

ICC MEXICO

PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.



Arbitraje.

No. 79 SEPTIEMBRE 2016

No. 79 Septiembre 2016

ICC México PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

Consejo Editorial

Presidente ICC México

Lic. María Fernanda Garza Merodio

Vicepresidentes ICC México

Dr. Claus von Wobeser

Lic. Rodrigo Quintana Kawage

Lic. Alberto Espinosa Desigaud

Tesorero ICC México

Lic. Luis Fernando Mendoza Arroyo

Directora General ICC México

Lic. Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. Laura Altamirano López

(Editor responsable de Pauta)

Gerente de Comisiones y Grupos de Trabajo

Lic. María Fernanda David González

Coordinador de Comunicación Interna y Externa

Lic. Rolando Almada Reyes Couret

Creación en formato Electrónico

Lic. Rafael Rios Kunkel

Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara

Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC México.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción sin el permiso escrito de ICC México.

Título de la publicación: «ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»

Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López

Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106

Número de Certificado de Licitud de Título: 11518

Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105

Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5 Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.

Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628

Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo Número 04 - 2009 - 071614425400 - 203 Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

web: www.iccmex.mx

e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx



James A. Graham

Socio de 3CT S.C. y profesor de Derecho Internacional y Arbitraje en la Universidad de Nuevo León. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de París II Panthéon-Assas. Cuenta con una maestría y doctorado en la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne. También cuenta con un diploma del Instituto de Altos Estudios de París. Integrante del Comité de Arbitraje Nuevo León de ICC México.

Muchas definiciones existen en relación con el principio general de Derecho. De manera práctica, podemos identificar dos tipos de principios: los que existen *a priori*, y los que se constan *a posteriori*. Los primeros se basan en valores morales, éticos, religiosos, etc., y funcionan como una matriz axiológica de la cual emergen las reglas. El mejor ejemplo es el conocido principio del *Pacta sunt servanda*, que fue un valor sagrado del Derecho canónico, basado en el hecho de que si alguien promete algo y no cumple, quiere decir que mintió en el momento de la promesa, lo que es un pecado grave. El Derecho laico retomó este postulado, y como principio general de Derecho, a su vez se deduce de el el principio de la buena fe por ejemplo. De este subprincipio se deduce por ejemplo la regla que él que recibió una mercancía que no corresponde al pedido, no obstante tiene que tomar cuidado de ella, hasta que el vendedor pueda recuperarla. Los segundos se obtienen por inducción de las diversas soluciones existentes en las leyes, sentencias, laudos, usos, etc., porque sí la gente lo hace es porque así es lo correcto.

La materia arbitral normalmente está regida por pocas reglas jurídicas expresas, se basa esencialmente en documentos contractuales muchas veces confusos, lo que da lugar a la necesidad de tener principios de interpretación. Asimismo, en ausencia de un Derecho aplicable preciso, se debe de recurrir a los principios generales para llenar las lagunas (1). Esos principios descubiertos por la jurisprudencia a través de los años han dado lugar a una cierta codificación, que sin embargo es progresiva (2). Finalmente, el panorama no sería completo, si no se mencionaría la problemática de los principios generales deducidos de valores morales (3).

1. Los principios generales jurisprudenciales

Veremos primero los principios generales que la jurisprudencia internacional ha cristalizado, para después ver aquellos principios que existen en diversos sectores industriales y comerciales, para finalizar con los principios establecidos por los tribunales mexicanos.

A - Los principios generales internacionales

A través de la jurisprudencia judicial y arbitral internacional, diversos principios generales procesales se han cristalizado, en particular con respecto a los principios de interpretación. El primero de ellos, es el del *favor arbitri*, consistiendo en la *ratio* que las cláusulas compromisorias tienen que ser interpretadas de manera de favorecer la constitución del proceso arbitral, eso porque la cláusula expresa la voluntad de las partes de ir al arbitraje no obstante la imperfección de la redacción de la cláusula¹.

¹ Por ejemplo CCI 3243, *Clunet*, 1982.968; CCI 3380, *Clunet*, 1981.928; CCI 3460, *Clunet*, 1981.939.

En el mismo sentido, el principio de la interpretación *contra proferentem* consiste en considerar que la parte que redactó la cláusula, no puede después invocar su invalidez². Lo anterior es parte del principio más amplio del *estoppel* (*venire contra factum proprium*)³ que prohíbe para una parte en el arbitraje de prevalecer de una postura procesal que contradice otra anterior. Típicamente, el caso en el cual, una parte ratifica el nombramiento del arbitro, mas después intenta recusarlo sin tener argumentos nuevos.

