVA), que nos daría:

$$\$72,400.00 \times .16 = \$11,584.00 + \$72,400.00 = \$83,984.00$$

¹³¹ Disponible en su página de internet en: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=29&con=informacion>, consultado el 27 de Febrero de 2015. (anexo 3)

Total del arbitraje: \$83,984.00 (Ochenta y tres mil novecientos ochenta y cuatro pesos 00/100 M.N.). Dicha cifra representaría gastar un 11.99% del total de lo reclamado, aclarando que sólo sea un árbitro el que resuelva la controversia y sin tomar en cuenta gastos de abogados, copias simples y/o certificadas, etc. ¿Se imaginan ahora un procedimiento arbitral ante una institución extranjera como las de Nueva York o Londres? Sólo imaginen que no se hablaría de pesos, sino dólares o euros.

Siguiendo esta línea, ahora nos toca comentar, cuáles son los panoramas una vez iniciado el procedimiento arbitral, es decir, cómo se concluyen los casos y para ello volveremos a tomar de referencia estadísticas de la CAM:



Lo anterior, implica una alta probabilidad de tener que agotar todo el procedimiento hasta llegar a la resolución denominada laudo y que conlleva realizar todo el gasto vislumbrado anteriormente. A su vez, podemos observar que sólo en un 10% de los casos, las partes llegaron a una transacción, definida por el Código Civil Federal,

como un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.¹³² Por otra parte, tenemos un 19% de los casos concluidos por desistimiento ya sea por la actora o a solicitud de ambas partes, aclarando que las partes para ese momento ya debieron de haber cubierto la cuota administrativa (la cual no es reembolsable). Respecto a los honorarios de los árbitros, estos se pagan al concluir el procedimiento, sin embargo, antes de emitir el laudo, la mayoría de estas instituciones retienen dicha resolución y no lo emiten hasta no haber cubierto los honorarios del árbitro o árbitros.

II. ANTECEDENTES DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

A manera de antecedente, el Código de Comercio de 1889 no contenía disposición alguna sobre este subtema, sólo mencionaba en relación con la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en materia comercial que a falta de disposición en materia procesal en el propio tratado, se aplicaría la ley de procedimientos local respectiva, por lo que tenía que recurrirse a los códigos de procedimientos civiles locales para encontrar la forma de ejecutar un laudo extranjero en materia comercial.

Las Convenciones de Nueva York y Panamá, incorporaron todo un orden jurídico y moderno en torno al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Posteriormente, con las reformas del Código de Comercio en 1989 y en 1993, México obtuvo un marco legal completo en dicha materia.

Tanto la Convención de Nueva York, como la Convención de Panamá, que son parte de nuestro derecho interno, señalan en su artículo V, cuáles son las causas por las cuales el juez puede denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero. La enumeración de las causas y como lo vimos en el capítulo segundo son prácticamente las mismas en ambas convenciones y el artículo 1462 del Código de Comercio en su reforma del año de 1993, no fue la excepción.

¹³² Artículo 2994, Código Civil Federal.

1. *Del reconocimiento, homologación y ejecución del laudo: conceptos diferentes*

En México, para que se pueda ejecutar un laudo, es necesario que se le de reconocimiento por la instancia jurisdiccional. En la doctrina encontramos varias posturas acerca de esta temática, por ejemplo, José Luis Siqueiros lo define como las formalidades exigidas para otorgar fuerza de ejecución al fallo¹³³. Por su parte, Adolfo Miaja de la Muela¹³⁴ considera que el *exéquatur* es la resolución que atribuye fuerza a la sentencia y por último Jorge Alberto Silva Silva¹³⁵ señala que el *exequátor* es el procedimiento de reconocimiento, mientras que la homologación es el resultado, lo cual no concuerdo con ninguno de los autores, ya que manejan dichos conceptos como si se tratasen de sinónimos, es así que, desde mi punto de vista el reconocimiento y el *exéquatur* son términos diferentes. Cabe destacar que en la práctica se lleva a cabo el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo, el cual tiene por objeto en primer instancia, de analizar que la resolución otorgada se haya emitido sin vulnerar los derechos mínimos de las partes en el procedimiento arbitral, lo que daría como resultado la homologación, es decir, dotar al laudo, de las misma fuerza o característica como si se tratase de una sentencia emitida por parte del órgano jurisdiccional, el cual es el único revestido de imperio para hacer valer y ejecutar sus resoluciones; y en segunda y última instancia; una vez reconocido y como efecto ser homologado el laudo, se ordena la ejecución del mismo, es decir, el *exequátor*, que en latín significa ejecútese.

En nuestro país, los tribunales federales son los que tienen la competencia de reconocer y ejecutar un laudo comercial, sin embargo, debido a la competencia concurrente establecida en nuestra Constitución y en el artículo 1422 del Código de Comercio, los tribunales locales pueden conocer de este procedimiento, abriéndose aún más la infinidad de criterios adoptados y aumentando el porcentaje a que surjan

¹³³ Siqueiros Prieto, José Luis, "La Cooperación internacional", Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 19, 1988-1989, p. 17.

¹³⁴ Miaja de Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Atlas, Madrid, 1972, tomo II, p. 467.

¹³⁵ Silva Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2ª ed., Oxford, México, D.F., 2001, p. 230.

más anomalías, por lo que sería idóneo que los tribunales federales sean los únicos competentes para conocer del procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo, propiciando unificación de criterios.

Atendiendo al ámbito federal, el procedimiento de reconocimiento y ejecución se llevará a cabo en la vía incidental, siendo el artículo 1461 del Código de Comercio el que establece que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al Juez, será ejecutado. Así mismo, se contemplan en el artículo 1462 las circunstancias en las que se podrá denegar tal petición y las cuales han sido vistas en el capítulo segundo y procederán siempre y cuando otorgue las garantías suficientes.

2. Procedimiento de reconocimiento y ejecución

Por remisión expresa del artículo 1463 del Código de Comercio, el procedimiento de reconocimiento y ejecución, se sustanciará en la vía incidental, para lo cual se debe tomar de fundamento el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. No entraremos a describir los plazos, sólo describiremos los elementos más importantes, pero podemos observar la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles (que no es algo malo en sí) lo que hace ver que en México no tenemos un tratamiento adecuado a los procedimientos citados y que sería mejor contar con una regulación de un procedimiento ágil que estuviera contemplado en su totalidad por el Código de Comercio y así tener una ley que contemple todas las fases del procedimiento arbitral.

A dicha solicitud, se le deberá acompañar el original del laudo debidamente autenticado¹³⁶ o copia certificada y el original del acuerdo de arbitraje. En caso de que el laudo sea en idioma extranjero, se deberá presentar la traducción realizada por perito oficial¹³⁷.

¹³⁶ Normalmente va acompañado de sellos de la institución arbitral.

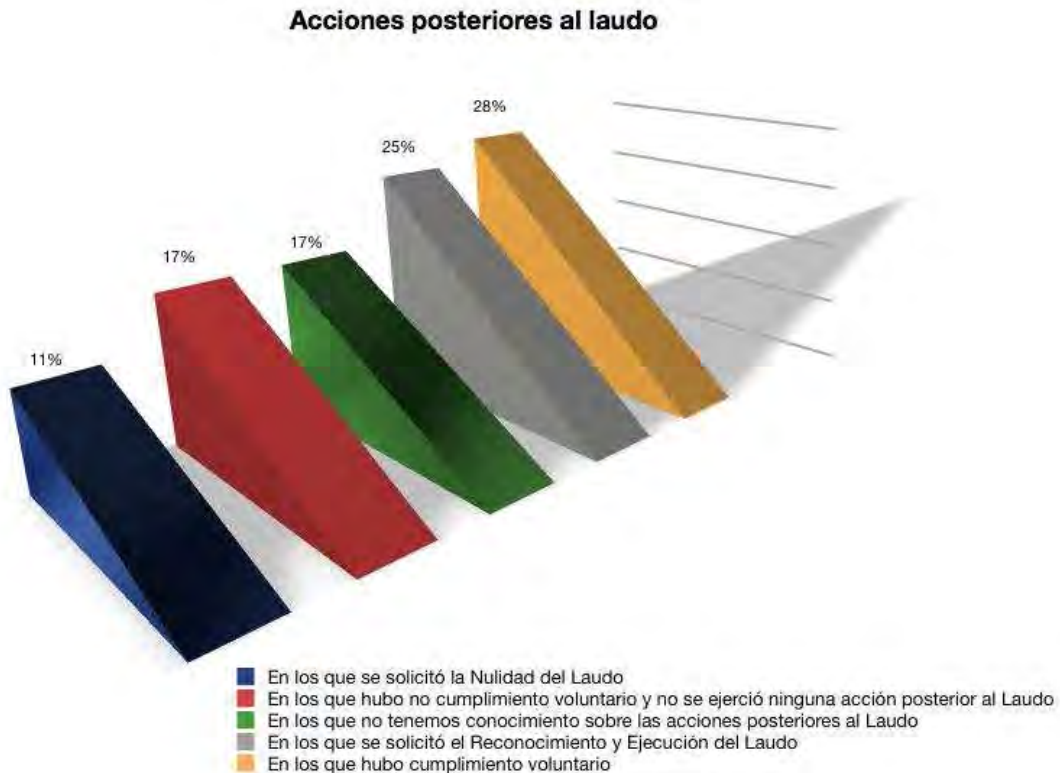
¹³⁷ Artículo 1461, Código de Comercio.

Para la ejecución del laudo, se da vista con esta petición al ejecutado, quien tendrá la carga de demostrar que se ha dado alguna de las causales para negar la ejecución del laudo arbitral, las cuales, son limitativas y de interpretación restringida. Si sucede lo anterior, se entraría a una fase probatoria y por último se verificaría la audiencia final o de alegatos, teniendo el juez, cinco días hábiles para rendir la resolución. En caso de que se inicie el incidente de nulidad del laudo, es decir, se tramite de manera positiva (solicitud) y no negativa (excepción), se sigue el mismo procedimiento, salvo que la parte sólo tiene tres meses para solicitar la nulidad del laudo y tanto el procedimiento de nulidad como el de reconocimiento no admiten recurso alguno.¹³⁸

El Juez para resolver sobre la ejecución o no ejecución del laudo, no debe entrar a juzgar por ningún motivo sobre el fondo de la controversia, sino únicamente deberán revisar de manera estricta si se dan las causas de no ejecución que limitativamente establece el Código, y en caso de que no se den, ordenar la ejecución del mismo sin ulterior recurso, tal como lo sustenta la tesis jurisprudencial: “LAUDO ARBITRAL. SU HOMOLOGACIÓN POR AUTORIDAD JUDICIAL ORDINARIA Y EL ANÁLISIS DE ÉSTA EN AMPARO, NO PERMITE EL ESTUDIO DE SU SENTIDO EN CUANTO AL FONDO”, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO, Amparo en revisión 138/2002. Mecalux, México, S.A. de C.V. 28 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretario: Ángel Rodríguez Rico.”

Regresando un poco, una vez emitido el laudo, en el arbitraje se parte de la premisa máxima de que las partes al haber convenido en resolver la controversia ante un MASC, lo acatarán y cumplirán de manera voluntaria, pero ¿realmente es así?, ¿qué alternativas u opciones tienen las partes una vez emitido el laudo?, estas interrogantes son resueltas a grandes rasgos por la siguiente gráfica obtenida del CAM:

¹³⁸ Artículo 1460, Código de Comercio



Podemos observar en el triángulo amarillo, que sólo en el 28% de los casos, el laudo se cumple voluntariamente, así que su eficacia resulta parcial, ya que logró el cometido de resolver el conflicto, sin embargo, ante la falta de voluntad de acatarlo nos lleva a la necesidad de ejecutarlo ante un tribunal estatal, ya que son los únicos que pueden ejecutarlos de manera coercitiva, y siendo esta facultad otorgada por el Estado.

Ahora bien, si sumamos los porcentajes, hay algo que no cuadra, ya que nos falta un 2%, ¿qué pasa con ese porcentaje?, dejando de lado eso, vamos a darle el beneficio de la duda a la institución y vamos a decir que ese porcentaje corresponde al cumplimiento voluntario, por lo tanto, es un 30%, que sigue siendo a mi parecer muy bajo. Interpretando a *contrario sensu*, la “inversión” que se realiza para llevar a cabo un procedimiento arbitral, corre un riesgo del 70% (o 72% en el peor de los casos) de que se tenga que solicitar a un juzgado estatal la intervención para reconocer y ejecutar el laudo coercitivamente, lo que implicaría sumar otros gastos en abogados y en caso de haberse llevado el procedimiento ante institución arbitral

extranjera y en idioma extranjero, pagar copias certificadas del laudo y así mismo, realizar la traducción del documento por perito oficial.

Siguiendo con esta última estadística, en el 25% de los casos se solicitó el reconocimiento y ejecución del laudo ante un tribunal estatal debido a la falta de cumplimiento voluntario, sin embargo, no nos menciona qué porcentaje de este 25% se le concedió y cuál se le negó, sólo tenemos en el triángulo azul que el 11% solicitó la nulidad del laudo y que de este porcentaje, ningún laudo emitido por la CAM ha sido anulado, lo que refleja que al menos el laudo es emitido con todos los requerimientos que la ley enmarca y en respeto de los derechos y garantías de las partes.

Continuando, el triángulo rojo y verde reflejan una incertidumbre e inseguridad a las partes, ya que como se desprende, nos encontramos con un total desconocimiento sobre lo ocurrido después de emitido el laudo (no se sabe si se cumplió voluntariamente o se solicitó reconocimiento y ejecución) y en el peor de los casos, no se cumplió voluntariamente y tampoco se ejerció el reconocimiento y ejecución del laudo, lo que implica dinero, tiempo, desgaste físico y emocional tirado a la basura.

Ahora bien, hemos apreciado la importancia del juez al reconocer y ejecutar el laudo, el cual debe observar además de lo anterior que dicha resolución no vaya en contra del orden público, de esta manera entramos al estudio de qué se debe entender por “orden público”.

III. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Una de las causales para denegar la ejecución de un laudo arbitral, es el no contravenir el orden público, el cual se encuentra señalado así por la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá. Así mismo, el Código de Comercio establece esta causal para denegar la ejecución de un laudo o inclusive de dictar su nulidad, en los artículos 1457 fracción II y 1462 fracción II. Sin embargo, ¿cuál

es el concepto, alcance y funcionamiento del orden público como causal de nulidad o no ejecución de laudos en México?

El orden público local es más amplio que el orden público internacional.¹³⁹ Sin embargo, existe entre los académicos el consenso de que sea cual fuere la especie de orden público, el concepto debe interpretarse restrictivamente y no comprende las disposiciones imperativas del Estado en donde se solicita la ejecución.

En México, la jurisprudencia sobre el concepto de orden público, como causal para denegar la ejecución de un laudo o declarar su nulidad ha sido escasa, tal como lo señala José Luis Siqueiros¹⁴⁰, en algunos casos, el Poder Judicial de la Federación se ha pronunciado en torno al tema, desde una óptica inexacta, analizando el tema a la luz de alguna las cinco causales para denegar la ejecución previstas en la fracción I del artículo 1462 del Código de Comercio, y no para interpretar propiamente la causal prevista en el artículo 1462, fracción II del Código de Comercio.

Fernanda Garza¹⁴¹, nos señala ejemplos de dichos pronunciamientos:

Aunque los Jueces del orden común carecen de facultades para revisar la legalidad del laudo arbitral, en cuanto al fondo, lo que es propio en el supuesto de que tal recurso no haya sido renunciado por las partes, si pueden, en cambio, rehusar la ejecución del laudo, cuando adviertan que el árbitro se ha apartado ostensiblemente de los requisitos procesales estipulados en el respectivo compromiso o cláusula compromisoria, con

¹³⁹ González de Cossío Guadalajara, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2004, p. 429.

¹⁴⁰ Siqueiros Prieto, José Luis, "El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales", PAUTA, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, No. 40, Mayo, 2003, p. 17

¹⁴¹ Garza Magdalena, Fernanda, "El Arbitraje en México", disponible en la página de internet del Instituto Tecnológico de México: <http://cdei.itam.mx/GarzaArbitraje.pdf>, pp. 39-40 (consultado el 14 de marzo de 2015).

*evidente violación a las normas esenciales de todo juicio, que son de orden público.*¹⁴²

Así mismo, nos encontramos con el siguiente criterio:

*El Juez ante quien se pide la ejecución de un laudo dictado por un árbitro, para decretar el requerimiento de pago, únicamente debe y puede constatar la existencia del laudo, como una resolución que ha establecido una conducta concreta, inimpugnable e inmutable y que, por ende, debe provenir de un procedimiento en el que se han respetado las formalidades esenciales del procedimiento, y que no sea contrario a una materia de orden público.*¹⁴³

Como podemos observar, en los criterios anteriores no se hace un análisis sobre qué es exactamente el orden público, sólo nos mencionan a grandes rasgos que el juez puede denegar la ejecución del laudo si no se cumplen los requisitos mínimos procesales, los cuales se consideran de orden público, pero Francisco González de Cossío, hace referencia a dos sentencias mexicanas que constituyen la primera aproximación judicial propiamente sobre el tema. Lastimosamente, debido a la confidencialidad por la que se rigen las instituciones arbitrales, el autor no nos da más datos sobre ellas, pero se destaca la conceptualización y alcance del orden público de la siguiente manera:

¹⁴² Tesis: “LAUDO, LOS JUECES PUEDEN REHUSAR LA EJECUCIÓN DEL, CUANDO ADVIERTAN QUE EL ARBITRO NO CUMPLIÓ LAS FORMALIDADES PROCESALES PACTADAS POR LOS INTERESADOS, PUES TAL CUESTIÓN ES DE ORDEN PÚBLICO.”, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo en revisión 286/77. Etlá, S.A. 23 de septiembre de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos.” (énfasis agregado)

¹⁴³ Tesis: “ARBITRO. SUS RESOLUCIONES SON ACTOS DE AUTORIDAD, Y SU EJECUCIÓN LE CORRESPONDE AL JUEZ DESIGNADO POR LAS PARTES.”, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 1303/2001.- Constructra Aboumrand Amodio Berho, S.A. de C.V. 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretaria: Lina Sharai González Juárez.” (énfasis agregado)

El orden público determina un estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad; esta idea está asociada con la noción de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno.

En sentido técnico se refiere al conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas e instituciones que no pueden ser alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la autonomía de la voluntad) ni por la aplicación del derecho extranjero. De lo anterior se sigue que las leyes de orden público no se refieren necesariamente al derecho público como opuesto al derecho privado. Existen leyes de orden público que regulan instituciones de derecho privado las cuales son instituciones sociales fundamentales como el parentesco y el matrimonio.

El orden público funciona como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos o se impide que ciertos actos jurídicos válidos tengan efecto dentro de un orden jurídico específico, es decir, el orden público es un mecanismo a través del cual el Estado impide que ciertos actos particulares afecten intereses fundamentales de la sociedad ¹⁴⁴

Dicho autor opina además, que estos criterios van acorde con razonamientos lógico jurídicos de tribunales más avanzados, tal como La Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos, ya que ha definido el “orden público” como las nociones más básicas de la moralidad y de justicia de un sistema jurídico.¹⁴⁵ La sentencia anterior, significa un avance importante en la evolución y construcción del tema por parte del Poder Judicial Mexicano, sin embargo, la construcción del tema es aún incipiente, pero podemos desprender varios elementos del orden público, que son:

- Principios, normas e instituciones encaminadas a una coexistencia pacífica y por ende una sociedad más justa.

¹⁴⁴ González de Cossío Guadalajara, Francisco, “Hacia una definición mexicana de orden público”, Reporte en línea del CAM, No. 36, p. 2, disponible en <http://www.camex.com.mx/reporteonlinea.html>. (Consultado el 26 de marzo de 2009).

¹⁴⁵ Sus palabras exactas fueron “*the most basic notions of morality and justice*”.

- Orden público por encima de la voluntad de las partes y del derecho extranjero (aunque aquí apreciamos una problemática, ya que el orden público se verá determinado por el derecho interno de cada Estado)
- Orden público sujeto a la moralidad (esa moralidad, será determinada a su vez por la sociedad en un lugar y tiempo determinado).
- Orden público al tener un origen eminentemente interno, debido a la moral de su sociedad y del alcance tan ambiguo de justicia, debe respetar en todo momento los compromisos u obligaciones que contraiga a nivel internacional.

