

DISPOSICIONES IMPERATIVAS EN EL ARBITRAJE

1. En mi nota anterior dije que un laudo es una solución contractual, no una sentencia; es el cumplimiento del acuerdo de solución convenido entre las partes. Como tal contrato está sujeto a regulación, que incluye disposiciones imperativas con el propósito de preservar los principios fundamentales de la justicia, así como para que se satisfagan las expectativas de las partes en el sentido de que deben prevalecer el contrato y los usos aplicables.

2. En esta nota menciono estas disposiciones y hago breves apuntes. Tengo el proyecto de desarrollarlas en notas pequeñas y claras. Pero desde ahora recomiendo tenerlas presentes ya que son esenciales; cualquier desvío puede llevar a la frustración, total o parcial, del arbitraje.

EL ACUERDO DE ARBITRAJE

3. No se valen sorpresas; el acuerdo de arbitraje: (i) no puede ser general; (ii) no puede afectar derechos de terceros; (iii) solo se puede convenir el arbitraje respecto de disputas que hayan surgido o puedan surgir de una determinada relación jurídica (Cco a. 1496-I). Lo mas común es incluirlo en el contrato; pero también puede convenirse una vez que la disputa surgió.

4. El acuerdo de arbitraje tiene la importante función de fijar la competencia del árbitro. Su violación puede dar lugar a que se reclame la incompetencia e, incluso, a que se deniegue el reconocimiento y la ejecución del laudo.

5. La redacción defectuosa del acuerdo suele dar lugar a confusiones y desastres. Por eso recomiendo los acuerdos cortos y sencillos; que ya sufrieron y resistieron con éxito

la experiencia de ser impugnados y mal interpretados. Vale la pena consultar en las páginas de la Uncitral y de instituciones arbitrales reconocidas. Ahí pueden verse los machotes que recomiendan y que, con pequeños ajustes, pueden acomodarse al caso. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Uncitral (www.uncitral.org), propone en un apéndice:

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.

Nota. Las partes deberían considerar agregar lo siguiente:

- a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la institución o persona);*
- b) El número de árbitros será de ... (uno o tres);*
- c) El lugar del arbitraje será ... (ciudad y país);*
- d) El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ...*

6. Por la experiencia de los riesgos que crean, subrayo en párrafo separado la importancia evitar a los inventores; aquellos que dicen; --yo tengo mi fórmula de acuerdo de arbitraje.

7. La materia de la disputa debe ser arbitrable en el lugar del arbitraje; lo que es arbitrable en Estados Unidos, puede no serlo en México. En este aspecto, conviene averiguar la arbitrabilidad en el lugar del arbitraje y en los lugares en los que se prevé demandar el reconocimiento y la ejecución del laudo.

8. En general son arbitrables los derechos disponibles. No son arbitrables cuestiones del derecho familiar, ciertas materias sujetas al orden público; ni las disputas que den lugar a un laudo afecte directamente derechos de terceros. No afecta los derechos de un tercer acreedor un laudo que condenara a su deudor a pagar una cantidad que produjera su insolvencia.

9. El acuerdo de arbitraje debe constar por escrito (Cco a. 1423). A la problemática de este tema tengo planeado darle buen tratamiento posterior; hay mucho que considerar, entre otros: (i) la satisfacción del requisito de la forma escrita del acuerdo; (ii) las consecuencias del incumplimiento de la forma escrita, que constituye una nulidad relativa y que provisionalmente produce sus efectos.

10. El requisito de la forma escrita aparece en un texto incorporado al Cco en 1993. Desde entonces, la evolución de la tecnología de la información y los usos han generado cambios importantes. Por ejemplo, la legislación sobre comercio electrónico incorporada en nuestro Cco (Título Segundo del Comercio Electrónico, aa. 89 a 114, CFPC a 210-A) y las elaboraciones del grupo de trabajo de arbitraje comercial en la Uncitral, que culminaron en el año 2006.

EL ÁRBITRO

11. El árbitro debe ser imparcial e independiente. Imparcial significa que no debe inclinarse o ser partidario de una de las partes o que no tenga opiniones duras sobre las materias de la disputa. Independiente significa que no depende económicamente, directa o indirectamente, de una de las partes.

12. La dependencia se manifiesta en hechos. La falta de independencia suele estar relacionada con cuestiones que resultan de la relación de un árbitro con una de las partes. Puede ser financiera o de otra naturaleza; por ejemplo, el árbitro propuesto actúa con frecuencia como consejero legal de una parte o es su compadre. La imparcialidad es subjetiva, se aprecia considerando circunstancias que pueden dar lugar a aparentes prejuicios del árbitro, ya sea en relación con una de las partes o en relación con las cuestiones de la disputa.

LA CARTA MAGNA

13. El Cco (a. 1434) dispone que debe darse a las partes trato igual y plena oportunidad de presentar el caso. Se le ha llamado la *Carta Magna* del arbitraje; todo

el arbitraje se apoya en esta disposición que garantiza la justicia en el arbitraje (su fuente a.18 LMA).

LA LEY DE LA SUBSTANCIA Y EL CONTRATO.

14. El artículo 1445 (LMA a.28), establece diversos supuestos para fijar la ley de la substancia del arbitraje, o que el arbitraje se llevará en equidad. Pero en su párrafo final tiene una disposición imperativa que satisface el propósito de las partes de que se aplique su contrato. El párrafo final dice:

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del convenio y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

15. Por ejemplo, si el contrato estipula que la pena convencional será de dos veces el monto de la obligación incumplida, en un juicio mercantil se declararía nula la cláusula o se modificaría para ajustarla al CCF (a. 1843). Pero en el arbitraje las partes quieren que se cumpla el contrato; la nulidad o modificación de la cláusula no sería procedente.

16. La referencia al contrato no implica su aplicación literal. Ya comenté las limitaciones del lenguaje escrito y la intervención de abogados (*La ley y los hechos en el arbitraje comercial*, párrafo 11). En la investigación del verdadero sentido del contrato es imprescindible considerar la manera en que las partes le dieron cumplimiento; son los hechos, siempre los hechos, lo que importa

EL LAUDO

17. El laudo debe ser firmado y otorgado por escrito (Cco a, 1448). Respecto de los conceptos de firma y escrito en el laudo, se está desarrollando gran polémica en la comunidad arbitral internacional. Buena parte de la problemática, es similar a las cuestiones que propuse arriba en los párrafos 9 y 10.

29 de enero de 2025. José María Abascal