Regresando a la interpretación *pro arbitraje*, ciertas observaciones tienen que hacerse. Por ejemplo una cláusula que sólo estipula “Arbitraje en Viena según las reglas de arbitraje” no puede ser invocada por la parte que la redactó como nula, sino tiene que ser interpretada *en contra proferentem* y *in favorem arbitri*. En el caso CCI, # 11869⁴, se llegó a la conclusión de que se trata de un arbitraje CCI con sede en Viena. Tal conclusión sin embargo es altamente discutible. En primer lugar, ¿porqué un arbitraje CCI? Si se ha pensado en Viena, hubiera podido también ser el Centro internacional de arbitraje de Viena. O ¿porqué no la LCIA con sede en Viena? En realidad, nadie sabe en lo que las partes han pensado en el momento de la desafortunada redacción. En segundo lugar, se desconoce la regla absoluta que el acceso a la justicia estatal es una garantía fundamental y por lo tanto constituye el Derecho común. Quiere decir, si la cláusula no funciona, son los tribunales judiciales que son competentes. Nuestra postura va en contra del *trend* de siempre intentar salvar el arbitraje⁵, y a final de cuentas en contra del negocio del mundo arbitral. Eso es una realidad. Sin embargo, se puede sólo salvar lo que es salvable. Por ejemplo una cláusula que prevé un arbitraje de la “Cámara de Comercio internacional (CCI) de Viena”: no existe tal cámara, mas existe la CCI. Es lógico pensar que se trata de un arbitraje CCI en Viena. Sin embargo, la cláusula “arbitraje en Viena” tiene que ser considerada como inoperante y por lo tanto nula. En práctica, se ha visto que una cláusula fue demasiado imperfecta para que un centro de arbitraje la acepte, y que los tribunales judiciales rechazaron oír el asunto con el motivo de que hay un acuerdo arbitral. Tales situaciones son imposibles. Se requiere un balance entre los árbitros que no salven lo imposible, y los jueces que acepten recibir los casos que no puedan ir al arbitraje no obstante una cláusula compromisoria, porque justamente la mayoría de las leyes prevén la competencia judicial en caso de cláusulas inoperantes, ineficaces, etc.

Otro principio general que también está cristalizado en ciertas leyes⁶, es el de la celeridad, obligando al arbitro a gestionar el arbitraje de la manera más rápida posible en vista de la circunstancias; al cual se puede también mencionar el del control de los costos.

² CCI 2795, *Yearbook*, 1979.210; CCI 3460, *Clunet*, 1981.939.

³ Bowden, L'interdiction des se contredire au détriment d'autrui (estoppel) as a Substantive Transnational Rule in International Commercial Arbitration, in: Gaillard (ed.), *Transnational Rules in Commercial Arbitration* (ICC Publ. Nr. 480,4), 1993. 125.

⁴ *Yearbook*, 2011.47.

⁵ Ver el reciente caso de inversión extranjera *Yukos*, donde el tribunal arbitral estableció su competencia sobre un tratado no ratificado por el Estado. Desde entonces la Corte de Distrito de La Haya ha nulificado el laudo (el caso está pendiente ante la Corte de Apelación de La Haya).

⁶ Por ejemplo: Art. 33(1)b *Arbitration Act*, 1996; Art. 21 de la Ley arbitral de Suecia.

B - Los principios generales sectoriales

En la medida que existen muchos sectores como el marítimo, el textil, el café, el deporte, etc. no es posible ver cada uno. Tomaremos sólo un ejemplo, el del sector petróleo, por ser una industria de primera importancia en México. En dicho sector, hay que distinguir entre los principios alegados mas no establecidos, y aquellos que fueron confirmados.

a) Principios alegados

En *Aminoil*⁷, se rechazó la afirmación que el método del “*net book value*” es un principio consagrado de la *lex petrolea*. Si es cierto que el método es muchas veces utilizado, es sin embargo como resultado de negociaciones entre las partes, y no como la expresión de una *opinio juris*. Sin embargo, en *Occidental*⁸ el tribunal arbitral consideró que el método del “*discounted cash flow*” sí es “*as the most widely used and generally accepted method in the oil and gas industry*”, siendo así a lo mejor un principio general.

b) Principios establecidos

Muchos gobiernos han intentado escapar a la jurisdicción arbitral, no obstante que habían firmado la cláusula arbitral, con el argumento de que su constitución o su legislación prohíbe el arbitraje para las para-estatales. La mayoría de los árbitros han considerado que es un principio general en el que no se puede invocar la inarbitrabilidad subjetiva después de haber pactado a favor del arbitraje⁹.

Otra manera para las para-estatales de escapar a la jurisdicción arbitral, es alegar que las concesiones petroleras son contratos administrativos y por lo tanto no son arbitrables. Todos los tribunales han rechazado el argumento. Que sea en *Aramco*¹⁰, o *Topco*¹¹, se consideró que la teoría – al origen francesa – del contrato administrativo y su régimen particular, no es suficientemente reconocida en el mundo para ser considerada como un principio general. Al contrario, como dijo el *Aminoil* tribunal, es un principio general de no poder invocar la teoría para no cumplir con el acuerdo arbitral¹². Sin embargo, en México Pemex obtuvo la nulidad del laudo en contra de Commsa, justamente basándose sobre el hecho de que el contrato en disputa es en realidad un contrato administrativo¹³, poniendo así a contrapié la postura de los tribunales mexicanos a la de los tribunales arbitrales internacionales.