Estos elementos son los que considero se deben tomar en cuenta al resolver cuestiones relacionadas con el arbitraje y el orden público. Por último, me resta hacer una crítica a las Recomendaciones elaboradas por el Comité de Arbitraje Comercial Internacional, tendientes a establecer Bases Generales, Principios Fundamentales, Reglas Generales sobre el Concepto de Orden Público y de Obligaciones Internacionales de la “*International Law Association*”, mejor conocidas como “las Recomendaciones de la ILA.”¹⁴⁶

Uno de los puntos que nos recomienda es el de no confundir el “orden público” con la violación a una norma imperativa, especificando que la violación de un laudo a una norma imperativa, no deberá ser un obstáculo para el reconocimiento y la ejecución del laudo. Ahora bien, por “norma imperativa” debe entenderse una regla de carácter prohibitivo o mandatorio que no puede ignorarse en el acuerdo de las partes. ¿Qué implica lo anterior? Que aunque exista un laudo en contra de normas sustantivas y/o adjetivas, no debe considerarse un obstáculo para otorgar el reconocimiento y ejecución de un laudo, sino que se debe hacer un análisis de los sistemas normativos internos y externos y en ambos casos ponderar qué pesa más, si el orden público del Estado “A” o el del Estado “B”, todo con el fin de no evadir obligaciones internacionales. Lo anterior, sólo si lo vemos de la manera más positiva, pero a la vez podemos entender que es otro elemento para “homogenizar” el derecho, pero como ya se dijo anteriormente, se trata de una forma de imponer

¹⁴⁶ Adoptadas en la Septuagésima Conferencia de la “*International Law Association*”, en la Ciudad de Nueva Delhi, India del 2 al 6 de abril de 2002.

el derecho por parte de los Estados más desarrollados a los Estados considerados en la actualidad “potencias emergentes”. Cabe aclarar que estas recomendaciones no son vinculantes para los Estados, pero si han tenido un impacto en la práctica de los tribunales estatales.

IV. AMPARO: AUTORIDAD RESPONSABLE

Uno de los temas más controversiales en los últimos dos años en cuestión de arbitraje, es el amparo, ¿por qué digo lo anterior?, por el simple hecho de que el 03 de abril de 2013, entró en vigor una nueva Ley de Amparo que en el segundo párrafo de la fracción III del artículo 1º y la fracción II del artículo 5º, establece la hipótesis de que actos de particulares se consideren actos reclamados y los particulares que los emiten se consideren autoridades responsables, lo que genera incertidumbre jurídica, la cual se analizará a continuación.

Esta nueva ley de amparo, introduce una nueva definición de autoridad, la cual menciona que la autoridad responsable es la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea modifica, o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. Es así que, si lo anterior lo trasladamos al árbitro, éste dicta un acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas pero no de forma unilateral ni mucho menos obligatoria, ya que el acto que emite (laudo), parte de la premisa de que será cumplido por las partes de manera voluntaria aunque este laudo sí puede ser dotado de fuerza para cumplirse voluntariamente, sin embargo, por sí mismo, no es vinculante o constitutivo para las partes. Ahora bien, la nueva ley de amparo al mencionar lo referente a la creación, modificación, o extinción de situaciones jurídicas de forma “unilateral”, ¿qué debemos entender por esto? en la teoría de las obligaciones, existen contratos unilaterales en los cuales una de las partes se obliga hacia la otra sin que esta quede obligada, así mismo, la manifestación de declaración unilateral de la voluntad, como fuente de las obligaciones, consiste en que una persona por su decisión y propia voluntad y sin necesidad de cumplir con una obligación previamente adquirida realiza una oferta a otra persona o al público, pero nada tiene que ver en que el árbitro de forma

unilateral emite un laudo, ya que si analizamos la cuestión, el arbitraje surgió (legalmente) del consentimiento de las partes, la designación del árbitro directa o indirectamente se desprende de la voluntad de las partes, la resolución del árbitro la emite en virtud de la facultad de competencia que le otorgaron las partes e incluso el laudo pudo haberse emitido por un tribunal colegiado donde la resolución se gestó de manera mayoritaria, lo que nos llevaría a concluir que el laudo no es un acto unilateral.

Continuando con el análisis, se introduce un lenguaje novedoso y ambiguo, ya que el concepto “situaciones jurídicas” carece de significado en nuestro sistema jurídico, lo que genera que se desarrollen interpretaciones inciertas y por ende, incertidumbre jurídica a las partes en conflicto, por lo que a nuestro parecer, dicho concepto se refiere a la “creación, modificación o extinción de derechos, obligaciones y deberes”.

Respecto a los particulares, dicha ley establece que tendrán la calidad de autoridad responsable, cuando la persona o ente que realice actos equivalentes a los de autoridad, afecten derechos y cuyas funciones estén determinadas por una norma general, es así que, el laudo, podemos decir que se equipara a una sentencia declarativa o de condena, sin embargo, el árbitro e institución que la emite no tiene la facultad de imperio para dotarla de fuerza y hacerla vinculante, por lo que un laudo no se puede considerar equivalente a una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional, es más, ni siquiera en nuestro sistema jurídico tenemos un concepto que se refiera a los actos equivalentes. Por último, para crear mayor incertidumbre, considero que las funciones del árbitro, sí se derivan de una norma general, ya que la competencia es otorgada por las partes gracias a lo permitido por el Código de Comercio, ya que por medio de una cláusula arbitral o acuerdo compromisorio, definen sus límites y alcances de la controversia e incluso se le otorga al árbitro en dicho código, la facultad exclusiva de decidir sobre su propia competencia. Pero la “situación jurídica” que crea el laudo, no se puede considerar un “acto equivalente”, por no tener la característica de ser unilateral y obligatorio o vinculante.

V. LAUDO ARBITRAL: MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

El laudo arbitral sólo puede ser atacado interponiendo el juicio de nulidad¹⁴⁷ y de forma alternativa, por considerarlo nulo en las excepciones y defensas del juicio de reconocimiento y ejecución del laudo¹⁴⁸, y la nulidad o denegación del laudo se otorgará siempre y cuando se acredite la violación a los principios fundamentales del arbitraje, que son:

- Independencia e imparcialidad de los árbitros. (Art. 1428)
- Trato igual y plena oportunidad de las partes para hacer valer sus derechos.(Art. 1434)
- Obligación de conducir el arbitraje conforme al acuerdo de las partes (Art. 1435)
- La obligación de decidir conforme las estipulaciones del convenio y los usos comerciales (Art. 1445, párrafo cuarto)

Así mismo, se denegará el reconocimiento y ejecución si se comprueba alguna de las causales de nulidad, que son:

- Falta de capacidad de las partes.
- Ausencia de notificación de árbitro o de actuaciones arbitrales.
- Falta de audiencia.
- Exceso en la resolución.
- Violación al acuerdo de arbitraje y al procedimiento convenido o legal.
- Materia no susceptible de arbitraje.
- Contravención al orden público.

VI. EL AMPARO CONTRA LA SENTENCIA DERIVADA DEL INCIDENTE DE NULIDAD O DE EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN MÉXICO

Una vez llevado a cabo el incidente de nulidad o el de ejecución del laudo, procede el amparo contra la resolución derivada de dichos procedimientos, sin

¹⁴⁷ Art. 1457 y 1470 fracción IV, Código de Comercio.

¹⁴⁸ Art. 1462 y 1470 fracción V, Código de Comercio.

embargo, cabe destacar que no es un amparo contra el laudo en sí, sino, contra la resolución que lo consideró nulo o la resolución que otorgó el reconocimiento y ejecución.

En la práctica del arbitraje, desde sus inicios hasta nuestros días, el amparo indirecto ha sido el procedente en contra de la resolución emitida en el juicio de nulidad o el de reconocimiento y ejecución del laudo ¿Por qué? porque anteriormente nuestro Código de Comercio en su artículo 1460 nos remitía de manera expresa al artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual a grandes rasgos establece que la nulidad del laudo y el reconocimiento de ejecución del mismo se resolvería de forma incidental. Por lo tanto, la resolución de dicho incidente, al ser considerado un acto de autoridad fuera de juicio, determina que el amparo procedente es el indirecto y todo esto debido a que la equipara a una sentencia interlocutoria y es la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que lo ha resuelto así por medio de la siguiente jurisprudencia:

La resolución que declara la nulidad del laudo arbitral no constituye una sentencia definitiva para los efectos de la procedencia del amparo directo ya que no ha sido homologada, sino que en todo caso, se trata de la última resolución dictada en un procedimiento incidental ventilado ante una autoridad jurisdiccional, lo cual se equipara a las hipótesis previstas en la fracción III del artículo 114 de la Ley de Amparo. En esas condiciones, si el laudo arbitral constituye la culminación de un procedimiento seguido en forma de juicio, la resolución dictada en el incidente de nulidad relativo debe considerarse como un acto ejecutado fuera de juicio y, por tanto, la resolución recaída a dicho incidente, por equiparación, constituye la última resolución dictada en el procedimiento arbitral que culminó con una etapa jurisdiccional en la que se pretende la homologación o la nulidad del laudo. Por todo lo anterior, se actualiza el supuesto de procedencia del amparo indirecto previsto en el mencionado artículo 114, fracción III.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Jurisprudencia: “LAUDO ARBITRAL. CONTRA LA INTERLOCUTORIA QUE DECLARA SU NULIDAD PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO.” Contradicción de tesis 78/2007-PS.

Obviamente al emitirse esta jurisprudencia, toma de fundamento la anterior ley de amparo, pero sigue teniendo vigencia el razonamiento lógico jurídico, cuestión que presumiblemente va a cambiar, ya que actualmente se ha derogado el artículo 1460 del Código de Comercio, el cual como se dijo anteriormente remitía al Código Federal de Procedimientos Civiles y establecía que la nulidad, así como el reconocimiento y ejecución del laudo se tramitarían por la vía incidental, lo que refleja una vez más una incertidumbre jurídica a las partes.

Para agravar aún más dicha incertidumbre, se ha presentado la postura doctrinal que considera al amparo directo como el procedente en contra de la resolución del procedimiento de nulidad y el de reconocimiento y ejecución del laudo, y digo a partir de este momento “procedimiento” porque ya no sabemos con certeza si debemos nombrarlo incidente, ¿En qué consiste esta postura? Básicamente considera que al artículo 1460 del Código de Comercio utilizó un lenguaje poco adecuado y desafortunado, que llevó a una interpretación incorrecta, ya que consideran que el legislador única y exclusivamente quiso dotar a los procedimientos (de nulidad y ejecución del laudo) de celeridad con el objeto de beneficiar a las partes en tiempos y costos, pero realmente se tratan de verdaderos juicios independientes y la resolución que recae a estos consisten en sentencias definitivas, y por lo tanto, impugnables vía amparo directo, tal como lo sustenta la siguiente tesis aislada:

El artículo 1460 del Código de Comercio remite al incidente previsto en el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles para el trámite de la acción de nulidad de laudo arbitral, pero eso no significa que sustancialmente sea un incidente, toda vez que atendiendo a su objetivo primordial que es resolver respecto de la procedencia o improcedencia de la nulidad del laudo arbitral, es posible concluir que el procedimiento en cuestión, tanto material como formalmente, tienen la naturaleza de un juicio, entendido éste como el procedimiento que tiene por materia una

Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, Tribunales Colegiados Segundo y Sexto, ambos en Materia Civil del Primer Circuito y Tribunales Colegiados Tercero y Décimo Tercero, ambos en Materia Civil del Primer Circuito. 19 de septiembre de 2007.

acción principal, con la pretensión de obtener la satisfacción del interés legalmente tutelado a través de una decisión judicial... la resolución que lo decide en cuanto al fondo, constituye una sentencia definitiva, respecto de la cual si no procede recurso alguno en términos de lo dispuesto en la parte final del artículo 1460 del Código de Comercio, es impugnabile mediante amparo directo.¹⁵⁰

En el mismo sentido, se pronunció el Séptimo Tribunal Colegiado de Circuito al emitir la siguiente tesis aislada:

Si bien el artículo 1460 del Código de Comercio establece que la nulidad planteada se sustanciará incidentalmente, también lo es, que de su correcta intelección se advierte que no se trata de un incidente, en virtud de que sólo se refiere a la forma en cómo deberá substanciarse como proceso.... En cambio, el procedimiento de nulidad constituye la secuela principal, porque persigue decidir de manera sustantiva la nulidad reclamada, lo que material y jurídicamente significa un juicio con sustantividad propia, es decir, no depende de otro procedimiento principal, ni resuelve controversias de carácter adjetivo, además, de que cuenta con las etapas que integran un juicio... por tanto, la resolución que la decide de fondo, o le pone fin, es impugnabile en amparo directo.¹⁵¹

¹⁵⁰ Tesis "NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. SU TRÁMITE ES INCIDENTAL PERO LA RESOLUCIÓN QUE DECIDE EL FONDO CONSTITUYE UNA SENTENCIA DEFINITIVA QUE NO ADMITE RECURSO ALGUNO POR LO QUE PROCEDE EN SU CONTRA AMPARO DIRECTO", Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo en revisión 116/2006. Fletes Avella, S.A. de C.V. 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Everardo Maya Arias, Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tomo XXIV (Julio de 2006). Quejosa: Fletes Avella, S.A. de C.V. 116/2006. Amparo en revisión

¹⁵¹ Tesis: "LAUDO ARBITRAL. INCIDENTE DE NULIDAD DEL. SU TRÁMITE CONSTITUYE UN JUICIO PRINCIPAL, POR LO QUE LA RESOLUCIÓN QUE LA RESUELVE DE FONDO, LE PONE FIN Y ES IMPUGNABLE EN AMPARO DIRECTO", Tesis aprobada en sesión plenaria de fecha 15 de enero de 2007 del Séptimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito, con número de clave TC017084.9C11, en el amparo directo 811/2006, promovido por la quejosa Maquinaria IGSA, S.A. de C.V.

Podemos establecer que en cuanto a técnica jurídica y método, se ha llevado a cabo en la práctica jurisdiccional el amparo indirecto sólo porque la ley le ha dado al procedimiento de nulidad y de reconocimiento de ejecución del laudo, la forma o vía incidental, sin embargo, en cuanto a la lógica jurídica podemos concluir que dichos procedimientos entrañan un juicio independiente y que constituyen verdaderas sentencias con carácter definitivo, siendo el amparo directo en nuestra humilde opinión el medio de defensa idóneo, debido a que es más expedito, cumpliendo así con la celeridad que han prometido los MASC. Los diversos criterios de nuestros máximos tribunales provocan incertidumbre jurídica a las partes y por si fuera poco derogan disposiciones que las regulaban (art. 1460 del CC), acarreado que tengamos lagunas no sólo legislativas, sino antinomias jurisdiccionales.

Aunado a esto, es por demás lamentable la ignorancia de estudiosos del derecho, instituciones arbitrales y jurisdiccionales, que mencionan que del artículo 1463 del Código de Comercio se interpreta y se desprende que la nulidad y reconocimiento y ejecución del laudo, se debe llevar a cabo en la vía incidental, ya que el artículo en comento no menciona nada al respecto de manera literal y mucho menos deja algo a la interpretación.¹⁵² En todo caso, es el artículo 1460, pero que ya ha sido derogado.

¹⁵² Consultar las páginas de Internet de la Cámara Nacional de Comercio, Centro de Arbitraje de México y Sociedad Civil, González de Cossío Abogados, disponibles en: <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=59&con=informacion> (Consultada el 04 de Febrero de 2015).

<http://www.camex.com.mx/index.php/publicaciones/criterios-jurisprudenciales-relevantes/312-incidente-de-reconocimiento-y-ejecucion-de-laudo-arbitral-no-son-recurribles-las-resoluciones-intermedias-dictadas-en-el-interpretacion-del-articulo-1463-del-codigo-de-comercio>, (Consultada el 04 de Febrero de 2015).

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Arbitraje%20en%20Mexico%20CCI%202007%20Reunion%20Rio%20Grupo%20Latinoamericano.pdf>, último párrafo, página 9, (Consultada el 04 de Febrero de 2015).

CONCLUSIONES SOBRE LAS PROBLEMÁTICAS PLANTEADAS

Como hemos visto a lo largo de la investigación, nos encontramos con varias problemáticas en el ámbito del derecho marítimo, *la primera de ellas*; el dominio del sector comercial por parte de empresas extranjeras, las cuales imponen las condiciones de contratación entre ellos y los sujetos importadores y exportadores, *la segunda*; la creación de principios en el arbitraje que consideramos van en contra de principios generales del derecho, como lo es el “principio de autonomía de la cláusula arbitral” que consiste en que dicha cláusula es independiente del contrato y en caso de comprobar la nulidad del mismo, no implica la nulidad de la cláusula arbitral, yendo en contra de la máxima “Lo accesorio sigue la suerte de lo principal”, *la tercera*; tanto nuestro Código de Comercio, la Ley Modelo y la Convención de Nueva York, establecen que una cláusula puede ser atacada si se comprueba que es nula, ineficaz o de ejecución imposible, sin embargo, no encontramos criterios legislativos o jurisprudenciales respecto a esa supuesta ineficacia, y así mismo, tanto la Ley modelo como nuestro Código de Comercio establecen que el consentimiento debe contener un objeto lícito y no contravenga al orden público y ¿Cómo debe darse ese consentimiento? Por intercambio de comunicaciones, escritos o referencia y es aquí donde se legitima la denominada “simple referencia”, la cual fue un tema visto en el caso práctico del capítulo tercero, y que esa simple referencia, fue realizada con dolo ya que es un artificio empleado por empresas navieras para inducir al error a uno de los contratantes e incluso lo realizan de mala fe, disimulando un error en el cual se verán beneficiados, es así que se debe poner atención y hacer un análisis lógico-jurídico de las prácticas comerciales y contractuales de las empresas navieras. Por lo que respecta a la nulidad relativa, sus elementos pueden ser subsanados por las partes y básicamente se refieren al: número de árbitros, cómo se constituirá el tribunal arbitral o en su caso quién será el árbitro único, institución que administrará el arbitraje (en caso de que sea institucional), sede del arbitraje, idioma, el derecho aplicable a la controversia. Cabe destacar que todo lo relativo a la nulidad, será llevado a cabo conforme al derecho sustantivo que convinieron las partes.

Siguiendo con la tercer problemática, a nivel nacional e internacional no se han establecido criterios jurisprudenciales en relación a qué se debe entender por cláusula ineficaz, solo se establece que comprende aquellos casos en los cuales el compromiso arbitral habiendo nacido válido, ha dejado de tener efecto, pero no tenemos mayor conocimiento ni desarrollo de este término, es por eso que considero que la nulidad produce o tiene como efecto la ineficacia de una cláusula. es decir, una vez acreditada la nulidad de la cláusula arbitral, traerá aparejada la ineficacia de la misma. Continuando con la temática, ¿Qué debemos entender por cláusula de ejecución imposible? En la doctrina se tiene bien definido y consiste en que si bien la cláusula es válida y obligatoria, existe un elemento fáctico que impide que se lleve a cabo y esos elementos son: Que el nombre de la institución encargada de llevar a cabo el arbitraje se incorreco, no exista o haya dejado de existir, que se desprenda de la cláusula que el arbitraje es opcional, que se impongan fechas límites imposibles de cumplir, que se designe a un árbitro en específico y se vea imposibilitado a dirimir la controversia y que se mencionen leyes adjetivas y sustantivas inexistentes.

La cuarta problemática; radica en la contradicción de criterios, por una parte tenemos a nuestro Código de Comercio que de manera expresa y atendiendo a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional reconocen el principio *competence/competence*, el cual faculta al árbitro a ser la persona exclusiva de decidir sobre su propia competencia, sin embargo, de manera antagónica contamos con criterios jurisprudenciales que si bien es cierto reconocen este principio, han establecido un control judicial previo¹⁵³.

¹⁵³ Jurisprudencia: “ARBITRAJE COMERCIAL. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL ACUERDO DE ARBITRAJE PREVISTA EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1424 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, CORRESPONDE AL JUEZ Y NO AL TRIBUNAL ARBITRAL.” Época: Novena Época, Registro: 174303, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 25/2006, Página: 5.

Quinta problemática; la falta de equidad e igualdad en los procedimientos arbitrales ante instituciones extranjeras, ya que si las partes en conflicto hablan idiomas diferentes, tendrán que pagar una cuota adicional para llevarlo a cabo en el idioma requerido, no existe una libertad en escoger al árbitro o árbitros, ya que las instituciones operan con listas cerradas, siendo gente especializada de nacionalidad estadounidense, inglesa, holandesa, es decir, países con una gran tradición marítima. Nos encontraremos con nuevos estándares de justicia, ya que el laudo no será emitido hasta que se cubran los honorarios de los árbitros y no conformes con lo anterior, el arbitraje sólo tiene una eficacia del 30% respecto al laudo y cumplimiento voluntario, por lo que en el porcentaje restante, se requerirá una acción posterior (intervención de autoridad jurisdiccional) para ejecutar el mismo, lo que implica mayor costo y tiempo invertido.

Sexta problemática; Los Medios Alternativos de Solución de Controversias son eficaces sólo en países con un sistema anglosajón, basado en precedentes y con una tradición comercial marítima, que ha traído consigo el desarrollo de su derecho marítimo en cuanto a leyes y en cuanto a criterios lógico-jurídicos, es decir, tienen un sector público estable y desarrollado a la altura de un sector privado que lo complementa perfectamente. En cambio, en México, no contamos con una tradición comercial marítima, no hemos desarrollado un sistema jurídico idóneo, tenemos ausencia de criterios lógico-jurídicos, jurisprudenciales y doctrinales en relación a nuestro derecho marítimo, por lo que el sector privado nos ha arrastrado y ha impuesto sus prácticas, derivando como consecuencia, un derecho interno que no se encuentra a la altura del sector privado.

Séptima problemática; sobre la eficacia e ineficacia del sistema normativo referente al arbitraje comercial internacional, Hans Kelsen nos menciona la diferencia entre validez y eficacia, y nos hace ver que la primera significa que la ley debe ser obedecida y aplicada, en cambio la eficacia quiere decir, que la ley es en verdad obedecida y aplicada¹⁵⁴, es decir, la vigencia pertenece al mundo del deber ser y la

¹⁵⁴ Kelsen, Hans, "Validez y eficacia del Derecho", p. 50, disponible en internet en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1956/10.pdf> (consultado el 27 de marzo de 2015)

eficacia al ser, es así que, una norma puede ser válida antes de que se convierta en efectiva, pero si la norma una vez creada de conformidad con la Constitución no se percibe en el mundo del ser, está deja de ser válida debido a que no es efectiva, por lo que la efectividad es una condición para la validez.

Para darle profundidad a lo anterior, el doctor José Alfonso Da Silva¹⁵⁵ citando a su vez a Olano e Vilanova Aftalión, nos menciona que la eficacia se toma en dos sentidos, en el social, el cual designa una efectiva conducta acorde con la prevista por la norma; lo que refiere o implica el hecho de que la norma es realmente obedecida y aplicada y lo que técnicamente se llama efectividad de la norma y que tratándose de normas jurídicas, la eficacia consiste en la capacidad de alcanzar los sujetos en ella traducidos, es así, que el alcance de los objetivos de la norma constituye la efectividad. Concluyendo:

Por lo tanto, tratándose de normas jurídicas, se habla de eficacia social con relación a la efectividad, porque el producto final objetivado por la norma se consustancia en el control social que ella pretende, en cuanto a la eficacia jurídica es sólo la posibilidad de que eso acontezca.¹⁵⁶

Es así que estos dos sentidos, es decir, eficacia social y eficacia jurídica, son diversos, ya que una norma puede tener eficacia jurídica sin ser socialmente eficaz, es decir, puede generar ciertos efectos jurídicos, que en el caso de la cláusula arbitral, se puede tener una eficacia jurídica al evitar someterse a una jurisdicción estatal y que sea un tribunal arbitral el que resuelva la controversia, pero del otro lado de la moneda, nos encontramos con una ineficacia social, ya que al emitirse el laudo y en caso de que no se cumpla voluntariamente, se tendrá que acudir a tribunales estatales, que tienen la facultad de imperio de dotar al laudo de fuerza para que se cumpla, subsanando esa ineficacia social, sin embargo, se tendría (o

¹⁵⁵ Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las Normas Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 149. p. 51.

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

se tiene) como consecuencia un vacío jurisprudencial y legislativo sobre Derecho Marítimo, ya que actuarían dichos tribunales como meros complementadores.

Continuando, Da Silva, en el libro ya referido, hace un extenso análisis sobre la eficacia de las normas constitucionales, y nosotros tomamos sus ideas trasladándolo al tema que nos ocupa, es así, que este autor nos clasifica a las normas de la siguiente forma:¹⁵⁷

- a) Normas de eficacia plena;
- b) Normas de eficacia contenida; y
- c) Normas de eficacia limitada o reducida.

En la primera categoría se incluyen todas las normas que, desde la entrada en vigor de la Constitución, producen todos sus efectos esenciales (o tienen la posibilidad de producirlos), tal es el caso del artículo 17 constitucional en su párrafo cuarto el cual prevé la creación de leyes sobre mecanismos alternativos de solución de conflictos, e incluso a nivel internacional podríamos considerar a los tratados como la Convención de Nueva York de 1958 y Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975. El segundo grupo, también se constituye de normas que inciden inmediatamente, y producen (o pueden producir) todos los efectos requeridos, pero prevén medios o conceptos que permiten mantener su eficacia contenida en ciertos límites, y tienen una dependencia con el primer grupo de normas, como por ejemplo, el título cuarto de nuestro Código de Comercio, el cual regula todas las cuestiones de arbitraje comercial tanto nacional como internacional, así como la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, donde se faculta a las partes en conflicto a resolver su controversia por la vía jurisdiccional o la vía alternativa (arbitraje). Al contrario, las normas del tercer grupo, son todas las que no producen, con la simple entrada en vigor, todos sus efectos esenciales, en este caso particular podríamos considerar a la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL, ya que si bien establece criterios, directrices, lineamientos y principios básicos para el arbitraje, es una normatividad que debe

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 67.

ser mejorada, adaptada y supervisada por el poder legislativo correspondiente a cada Estado, todo con el fin de evitar una colisión con nuestro derecho interno. Por lo tanto, las normas de eficacia plena son de aplicabilidad directa, inmediata e integral, las normas de eficacia limitada son de aplicabilidad indirecta, mediata y reducida, porque sólo sirven como una guía, y las normas de eficacia contenida son de aplicabilidad directa, inmediata, pero no integral, porque están sujetas a restricciones previstas o dependientes de criterios internos que limiten su eficacia y aplicabilidad, es decir, dependen de las normas de eficacia plena. De lo anterior podemos concluir que existen esfuerzos por crear un Derecho uniforme que beneficie a la mayoría de la población, sin embargo, lamentablemente el Derecho que se pretende homogenizar, es un sistema netamente anglosajón, basado en precedentes y con una tradición comercial marítima, por lo que los sujetos que operan en ese ámbito (empresas navieras), son las que imponen las condiciones de contratación y las que establecen y legitiman sus prácticas gracias a organismos internacionales quienes a su vez son respaldados por los Estados soberanos. De esta manera, se ha intentado que el sector público y privado operen, regulen y actúen de manera conjunta en la creación de leyes adjetivas y sustantivas, e incluso resolviendo controversias, creando un sistema híbrido que pretende combinar lo mejor de cada uno de ellos, por una parte la especialización del sector privado, y por la otra parte la coercitividad y legitimidad del sector público, pero que por desgracia, no es efectivo debido a que estos dos sectores han estado divididos a lo largo de la historia y por si fuera poco, nuestro país no está a la altura en el desarrollo del Derecho Marítimo, ya que contamos con un comercio y leyes incipientes, tribunales no especializados y por ende ausencia de criterios lógico jurídicos sobre dicha materia.

PROPUESTAS

Al evidenciar el atraso que tenemos respecto al Derecho Marítimo, considero necesario trazar líneas de acción conforme a lo siguiente:

1. Crear tribunales especializados en Derecho Marítimo, pudiendo tomar de ejemplo, los establecidos en Panamá o Venezuela, así mismo, crear una ley

que regule su organización, competencia y procedimiento, teniendo la justicia marítima la siguiente estructura:

- a) Tribunal marítimo de primera instancia, integrado por jueces.
- b) Tribunal de apelaciones marítimas, integrado por magistrados (de esta manera, ésta segunda instancia seguirá siendo especializada)

Estos dos entes, pertenecerían al Poder Judicial de la Federación y podrán crear jurisprudencia especializada en el tema, lo cual permitirá un desarrollo de criterios lógico jurídicos permitiendo cumplir con las características propias del Derecho Marítimo como son Estabilidad, Universalidad y Autonomía, las cuales fueron especificadas en el primer capítulo, contando con instituciones estables pero dinámicas a lo que se requiere en la práctica, los criterios jurídicos adoptados dotarán de mayor certeza jurídica a las partes en conflicto, subsanando sus propias lagunas, tanto legislativas como jurisprudenciales, perfeccionándose estos últimos por contradicción y fijando a su vez precedentes.

Los tribunales marítimos deberán ser accesibles las 24 horas del día, los 365 días del año con el objeto de que se puedan presentar solicitudes urgentes como son, demandas, secuestros, levantamiento de secuestros o cualquiera que tenga como fin evitar perjuicios a los interesados.

Serán competentes¹⁵⁸ por causas que surjan de los actos referentes al comercio, transporte y tráfico marítimos, ocurridos dentro del territorio de República Mexicana, comprendiendo obviamente sus zonas marinas, así como actos que se ejecuten o deban ejecutarse desde, hacia o a través de la República Mexicana.

También tendrán competencia fuera de su territorio cuando:

¹⁵⁸ Se ha tomado de referencia la Gaceta Oficial Digital de Panamá del año 2009, la cual da a conocer el decreto emitido por la Asamblea Nacional el 13 de julio de ese mismo año, dando a conocer el procedimiento, competencia y estructura de los tribunales marítimos panameños, disponible en: <http://www.amp.gob.pa/newsite/spanish/ley8.pdf> (consultado el 30 de Marzo de 2015)

- Las acciones vayan dirigidas contra la nave o su propietario, y la nave sea secuestrada dentro de la jurisdicción de la República Mexicana, como consecuencia de tales acciones.
- La parte demandada se encuentre dentro de la jurisdicción de la República Mexicana y haya sido personalmente notificada de cualquier acción presentada en los Tribunales Marítimos.
- La nave o una de las naves involucradas sea de bandera mexicana, o la ley sustantiva mexicana resulte aplicable en virtud del contrato, o las partes se sometan expresa o tácitamente a la jurisdicción de los Tribunales Marítimos de la República Mexicana.

En cuanto a su procedimiento considero se debe optar por uno de naturaleza híbrida, la primera fase relativa a la mediación y conciliación, y en caso de que no se llegue a un acuerdo, podrán iniciar el juicio marítimo correspondiente. Así mismo, considero necesario incluir en dicha ley lo relativo a los incidentes de nulidad del laudo o de reconocimiento y ejecución del mismo, y en su caso, el amparo procedente en contra de estas resoluciones, (recomendando que sea un amparo directo) ya que si bien se desahogan en forma incidental, realmente son juicios independientes y deberían constituir resoluciones definitivas.

En cuanto a los requisitos para ser juez o magistrado de estos tribunales marítimos se requerirá estar especializados en materia marítima, la cual la obtendrán cubriendo un curso o capacitación, el cual sería organizado por el Consejo de la Judicatura Federal. De esta manera lo han hecho países como República Dominicana¹⁵⁹, Panamá y Venezuela. Obvio dicha capacitación también comprendería sobre los Medios Alternativos de Solución de Controversias.

Por lo que respecta a los tribunales arbitraje, se les seguirá reconociendo su competencia y laudos conforme a las leyes y tratados internacionales.

¹⁵⁹ Página electrónica de la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana: <http://enj.org/web/enj/1650-jueces-se-capacitan-en-derecho-mar%C3%ADtimo-en-la-enj.html> (consultado el 30 de Marzo de 2015)

Así mismo, estos tribunales marítimos deberán ser los únicos competentes para conocer del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos en materia marítima, estableciendo que no habrá lugar a concurrencia.

Por lo que respecta a las instituciones arbitrales, si bien es cierto, tienen carácter privado, no fijan precedentes y se rigen por la confidencialidad, por lo tanto, es necesario que exista un organismo internacional que ejerza un control de vigilancia o supervisión sobre dichas instituciones a nivel internacional y a su vez se encargue de recopilar laudos emitidos respetando en todo momento la confidencialidad de las partes. De esta manera, considero podrán los países menos desarrollados ir perfeccionando su Derecho Marítimo por medio de comparación, estudio y análisis de laudos emitidos por árbitros especializados en el tema. Lo anterior, con el objeto de que el sector público y privado empiecen a vincularse mutuamente, a fin de dar mayor certeza y certidumbre jurídica a los sujetos que operan en el ámbito marítimo, reduciendo la disparidad a nivel legislativo y jurisdiccional. Sólo así, podrá considerarse cumplida la promesa respectiva al Derecho Uniforme, la cual quedará fijada en el orbe hasta en tanto podamos contar con instituciones, organismos y autoridades homogéneas que velen por una equidad e igualdad jurídica.

Por último, se necesita una modificación al artículo 73 Constitucional en su fracción XIII, el cual establece:

Artículo 73. El congreso tiene facultad:

...

XIII. Para dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al derecho marítimo de paz y guerra;

Debiendo decir:

Artículo 73. El congreso tiene facultad:

...

XIII. Para dictar leyes según las cuales deban declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al derecho del mar y derecho marítimo.

De esta manera, podremos empezar a identificar y razonar que existe un Derecho del Mar y un Derecho Marítimo, que si bien es cierto, pueden estar ligados de una manera, su carácter público o privado, respectivamente, así como su objeto y sujetos que intervienen, son totalmente diferentes.

ANEXOS

I. Anexo 1 (caso práctico)

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Primera de lo Civil

Ponente: Alberto Cigarruista Cortez

Fecha: 01 de junio de 2005

Materia: Civil

Apelación

Expediente: 179-03

VISTOS:

La firma forense _____, actuando como apoderada especial de “y” cuyo nombre comercial es _____, ha interpuesto Recurso de Apelación contra el Auto No.87 de 12 de mayo de 2003 proferido por el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá dentro del proceso ordinario marítimo que “x” le siguen a las apelantes.

En la resolución apelada, la juez del Segundo Tribunal Marítimo resolvió lo siguiente:

"...

RESUELVE:

NEGAR el incidente de declinatoria de competencia propuesto por la demandada “y”, dentro del proceso ordinario que le sigue “x”

CONDENAR a “y” al pago de la cantidad de B/500.00 en concepto de costas a favor de las demandantes. ..."

(Fs.4217).

Seguidamente veremos las consideraciones sobre las cuales se fundamentó la Juez del Segundo Tribunal Marítimo para arribar a la decisión previamente transcrita y atacada mediante el presente recurso de apelación.

RESOLUCIÓN APELADA:

Dentro del proceso ordinario marítimo que “x” y Otros le siguen a “y”, los apoderados judiciales de la demandada presentaron, con la corrección de contestación de

demanda e igualmente en escrito de incidente (fs.2236-2245), solicitud de declinatoria de competencia hacia el foro arbitral de New York.

En el escrito de incidente la demandada acepta la existencia de un contrato de servicios suscrito con la actora, con número 6591 y celebrado el día 15 de diciembre de 2000, cuyo objeto era la prestación de servicio de transporte y con una tarifa de flete preferencial y como contra prestación, se debía recibir un mínimo de carga o mercancía a transportar desde Perú.

La demandada indicó que una vez suscrito el contrato por ambas partes, fue registrado electrónicamente en el llamado FEDERAL MARITIME COMMISSION (FMC) en Estados Unidos, conforme a las disposiciones de la OCEAN SHIPPING REFORM ACT que enmendó la Shipping Act de 1984, de Estados Unidos. Por ende, el contrato de servicios se encuentra sujeto a las leyes mencionadas y a las leyes del Estado de Nueva York (Cláusula 13 y 17 de la parte II del contrato). Además, afirmó la incidentista que, la cláusula 16 de la parte II del contrato de servicios contiene una cláusula compromisoria arbitral, la cual obliga a las partes a someterse a un proceso de arbitraje si surgieran disputas en la ejecución o interpretación del contrato, señalando el proceso de elección de los árbitros y la forma de iniciar el arbitraje.

Alega la demandada que si "x" sustenta su pretensión en el incumplimiento del contrato de servicios, la causa deberá ser decidida mediante arbitraje, según el numeral 3 del artículo 19 del Código de Procedimientos Marítimos de Panamá (CPM), en concordancia con el 558 del mismo Código. También afirma, que es aplicable la Convención de Nueva York de 1958, norma internacional y ley de Panamá, que obliga a los jueces a declinar la causa al foro arbitral escogido por las partes. Como prueba se presenta, entre otras, copia autenticada de una certificación de la FEDERAL MARITIME COMMISSION (fs.2288 a 2299) que acredita la inscripción de un contrato de servicios preferencial, con número 6591.

Por su parte, los apoderados de las demandantes presentaron escrito de oposición a la petición de declinatoria de competencia (fs.2348-2378), donde indican que el convenio arbitral es nulo de nulidad absoluta, en virtud de que ambas partes aportaron textos diferentes del contrato de servicios, que ambas partes alegan haber negociado, a pesar de que dicho contrato lo identifican con el mismo número (6591). Argumentan las opositoras demandantes que "y" (demandada) negó en tres ocasiones distintas el contrato aportado por ellas, lo cual debe impedir al tribunal considerar que en base a dicho documento exista una cláusula arbitral, "toda vez que el contrato de arbitraje es un contrato solemne que requiere sea escrito y firmado por ambas partes, por ende no es admisible la aceptación tácita del convenio arbitral"(fs.4196).

La referida actitud de la demandada, a juicio de la demandante, hace que cobre vigencia la doctrina de los actos propios, conforme a la cual "nadie puede válidamente ir en contra de sus propios actos tanto procesales como preprocesales; lo negado procesalmente vincula a la parte y le impide tratar de usar en su favor la

prueba que previamente ha negado, así como también le impide negar la prueba que previamente ha intentado utilizar en su favor...(fs.2351)" (Fs.4196).

También argumenta la falsedad del documento contentivo del contrato, a tenor de los artículos 328 y 330 del CPM, pues señala que se trata de un documento electrónico que no contiene firmas, que no se ha presentado el original del contrato de servicios No.6591 y que no existe un funcionario público encargado de la custodia del original de dicho contrato.

Finalmente manifestó el opositor, que en este caso el tribunal estaba llamado a aplicar el artículo II de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por Panamá, que impone remitir un litigio al arbitraje pactado, "a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable". También alegó que la ley sustantiva aplicable es la peruana.

Así las cosas, consideró el juez que las partes habían fijado sus posiciones, encontrándose la controversia fundada en la nulidad o no de la cláusula compromisoria arbitral, procediéndose a realizar la respectiva audiencia especial.

En dicha audiencia, luego de practicadas las pruebas aportadas por ambas partes procedieron a exponer sus alegatos orales, que también presentaron por escrito.

Seguidamente, en la sentencia se realiza un extenso análisis sobre cuál es "LA LEY APLICABLE" para dilucidar la controversia planteada, ya que la demandante-opositora cuestionaba la validez de la cláusula compromisoria arbitral, alegando la ausencia de las formalidades que exige la ley peruana y por ello solicitaba la nulidad de dicha cláusula contenida en los términos generales de la contratación de "y"

En ese sentido, indica el a-quo, que en este proceso se ha dicho y aceptado que el contrato que da origen a la presente causa se suscribió entre la empresa "x" y "y", como agente de MAERSK SEALAND, en la República de Perú y se suscribió en los primeros días del mes de enero de 2001 (fs.3701). También aceptan que "tanto "a" (quien supuestamente firma el contrato registrado en la Federal Maritime Commission), como el señor "b", gerente de "y" (quien supuestamente debía firmar el contrato de servicios), son funcionarios que laboran en la República de Perú"(Fs. 4205). Igualmente consta en autos que el Gerente de "x" (señor "c") en su declaración manifestó que el contrato de servicio suscrito con la demandada lo firmó en Perú.