Ahora bien, aunque no directamente vinculado con nuestro tema, cabe mencionar que en *Occidental*¹⁴, se acogió el argumento de que no obstante a que no se había solicitado la necesaria autorización ministerial, el *farmout* acuerdo fue valido porque los ejecutivos de Occidental habían actuado como “... *business people, seasoned oilmen, for whom legal niceties were not as important as the business realities of the deal*”. En

7 Ad hoc, *Kuwait v Aminoil*, 24/03/1982.

8 ICSID, *Occidental Petroleum v. Ecuador*, 29/06/2012.

9 Ad Hoc, *Elf Aquitaine vs NIOC*, Preliminar Award, 14/01/1982; CCI, *Framatome and others v The Atomic Energy Organisation of Iran*, 30/04/1982; Ad Hoc, *Benteler vs Belgique*, 18/11/1983.

10 Ad hoc, *Saudi Arabia v. ARAMCO*, 23/08/1958.

11 Ad hoc, *Topco v. Libya*, 19/01/1977.

12 Ad hoc, *Kuwait v. Aminoil*, 24/03/1982.

13 Undécimo Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, 11/09/2011. Graham, Mexican Annulment of an Mexican Award violates US Basic Notions of Justice, *BA Arbitration Review*, 2014.1.

14 ICSID, *Occidental v. Ecuador*, 01/07/2004.

otras palabras, se puede considerar que una cierta práctica uniforme en el sector da lugar a un principio general que prevalece sobre las eventuales reglas expresas. *Occidental* demuestra la importancia de los principios generales sectoriales, que operan como una *lex specialis* derogando los principios generales internacionales¹⁵, lo que da pauta a la posibilidad de tener principios generales del arbitraje “petróleo”, distintos de los del arbitraje “internacional”, o del “comercio internacional”.

C - Los principios generales mexicanos

En los últimos diez años, los tribunales federales han elaborado en materia procesal, el principio de “celeridad y expeditéz”. Parece que el origen de este principio puede ser localizado en una tesis del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, que ha establecido que un convenio arbitral tiene que desplegar sus efectos desde el principio, “con celeridad y eficacia”, y “sin dilaciones indebidas”¹⁶. En 2007, la SCJN justificó que no son recurribles las resoluciones intermediarias dictadas en los incidentes de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en aplicación del principio de “celeridad, practicidad y expeditéz”:

LAUDO ARBITRAL. EL ARTÍCULO 1460 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, AL DISPONER QUE LA RESOLUCIÓN DEL INCIDENTE DE NULIDAD RELATIVO ES IRRECURRIBLE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.

El procedimiento arbitral es un medio alternativo de solución de conflictos suscitados en materia mercantil que consiste en el sometimiento voluntario de las partes a un árbitro, las cuales optan por la no intervención de la autoridad judicial, esencialmente por cuestiones de celeridad, pragmatismo y expeditéz procesal. En ese sentido, el artículo 1460 del Código de Comercio, al prever que la resolución que recaiga al incidente de nulidad del laudo arbitral no será objeto de recurso alguno, no viola la garantía de acceso a la tutela jurisdiccional contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues ello se racionaliza jurídicamente en el hecho de que para la sustanciación de los mencionados incidentes el referido numeral 1460 remite al diverso 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la ley de la materia, y no a los artículos 1353 y 1354 del Código de Comercio o al numeral 574 del ordenamiento procesal civil citado, que aunque también regulan cuestiones incidentales, sus términos son más extensos. Esto es, el legislador dispuso la manera en que los incidentes de nulidad de laudo arbitral no desvirtuaran la naturaleza y celeridad de los procedimientos seguidos en arbitraje, pues el mencionado artículo 360 prevé con mayor premura la tramitación de dichas cuestiones incidentales; de ahí que establezca la señalada irrecurribilidad, pues sería absurdo que se siguieran procedimientos arbitrales ágiles y sencillos y las cuestiones incidentales relativas no se tramitaran con celeridad. Además, el indicado precepto constitucional no se vulnera en tanto que, por un lado, no se imponen requisitos excesivos o innecesarios para acceder a los tribunales y, por otro, el quejoso puede incoar contra la aludida determinación un medio de defensa como el juicio de amparo¹⁷.

Un año después, el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito ha justificado la admisión de la reconvención de reconocimiento y ejecución en el mismo incidente de nulidad de laudo para que “se ajusta al principio de celeridad” y “para crear certidumbre y confiabilidad en la

15 CCI 5946, *Yearbook*, 1991.97.

16 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 14/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 19/05/2005.