Así, el tribunal en base al artículo 557 del CPM, revisa en primer lugar el contenido del artículo II de la Convención de Nueva York de 1958 (ratificada por Panamá mediante Ley 5 de 1983), sin embargo estimó que era inoperante por no contener una norma de conflicto para determinar la ley aplicable para dilucidar lo relativo a la forma o solemnidad de los actos o contratos. Por ello, pasó a examinar el Código de Bustamante, verificando que en su artículo 240 establece que "La forma de los contratos y actos mercantiles se sujetan a la ley territorial". En ese mismo sentido

se encuentra regulado el tema en el numeral 3 del artículo 6 de nuestro Código de Comercio y también en la Ley 8 de 1982 que establece como regla de conflicto, de manera subsidiaria, la aplicación de las leyes del lugar de celebración del contrato para resolver lo atinente a la forma y solemnidad del negocio jurídico.

Siendo así, el tribunal concluye que resulta obligante adoptar la solución que ofrece el Código de Bustamante, siendo Panamá y Perú, signatarios del mismo, en base a la cual resulta aplicable la ley del lugar donde se celebró el contrato o sea la de Perú, que regula la materia concerniente a la duda sobre la existencia de la cláusula compromisoria arbitral.

Seguidamente el tribunal entra a analizar si el pacto arbitral cuestionado, cumple con los preceptos establecidos en la Ley de Perú en cuanto a las formas y solemnidades.

De las declaraciones que hicieron los abogados peruanos "d" y "e" en la Audiencia, el a-quo observa que mencionan la Convención de Nueva York, adoptada por Perú y la Ley General de Arbitraje número 26572 de 1996 que regula todo lo relativo a la institución del arbitraje. Posteriormente, en la sentencia se transcriben los artículos 9 y 10 de esta última ley, que establecen la definición y forma del convenio arbitral, contenidos en la sección denominada el arbitraje nacional, para después citar el artículo 98 de la misma ley, que se encuentra en la sección relativa al arbitraje internacional, en el cual se expresa lo siguiente:

"Artículo 98. Definición y forma del convenio arbitral.

El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual. El convenio arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

El convenio arbitral deberá constar por escrito. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un único documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, cables, telex, que dejen constancia documental del acuerdo o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un convenio arbitral sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato o un documento que contiene una cláusula arbitral constituye convenio arbitral siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato."

Del contenido de esta norma, el sentenciador infiere dos presupuestos para determinar la existencia de un convenio arbitral, el primero "es que dicho contrato surge del acuerdo de las partes, es decir, que debe existir voluntad de las partes involucradas"; en segundo lugar "que dicha exteriorización debe constar por

escrito", ya sea que se incluya en el contrato como una cláusula, o que se incluya en documento distinto al contrato principal, "o bien existan intercambio de documentos que no dejen dudas de la exteriorización de la voluntad de los involucrados"(fs.4211).

Igualmente, se cita la Convención de Nueva York debido a que también requiere un mínimo de formalidades, en donde se deje constancia de la voluntad de las partes contratantes. Veamos:

"ARTICULO II.

1.- Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2.- La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas."

El tribunal concluye que el convenio arbitral debe constar por escrito o en la forma permitida por la ley, ya que de no ser así la sanción que se impone es la nulidad del pacto arbitral.

A continuación, en el fallo impugnado se pasa al análisis de "LOS CONTRATOS APORTADOS EN EL PROCESO" y la forma en la que fueron suscritos, para determinar si hay un convenio arbitral válido conforme a la legislación positiva peruana, "o si tal convenio es inexistente o nulo". Veamos lo expresado sobre este particular:

"....

Llama la atención que la incidentista sustenta su petición de declinatoria de competencia en un documento registrado electrónicamente ante la Federal Maritime Commission, documento que según la afirmación de la demandante acredita el contrato de servicios suscrito por las partes.

Si bien, tal registro electrónico del contrato viene autenticado por la entidad mencionada, deja a nuestro juicio enormes dudas sobre la validez del contrato inscrito, por las irregularidades encontradas en el documento electrónico.

La primera de ellas, y por demás la más grave, es el hecho de manifestar que el contrato ha sido firmado por la señora "a", cuando en los documentos aportados por las demandantes,

así como posteriormente por la propia demandada peticionaria, se advierte que quien suscribe el contrato de servicios por parte de “y”, es el señor “b”. También existen irregularidades, en la numeración de las cláusulas y cuyo contenido no coinciden textualmente con el contrato de servicios que fuera firmado en Perú, como por ejemplo los destinos a donde debía transportarse la mercancía.

Para este Tribunal, la autenticidad y veracidad del documento electrónico presentado por la incidentista presenta aún mayor duda, toda vez que por un lado el Dr. _____, perito nombrado por la demandada, manifiesta, en su deposición ante los estrados, que su dictamen jurídico fue realizado en base a las copias suministradas por los apoderados judiciales de esta demandada y que enumera a fojas 3819 y 3820. Igualmente, este perito a pregunta hecha por la parte demandante también indica que no ha visto el original del contrato firmado por la señora “a” y “c” (f.3847).

Es decir, la parte incidentista-demandada a pesar de que alega la existencia del contrato, y que según su afirmación hace referencia a la cláusula compromisoria arbitral, no aportó al proceso el original del mismo o el que sirvió de base para ser registrado en la Federal Maritime Commission. La ausencia de los contratos originales es advertida incluso en la declaración rendida por el Dr. _____, Jr. perito en el Derecho de New York y presentado por la incidentista, cuando indica "... No he visto ningún contrato firmado por “a” y le voy a conceder que a pesar de lo que dicen las regulaciones, no parece haber un contrato en el expediente firmado por “a”. Pero no tiene importancia en base a las leyes de los Estados Unidos ..." (f.3991). Es por ello, que el citado perito también expone que el supone, más no afirma que el contrato fue negociado entre “a” y señor _____. Agrega según deducción que dicho contrato "Fue colocado en papel membrete de “y”. Le fue proporcionado al señor _____. El señor “c” lo firmó y lo envió por fax a “c”. Luego fue transmitido a la oficina central donde se realizan los registros para la FMC, en la oficina de “y” en Sao Paolo, Brasil, en América del Sur." (f.3914). Esta mecánica de registro no permite distinguir o encontrar acreditado que por su lado “x”., haya acordado de forma expresa la cláusula compromisoria arbitral, toda vez que en ese proceso de registro no se menciona la participación de la demandante, sólo se menciona que ésta acordó el convenio arbitral del cual no existe constancia original.

En este orden de ideas, para este Tribunal, las dudas señaladas respecto a la existencia y contenido del contrato

registrado electrónicamente, impide igualmente que se tenga como cierta la existencia por escrito de la cláusula compromisoria arbitral y por ende su validez, máxime que el Dr. _____ expresa en su declaración que "... la versión registrada electrónicamente con la FMC no es el elemento de control...Es una prueba pero no es el contrato vinculante entre las parte...no es más que una copia electrónica que se encuentra registrada en una base de datos en Washington D.C. ..." (f.3933).

Esos elementos hacen válida nuestra apreciación de no tomar en cuenta el documento registrado electrónicamente, lo que por vía de discusión pudiese acarrear el rechazo de la petición presentada por la incidentista, solicitando la declinación de competencia, por fundarse en un documento distinto al que se suscribió con "x" y que fuese firmado por el señor "c".

Llama la atención igualmente, el hecho que se hayan utilizado varios ejemplares del contrato de servicio, y que esos ejemplares aportados tanto por la parte demandante como por la parte demandada hayan sido negado en la contestación de la demanda, y la contestación corregida de la demanda. Vale la pena precisar que esos mismos documentos fueron rechazados en un aseguramiento de prueba prejudicial practicado en Perú y en donde se pretendía el reconocimiento del contrato de servicios y ahora son la base para pedir una declinatoria de competencia alegando en esta vía la existencia de una cláusula compromisoria arbitral.

La situación antes planteada, como bien afirman los representantes de las demandantes, permite aplicar la doctrina de los actos propios y en esta vía rechazar la petición de la incidentista, toda vez que la actuación procesal de ésta demandada, en cuanto a los medios probatorios alegados por la parte actora es de rechazo, y luego de aceptación cuando esas mismas pruebas las presenta como medio para sustentar su solicitud incidental, lo que resulta incongruente.

Aunado a lo anterior, existen dos hechos que no han sido acreditados en la presente causa. El primero de ellos es que en el contrato de servicio, exista una cláusula que indica la remisión a las condiciones generales de contratación que posee "y", y el segundo hecho es que en dichas condiciones generales de contratación se encuentre la cláusula de arbitraje que alega la incidentista y que el documento contentivo de estas condiciones haya sido firmado por el señor "c".

Precisados los hechos anteriores, le corresponde a este Tribunal establecer si de acuerdo a la Ley peruana la presunta

incorporación de los términos y condiciones generales de contratación en el contrato de servicio o contrato principal es suficiente, para que se entienda que existe un convenio arbitral." (Fs.4212 a 4215).

Posteriormente, el a-quo cita el artículo 91 de la Ley General de Arbitraje de Perú (ver fs.4215 y 4216), para concluir que la cláusula compromisoria arbitral que alega la incidentista remite a la celebración de un arbitraje internacional, según los presupuestos de esa norma.

De seguido, nuevamente se transcribe el artículo 98 de la citada ley, luego de lo cual concluye el tribunal que, según las constancias procesales, "a la parte demandante no se le puso en conocimiento de la existencia de la cláusula compromisoria arbitral de forma que ello le diera la oportunidad de rechazarla o negarla," por tanto "frente a la ausencia de la voluntad expresa (escrita) de la parte demandante procede decretar la nulidad del convenio arbitral"(fs.4216), ya que esa omisión y el no cumplimiento de la formalidad prescrita en la ley producen la nulidad del pacto, causal prevista para los actos jurídicos en el numeral 1 del artículo 6 del Código Civil de Perú.

Termina concluyendo el tribunal que, "ciertamente frente a la existencia de una cláusula compromisoria arbitral, se debe declinar la competencia hacia el foro arbitral escogido por la partes, toda vez que en los contratos de carácter internacional, como el analizado, prevalece la autonomía de la voluntad y por ende sus acuerdos son vinculantes"; sin embargo, continúa señalando, "el acuerdo de las partes no puede vulnerar o suprimir la aplicación de las normas que regulan dicha institución"; por ello el tribunal debe ponderar el hecho de que el convenio cumpla con las formalidades y así surta efecto jurídico entre las partes, "situación que no acontece en el caso sub júdice"(fs.4217).

En base a estas consideraciones, el tribunal negó el incidente de declinatoria de competencia propuesto por la demandada "y".

RECURSO DE APELACIÓN:

Dentro del escrito de apelación, visible de fojas 4429 a 4504, presentado por la firma _____ en representación de la demandada "y" en primer lugar se realiza un breve recuento de los antecedentes procesales de este caso para posteriormente formular los distintos cargos contra el auto impugnado, que se resumen en los siguientes:

I- "LA LEY SUSTANTIVA APLICABLE PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE EN EL CONTRATO DE SERVICIOS No.6591 ENTRE "x" y "y"."(fs.4429).

La primera censura que se hace al Auto No.87 consiste en haber incurrido en error de derecho al determinar cuál era la ley aplicable para verificar la validez de la cláusula de arbitraje en el Contrato de Servicios No.6591, porque debió aplicarse la

ley pactada por las partes (ley de Nueva York y Estados Unidos) y no la del lugar donde se celebró el contrato (Perú) como lo hizo el a-quo.

Según sostiene el apelante, la juez fundamentó su decisión en el artículo 240 del Código de Bustamante (adoptado mediante Ley 15 de 1928), mencionando también el numeral 3 del artículo 6 del Código de Comercio. Además, consideró que no tenía cabida el artículo 557 del CPM y que la Convención de Nueva York de 1958 no contenía reglas de conflicto de leyes que pudieran aplicarse a los supuestos de este caso.

El recurrente estima que el análisis de la juez resulta errado, por las siguientes razones:

1. Pone en duda la aplicabilidad del Código de Bustamante para resolver este conflicto de leyes, porque el mismo es aplicable "entre las Repúblicas contratantes y entre los demás Estados que se adhieran a él" (art.2 de dicho Código). Estados Unidos no es parte contratante de ese Código ni se ha adherido a él y la cláusula de arbitraje pactada en el presente caso se refiere a arbitraje en Nueva York y según las leyes de ese país.

2. El Código de Bustamante data de 1928, 30 años antes que existiera la Convención de Nueva York de 1958 en materia de arbitraje. De allí que cuando se adoptó dicho Código la materia de arbitraje internacional era incipiente, siendo por ello que "el Código de Bustamante no tiene disposición alguna de conflicto de leyes que regule cláusulas o convenios de arbitraje". (fs.4432, énfasis y subrayado del recurrente).

3. El artículo 240 del mencionado Código, citado por la juez a-quo como base principal para sustentar su tesis, "no tiene que ver nada con el arbitraje", pues el mismo está en el Título I, capítulo II, que se refiere a "De la cualidad del comerciante del y de los actos de comercio". Más acorde con esta materia serían los artículos 244 y 166 del Código de Bustamante que regulan la autonomía de la voluntad de las partes, salvo que el objeto del contrato fuere ilícito o contrario a la moral y al orden público internacional.

4. Mientras que el Código de Bustamante, ni el artículo 557 del CPM contiene reglas de conflicto para efectos de determinar la validez de una cláusula arbitral, "existe en nuestra legislación una norma legal de conflicto de leyes específica con relación a la materia en cuestión. El Decreto Ley No.5 del 8 de julio de 1999 "por la cual se establece el régimen general de arbitraje ..." (En adelante "Ley de Arbitraje de Panamá")".(fs.4432).

El artículo 43 de ese Decreto Ley establece lo siguiente:

Artículo 43: Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto Ley, o cuando se presenten de manera general elementos de extranjería que determinen su internacionalización, regirán las siguientes disposiciones especiales:

1. La capacidad de las partes en un convenio arbitral se regirá de conformidad con la ley personal.

2. La ley aplicable al convenio arbitral, en lo que afecta a la validez y los efectos, será la expresamente designada por las partes, por sí o a través del reglamento de una institución de arbitraje; en su defecto, la ley del lugar en donde ha de dictarse el laudo arbitral. Si éste no estuviera determinado se aplicará la ley del lugar de celebración del convenio(sic.) arbitral cuando éste constase expresamente; en su defecto, la ley panameña.

3. En el arbitraje de Derecho el tribunal decidirá conforme a la ley designada por las partes, por sí o a través del reglamento de una institución de arbitraje que sea aplicable. En su defecto conforme a la ley que determinen libremente los árbitros, aplicando o no una norma de conflicto, sin desnaturalizar la voluntad de las partes.

Se tendrá en cuenta los usos de comercio y, en su caso, las estipulaciones del contrato y las reglas de contratación privada internacional.

Cuando se trate de un arbitraje comercial internacional, el orden público que se contempla es el orden público internacional.

Para el resto de las cuestiones afectas por elementos de internacionalidad o extranjera (sic.) regirá supletoriamente lo establecido en el Código Civil.

Parágrafo: El tribunal podrá renunciar a la aplicación de las reglas de conflicto de Derecho Internacional privado y aplicar directamente el Derecho material o sustantivo o Derecho convencional o la ley uniforme que haya sido designada por las partes de manera clara e indubitable."

(Fs. 4432 y 4433) (énfasis y subrayado es del recurrente).

Indica el apelante que según se pudo constatar de lo dispuesto en el numeral 2 de la norma transcrita, en cuanto a la "validez y los efectos" de un convenio arbitral la ley aplicable será, en este orden: 1) la pactada por las partes; 2) la ley del lugar en donde ha de dictarse el laudo arbitral; 3) la ley de celebración del convenio arbitral; y en última instancia, 4) la ley panameña. Este artículo 43, es una norma de conflicto de leyes que "específicamente trata el tema de la ley aplicable para determinar la validez de un pacto arbitral". Esta norma aunque figura en el expediente, fue

ignorada por el a-quo en su análisis, errando en derecho al aplicar el Código de Bustamante que no tiene que ver con la materia en cuestión.

Continúa manifestando la censura, que el arbitraje que nos ocupa es claramente un arbitraje internacional, de acuerdo al artículo 5 de la Ley de Arbitraje de Panamá (fs.2631), ya que las partes del Contrato de Servicios No.6591 son de Perú ("x") y Dinamarca ("y"), el lugar del arbitraje es Nueva York, y el propósito del contrato era el movimiento de carga entre un puerto de Perú y diversos puertos/países de Europa..

También se alega que en este caso no era aplicable el artículo 7 del Código Civil, como argumentó "x", ya que el contrato de servicios que nos ocupa es de naturaleza privada, a pesar de que esté sujeto a las leyes de Nueva York y la "OSRA" que obligan a "y" a registrar electrónicamente su contenido en el "FMC" (Federal Maritime Commission" de los Estados Unidos, ello no lo convierte en contrato público. Así concluyó el experto en derecho marítimo norteamericano, Marc Fink cuando dijo "el que el contrato de Servicios fuese o no registrado o si su registro electrónico fue defectuoso o no, no afecta la existencia o validez del contrato en sí (fojas 2984 a 2997 y 4393 a 4407 traducción). Sigue manifestando el censor que "Dicho affidavit está dentro de los "Exhibits" del Affidavit de Don _____. y el mismo nunca fue objetado por "x" en la audiencia especial".(fs.4434).

El recurrente transcribe el artículo 6 de nuestro Código de Comercio, cuyo numeral 3 fue utilizado como fundamento por el Auto impugnado, manifestando que tampoco resulta aplicable ya que, como ya se dijo, el artículo 43 de la ley de arbitraje de Panamá establece claramente una regla de conflicto de leyes, específica para determinar la validez de una cláusula de arbitraje internacional.

El hecho de que la ley pactada por las partes sea la que determine la validez de una cláusula arbitral, señala el apelante, es una constante en materia de arbitraje. Es más la propia ley peruana, que la juez erróneamente determinó debía aplicarse para verificar la validez de la cláusula arbitral, así lo establece. En la experticia del Dr. Italo Marsano, experto en derecho peruano también se alude a ese punto (la ley pactada por las partes), citando el artículo 99 de la Ley General de Arbitraje peruana, disposición que también fue ignorada por el a-quo (Cfr. fs.3207, 3208 y 3225). Igualmente se alude a la experticia en derecho norteamericano (fs.2892 a 2937) del abogado Don _____, que indica que las cortes estadounidenses aplicarían las leyes de Nueva York y Estados Unidos para determinar si la cláusula es válida y que bajo dichas leyes la cláusula de arbitraje es perfectamente válida.

Sobre este aspecto, concluye la censura que, resultaría absurdo e incongruente y contra el espíritu de la Convención de Nueva York de 1958, de la cual Estados Unidos, Panamá y Perú son partes, que las cortes estadounidenses y peruanas apliquen la ley pactada por las partes (Nueva York y Estados Unidos) para determinar la validez de la cláusula de arbitraje, "pero que en Panamá se apliquen las leyes del lugar de la celebración del contrato (Perú) para determinar el mismo punto. Esto resulta aún más absurdo por cuanto Panamá no tiene absolutamente

nada que ver con respecto a la disputa entre "x" y "y", excepto que es el lugar donde se secuestró un buque de propiedad de "y" (fs.4435). En contraste con Estados Unidos que es el lugar cuyas leyes se pactaron en el contrato y se pactó como sede del arbitraje (Nueva York), y con Perú donde se celebró el Contrato de Servicios y de donde es "x".

Consecuentemente, la determinación de la ley aplicable por parte de la a-quo, además de ser contraria a la norma específica de conflicto de leyes contenida en la Ley de Arbitraje de Panamá, considera el recurrente que atenta "contra el principio y objetivo de uniformidad que busca la Convención de Nueva York de 1958 - de la cual repetimos Panamá, Estados Unidos y Perú son parte - y las leyes modernas en materia de arbitraje que se han adoptado en todos estos países ..." (fs.4436).

II- "x" Y "y" PACTARON LA LEY DE NUEVA YORK Y OSRA (SHIPPING ACT OF 1994 AS AMENDED BY THE OCEAN SHIPPING REFORM ACT O 1998) EN EL CONTRATO DE SERVICIOS No.6591 Y ARBITRAJE EN NUEVA YORK MEDIANTE LAS CLAUSULAS 17 Y 16, RESPECTIVAMENTE, DEL MISMO." (Fs.4436).

Indica la censura que desde un punto de vista jurídico, la mención que hace el artículo 557 (10) del CPM sobre "pacto expreso en contrario" claramente alcanza las cláusulas pactadas por referencia. Además de ser una práctica básica del comercio, y en especial del comercio marítimo, ello ha sido establecido en numerosos fallos de la Sala Primera de la Corte, es decir, que las cláusulas de ley pactadas por referencia son válidas y constituyen así un "pacto expreso" dentro del contexto del artículo 557 (10). En ese sentido como ejemplo, el recurrente menciona, en el caso Galehead Inc. vs M/N PELLA, fallo de 8 de marzo de 1999, la Corte aplicó la ley sustantiva inglesa en virtud de que los términos y condiciones del vendedor de combustible (North End Oil Ltd) habían sido incorporados por referencia al contrato de abastecimiento de combustible (Cfr. dicho fallo y ese contrato a fojas 2685 y 2695). Continúa expresando el censor que, dicho contrato, "que fue transcrito por esta Sala en su opinión, fue confeccionado por North End Oil Inc. y consistía en una simple comunicación por fax sin firmar, a los agentes de los fletadores de la M/N PELLA ex PAL MARINOS donde confirmaban el "bunker stem" y lo sujetaban a los términos y condiciones generales del vendedor". Ello fue suficiente para que la Corte considerara "como incorporados al contrato de suministro de combustible dichos términos y condiciones, incluyendo la cláusula de ley aplicable, que fue la que decidió el caso." (fs.4437). En contratos comerciales, las partes se obligan "de la manera y en los términos que aparezca que quisieron obligarse" (artículo 195 del Código de Comercio).

Posteriormente, el apelante realiza una explicación sobre el alcance e importancia del concepto de incorporación por referencia dentro de la contratación comercial, especialmente en el sector marítimo, y cita ejemplos de casos donde se ha podido apreciar su existencia. Veamos:

"... La incorporación por referencia es una de las modalidades más usadas hoy en día en dichos contratos. En *Flotilla Industries Inc. & Banadex vs. Latvian Shipping Co.*, fallo del 11 de febrero de 2000, la Honorable Corte Suprema consideró incorporados a los conocimientos de embarque la cláusula de ley aplicable del Contrato de Fletamento, cuyos términos y condiciones fueran incorporados por referencia a dichos conocimientos de embarque. Reiteramos, en las contrataciones comerciales modernas, la incorporación por referencia de términos y condiciones que no son esenciales para la existencia del contrato es una costumbre habitual. En los contratos de transporte de carga, por ejemplo, es costumbre que los términos del contrato de fletamento sean incorporados por referencia. Como ejemplo tenemos los casos de *T. Port & Allianz vs M/N TROPICAL REEFER* y *Palmar Agrocomercio Cia. Ltd. vs M/N CAPE BELLE*, que se ventilan actualmente ante el Segundo Tribunal Marítimo. En los contratos de seguro marítimo, es común que consten certificados de seguros con los detalles de objeto del seguro, prima, etc. y que se incorporen las condiciones generales y/u otras condiciones particulares del asegurador por referencia. Dichas condiciones generales, que siempre contienen cláusulas de ley aplicable y jurisdiccionales o de arbitraje, no son suscritas por las partes, pero son parte integral del contrato de seguro en virtud de la incorporación por referencia.. En los casos de suministro de combustible es la norma que los contratos incorporan por referencia condiciones generales que siempre contienen cláusula de ley aplicable y jurisdicción o arbitraje. Ver por ejemplo.

Lo mismo ocurre con los contratos de empleo de marinos. Es común que haya una parte con los términos esenciales del contrato (salario, nave y tiempo de empleo) y que dicha parte incorpore términos y condiciones contenidos en otros documentos que se incorporan por referencia. Esto ocurre, por ejemplo, con los contratos de marinos filipinos. Todos estos contratos consisten en una página que es suscrita por las partes, que incorpora los términos y condiciones del POEA (Philippine Overseas Employment Administration). Dichas condiciones a su vez incluyen cláusulas de ley aplicables y de jurisdicción. En *Helen Villarreal Tobias y Otros vs. M/N "STAR CEBU"*, Fallo del 14 de mayo de 2001, *Luz Marina Reyes y Otros vs. Mitsui OSK Lines y Diamond Camelia S.A.*, Fallo del 21 de mayo de 2001, *Florida Suello y Edna Suello vs. M/N "ATLANTIC OCEAN"*, Fallo 8 de octubre de 2001, la Honorable Corte Suprema de Justicia declinó la jurisdicción del Tribunal Marítimo basado en la cláusula jurisdiccional incorporada por referencia.". (Fs.4439).

Luego de lo expuesto se insiste en que el concepto de incorporación por referencia es "BÁSICO" en la contratación comercial (marítima), razón por la que estima (el apelante) como estériles y sin sentido los argumentos de "x" de que la cláusula 17 de la Parte II del Contrato de Servicios no constituye un "pacto expreso en contrario" dentro del contexto del artículo 557 (10) del CPM..

Alega el recurrente que en la contestación corregida de la demanda, "en ningún momento niega la existencia del Contrato de Servicios No.6591 alegado por "x", sino que únicamente niega la prueba que presentó "x" de dicho contrato con la demanda debido a las discrepancias de ésta con el contrato que consta registrado en el FMC de los Estados Unidos"(Fs.4439). Seguidamente, según sostiene, "para que no haya duda sobre lo esgrimido por "y" en la contestación corregida de la demanda en cuanto al Contrato de Servicios No.6591", procede a citar íntegramente la contestación corregida al hecho Octagésimo Octavo (Cfr. fs. 4439 y 4440).

Continúa argumentando el censor que, a pesar de que la juez reconoce la existencia del Contrato de Servicios No.6591 entre "x" y "y", llega a la conclusión de que "... existen dos hechos que no han sido acreditados en la presente causa. El Primero de ellos es que en el contrato de servicio, exista una cláusula que indica la remisión a las condiciones generales de contratación que posee "y", y el segundo hecho es que en dichas condiciones generales de contratación se encuentre la cláusula de arbitraje que alega la incidentista y que el documento contentivo de estas condiciones haya sido firmado por el señor "c" (foja 4216)". A juicio de la censura, ese señalamiento es sorprendente en vista de la cantidad de pruebas en las que consta el contenido del Contrato (No.6591), específicamente la cláusula de ley aplicable y de arbitraje, por lo que estima que la juez infringió los artículos 205 y 219 del CPM, al no tomar en cuenta todas las pruebas aportadas al expediente; según informa el recurrente, "en el expediente hay al menos 7 ejemplares del Contrato de Servicios No.6591, 4 de ellos aportados por "x" y 3 por "y" (Ver fojas 205 a 214, 2139 a 2155, 3333 a 3341, 3401 a 3404 ("x"), 2246 a 2229, 2288 a 2299 y 2841 a 2852 ("y")). TODOS ESTOS EJEMPLARES DEL CONTRATO DE SERVICIOS CONTIENEN EN LA CLAUSULA 16 Y 17 DE LA PARTE II, LA CLAUSULA DE ARBITRAJE Y LA DE LEY SUSTANTIVA APLICABLE" (Fs.4441). Aún cuando el Contrato de Servicios que fue registrado electrónicamente discrepa en algunas partes de la versión presentada por "x", "la cláusula de ley aplicable y arbitraje y ley aplicable no discrepan". Reitera el censor que, en todas las versiones del aludido Contrato de Servicios "la cláusula 16 y la 17 de la Parte II contienen un pacto de arbitraje en Nueva York y una de ley aplicable a favor de las leyes de Nueva York y los Estados Unidos (OSRA), respectivamente" (Fs.4441).

También cuestiona el apelante, el hecho de que la juez a-quo haya expresado que una de las pruebas testimoniales de "x" era la de _____, su Presidente y Representante Legal, cuando éste a pesar que fue listado como testigo por "x" y estuvo presente en el Salón de Audiencias, cuando le tocó atestiguar se ausentó (como consta de fojas 3990 a 3994). Sin embargo, en el expediente sí constan sus declaraciones juradas rendidas en los tribunales de Nueva York sobre el Contrato de Servicios 6591 y las rendidas por sus aseguradores y abogados, debidamente autenticadas y mencionadas por la demandada en sus alegatos orales y escritos (fs.4051), todo lo cual no fue tomado en cuenta por la juez. Seguidamente de fojas 4442 a 4468 el recurrente transcribe parte de las referidas declaraciones, en inglés y español, para posteriormente aludir a señalamientos importantes como que, de la declaración jurada de _____ se desprende que el Contrato de Servicios contenía una cláusula de arbitraje y, expresamente declara que "el párrafo 17 del Contrato

de Servicios establece que la ley aplicable es la Ley de Reformas de Embarques del Océano de 1998 y las leyes del Estado de Nueva York" (fs.4448). También se indica que "x" a través de su abogado en Nueva York presentó un Memorandum de Derecho en oposición a la aplicabilidad de la cláusula de arbitraje en Nueva York del Service Contract a los reclamos de carga individuales bajo los conocimientos de embarque (que transcribe de fojas 4449 a 4468). Según la censura, en este último documento, presentado por "x" a "y" ante una Corte Federal en Nueva York expresamente menciona la cláusula de arbitraje en Nueva York del Contrato de Servicios (fs.3376) y también indica que la cláusula 17 de dicho Contrato sujeta al mismo a la ley de Nueva York.

Adicionalmente, el referido documento también explica cuándo se da una incorporación por referencia de una cláusula de arbitraje de acuerdo a las leyes de Estados Unidos; y, en ese sentido indica que "basta las palabras As per All terms and conditions of ... o Subject to all terms of o Shipment carried under and pursuant to." (fs.4468). Dentro de este contexto para el apelante resulta sorprendente la afirmación de la juez de que "no se ha acreditado que exista una cláusula que indica la remisión a las condiciones generales de contratación que posee "y".

Posteriormente de fojas 4469 a 4470 el recurrente alude al testimonio del Ingeniero Samuel Torres en la audiencia especial, donde reconoció que por instrucciones de Hiato, quien negoció el contrato, suscribió y envió por fax a "y", a través de su agente en Perú, las tres páginas contentivas de la Parte I del Contrato y que firmó la tercera hoja de esa parte (Ver fs.3709 y 3710) que dice así: "Queda mutuamente acordado que este contrato se cumplirá de conformidad con las disposiciones contempladas en la Parte I y los términos y condiciones establecidas en la Parte II. Los términos y condiciones de la Parte II se encuentran en la Norma 100 de la Tarifa MAEU vigente" (ver fs.4470) . A fs. 3713 y 3714 Torres testificó que recibió la parte II del Contrato, que fue la incorporada por referencia a la Parte I.

Así, reitera la censura que el texto del Contrato de Servicios fue presentado por "x" como por "y" aunque en versiones distintas, varias veces al expediente, sin embargo, recalca, que "estas versiones discrepan en algunos puntos más no en la cláusula de arbitraje y de ley aplicable, que son las que importan para propósitos del incidente de declinatoria de competencia" (fs.4470).

Indica el apelante que de fojas 3454 a 3476 aparece una prueba presentada por la propia "x", que se denomina "DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO SUSCRITO POR AGROWEST, S.A. Y LA COPIA ELECTRONICA AUTENTICADA POR "y", el cual reproduce íntegramente (de fojas 4470 a 4492) para que esta Sala pueda apreciar que en la versión del Contrato de Servicios No.6591 presentado por ambas partes, existen ciertas discrepancias siendo precisamente por ellas que negaron la copia simple aportada por "x" con la demanda, indicando que después se ocupará de la doctrina de los actos propios, pero, destaca, que la cláusula de arbitraje presentada por ambas partes son sustancialmente las mismas, al igual que la ley aplicable. Así, transcribe ambas cláusulas juntas (ver fs. 3470):

16. DISPUTAS En caso de surgir alguna disputa en virtud o con relación a este contrato, tanto en Embarcador como “y”, acuerdan someter el asunto en disputa a arbitraje en la ciudad de Nueva York o en cualquier otra ubicación que las partes puedan acordar. Cada una de las partes contratantes podrá solicitar arbitraje cursando notificación al respecto de conformidad con el Artículo 12 (Notificación Escrita) de este Contrato. Cada parte nombrará un árbitro. En caso de que.

DISPUTAS En caso de surgir alguna disputa en virtud o con relación a este contrato, tanto el Embarcador como “y”, acuerdan someter el asunto en disputa a arbitraje en la ciudad de Nueva York o en cualquiera otra ubicación que las partes puedan acordar. Cada una de las partes contratantes podrá solicitar el arbitraje cursando notificación al respecto de conformidad con el Artículo 14 de este Contrato. Cada parte nombrará un árbitro. En caso de que cualesquiera de las partes no cumpliera con nombrar...”

(Fs.4492, énfasis y subrayado es del apelante)

Consecuentemente sostiene el censor que lo dicho por la a-quo, en el Auto atacado, en el sentido que no se ha acreditado que en las "condiciones generales de contratación (“y”) se encuentra una cláusula de arbitraje" no tiene ningún fundamento y contradice la evidencia aportada por ambas partes, que consta en el expediente. Continúa expresando que, lo "único cierto de lo afirmado por la Juez A quo en el párrafo relevante de dicha foja 4216, es que la Parte II del Contrato de Servicios no fue firmada por el Ing. Torres, precisamente porque la misma fue incorporada por referencia" (fs.4493).

El siguiente punto desarrollado por el apelante titulado: "IV. LA VALIDEZ DE LA CLAUSULA DE ARBITRAJE BAJO LAS LEYES DE NUEVA YORK Y ESTADOS UNIDOS", se refiere a la opinión de abogados norteamericanos al respecto como la de _____. (traducción 4266 a 4427), destacando cinco puntos importantes de la misma que resume a fojas 4495. También se indica que sobre éste punto ""x” no hizo ninguna pregunta de derecho al abogado Don _____. Sus preguntas se basaron en identificar las discrepancias entre la versión del Contrato de Servicios aportado por “x” y la aportada por “y””(fs.4496); siendo que ninguna de las discrepancias entre las dos versiones afecta ni a la cláusula de arbitraje ni a la cláusula de ley aplicable, como lo señalaron los abogados norteamericanos en el sentido de que "cualquier discrepancia de fondo entre la versión del contrato registrado electrónicamente y el que suscribió “x”, especialmente la Parte II, por ser incorporada por referencia, es algo que los árbitros deberán resolver (ver foja 2992)". De manera que lo medular para este incidente es que las cláusulas de ley aplicable y de arbitraje en todas las versiones del Contrato no discrepan en lo más mínimo. Consecuentemente, la cláusula de arbitraje es válida según el derecho de

Nueva York, derecho que debió aplicar la juez para determinar su validez, de acuerdo a los 2 primeros supuestos del artículo 43 de la Ley de Arbitraje de Panamá.

El último punto que desarrolla la censura (fs.4496 a 4503) se titula: "V. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS". Considera que la juez erró en derecho en su interpretación de esta doctrina, según la ha entendido nuestra jurisprudencia y que también erró al no aplicársela a "x", quien en realidad sí fue contra sus propios actos. En este sentido, continúa alegando, las pruebas que obran en el expediente, y que la juez no consideró, "sí constituyen actos que dan lugar a la doctrina de los actos propios o estoppel para con "x" con respecto a la cláusula de arbitraje", señalando que es ejemplo de ello, lo siguiente:

"1) En el "Hecho" Vigésimo Tercero, "x" manifiesta que celebró el Contrato de Servicios (Prueba 16), lo cual fue aceptado por "y". A la Prueba 16 aparece el Contrato de Servicios, Parte I y II, con su cláusula de arbitraje. El que "y" haya negado la prueba 16 por las razones arriba mencionadas, no es óbice para que la Juez A quo no la considere bajo los parámetros de los artículos 205 y 219 del CPM, especialmente tomando en cuenta que "x" siguió reiterando la misma prueba hasta la Audiencia especial, sin que "y" la objetara o rechazara, excepto en cuanto a las discrepancias con la Parte II registrada electrónicamente.

2) El señor _____, Presidente y Representante Legal de "x", declaró bajo juramento en Nueva York sobre la existencia de la cláusula arbitral en el Contrato de Servicios y que dicho contrato estaba sujeto a las leyes de Nueva York. Eso lo hizo ante en un Juez, en un proceso donde "x" y "y" ambos eran partes, ventilando reclamos de carga bajo conocimientos de embarque cortados a raíz del Contrato de Servicios que nos ocupa;

3) "x", a través de su abogado _____, declaró ante los mismos juzgados la existencia de la cláusula de arbitraje a favor de Nueva York y de que el Contrato de Servicios estaba sujeto a las leyes de Nueva York y Estados Unidos;

4) "x", a través de otro de sus abogados, _____, envió carta a "y", con copia a _____, indicándole que la disputa bajo el Contrato de Servicios No.6591 estaba sujeto a arbitraje en Nueva York. Además de la doctrina del estoppel, hasta bajo el artículo 98 de la Ley General de Arbitraje del Perú -aunque no es aplicable- eso constituye un pacto válido de arbitraje.

En fin la evidencia de que intención de las partes era someter sus controversias a arbitraje en Nueva York es abrumadora, y es tal que se constituye en estoppel al respecto de "x". (Fs.4502 a 4503).

Manifiesta el apelante que ambas partes presentaron con sus escritos de pruebas, copia de la obra "LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS" del H.M. Eligio Salas (fs.2666 a 2684), que se refiere a esa doctrina según ha sido desarrollada por nuestra jurisprudencia, según la cual no deben permitirse conductas posteriores que sean contrarias a conductas "previas, concluyentes e incompatibles", como lo dejó establecido la Corte Suprema en su sentencia de 2 de septiembre de 1996.

Seguidamente, el recurrente menciona y desarrolla los puntos por los que esa doctrina no es aplicable a "y" en este caso:

"A. Los actos propios de "y" para defenderse de un juicio en su contra no pueden tomarse como actos propios de "y": Lo que planteó "x" fue que, al defenderse "x", de un proceso en su contra y no reconociendo el Contrato de Servicios, dicha conducta equivale a negar la existencia del Contrato y, por tanto, no se debía acceder a la declinatoria a favor de arbitraje en Nueva York solicitada por "y" en Panamá. A pesar de advertírsele a la juez que eran personas jurídicas distintas, ésta no pudo diferenciar entre las acciones de "y" Perú cuando actuaba como agente "y" en sus negocios jurídicos comerciales cotidianos, de las acciones de la primera cuando ella es demandada y se defiende. Continúa expresando el recurrente que, una es una compañía peruana mientras que la otra es danesa. Adicionalmente, como se desprende del Contrato de Servicios, "y" Perú, S.A. no era parte del mismo, sino que sus funcionarios suscriben dichos contratos actuando por cuenta y nombre de su principal, "y". Es más, por políticas de la empresa, dichos funcionarios actúan -y actuaron en este caso- como funcionarios de "y" Inc., agentes de "y" en los Estados Unidos". Continúa explicando el censor que "Aquí no se trata de un caso de un "undisclosed principal", que se da cuando una persona se manifiesta ante otra como el contratante en un contrato, cuando después resulta que estaba actuando a nombre y por cuenta de otra persona. El Contrato, que sigue o debía seguir un formato estandar, indica claramente quien es la parte contratante: "y" Inc. como Agentes de _____ - "y" (ver fojas 207, 214, 2102, 2105, 2141, 2249, 2586, y en fin cualquier versión del Contrato de Servicios, ya que todos lo tienen, al igual que la cláusula de arbitraje)."(Cfr. fs.4498). Aún así, sigue explicando el apelante, el abogado de "x" demandó a la persona que no era en Perú, o sea a "y" Perú, S.A. en lugar de "y"; por ello, el abogado de "y" Perú no reconoció el contrato firmado por "x" porque no le era propio.

Sobre este particular relativo al hecho de que a pesar de lo que está plasmado en un contrato, se demande al agente en vez de al principal, la Corte se pronunció en fallo de 2 de octubre de 2001, desechando la tesis de que, con demandar a uno se interrumpía la prescripción con respecto al otro. Así, alega el recurrente que, la juez a-quo no comprendió ese principio de independencia de las personas jurídicas y, por ello, "no diferenció entre el papel de un agente cuando actúa como tal, del que tiene cuando es demandado como persona jurídica independiente por algo que no es propio suyo" (fs. 4498).