17 Amparo en revisión 560/2007. Certificados Integrales Funcionales, S.A. de C.V. 31/10/2007.

justicia mexicana, para que no se obstaculice la solución y ejecución de lo resuelto”¹⁸. Todo lo anterior, nos conduce a afirmar que estamos en presencia de un verdadero principio general de Derecho, visto que se trata de una formulación general de valores, repetitivamente aplicada por los tribunales en ausencia de una regla legislativa. La consecuencia directa es que el juez tiene la obligación, en virtud del artículo 14 constitucional, de escrutar su decisión en la luz de este principio y asegurarse que ésta cumple cabalmente con el objetivo de no obstaculizar el arbitraje o la ejecución de un laudo, sino, al contrario, favorecer su “expeditéz”.

También, se aplica el principio del *venire contra factum proprium non valet*, o estoppel según la doctrina internacional:

PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS. ELEMENTOS Y CONDICIONES DE APLICACIÓN.

Una de las fuentes del derecho mexicano son los principios generales del derecho, los cuales deben encontrarse en todos los supuestos normativos escritos, por contener máximas del derecho que reflejan los valores supremos que se busca alcanzar con el derecho, tales como la justicia y la equidad social. El principio *venire contra factum proprium non valet* (nadie puede volverse contra sus propios actos), consiste en que existe el deber jurídico, a cargo de las personas, de no contrariar una conducta pasada, pues se debe realizar una interpretación de la conducta conforme a estándares determinados, como las costumbres o la buena fe, con la finalidad de alcanzar y de exigir de las personas un mínimo de coherencia y de buena fe en sus relaciones con los demás. Los elementos de este principio son: a) conducta vinculante: se refiere a la existencia de una conducta anterior del sujeto, que es válida, eficaz y relevante, en función de un hecho o acto jurídico que genere en las demás personas o la sociedad la confianza de que en el futuro dicho individuo procederá conforme a ella; b) pretensión contradictoria, que se traduce en que el sujeto que realizó la conducta debe formular una pretensión a través del ejercicio de un derecho subjetivo, que es contradictorio con el sentido objetivo que de la conducta previa o anterior se deriva; c) perjuicio de terceros, en tanto que confían en el sentido objetivo de la conducta vinculante de la persona, que han variado o alterado de alguna forma su posición jurídica; y, d) identidad de las partes, esto es, que la conducta anterior y la posterior deben ser atribuidas a una misma persona o a quien la sustituya en el cumplimiento de la obligación, que implica: fidelidad a lo pactado, la sujeción a la situación jurídica aprobada, la vinculatoriedad al contrato del que forma parte. Este principio debe observarse en todos los casos en que no exista un conjunto de normas que puedan resolver algún problema planteado, con el fin de que las partes en una controversia, que hayan celebrado con anterioridad a éste un acto jurídico, no contraríen su conducta y voluntad emitida al momento de la celebración del mismo¹⁹.

DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. SU DERIVACIÓN INMEDIATA Y DIRECTA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE.

La buena fe se define como la creencia de una persona de que actúa conforme a derecho; constituye un principio general del derecho, consistente en un imperativo de conducta honesta, diligente, correcta, que exige a las personas de derecho una lealtad y honestidad que excluya toda intención maliciosa. Es base inspiradora del sistema legal y, por tanto, posee un alcance absoluto e irradia su influencia en todas las esferas, en todas las situaciones y en todas las

¹⁸ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 274/2008. Maquinaria Igsa, S.A. de C.V. 4/12/ 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

¹⁹ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 237/2012. Mireya Leonor Flores Nares. 10/05/2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas.

relaciones jurídicas. Ahora bien, a partir de este principio, la doctrina y la jurisprudencia han derivado diversas instituciones, entre las que por su importancia para la resolución de problemas jurídicos destaca la llamada doctrina o teoría de los actos propios, que deriva de la regla consignada en el brocardo que reza: *venire contra factum proprium, nulla conceditur*, la cual se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura al invocar hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior y encuentra su fundamento en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada, la cual quedaría vulnerada si se estimara admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria²⁰.

Como se consta, son pocos los principios, y eso es debido a que es raro que un arbitraje se rija solamente según los principios generales de Derecho. Eso además, que se recurre más y más a los principios codificados, como lo veremos ahora.

2. Los principios generales codificados

En materia de codificación de los principios generales del comercio internacional, es de distinguir entre aquellos establecidos en listas cerradas, y los que existen en listas abiertas, los denominados principios progresivos.