Para concluir este aspecto, sostiene el apelante:

De todos modos, no reconocer el ejemplar del Contrato de Servicios en Perú no representa una conducta no concluyente ni incompatible con una declinatoria de competencia basada en una cláusula de arbitraje, toda vez que la demanda en este caso se basa precisamente en la existencia del mismo Contrato de Servicios. El meollo de este asunto es que existen dos versiones distintas del mismo Contrato, con algunas discrepancias que pueden ser significativas para el fondo del proceso. El negar una prueba presentada del Contrato no significa que se está negando la existencia del mismo o su cláusula arbitral. La prueba del mismo Contrato presentado por "y" en Panamá, si bien discrepa en algunos aspectos con la prueba de "x", no lo hace en su cláusula arbitral o de la ley aplicable, como veremos a continuación...."

(Fs.4498).

Luego de lo expresado se desarrolla el punto denominado:

B. La conducta procesal de "y" no ha sido incompatible con su petición de que se respete la cláusula de Arbitraje en Nueva York que aparece en todas las versiones del Contrato de Servicios No.6591, en cuyo alegado incumplimiento se basa la demanda de "x".

En primer término, argumenta la censura que, la juez a-quo le dio importancia o derivó consecuencias de la contestación inicial de la demanda, cuando la jurisprudencia reiterada ha sentado que al corregirse la demanda, la primera carece totalmente de valor dentro del proceso y el juzgador debe tenerla como no presentada; es por ello, "que la contestación de la demanda corregida, se coloca en lugar de la primera (Cfr. fallo de 12 de octubre de 1989 ASSA vs Hapag - Lloyd A.G.).

En ese orden de ideas, no constituye una conducta incompatible con la posición de que se haga valer la cláusula de arbitraje, "el que "y" haya protegido en la contestación corregida de la demanda su posición en cuanto al fondo del proceso no aceptando una prueba del Contrato de Servicios No.6591 que contiene ciertas discrepancias significativas con la versión del mismo contrato que "y" registró electrónicamente con el FMC", ya que como se ha reiterado dicha cláusula es la misma en la prueba del Contrato que aportaron ambas partes.

Adicionalmente, sostiene el censor que, la Parte II del Contrato de Servicios no es firmada por las partes, como sí lo fue la Parte I (fs.2586), sino que fue incorporada por referencia.

Luego de lo expuesto, el censor señala como conclusiones de su recurso de apelación las siguientes:

1- "La Ley sustantiva aplicable bajo la regla de conflicto específica panameña (artículo 43 de la Ley de Arbitraje) es la pactada por las partes o la del lugar del arbitraje".

2- "La evidencia es clara que las partes pactaron en el Contrato de Servicios la ley de Nueva York y Estados Unidos (OSRA) (Cláusula 17, Parte II) y arbitraje en Nueva York (Cláusula 16, Parte II)".

3- "Bajo la ley de Nueva York y Estados Unidos la cláusula de arbitraje en Nueva York es perfectamente válida".

4- "La doctrina de los actos propios no es aplicable contra "y" con respecto al arbitraje, mas si con respecto a "x". (Cfr. fs.4503).

En base a todo lo expuesto se solicita a esta Corporación que revoque el Auto impugnado y decline la competencia de la presente causa que "x" le sigue a "y" a favor de arbitraje en Nueva York, y que se condene en costas y gastos a "x".

Seguidamente, veremos lo que en síntesis expresa el opositor al presente recurso de apelación.

OPOSICION AL RECURSO DE APELACION: (fs.4521 a 4609).

En primer lugar la firma _____, en representación de la demandante "x", en su escrito de oposición al recurso de apelación expresa como "CONSIDERACIONES PRELIMINARES", entre otras cosas, que en este caso pese a que el domicilio de la naviera demandada queda en Dinamarca y el domicilio de la demandante queda en Perú, la naviera quiere que un proceso arbitral se surta en Nueva York. Indica que durante muchos años las grandes multinacionales se han dedicado a abusar del arbitraje, seleccionando las plazas más caras aunque no tengan punto de conexión con la causa ni con las partes. Sin embargo, continúa alegando, en este caso "y para fortuna del agricultor" "y" lo hizo de mala manera "obviando la forma y solemnidad requerida por la ley del lugar en el que se celebró el contrato".

En ese sentido, considera el opositor que, este caso tiene diferencias sustanciales frente a muchos otros:

1.- Que la ley peruana protege al adherente del contrato de adhesión, como lo hacen todas las leyes arbitrales contemporáneas;

2.- Que el contrato arbitral esta vez cuando menos, lo hicieron mal porque lo hicieron en Perú.

Explica que la trascendencia que lo hayan hecho en Perú, es que éste país por sus vínculos con Europa receptó las más actualizadas corrientes en materia arbitral y cambió su Ley, "estableciendo formas y solemnidades muy especiales para cuando se trata de contratos de adhesión en los cuales el pacto arbitral está contenido en documento separados, como lo son los términos y condiciones generales"(fs.4522). En esos casos la ley peruana dice que, en el contrato principal, en forma clara, el

proponente tiene que advertirle al adherente que en los distantes términos y condiciones consta una cláusula que contiene un pacto arbitral; si no lo hace, entonces el pacto arbitral no vale.

Según estima, el problema estriba en que "la naviera demandada no está acostumbrada a respetar las formas y solemnidades de la ley de los países en los cuales opera, entonces no quiere que se cumpla la ley peruana y quiere que Vuestra Honorable Sala le resuelva su problema desconociendo que en materia arbitral el derecho ha cambiado"(fs.4523). Así, la cuestión controvertida están determinada por la existencia o no del contrato arbitral; siendo que a juicio del agricultor demandante, el contrato arbitral no existe por varias razones, principalmente:

"1.- Nunca lo pactaron."

"2.- No cumple con la ley arbitral peruana."

"3.- Fue negada su existencia por la demandada en diligencia judicial en el Perú (doctrina de los actos propios)."

Seguidamente, entre otras consideraciones, el opositor alega lo siguiente:

Cuando el peso del derecho resulta abrumador entonces la naviera demandada trata desesperadamente de decirnos que no le gusta la ley peruana; que a ella le gusta más la ley norteamericana. Según sus argumentaciones, en la ley norteamericana sí es válido sorprender al usuario y colocarle un pacto arbitral simplemente diciendo que el contrato principal está sujeto a términos y condiciones distantes, que no le entrega.

Es cierto que durante muchos años los tribunales debieron reconocer cuanto pacto arbitral se le ocurriera esgrimir a los proponentes de contratos de adhesión, en la forma, términos y circunstancias que les diera la gana, pero eso cambió, Honorables Magistrados. Ya ni siquiera en los Estados Unidos se puede hacer semejante abuso.

Ocurre que las organizaciones defensoras de los derechos de los consumidores y los arbitralistas serios, se dieron cuenta que estaban permitiendo cuanta sinvergüenza se le ocurriera a los redactores de los contratos de adhesión y es así, como veremos posteriormente, el tema llegó hasta que la propia Comunidad Económica Europea terminó por prohibir los pactos arbitrales en contratos de adhesión.

Llama la atención que la naviera danesa, que por ser europea no puede violar las directivas de la Comunidad Económica,

venga a América a continuar con estas abusivas prácticas comerciales.

A juicio de la naviera demandada, la ley aplicable a la forma y solemnidad del pacto arbitral no es la peruana sino la norteamericana.

Por qué la naviera quiere desesperadamente salirse de la ley peruana?

Sencillo, porque la ley peruana es una ley nueva, de 1996, que recepta los más modernos conceptos en materia arbitral, conforme a los cuales, lo que intentó hacer la naviera es prohibido y por tanto nulo.

II.- LOS HECHOS DE ESTE CASO:

Observen los Honorables Magistrados que la copia presentada al proceso por el agricultor demandante no tiene la firma de la naviera demandada. (foja 207)

El debate se centra entonces en el sentido y alcance de la foja 207, en la que consta la última página del contrato escrito remitido por la naviera al agricultor.

En esta página, que como hemos dicho fue remitida y firmada aproximadamente un mes después de estarse ya ejecutando el contrato, aparece una mención según la cual el redactor proponente quiso hacer una incorporación por referencia de términos y condiciones generales de contratación, pero no se dice en forma expresa que en aquellos supuestos términos y condiciones generales aparece un pacto arbitral, formalidad que requiere la ley arbitral peruana.

En el proceso se demostró que al momento de contratar, verbalmente, tales términos y condiciones no fueron entregados, ni tampoco lo fueron al momento en el que se requirió la firma del agricultor demandante en el contrato escrito posteriormente. Oportuno a los solos fines de concluir los hechos del caso, resulta destacar que en la primera oportunidad en la que la naviera fue llevada ante los tribunales peruanos a fin de que reconociera los distintos(sic) como legítimos los documentos que en fechas diferentes había remitido al agricultor demandante, la naviera demandada negó la existencia del mismo contrato y de los términos y condiciones, lo que conforme a la doctrina de los actos propios le impediría luego tratar de valerse del supuesto pacto arbitral." (Fs.4523 a 4530).

Posteriormente el opositor hace un recuento de la evolución e incorporación, a la ley arbitral peruana, del requisito conforme al cual se prohíbe el pacto arbitral sorpresivo "escondido en el clausulado de términos generales incorporados de forma genérica, a través de la referencia hecha en un contrato principal" (fs.4530 y sig.).

Seguidamente, se indica cómo distintas legislaciones de defensa a los consumidores regulan la incorporación de pactos arbitrales en los contratos de adhesión, como son las de Argentina, Nicaragua, Guatemala, Panamá, El Salvador, Perú, Brazil, Bolivia, Ecuador, República Bolivariana de Venezuela, Colombia, Reino de España, Paraguay, entre otras.

Posteriormente, de fojas 4589 a 4595, el opositor cita parte de la obra del Doctor Gilberto Boutin, titulada Derecho Internacional Privado (editada en 2002, Edit, Mizrachi & Pujol), destacando puntos relativos: a la parte más débil en una contratación; lo que se entiende por contrato de adhesión; al desequilibrio que pueden generar por ser redactados por una de las partes, quien incluye condiciones generales que devienen en cláusulas abusivas; de manera que dichos contratos "entre un profesional y un consumidor la autonomía de la voluntad de las partes debe ser limitada, atenuada e incluso descartada"(fs.4592- 655 de la obra).

Seguidamente, el opositor desarrolla en punto denominado "IV.- LA LEY APLICABLE AL TEMA CONTROVERTIDO", indicando que en este caso, "dos comerciantes" acordaron un contrato de servicio marítimo dentro del territorio jurisdiccional de la República del Perú. Luego ante el tribunal marítimo de Panamá se presenta la controversia, que en primer lugar busca determinar cuál es la ley aplicable al supuesto pacto arbitral. Sostiene que el artículo 557 de la Ley 8va. es la norma de solución de conflictos de leyes en procesos marítimos, la cual obliga al juzgador a recurrir al derecho convencional de los tratados ratificados por Panamá. En ese sentido, el a-quo determinó que conforme al artículo 240 del Código de Bustamante "la forma de los contratos y actos mercantiles se sujeta a la ley territorial". Pretender que esta norma no es aplicable a materia arbitral porque fue hecha en 1928, como afirma el apelante, es como desconocer que la institución arbitral posee más de dos mil años de existir y que está vinculada a las regulaciones mercantiles. De manera que, a juicio del opositor, un "supuesto pacto arbitral destinado a resolver controversias derivadas de un contrato de servicios marítimos es, un acto o contrato mercantil y como tal jamás podrá evadirse del cumplimiento del artículo 240 del Código de Bustamante" como lo consideró la a-quo.

Adicionalmente sostiene que el apelante pretende construir un error de derecho argumentando que la forma y solemnidad del pacto arbitral "solamente puede ser vista a la luz de la Ley pactada por las partes", respecto a lo cual, según el opositor, desconoce que primero se tiene que establecer si la cláusula que contiene el pacto y la ley aplicable es válida según la ley del lugar donde se celebró el contrato. Siendo así, continúa afirmando que, la ley que rige la forma y solemnidad de los contratos "es la que el ordenamiento jurídico convencional y nacional han determinado y no la que las partes quieran aplicar a voluntad" (fs.4598).

Continúa comentando que en este caso la cláusula 16 de los términos y condiciones redactados unilateralmente por la naviera demandada, dice que las controversias se deben resolver por arbitraje conforme a los procedimientos de la Ley arbitral norteamericana y de acuerdo con las reglas de la sociedad de árbitros marítimos. Sin embargo, indica que las leyes especiales de arbitraje, como las leyes de

protección a los consumidores, así como la propia ley de enjuiciamiento civil española "tienden a prohibir el pacto arbitral y la cláusula atributiva de jurisdicción en todos los contratos de adhesión, sean estos redactados en documento único, al reverso del documento único o en documentos separados e incorporados a través de referencias. En legislaciones como la peruana, que posibilitan el pacto arbitral en documentos separados e incorporados referencialmente, se establece como requisito de forma y solemnidad que en el contenido del contrato principal, al momento de hacer la incorporación de términos y condiciones generales por referencia, se diga expresamente (con claridad que implique exteriorización de voluntad) que en aquel distante grupo de cláusulas consta un pacto arbitral, y ello es así para proteger al usuario adherente del contrato, "de que lo quieran sorprender, como lo han querido hacer en este caso"(Cfr. fs.4600).

Otro aspecto abordado por el opositor, es el que titula "V.- SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA INCIDENCIA DE DECLINACIÓN POR PRORROGA TÁCITA DE COMPETENCIA"(fs.4603). El argumento central sobre este particular es que la demandada contestó la demanda y no incidentó la declinación de competencia, luego realizó actos procesales y no dijo nada sobre el tema, finalmente corrigió su contestación de demanda y entonces introdujo la incidencia. Debido a lo anterior, estima el opositor, se configura una prórroga tácita de competencia debido a la omisión en someter la controversia al momento de contestar la demanda. Cita como fundamento de su alegato, los artículos 102 y 104 del CPM.

Para concluir el opositor desarrolla un último punto titulado "VI.- EL FALAZ ARGUMENTO DEL ACTO PROPIO DEL DEMANDANTE COMO JUSTIFICATIVO DE LA SUPUESTA ACEPTACIÓN DEL PACTO ARBITRAL." Alega que cuando ya carece el demandado de argumentos que le permitan evadirse de la aplicabilidad de la ley peruana a la forma y solemnidad, "la que violó", entonces se acuerda de la doctrina de los actos propios, esgrimida por el actor en su contra "pues cuando fue requerido en diligencia en el Perú para que aceptase el contrato que ni siquiera firmó, lo negó y posteriormente pretende argumentarlo en su favor"(fs.4607). Ahora, continúa sosteniendo, nos viene a decir que establecida la controversia dado los incumplimientos cometidos por la naviera, se produjeron reuniones entre los abogados norteamericanos de las partes y se produjeron cartas en las que se decía que había un contrato, y se produjeron posiciones en las que la demandante aceptó que había un contrato.

Sobre este particular los apoderados judiciales de la parte demandante-opositora al recurso de apelación, terminan expresando lo que a continuación se transcribe:

La demandada quiere ahora interpretar las reuniones, discusiones, desacuerdos, y frustradas negociaciones, como aceptaciones tácitas de pacto arbitral, lo que como ya hemos visto, se corresponde con doctrinas arbitrales inexistentes o cuando menos ya vencidas, en desuso, consideradas ahora como resabios de patológicas prácticas comerciales, en base a las cuales no se necesitaba más que la intención del proponente para obligar al adherente a ir a arbitraje porque las corrientes

proarbitralistas, obviamente defendidas por juristas dedicados a dichos menesteres, se ocupaban de aplicar un sistema de presunciones que hacían de lo supuesto, una verdad cómoda a sus intereses.

Como hemos visto, nada de eso es posible, ni jurídica ni moralmente, porque para arbitrar se necesita exteriorización expresa de la voluntad, lo que no ocurre en el presente caso, por tanto, mal puede configurarse una aceptación de pacto arbitral nulo. Por demás, la demandante jamás realizó ningún acto expreso ni tácito que implicase la aceptación de un arbitraje que ni siquiera conocía. (Fs. 4608 a 4609) (Subrayado y énfasis del opositor).

En base de las anteriores consideraciones, concluye el opositor manifestando que, el a-quo acertó en la selección de la ley aplicable y en las determinaciones fácticas que lo llevaron a negar la incidencia propuesta, por lo que solicita a la Sala Civil de la Corte que confirme la decisión apelada y se condene en costas al incidentista.

CRITERIO DE LA CORTE:

Luego de todo lo que se deja expuesto, esta Sala procede a realizar un breve recuento de ciertas consideraciones que giran en torno al punto controvertido sometido a esta Corporación en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la decisión de negar el incidente de declinatoria de competencia presentado por la parte demandante.

En ese sentido tenemos que nos encontramos ante un proceso ordinario marítimo instaurado por “x” y Otros contra la naviera “y” ante el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá, donde se demanda el incumplimiento de un Contrato de Servicio Marítimo, suscrito en el Perú, para el suministro de contenedores, reserva de espacio en los buques y la transportación de contenedores a los puertos de destino.

Dentro del escrito de contestación de demanda y en escrito aparte (fs.2236-2245), la parte demandada solicitó al tribunal marítimo la declinatoria de competencia hacia el foro arbitral de Nueva York ya que el contrato contiene una cláusula compromisoria arbitral (cláusula 16 parte II) que obliga a las partes a someterse a un proceso arbitral si surgieran disputas en la ejecución o interpretación del contrato. Adicionalmente en el contrato se indica el proceso de elección de los árbitros y la forma de iniciar el arbitraje. Dicho contrato fue registrado electrónicamente en el FEDERAL MARITIME COMMISSION (FMD) en Estados Unidos, conforme a las disposiciones de la OCEAN SHIPPING REFORMAN ACT, por tanto, ese contrato de servicios está sujeto a las referidas leyes y a las del Estado de Nueva York (cláusula 13 y 17). Consecuentemente, afirmó la demandada que, la causa debería decidirse mediante arbitraje de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19, numeral 3, en concordancia con el artículo 558 del CPM. También se alega como aplicable la Convención de Nueva York de 1958, norma internacional y

ley de Panamá, que obliga a los jueces a declinar la causa al foro arbitral escogido por las partes.

La contraparte básicamente fundamentó su oposición al incidente, en que el convenio arbitral es nulo de nulidad absoluta, ya que el mismo es un contrato solemne que requiere estar escrito y firmado por las partes, no siendo válida su aceptación tácita. Que de acuerdo al art. II de la Convención de Nueva York, ratificada por Panamá, le impone al juez remitir el litigio al arbitraje pactado, a menos que se compruebe que el mismo es nulo, ineficaz e inaplicable. Además, alegó, que es aplicable la ley sustantiva peruana.

El juez fija la controversia en la nulidad o no de la cláusula compromisoria arbitral, ya que el opositor cuestiona su validez por no llenar las formalidades de la ley sustantiva peruana.

Así, como se pudo observar en las motivaciones del fallo apelado, éste se basó en el artículo 557 del CPM para poder entrar a revisar la Convención de Nueva York, la cual estimó inoperante por no tener una norma de conflicto que determinara la ley aplicable a la forma de los contratos, por lo que hizo uso del artículo 240 del Código de Bustamante y de otras normas (CPM) de manera subsidiaria, para arribar a la conclusión que la forma de los contratos mercantiles se sujeta a la ley territorial o leyes del lugar de celebración del mismo, siendo en este caso la de Perú, que además, señaló el a-quo, regula "lo concerniente a las dudas sobre la existencia de clausula compromisoria arbitral". En ese orden de ideas, el a-quo cita un artículo de la Ley General de Arbitraje del Perú, que establecen la definición y forma del convenio arbitral, para concluir que el mismo debe constar por escrito o en la forma permitida por la ley, ya que de no ser así la sanción es la NULIDAD del pacto. Seguidamente, en la resolución se entra al examen de los contratos aportados y la forma en que fueron suscritos, para determinar la validez de la cláusula arbitral, la que finalmente es considerada nula por la ausencia de voluntad expresa del demandante (art. 98 Ley General de Arbitraje de Perú), por lo cual se establece como causal para los actos jurídicos en el num.1 del art.6 del Código Civil de Perú.

En este punto de las consideraciones expresadas por el fallo apelado, esta Sala de la Corte debe hacer una pausa y entrar al análisis de los cargos que formula la censura, toda vez que, el asunto de saber cuál es la norma de conflicto aplicable para efectos de indicarnos a qué ley hay que acudir para verificar circunstancias como: la definición, forma, validez y eventual nulidad del presente convenio arbitral, es decisiva para efectos de determinar si estas situaciones debieron ser examinadas por el a-quo antes de resolver la procedencia de la remisión de esta causa al foro arbitral extranjero o, si estaba obligado a declinar competencia inmediatamente a dicho tribunal para que el mismo examinara dichas situaciones.

El primer cargo que formula la censura contra el fallo impugnado consiste en que, el a-quo erró en la determinación de cuál era la ley sustantiva aplicable para verificar la validez de la cláusula arbitral contenida en el Contrato de Servicios No.6591, porque debió aplicar la ley pactada por las partes (ley de Nueva York) y no la del

lugar donde se celebró el contrato (Perú) como lo hizo. En ese sentido explica el apelante que el juez marítimo fundamentó su decisión en el artículo 240 del Código de Bustamante, que data de 1928 (30 años antes de que existiera la Convención de Nueva York en materia de arbitraje), por lo que ese Código no contiene "disposición alguna de conflicto de leyes que regule cláusulas o convenios arbitrales"; y, dicho artículo 240 se refiere a la cualidad del comerciante y a los actos de comercio. Igualmente, indica el censor que, el artículo 557 del Código de Procedimiento Marítimo no contiene reglas de conflicto para efectos de determinar la validez de una cláusula arbitral, siendo que actualmente existe en nuestra legislación una norma de conflicto de leyes específica con relación a la materia de arbitraje, que es nuestra Ley General de Arbitraje, contenida en el Decreto Ley No.5 de 18 de julio de 1999, citando seguidamente, el artículo 43 de esta ese texto legal que establece cuál es la Ley que regirá la capacidad de las partes, la ley aplicable al convenio arbitral en lo que afecta a su validez y efectos, entre otros puntos, en los casos en que el arbitraje sea comercial internacional.

Sobre lo expresado por el apelante hasta el momento, esta Sala debe expresar que coincide con algunos de sus señalamientos pues, en efecto, ni el Código de Bustamante ni el de Procedimiento Marítimo contienen disposición sobre conflicto de leyes para la materia del arbitraje internacional y, ciertamente, nuestro país cuenta con un nuevo ordenamiento jurídico en materia de arbitraje que se adecua a las exigencias del tráfico mercantil interno e internacional, contenido en el Decreto Ley No.5 de 8 de julio de 1999 que establece el "Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación". Esta ley deroga, entre otros, los artículos 558 y 559 de la Ley 8 de 1982 (CPM) y los artículos 1409 al 1411 y del 1412 al 1449 del Código Judicial y las demás disposiciones que le sean contrarias. Adicionalmente, su artículo 6 (último párrafo) dispone que: "La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de los Tratados, o Acuerdos Internacionales vigentes en Panamá".

Sobre este punto de los tratados o acuerdos internacionales vigentes en Panamá, hay que aclarar que el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado (aprobado por Ley 15 de 1928) únicamente se refiere a este tema en su artículo 432 donde autoriza la ejecución de sentencias de árbitros o componedores amigables pronunciada en el extranjero; consecuentemente, perdió vigencia respecto al arbitraje comercial internacional con la suscripción y ratificación de otros convenios internacionales relativos a esa materia en particular, que han constituido un cambio radical en la política convencional mantenida en el Continente desde la ratificación de dicho Código en 1928. Entre estos convenios internacionales está el de Nueva York de 1958, que se refiere al tema específico del "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras" (en materia civil como mercantil), respecto al cual nuestra legislación interna es compatible. También está vigente la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975(denominado Convenio de Panamá), aplicable al arbitraje internacional para materia de carácter mercantil únicamente y regula temas como son: del acuerdo entre las partes, nombramiento de árbitros, procedimiento, fuerza ejecutiva y reconocimiento y denegación de sentencias extranjeras. Igualmente, hay que

indicar que sus estipulaciones son completamente compatibles con las del Decreto Ley No.5, al punto que algunos de sus artículos han sido textualmente reproducidas en ese Decreto.

Otras normas del referido Decreto Ley No.5 de 1999 que hacen referencia al arbitraje comercial internacional, son los artículos 26, 43 y otros concordantes donde se expresa lo siguiente:

ARTICULO 26.

DERECHO APLICABLE AL FONDO

El Tribunal Arbitral aplicará las reglas de derecho si el arbitraje es de derecho y su libre criterio si el arbitraje es de equidad.

En caso de ser el arbitraje comercial internacional, se procederá en la forma prevista en el Artículo 43.

En todo caso, se tendrá en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles que se consideren de aplicación.

ARTICULO 27.

El Tribunal Arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los principios de contratos de comercio internacional de UNIDROIT."

Es importante observar con detenimiento lo dispuesto en estas normas, porque las mismas remiten al artículo 43 de la misma ley, que se titula "REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL". Es así, porque según el apelante ese artículo 43 es la norma de conflicto de leyes específica con relación a la materia en cuestión, es decir, la que el a-quo debió aplicar para verificar la validez del pacto arbitral, en lugar del Código de Bustamante, ya que en numeral 2 establece que:

ARTICULO 43. REGLAS DE DERECHO INTERNACIONAL.

1. ...

2. La ley aplicable al convenio arbitral, en lo que afecta a la validez y los efectos, será la expresamente designada por las partes, por si o a través del reglamento de una institución de arbitraje; en su defecto por la ley del lugar en donde haya de dictarse el laudo arbitral y si éste no estuviera determinado, por el lugar de celebración del convenio arbitral cuando este constase expresamente; en su defecto, por la ley panameña.

Esta Corporación coincide con el apelante cuando señala que esta norma es la "de conflicto" para saber a cuál legislación se debe consultar para verificar la validez y

efectos de un convenio arbitral. Sin embargo, esta norma está destinada al tribunal arbitral conformado en Panamá, al cual se le somete un arbitraje comercial internacional, como se desprende del artículo 26 del Decreto Ley que remite al antes citado artículo 43, dirigiéndose al Tribunal Arbitral respecto al "DERECHO APLICABLE AL FONDO". Por tanto, a juicio de esta Corporación para efectos del caso que nos ocupa, la citada norma tampoco es la que debió utilizar el tribunal marítimo para resolver la situación controvertida dentro del incidente de declinatoria de competencia, ya que su conocimiento en estos asuntos, como tribunal de la jurisdicción ordinaria, se encuentra limitado por el efecto procesal que produce un convenio arbitral, que consiste en la inmediata declinatoria de competencia a favor del tribunal arbitral y la remisión del expediente a ese tribunal, pactado tal como lo establece el artículo 11 de nuestra ley de arbitraje que a la letra dice:

"ARTICULO 11. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Los efectos del convenio arbitral son sustantivos y procesales: a. El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral.

b. El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al Tribunal Arbitral.

Los jueces y tribunales que conocieren de cualquier pretensión relacionada con un arbitraje pactado, se inhibirán del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas y de conformidad a lo previsto en la presente Ley.

En todo caso, si se plantease procedimiento ante un tribunal por esa causa, las actuaciones arbitrales proseguirán hasta su terminación, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral para juzgar acerca de su propia competencia en la forma establecida en esta ley, y de los recursos contra el laudo que se establecen en la misma.

También se entenderá que deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales,

Hay que recordar que esta ley derogó los artículos 558 y 559 del Código de Procedimiento Marítimo (y demás disposiciones que le sean contrarias), que integraban el Título VII denominado "ARBITRAJE", por lo que el tribunal marítimo debe atender a lo dispuesto por los preceptos que integran nuestra ley de arbitraje, para lo que tenga que ver con esta materia.

Sobre este aspecto del efecto procesal que produce la cláusula arbitral o compromisoria, es pertinente reproducir los comentarios expresados en la obra "EL ARBITRAJE COMERCIAL", de Lucío Bernal Herazo, donde alude a cómo debe proceder el tribunal común que conoce de la solicitud de arbitraje, destacando que éste no puede prejuzgar la validez de la cláusula compromisoria, veamos:

"El tribunal ordinario que conoce de la solicitud de arbitraje debe proceder de la siguiente manera:

1. ...

2.

Es conveniente decir que si el tribunal común que conoce de la solicitud de arbitraje no accede a la constitución del Tribunal arbitral, la parte solicitante podrá presentar nuevamente la petición mediante juicio ordinario, porque el juez no puede prejuzgar la validez de la cláusula compromisoria. Cabe expresar que contra la decisión del Juez, de constituir el Tribunal de arbitramento, proceden los recursos de revocatoria y de apelación ya que la resolución que se dicta es un auto.

Debemos señalar que la clausula compromisoria produce la excepción de incompetencia que consiste en el reclamo que formula una de las partes, mediante un incidente, para el cumplimiento forzoso de la cláusula arbitral ante el tribunal ordinario que conoce de la demanda que ha promovido la otra parte, pasando por encima de la cláusula (arts. 963, 486, inciso 2º, 1004 y 1764 C.J.)."

("EL ARBITRAJE COMERCIAL", Lucío Bernal Herazo, Panamá 1983, Litigrafía e Imprenta LIL, S.A., 1983, San José , p.66).

(Subrayado y énfasis es de la Sala).

Siendo así, debido al mencionado efecto procesal del convenio arbitral, que impone al tribunal común o de la jurisdicción ordinaria el deber de inhibirse del conocimiento de la causa y enviar de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma en que lo hubieran convenido, es lógico que su actuación, en todo caso, podría circunscribirse a examinar la forma escrita que debe tener el convenio arbitral, según lo dispuesto por los artículos 9 de nuestra Ley General de Arbitraje de 1999, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 11 de 1975 (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional), sin que con ello se entienda que se está verificando un asunto de fondo que le compete al tribunal arbitral.

En ese sentido y para que haya más claridad sobre este tema, la Sala se permite expresar las siguientes consideraciones.

Como se ha podido apreciar en los antecedentes del caso, el principal cuestionamiento que hicieron las demandantes en oposición a la petición de declinatoria de competencia, consistió en que el convenio arbitral es contrato solemne que requiere estar escrito y firmado por las partes, no siendo admisible su aceptación tácita, siendo a su juicio nulo.

Tales señalamientos quedan desvirtuados por lo que establece la legislación vigente y aplicable en nuestro medio el Decreto Ley N°5 de 1999, cuando dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 9. FORMA

El convenio arbitral deberá constar por escrito.

Se entenderá que el convenio adopta la forma escrita cuando conste en un documento firmado por ambas partes o en documentos intercambiados entre las partes por medio de télex, fax, correo electrónico o cualquier otra forma de comunicación que acredite la voluntad inequívoca de las partes.

En concordancia con la disposición transcrita podemos mencionar el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional que a la letra dicen:

"Artículo 1. Es válido el acuerdo entre las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de carta, telegramas o comunicaciones por télex.

En una publicación de la Revista IUSTITIA titulada "AMBITO DE APLICACION DEL CONVENIO INTERAMERICANO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CONVENIO DE PANAMA 1975)", se hace referencia a la interpretación y alcance del antes citado artículo 1º del Convenio, dentro del subtítulo "LIMITES RELATIVOS A LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL", calificándolo como una norma material uniforme y ante la cual el juzgador debe mantener una posición flexible, en el sentido de reconocerle validez a un acuerdo arbitral no firmado por las partes cuando las mismas en un contrato han estipulado la sujeción de éste a las condiciones generales preparadas por una organización profesional adscrita al contrato, toda vez ello constituyen una de las modalidades en que se admite la concertación de acuerdos arbitrales.

Si bien esta publicación está dirigida a la actuación del juez ante la solicitud de ejecución de sentencia arbitral dictada en el extranjero, y en este caso estamos ante su actuación previa al mismo proceso, es decir, ante la solicitud de remisión al arbitraje internacional, resulta pertinente citar algunos puntos ya que el examen

recae igualmente en la FORMA del documento contentivo del ACUERDO ARBITRAL y sus límites. Veamos, entonces parte de lo planteado:

5. LIMITES RELATIVOS A LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL

El Convenio precisa en el Artículo 1º que el acuerdo constará

Los Estados ratificantes, se obligan de acuerdo con el texto legal en estudio, a reconocer aquellos acuerdos arbitrales mediante los cuales las partes (personas naturales o jurídicas) se obliga a dirimir sus controversias presentes o futuras por árbitros. La Convención de Nueva York que sirvió de base a la de Panamá, mantiene esta orientación en el Artículo II, 1.

Ambas convenciones adoptan una forma más liberal relativa al acuerdo arbitral que la legislación interna de algunos de nuestro países de Latinoamérica, que exigen que conste además de escrito en documento público

Por otra parte, la precisión y técnica empleada en la redacción del Artículo 1 en cuanto a la forma del acuerdo arbitral, como elemento que nos ayuda a delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, hace pensar que no da lugar a dudas. Sin embargo, el tráfico mercantil como realidad práctica nos lleva a límites fronterizos donde pueden aflorar algunas interrogantes. Puede cuestionarse por ejemplo, si los Estados contratantes deben reconocer la validez a un acuerdo arbitral no firmado por las partes, cuando las mismas en un contrato de compra-venta, han estipulado la sujeción de éste a las condiciones generales preparadas por una organización profesional, adscritas al contrato, sin estar firmadas por ellas, y en las mismas figura una cláusula arbitral.

Con fines ilustrativos, veamos otro supuesto que constituye prácticas cotidianas de los comerciantes. Se suele comprar y vender utilizando comunicaciones por télex o fax y en los mismos se hace referencia a los términos y condiciones anteriormente convenidos y en los cuales puede figurar o no cláusulas arbitrales. Nos atrevemos a afirmar que de mediar una cláusula arbitral ésta debe considerarse válida.

Conviene precisar, también, que ambos Convenios no admiten una interpretación extensiva a formas verbales en la concertación de acuerdos arbitrales, aunque dentro de la forma escrita sí aceptan varias modalidades sin la exigencia de la necesaria autografía de los contratantes para todos los supuestos.

Finalmente, para concluir, debo indicar que el Convenio de Panamá ha sido poco estudiado y ello se justifica porque le sirvió de modelo el Convenio de Nueva York, el cual es ampliamente difundido; en el análisis del ámbito de aplicación de los Convenios, cuya solución a mi juicio es la de aplicar el Convenio que más favorezca el cumplimiento de lo convenido por las partes.

(Dr. Ulises Pitti "Ambito de Aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convenio de Panamá de 1975), publicado en Revista "IUSTITIA et PULCHRITUDO" No.10, Editorial: La Antigua. Panamá, 1994, pp.122 a 123).

Así las cosas, volviendo al caso que nos ocupa y en atención a lo que se deja expuesto, que resulta cónsono con lo que dispone nuestra Ley General de Arbitraje, hay que destacar que dentro de la forma escrita para la concertación de acuerdos arbitrales dentro de la contratación comercial moderna (especialmente en el sector marítimo) se aceptan diversas modalidades sin que sea imperativa la autografía o firma de los contratantes, como es la llamada incorporación por referencia de términos y condiciones (generales o particulares), que no son esenciales para la existencia del contrato pero que constituyen una de las modalidades más usadas hoy en día ya que en las mismas (en las condiciones generales) se encuentran incluidas las cláusulas de ley aplicable y jurisdiccionales o de arbitraje, las que son parte integral del contrato en virtud de la aludida incorporación por referencia, sin que tengan que estar firmadas por las partes. La incorporación por referencia a ese tipo de condiciones generales es frecuente en contratos de fletamento, de suministro de combustible, de seguro marítimo, de empleo de marinos, en los conocimientos de embarque y en el de servicios, como el que nos ocupa, entre otros destinados al comercio marítimo. Consecuentemente, no se justifica el cargo relativo a la falta de escritura de la cláusula arbitral pactada en este contrato.

Otro punto que cuestiona la censura sobre el criterio del a-quo en relación a este caso es que, éste a pesar de reconocer la existencia del Contrato de Servicios No.6591 entre "x" y "y", concluye que no se ha acreditado que en el mismo exista una cláusula que remita a las condiciones generales de contratación que posee "y" y que, en esas condiciones generales se encuentre la cláusula de arbitraje que alega la incidentista; siendo que, según afirma el censor, tal señalamiento no es cierto y el juez infringió las reglas de valoración probatorias que establece el Código de Procedimiento Marítimo, toda vez que en todas las pruebas donde consta el referido Contrato se encuentra específicamente la cláusula de ley aplicable y la de arbitraje.

Aún cuando la ley señala que en el recurso de apelación que se interpone ante esta Corporación, como tribunal de segunda instancia, contra las decisiones marítimas no se puede cuestionar la labor de valoración del material probatorio que hace el a-quo (art.483 CPM), esta Sala debe hacer la salvedad de que en este caso, lo que se aduce del contenido del Contrato de Servicios No.6591 involucra la discusión de

un asunto de derecho, ya que recae específicamente en la existencia o no de la cláusula de arbitraje dentro del mismo, sin que por ello se tenga que revisar cuál es el documento válido para decidir el fondo del proceso. En ese sentido, como bien indica el apelante, resulta sorprendente que aun cuando el juzgador de primer grado reconozca la existencia del Contrato, sostenga que no se ha acreditado la cláusula de arbitraje, cuando es evidente que en todas las versiones o ejemplares del mismo, que han aportado ambas partes, coinciden en establecer las mismas cláusulas 16 y 17 de la parte II, que son respectivamente el pacto de arbitraje a Nueva York y el de ley sustantiva aplicable a favor de las leyes de Nueva York y Estados Unidos (OSRA). Así, entre los siete casos que cita el apelante, de los cuales tres fueron aportados por él y cuatro por la contra parte(fs.4441), esta Sala ha podido verificar la certeza de tal señalamiento, como por ejemplo en los contratos que figuran a fojas 2848 y 2849 del Tomo VII y 3340 del Tomo IX, que a la letra dicen:

"16. Disputes

In case of a dispute arising under or relating to this Contract, the Shipper and "y" each agree to submit the matter under dispute to arbitration in the city of New York or in such other location as the parties may agree. Either party hereto may call for arbitration by giving notice thereof in accordance with Article 12 (Written Notice) of this Contract. Each party shall appoint an arbitrator. In the event either party fails to appoint an arbitrator within twenty (20) days the other party, without further notice, may appoint a second arbitrator with the same force and effect as if said second arbitrator had been appointed by the party that originally failed to do so. The two arbitrators so chosen shall elect a third arbitrator. The three arbitrators are to be commercial men familiar with ocean shipping. In the event the two arbitrators so chosen are unable to agree upon the appointment of the third arbitrator within thirty (30) days, the third arbitrator shall be appointed by the Society of Maritime Arbitrators.

The decision of a majority of the arbitrators shall be binding on the parties. The arbitration shall be held under and pursuant to the terms and procedures of the United States Arbitration Act and in accordance with the rules of the Society of Maritime Arbitrators. The award made in pursuance to this article may include attorney's fees and expenses and judgement may be entered upon and award hereunder in a court of competent jurisdiction."

La traducción de lo anterior se puede apreciar a fojas 3470 de este expediente dentro del recurso de apelación y en la síntesis del mismo que previamente se ha hecho en este fallo.

También es importante destacar que, según el apelante, lo único cierto que dijo el a-quo sobre el contenido del contrato de servicios es que la Parte II del mismo no fue firmada por el Ing. Torres, lo cual se explica porque, lógicamente, dicha parte fue incorporada por referencia.

En ese orden de ideas, esta Sala debe reiterar que esa modalidad de la incorporación por referencia de una parte del contrato (donde se encuentran cláusulas, como la de arbitraje) sin que en la misma este la firma de los contratantes, es perfectamente válida en estos contratos de comercio marítimo.