A - Los principios establecidos

La principal fuente de los principios generales codificados es la del Comité de arbitraje de la *International Bar Association*, que se ha dado la tarea de emitir “reglas”, “principios” y “directrices” en relación con varios aspectos del arbitraje tal como el manejo de la pruebas o la resolución de los conflictos de intereses por ejemplo, formando así una *soft law*²¹. No existe una definición homogénea de esta última. Se trata de textos que establecen reglas que en principio no son obligatorias, pero que con el tiempo y por su uso adquieren una cierta “obligatoriedad”. Es así que todas las “reglas” de la IBA sólo se aplican si las partes lo han así pactado. Sin embargo, no es inusual ver tribunales arbitrales referirse a esas reglas no obstante que la

20 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 614/2011. 08/12/2011. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: María Estela España García. Amparo directo 183/2012. Comunicaciones Nextel de México, S.A. de C.V. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero. Amparo en revisión 85/2012. Ileana Fabiola Terán Camargo. 19 de abril de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretaria: Ariadna Ivette Chávez Romero. Amparo directo 237/2012. Mireya Leonor Flores Nares. 10 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Luis Evaristo Villegas. Amparo en revisión 96/2014. Isaac Romano Metta. 15 de enero de 2015. Unanimidad de votos. Ponente: Laura Díaz Jiménez, secretaria de tribunal autorizada por la Comisión de Carrera Judicial del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de Magistrada. Secretaria: Nashieli Simancas Ortiz.

21 La *soft law* está definida por los tribunales federales de la siguiente manera: “SOFT LAW”. LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de derechos humanos, los agentes del Estado Mexicano no sólo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como “soft law” -en inglés-, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al “hard law” o derecho duro o positivo. Ahora bien, con independencia de la obligatoriedad que revistan, su contenido puede ser útil para que los Estados, en lo individual, guíen la práctica y mejoramiento de sus instituciones encargadas de vigilar, promover y garantizar el apego irrestricto a los derechos humanos. Sin que ello implique desconocer la observancia primigenia del orden jurídico nacional, ni el principio de subsidiariedad de las normas supranacionales, según el cual, la protección internacional de los derechos humanos es aplicable después de agotada la tutela interna y, sólo en su defecto, debe acudir a aquélla, pues más allá de que la Constitución Federal y los tratados no se relacionen en términos jerárquicos, según definió el Máximo Tribunal del País en la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)(*), la consulta de directrices no vinculantes sólo reporta efectos prácticos derivados de la experiencia acogida por órganos internacionales encargados de la promoción y protección de los derechos fundamentales. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SÉPTIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 215/2014. 16 de octubre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Livia Lizbeth Larumbe Radilla. Secretario: José Francisco Aguilar Ballesteros.

partes no las han incluido en su acuerdo arbitral, porque constituyen con el tiempo principios generales aceptados por la comunidad arbitral:

In order to verify the independence of the arbitrators, the Parties may also refer to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration approved on May 22, 2004. Such guidelines admittedly have no statutory value; yet they are a precious instrument, capable of contributing to harmonization and unification of the standards applied in the field of international arbitration to dispose of conflict of interests and such an instrument should not fail to influence the practice of arbitral institutions and tribunals. The guidelines do not state any general principles. They contain an enumeration, in the format of non-exhaustive lists, of particular circumstances: a red list divided in two parts (situations in which there is a legitimate doubt as to the independence and impartiality, with the parties being unable to renounce the most serious of them); an orange list (intermediary situations which must be disclosed but do not necessarily justify removal); a green list (specific situations which do not create an objective conflict of interest and which the arbitrators are not bound to disclose). It goes without saying that notwithstanding the existence of such lists, the circumstances of the specific case will always remain decisive to dispose of the issue of a conflict of interest²².

Como lo dijo un tribunal CCI:

The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts are a reliable source of international commercial law in international arbitration for they contain in essence a restatement of those “principes directeurs” that have enjoyed universal acceptance and, moreover, are at the heart of those most fundamental notions which have consistently been applied in arbitral practice²³.

Sin embargo, tal afirmación no dilucida la ambigüedad de las reglas IBA, como lo demuestra el asunto *Noble*. No obstante que el Tribunal consta que las partes no han pactado la aplicación de las *Reglas IBA sobre la obtención de pruebas*, y que por lo tanto no son tal cual aplicables, los árbitros consideran que sin embargo son aplicables como “indicaciones para los relevantes criterios”:

The “IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration,” though not directly applicable in this case and primarily provided for use in the field of commercial arbitrations, can be considered (particularly in Articles 3 and 9) as giving indications of what may be relevant criteria for what documents may be requested and ordered to be produced, in ICSID procedures between investors and host States²⁴.

Para eliminar la ambigüedad del régimen legal de esos principios, consideramos que las reglas de la IBA sólo pueden aplicarse a título de uso: quiere decir que existe una presunción contractual que las partes han entendido incluir esos principios en su acuerdo arbitral. Se trata de una presunción simple, y a las partes de demostrar *in casu* lo contrario²⁵.

22 4A_506/2007, 20/03/2008.