Sobre ese particular, como bien lo señaló la censura, es pertinente destacar el testimonio del Gerente General de "x" (Ing. _____) (Cfr. fs.3709 a 3714 Tomo X) cuando en la audiencia especial reconoció que, por instrucciones de _____ (Presidente y Rep. Legal de "x"), suscribió y envió por fax a "y" las tres páginas contentivas de la Parte I del Contrato y firmó la tercera página de esa parte, donde se expresaba lo siguiente:

"It is mutually agreed that this contract shall be performed in accordance with the provisions consisting of part I and the terms and conditions set forth in Part II. Part II Terms and conditions found in Rule 100 of governing tariff maeu" (traducido al español):

Queda mutuamente acordado que este contrato se cumplirá de conformidad con las disposiciones contemplada en la Parte I y los términos y condiciones establecidos en la Parte II. Los términos y condiciones de la Parte II se encuentran en la Norma 100 de la Tarifa MAEU vigente". (fs.3710).

En virtud de lo que se deja expuesto, el hecho de que la Parte II del Contrato de Servicios (donde está la cláusula de arbitraje y ley sustantiva aplicable) no haya sido firmada por el Gerente de la demandante-"x", no implica la invalidez o nulidad de su contenido, pues la misma fue incorporada por referencia a través de la Parte I de dicho Contrato, siendo que ésta última parte sí fue firmada y reconocida por la demandante.

Finalmente, a partir de fojas 4494 el apelante hace referencia a la opinión de abogados norteamericanos sobre la validez de la cláusula de arbitraje según las leyes de Nueva York, y llama la atención de esta Sala en cuanto que "x" no cuestionó nada al respecto sino que se limitó a preguntar sobre las discrepancias que presentaban las dos versiones del Contrato de Servicios presentado por las partes, respecto a lo cual estos abogados advirtieron que dichas divergencias no afectan las cláusulas de arbitraje y ley sustantiva, pero que las mismas son situaciones de fondo que los árbitros deberían resolver.

En efecto, el conocimiento de esta Corporación y del tribunal marítimo ante esta incidencia, mediante la cual se solicita la remisión del proceso a favor del arbitraje en Nueva York, debe circunscribirse a verificar la existencia del respectivo convenio o cláusula arbitral, en atención a lo normado por nuestra ley de arbitraje, siempre en concordancia con los tratados internacionales suscritos por Panamá, ya que el efecto procesal de dicho convenios es la inhibición de los jueces y tribunales ordinarios y el reenvío inmediato de las parte al arbitraje (art.11 lit.b Decreto Ley No.5 de 1999).

En cuanto a la Doctrina de los Actos Propios, respecto a la cual el apelante acusa a la juez a-quo de haberla interpretado erróneamente por aplicársela a él y no a "x", quien fue, según afirma, " la única parte que fue contra sus propios actos", a juicio de esta Sala, no era pertinente la aplicación de esta doctrina por parte del tribunal para efectos de resolver la presente incidencia, ya que el hecho de entrar a calificar las conductas "previas, concluyentes e incompatibles" de una de las partes, con sus conductas posteriores, es propio del examen de fondo del proceso y, como se tiene dicho, en esta etapa el juzgador debe limitar su conocimiento a la existencia o no de la cláusula arbitral pactada por las partes dentro del contrato, para resolver si declina competencia a favor del tribunal arbitral o continúa conociendo. A pesar de este criterio, esta Corporación debe reconocer , como bien indicó el censor, que en los hechos de la demanda instaurada por "x" ante el tribunal marítimo, ésta manifestó que celebró el Contrato de Servicios con "y" y presentó como prueba (N°16) dicho contrato con sus Partes I y II, incluyendo en ésta última la cláusula de arbitraje, lo cual debió bastarle al tribunal para acceder a la declinatoria de competencia, sin que ello implique la aplicación de la Doctrina de los Actos Propios o "stoppel".

Siendo así, tenemos que concluir, que en este momento procesal no corresponde a los tribunales examinar la validez del contrato de servicios como medio de prueba, pues ello constituye una cuestión sobre el fondo del negocio que deberá ser resuelta con posterioridad por el tribunal arbitral designado por las partes.

Así las cosas, resulta evidente que en las distintas versiones del Contrato de Servicios que han presentado las partes litigantes, incluyendo en la que se presentó como prueba con la demanda, existe la cláusula 16, que constituye un arreglo escrito, formalmente válido, para acudir a la justicia arbitral ante cualquier disputa en virtud o con relación a dicho contrato. Por tanto, lo que se impone es la declinación de competencia por parte del tribunal de la jurisdicción marítima de Panamá a favor del tribunal de la jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al Tribunal Arbitral acordado por las partes, siendo en este caso el de Nueva York.

Finalmente sólo cabe expresar que en múltiples fallos esta Sala de la Corte le ha reiterado al Tribunal Marítimo que, en casos como el presente, donde existe una cláusula de sumisión de jurisdicción a la justicia arbitral, plenamente acreditada con la aportación del respectivo contrato, lo procedente es que se acceda a la declinatoria correspondiente, declarando viable la solicitud de incompetencia que promueve la parte, toda vez que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes pactada en dichos contratos, conforme lo establece el numeral 3 del artículo 19 de la Ley 8 de 1982. En ese sentido, podemos mencionar las sentencias de 3 de mayo de 1999 (SUNLIGHT MARINE Co. LTD vs SINOTRANS), 11 de febrero de 2000 (FLOTILLA INDUSTRIES INC. y Otros vs LATVIAN SHIPPING Co), 9 de julio de 2003 (NIPPON YUSEN KAISHA vs ER HAMBURG SCHIFFAHRTSGRSELLSCHAFT MBH & Co.), y 11 de octubre de 2004 (AIG UNION Y DESARROLLO, S.A. vs GUANZHOU OCEAN SHIPPING Co.), en esta última sentencia, además de señalarse que estas cláusulas arbitrales se sustentan

en el principio de la autonomía de la voluntad que rige la contratación comercial de carácter internacional, se aludió al hecho de que, a estos contratos no les es aplicable la ley de protección al consumidor ya que la misma está destinada al consumidor local; adicionalmente, se abordó el tema relativo a que no opera una prórroga tácita de competencia porque el demandado haya presentado su incidente de declinatoria de competencia con el escrito de corrección de contestación de demanda.

Por todo lo que se deja expuesto, esta Sala de la Corte procede a revocar la decisión del tribunal de primera instancia objeto de este recurso de apelación.

En consecuencia, la Corte Suprema, SALA DE LO CIVIL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA el Auto No.87 de 12 de mayo de 2003 dictado por el Segundo Tribunal Marítimo de Panamá y en su lugar:

- 1- DECLARA PROBADO el Incidente de Declinatoria de Competencia; y,
- 2- ACCEDE a la solicitud de Declinatoria de Competencia presentada por la demandada;
- 3- DECLARA INHIBIDO al Segundo Tribunal Marítimo de Panamá en el presente proceso ordinario marítimo instaurado por “x”., y otros contra “y”, trading name of the _____;
- 4- ORDENA la inmediata remisión del expediente al Tribunal Arbitral convenido por las partes (art. 11, Decreto Ley No.5 de 10 de julio de 1999);
- 5- MANTIENE la fianza otorgada mediante carta de garantía del Britannia Steam Ship Insurance Association Limited por la suma de US\$_____ a órdenes del Segundo Tribunal Marítimo hasta tanto finalice el proceso arbitral en Nueva York; y,
- 6- CONDENA en COSTAS a la parte demandante-opositora en la suma de MIL DOLARES (US\$1,000.00) a favor de la demandada-incidentista.

Notifíquese y Cúmplase.

ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

JORGE FEDERICO LEE -- JOSÉ A. TROYANO

SONIA F. DE CASTROVERDE (Secretaria)

II. Anexo 2. Arancel para el cálculo de los gastos del arbitraje, vigente a partir del 1º de Octubre de 2011 (pesos mexicanos)

MONTO EN LITIGIO	TASA ADMINISTRATIVA*	HONORARIOS DE UN ÁRBITRO*
Hasta 500,000	20,000	43,200
De 500,001 a 1,000,000	20,000 + 1.60% del excedente del L. sobre 500,000	43,200 + 3% del excedente del L. sobre 500,000
De 1,000,001 a 5,000,000	28,000 + 1.40% del excedente del L. sobre 1,000,000	58,200 + 2.40% del excedente del L. sobre 1,000,000
De 5,000,001 a 10,000,000	84,000 + 1.20% del excedente del L. sobre 5,000,000	154,200 + 1.80% del excedente del L. sobre 5,000,000
De 10,000,001 a 25,000,000	144,000 + 0.80% del excedente del L. sobre 10,000,000	244,200 + 1.20% del excedente del L. sobre 10,000,000
De 25,000,001 a 50,000,000	264,000 + 0.40% del excedente del L. sobre 25,000,000	424,200 + 0.60% del excedente del L. sobre 25,000,000
De 50,000,001 a 100,000,000	364,000 + 0.16% del excedente del L. sobre 50,000,000	574,200 + 0.24% del excedente del L. sobre 50,000,000
De 100,000,001 a 250,000,000	444,000 + 0.8% del excedente del L. sobre 100,000,000	694,200 + 0.12% del excedente del L. sobre 100,000,000
De 250,000,001 a 500,000,000	654,000 + 0.06% del excedente del L. sobre 250,000,000	874,200 + 0.09% del excedente del L. sobre 250,000,000
De 500,000,001 a 1,000,000,000	714,000 + 0.04% del excedente del L. sobre 500,000,000	1,099,200 + 0.06% del excedente del L. sobre 500,000,000
1,000,000,000 ó más	914,000	1,399,200 + 0.03% del excedente del L. sobre 1,000,000,000

*Los montos no incluyen IVA

III. Anexo 3. Arancel para el cálculo de cuotas administrativas y honorarios de los árbitros *

Monto de la controversia	Cuota administrativa	Honorarios de un árbitro 1	
		Mínimo	Máximo
700,001 a 1,000,000	18,000 + 1.79% del excedente del límite inferior	16,500 + 2.20% del excedente del límite inferior	42,000 + 5.40% del excedente del límite inferior
1,000,001 a 3,000,000	37,521 + 1.13% del excedente del límite inferior	42,900+ 1.30% del excedente del límite inferior	82,500 + 3.25% del excedente del límite inferior
3,000,001 a 5,000,000	82,269 + 0.85% del excedente del límite inferior	93,600 + 0.90% del excedente del límite inferior	180,000 + 2.25% del excedente del límite inferior
5,000,001 a 10,000,000	115,929 + 0.54% del excedente del límite inferior	128,700 + 0.60% del excedente del límite inferior	247,000 + 1.50% del excedente del límite inferior
10,000,001 a 50,000,000	169,389 + 0.15% del excedente del límite inferior	187,200 + 0.215% del excedente del límite inferior	360,000 + 0.5375% del excedente del límite inferior
50,000,001 a 100,000,000	288,189 + 0.056% del excedente del límite inferior	354,900 + 0.08% del excedente del límite inferior	682,500 + 0.20% del excedente del límite inferior
100,000,001 a 200,000,000	387,363 + 0.030% del excedente del límite inferior	416,250 + 0.036% del excedente del límite inferior	1,040,625 + 0.09% del excedente del límite inferior
200,000,001 a 500,000,000	454,323 + 0.030% del excedente del límite inferior	483,750 + 0.0326% del excedente del límite inferior	1,209,375 + 0.0816% del excedente del límite inferior
500,000,001 o más	655,203 + 0.030% del excedente de límite inferior Hasta un máximo de \$1,050,000	667,500 + 0.0326% del excedente del límite inferior	1,668,750 + 0.0816% del excedente del límite inferior

- * Aprobado por el Consejo Directivo de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México el 9 de diciembre de 2013.
- * El arancel aplicable será el que esté vigente en el momento de su aplicación.
- * Las cantidades están en pesos mexicanos y no incluyen el Impuesto al Valor Agregado.
- * Tratándose de reclamaciones en moneda extranjera o en unidades de inversión, se aplicará el tipo de cambio o el valor respectivamente, al momento en que se solicitan los anticipos y al momento en que se determina el costo total del arbitraje. El tipo de cambio y el valor serán los publicados por el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación.
- * Las cantidades podrán variar, a discreción de la Comisión, de acuerdo con las características generales del procedimiento arbitral correspondiente.
- 1 La cifra resultante será aplicable en los casos de un solo árbitro, aumentándose de manera discrecional hasta el triple si son tres árbitros. La aplicación del monto mínimo o máximo depende de la complejidad y duración del procedimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- BONELL, Michael J., "I Principi Unidroit dei Contratti Commerciali Internazionali: Origini natura é finalitá", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 68/1, 1996.
- BRUNETTI, Antonio, *Derecho Marítimo Privado Italiano*, Barcelona, Bosh, 1950.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., Tomo II, 1981.
- Código Civil Federal, 1928, México.
- Código de Comercio, 1889, México.
- Código Federal de Procedimientos Civiles, 1943, México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México
- Contradicción de tesis 51/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, Materia Civil, Primer Circuito. 11 de enero de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: Olga Sánchez Cordero de García Villegas y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Eligio Nicolás Lerma Moreno. Tesis de jurisprudencia 25/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintinueve de marzo de dos mil seis.
- CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado*, parte especial, segunda edición, Oxford, México, 2012.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975.
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* 22 de junio de 1971.
- Da Silva, José Alfonso, *Aplicabilidad de las Normas Constitucionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 149.
- "Diagnóstico sobre la Oferta de Servicios de Transporte Marítimo de Línea Regular, entre México y el Mundo", Coordinación General de Puertos de la Marina Mercante, disponible en internet en la página de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes: http://www.sct.gob.mx/fileadmin/CGPMM/transporte/DIAG_2009NEW.pdf
- DUPUIS, Juan Carlos, *Mediación y Conciliación*, cuarta edición, Abeledo-Perrot, Argentina, 2004.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA, L, *Derecho Mercantil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1995.

FONTAINE, M., “Les principes pour les contrats commerciaux internationaux élaboré par unidroit”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 68/1, 1996

Gaceta Oficial Digital de Panamá, 2009, disponible en: <http://www.amp.gob.pa/newsite/spanish/ley8.pdf> (consultado el 30/03/2015)

GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983.

GARZA MAGDALENO, Fernanda, “El Arbitraje en México”, disponible en la página de Internet del Instituto Tecnológica Autónomo de México: <http://cdei.itam.mx/GarzaArbitraje.pdf>.

GONZÁLEZ DE COSSÍO Guadalajara, Francisco, “Hacia una definición mexicana de orden público”, Reporte en línea del Centro de Arbitraje de México, No. 36, disponible en <http://www.camex.com.mx/reporteonlinea.html> al 26 de marzo de 2009.

GONZÁLEZ DE COSSÍO Guadalajara, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, D.F., 2004.

GONZALEZ GLIGIOLLA, Abreu, “Las Convenciones Internacionales y el “Derecho Vivo” como medios para la unificación del derecho marítimo”, *Revista, Centro de Estudios Internacionales Año 1, N° 1, Valencia, Enero-Diciembre 2005.*

ILLESCAS ORTÍZ, Rafael, y PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Derecho Mercantil Internacional: El Derecho Uniforme*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Universidad Carlos III de Madrid, 2003.

J. CAIVANO, ROQUE, “La cláusula arbitral y la cesión del contrato que la contiene”, p. 5 y 6, disponible en internet en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr2.pdf>

Jurisprudencia 1a./J. 25/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXIV, 2006, p. 5.

Jurisprudencia por contradicción de tesis 78/2007-PS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 2007.

KELSEN, Hans, “Validez y eficacia del Derecho”, p. 50, Disponible en internet en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1956/10.pdf>.

LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso., “El Unidroit: Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, número 27, 1998.

Ley de Navegación y Comercio Marítimos, 2006, México.

Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “Los Mecanismos de Solución de Controversias en el tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea”, disponible en internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/749/15.pdf>.

MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, (coord.), *Derecho Internacional. Visiones contemporáneas*, México, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, 2008.

MIAJA DE MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado*, tomo II, Atlas, Madrid, 1972.

OVIEDO ALBÁN, Jorge, *La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Mercantiles*, Conferencia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2002.

Página electrónica de la Cámara Nacional de Comercio, <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=108&con=informacion>

Página electrónica de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres, <http://www.lmaa.org.uk/lmaa-bimco-clause.aspx>

Página electrónica de la Cámara Internacional de Transportes marítimos (ICS), <http://www.ics-shipping.org/about-ics/membership>

Página electrónica de la Cámara Mexicana de la Industria del Transporte Marítimo, <http://www.cameintram.org/home.html>

Página electrónica de la Cámara Nacional de Comercio, <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=29&con=informacion>, consultado el 27 de Febrero de 2015.

Página electrónica de la Cámara Nacional de Comercio, <http://www.arbitrajecanaco.com.mx/home/contenido.php?id=59&con=informacion>, consultado el 27 de Febrero de 2015.

Página electrónica de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/yearbooks/yb-1968-70-s/vol1-p19-47-s.pdf>

Página electrónica de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html

Página electrónica de la Organización de Estados Americanos, http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm

Página electrónica de la Organización Marítimo Internacional, <http://www.imo.org/About/Pages/Default.aspx>

Página electrónica de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, <http://www.semarnat.gob.mx/temas/agenda-internacional/omi>

Página electrónica de la Sociedad de Árbitros Marítimos, <http://www.smany.org/smamodelarbitrationclause.htm>

Página electrónica del Centro de Arbitraje de México <http://www.camex.com.mx/index.php/arbitraje-cam/estadisticas> (Consultado el 27 de febrero de 2015)

Página electrónica del Centro de Arbitraje de México <http://www.camex.com.mx/index.php/publicaciones/criterios-jurisprudenciales-relevantes/312-incidente-de-reconocimiento-y-ejecucion-de-laudo-arbitral-no-son-recurribles-las-resoluciones-intermedias-dictadas-en-el-interpretacion-del-articulo-1463-del-codigo-de-comercio>

Página electrónica del Centro de Arbitraje de México, <http://www.camex.com.mx/images/html/arancel-tabla2011.htm>, (consultado el 27 de Febrero de 2015)

Página electrónica del Comité Marítimo Internacional, <http://www.comitemaritime.org/Home/0,271,1132,00.html>

PEREZNIETO, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, parte general, novena edición, México, Oxford, 2011.

REDORTA, Joseph, "La justicia del Futuro", *Courts and Mediation New Paths for Justice*, European Press Academic Publishing, Italia, 2011.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp>

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>

Resolución de Segunda instancia, Tribunal:Corte Suprema de Justicia, Panamá, Sala:Primera de lo Civil, Ponente:Alberto Cigarruista Cortez, Fecha:01 de junio de 2005, Materia:Civil, Apelación, Expediente:179-03. (Acompañado a la presente investigación como anexo 1).

SAPPIDEEN, Razeen, *Harmonizing international commercial law through codification*, Journal of World Trade, Kluwer Law international, 2006.

SCIALOJA, Antonio, *Sistema de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Bosh, 1950.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2ª ed., Oxford, México, D.F., 2001.

SIQUEIROS PRIETO, José Luis, "El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales",

- PAUTA, Boletín informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, No. 40, Mayo, 2003.
- SIQUEIROS PRIETO, José Luis, "La Cooperación internacional", en *Jurídica*, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 19, 1988-1989.
- SIQUEIROS, José Luis, "Las reformas (1993) referentes al arbitraje comercial en México", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. X, 1994.
- Tesis 1303/2001, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época 2001.
- Tesis 286/77. *Semanario Judicial de la Federación*, novena época 2007.
- Tesis 811/2006, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época 2007.
- Tesis aislada, amparo en revisión 127/2010, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, 2010.
- Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Tomo X, 1999.
- Tesis P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, 1999.
- Tesis, amparo en revisión, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, 2006.
- Tesis: IV.2o.A.215 A, *Semanario Judicial de la Federación*, novena época 2007.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 1993.
- Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea, 2000.
- TREJO GARCÍA, Elma del Carmen, "Los Tratados Internacionales como Fuente de Derecho Nacional", Dirección General de Bibliotecas, Cámara de Diputados, disponible en internet: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-01-06.pdf>.
- Unión Europea, Dirección General de Prensa y Comunicación, "La Globalización en Beneficio de Todos", Diciembre de 2002.
- URY, William, Ponencia: "Primer Congreso Nacional de Mediación Empresarial", Valencia, España, 11 y 12 de marzo de 2005.
- VÁSQUEZ DEL MERCADO CORDERO, Oscar, *Contratos Mercantiles Internacionales*, México, Porrúa, 2009.