23 ICC Award # 9797, 28/07/2000.

24 *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID, Procedural Order No. 1, 03/06/2003 (Böckstiegel; Lever, Dupuy).

25 Para un análisis más profundizada, véase: Perezniето & Graham, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*, 2^{da} ed., Limosa, 2013, #465 sq.

Sin embargo, no escondemos nuestro deseo de que se ponga un freno a la “para-regulación” y su consecuente multiplicación de textos, guías, principios y reglas que sofocan al arbitraje, y matan, como ya lo había observado Michael Schneider²⁶, el pensamiento jurídico independiente de los árbitros y abogados. En lugar de permitir que el arbitraje sea más ágil, son las excusas de todas las mociones y objeciones y otros escritos para cambiar un procedimiento “alterno” en verdadero litigio. Cada una de las reglas/directrices de la IBA por ejemplo, puede dar a su propio mini-juicio, sin hablar que la multiplicación de las reglas elimina la flexibilidad del arbitraje, y su acceso a los abogados no expertos en arbitraje. Lo que se distinguió antes como un mecanismo no-regulado de solución de controversias es hoy más una batalla procedural que una resolución sobre el fondo. Como dice Hodges:

The arbitration community at large (arbitrators, counsel, institutions), needs to keep watch against seeking to provide a solution for every imaginable “problem”. Corporate users will not thank us for such an approach, particularly if it starts to detract from the flexibility of arbitration and to over-complicate the arbitral process²⁷.

Como si no fueran suficientes los diversos principios codificados, se deben mencionar también los principios que emergen de la *creeping codification*.

B - Los principios progresivos

Se debe a Klaus-Peter Berger el concepto de la *creeping codification*²⁸, o, en español, los principios progresivos. El académico pone énfasis sobre el hecho que los principios ya codificados no tomen suficientemente en cuenta la práctica, quiere decir los laudos arbitrales, y por lo tanto se requiere un catálogo que puede evolucionar. Si es cierto que la lista de *Trans-Lex*²⁹ es principalmente destinada a acoger los principios generales de la *Lex mercatoria*, es también verdad que un cierto número de principios generales del arbitraje también son enunciados. Es así que el principio # XIII.3.6 con respecto a las audiencias arbitrales enuncia:

- (a) Subject to any contrary agreement by the parties, the arbitral tribunal shall decide whether to hold oral hearings for the presentation of evidence or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted only on the basis of documents and other materials (“documents-only”). However, unless the parties have agreed that no hearings shall be held, the arbitral tribunal shall hold such hearings at an appropriate stage of the proceedings, if so requested by a party.
- (b) The parties shall be given sufficient advance notice of any hearing and any meeting of the arbitral tribunal for the purposes of inspection of goods, other property or documents.

Finalmente, el catálogo de los principios generales de Derecho también incluye aquellos principios que sólo se aplican en un sector particular.

En conclusión, son pocos los principios generales de Derecho del arbitraje que son plenamente identificados. Si la ventaja constituye a llenar un *vacuum legis* y ser flexible, la desventaja también es su carácter

²⁶ Schneider, The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and other Methods intended to help International Arbitration Practitioners to avoid the need for Independent Thinking and to promote the Transformation of Errors into “Best Practices”, *Mélanges Lazareff*, Pedone, 2011.563.

²⁷ Hodges, The Proliferation of “Soft Laws” in International Arbitration: Time to Draw the Line?, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015.205, 229.

²⁸ Berger, *The Creeping Codification of the NAew Lex Mercatoria*, 2nd ed., 2010, Kluwer Law International.

²⁹ www.trans-lex.org.

impredecible visto que no se sabe siempre de donde viene el principio general. Un ejemplo histórico lo muestra perfectamente: en 1963 en el asunto *Van Gend de Loos*³⁰, la CJCE sacó de la manga un principio general “inherente al sistema” del cual derivó que el Derecho comunitario es un “nuevo orden jurídico internacional”³¹, con el efecto que a contrario a los tratados pues la entonces Comunidad Europea se transformó *de facto* en un Estado federal (aunque sea en Europa políticamente incorrecto pronunciar la palabra “federal”). Es así que en nuestra materia, la interpretación *in favorem arbitris* puede fundamentar una competencia arbitral, donde en realidad no la hay. La conclusión que se deduce de todo lo anterior, es el dicho “el arbitraje vale lo que vale el arbitro”: un arbitro justo aplicará con cuidado los principios generales, y solamente si es estrictamente necesario; otro arbitro “inventará” un nuevo principio general sólo para justificar su solución a la *litis*, o simplemente para dar pauta a una postura dogmática y/o académica. A cada uno de bien elegir a su arbitro! Sin embargo, en realidad la afirmación anterior no es suficiente, porque se tiene que agregar que el arbitraje vale lo que la cláusula arbitral vale. A las partes de elegir a su Derecho, un Derecho suficientemente preciso para que no haya lugar a buscar principios generales, en particular los basados en valores. En este sentido, no cabe duda que los casos de corrupción son los mejores ejemplos para ilustrar la problemática de los valores morales en el arbitraje internacional, expresados a través de principios generales de Derecho.

3. Los principios generales y los valores en el arbitraje

Tomamos como hipótesis un contrato de “comisión” que tiene por objeto remunerar los servicios de una intermediación con la meta de obtener un contrato importante con un Estado. El comisionista remite una cierta suma al jefe de Estado para obtener el “favor” de su apoyo en orden de obtener el contrato; contrato que finalmente se obtiene a favor del comitente. En el momento del pago de la comisión, el comisionista también reclama el reembolso del monto dado para obtener los favores presidenciales. El comitente rechaza y el asunto llega al tribunal arbitral. Es claro que el comisionista hizo un acto de corrupción; mas también queda claro que en el sector determinado, es una práctica común y que en realidad sin los pagos a favor de los dirigentes de ciertos países, es imposible hacer negocios. Suponemos ahora que el contrato prevé la aplicación de los principios generales del comercio internacional. ¿Se debe rechazar la indemnización del monto pagado porque es contrario a los valores del comercio internacional, o se debe acordar el reembolso, visto que es una práctica normal del comercio internacional en el determinado sector?

En primer lugar, se debe descartar la solución que en su tiempo propuso Lagergren, quien consideró que tal contrato afecta el acuerdo arbitral y que por lo tanto un contrato contrario al orden público “universal” es inarbitrable³². Tal vista ignora el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. El litigio es arbitrable³³, lo que no impida el tribunal arbitral de considerar el contrato de base como nulo. Distinta sería la situación en donde la corrupción hubiera tenido como efecto imponer el acuerdo arbitral. En este caso, al tribunal arbitral le corresponde verificar si había un vicio de consentimiento en relación con el pacto de arbitraje³⁴. En segundo lugar, hay que preguntarse si hay “algo” que condene la práctica de la corrupción, o

30 05/02/1963.

31 Graham, *Teoría general de Derecho internacional*, 2^{da} ed., Zamanga Editores, 2013.124.

32 CCI #1110, *Arbitration international*, 1994.282.

33 CCI # 6474, Partial award, *Yearbook*, 2000.279.

34 Véase el caso *Westinghouse and Burns & Roe (USA) v. National Power Company and the Republic of the Philippines*, CCI, Laudo preliminar, 19/12/1991, *Mealey's*

si debe de verla como una práctica normal. La jurisprudencia arbitral rechaza normalmente de considerar la corrupción como algo lícito, aún tomando en cuenta, y considerando que en ciertos países la comisión sí es “normal”. Se han declarado los contratos de comisión nulos³⁵. Sin embargo, no existe fundamento legal que apoye esas decisiones, sino que simplemente los árbitros han considerado la corrupción como algo “mal”. Tal práctica arbitral es justificada por Pierre Mayer, que sostiene que se necesita ninguna ley que apoye los valores, sino que los árbitros sencillamente defiendan esos valores “en conciencia”³⁶. Pero eso implicaría un arbitraje en conciencia donde las partes pactaron un arbitraje en Derecho. No creemos que así tienen que ser las cosas. Por ejemplo, en el segundo laudo *Hilmarton/OTV*³⁷, el arbitro, entre otros, constató que la corrupción no solamente es una práctica común, pero aún más que ciertos gobiernos la “toman en consideración” como por ejemplo la ley alemana que en la época permitía deducir fiscalmente tales montos pagados a título de comisiones³⁸. La misma postura fue adoptada por el TFS en la acción de nulidad del primer laudo *Hilmarton/OTV*³⁹ que consideró el contrato de comisión nulo por tener como objeto actos de corrupción. Es así que el TSF observó:

Hence, it is utterly shocking that OTV refuses to execute fully its contractual obligations. OTV may not rely on a violation of Algerian law allegedly resulting in an affront to morality in Swiss law, when since the beginning said violation was tacitly part of the contract⁴⁰.

En realidad, no pertenece a los árbitros “inventar” o “defender” valores, sino cumplir con su misión que consiste en rendir un laudo válido y razonablemente ejecutable. Consecuentemente, no obstante que el Derecho aplicable por ejemplo sean los principios generales del comercio internacional, pertenece al tribunal de verificar que el laudo no sea anulado por el juez de la sede arbitral o por los tribunales de los Estados donde razonablemente se puede prever que allí las partes buscan la ejecución. Es a la luz de esos órdenes públicos que el tribunal arbitral tiene que verificar si un contrato de “corrupción” es lícito o no, como lo demuestra el fallo del TFS⁴¹ y el segundo laudo en el asunto *Hilmarton*, y no “fabricar” un principio general basado en la percepción moral subjetiva del arbitro. Los principios por deducción deben de tener como punto de partida una inducción: en tal sector, en tal país, a nivel mundial, etc. ¿se considera y se acepta ese valor? Si la respuesta es afirmativa, entonces de ese valor obtenido por inducción se puede deducir un principio general. Total, lo anterior tiene que considerarse como....un principio general del Derecho del arbitraje.

Int'l Arbitration Report, January 1992, Section B.

35 CCI # 8891, JDI, 2000.1076; *Hilmarton v. OTV*, CCI, 10/04/1992.

36 Mayer, La règle morale dans l'arbitrage, *Mélanges Bellef*, Litec, 1991.393.

37 *Hilmarton v. OTV II*, CCI, 10/04/1992.

38 *Idem*.

39 *Hilmarton v. OTV I*, CCI, 19/04/1988.

40 *Hilmarton v. OTV*, TFS, 17/04/1990.

41 *Hilmarton v. OTV*, TFS, 17/04/1990.

ANEXO: EJEMPLO DE LAUDO BASADO EN LOS PRINCIPIOS GENERALES

Facts

The distribution contract between the parties contained the following clause: “In case of litigation, parties hereby agree to appeal to International Chamber of Commerce of Geneva (Switzerland) according to international rules of arbitration”. When a dispute arose, the Spanish party commenced ICC arbitration. Maintaining that the clause in the contract referred to arbitration before the Geneva Chamber of Commerce, the Italian defendant refused to take part in the proceedings. In a partial award on the issue of jurisdiction, the sole arbitrator held that, although the arbitral clause was ambiguous, ICC arbitration in Geneva complied with the parties’ unambiguous intention to have their disputes settled by international arbitration in Geneva. Subsidiarily, the arbitrator also applied general principles of contract interpretation, and reached the same result that he had jurisdiction to hear the dispute.

Excerpt

[1] “Before even proceeding to an interpretation of the obscure or vague terms of this clause, the arbitral tribunal notes that there are in any case two clear and unambiguous elements here, that is: the parties undoubtedly and unambiguously intended to submit possible disputes to *arbitration* and not to a State court, as confirmed by counsel for the defendant in [his pleadings and correspondence]; the parties also clearly agreed that arbitration be held according to *international procedural rules*. In accordance with the principle of the autonomy of the [parties’] will, which prevails almost universally in contractual matters, the arbitral tribunal should not lose sight of its essential duty to respect this intention: the parties decided to refer their dispute to international arbitration.

[2] “The question to be decided is which arbitral institution (either the International Chamber of Commerce in Paris or the Chamber of Commerce and Industry in Geneva) should fulfill this task. First of all, there is no ‘International Chamber of Commerce of Geneva’. A strict reading of the clause at issue would thus result in the impossibility of referring the dispute to arbitration, which would manifestly run counter to the intention of the parties. Further, one of the advantages for which arbitration is chosen is, in principle, the speed with which the dispute is settled. As the ICC has appointed this tribunal with seat in Geneva, the intention of the parties has been respected as to the type and nature of the proceedings (arbitration in Geneva according to international rules). To admit, with the defendant, that proceedings should start again *ab ovo* before another body (Chamber of Commerce in Geneva), when the parties’ intention in case of a dispute is complied with in the present proceedings, would mean to delay in an unjustifiable manner the resolution of the dispute, which the parties wanted to be swift.

[3] “The arbitral tribunal notes that, in objecting to the jurisdiction of this tribunal, the defendant does not raise any valid argument, so that its position appears to be dilatory.

[4] “Ad abundantiam and *subsidiarily*, the arbitral tribunal holds that it reaches the same conclusion, that is, that it has jurisdiction, by interpreting the arbitral clause at issue. It is impossible, on the basis of a literal analysis of the ‘pathological’ clause, to determine with absolute certainty which arbitral institution the parties intended. Hence, we must define principles for the interpretation of international contracts, with reference to the arbitral awards of the International Chamber of Commerce.”

I. THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS (EFFET UTILE)

[5] “The principle of effectiveness is a principle for the interpretation of international contracts which embodies a universal truth: it requires that when two different interpretations of the terms of a contract are possible, the

interpretation to be preferred is that which gives some effect to these terms (Philippe Kahn, *L'interprétation des contrats internationaux*, Clunet 1981, p. 5 et seq.).

[6] "It is accepted, as a principle, that the valid constitution and powers of an arbitral tribunal depend entirely on the will of the parties, and that arbitral clauses must be interpreted strictly (ICC case no. 2138 of 1974, Clunet 1975, p. 934). Consequently, the arbitrators must limit their intervention when the parties did not give them adequate powers.

[7] "However, ICC arbitral award no. 2321 (Clunet 1975, p. 939 et seq.) limits the strict interpretation to the scope of application of arbitral clauses. On the contrary, where the validity or effectiveness of arbitral clauses is to be assessed, the arbitrator must keep in mind the aim of making the agreement concluded by the parties as to the settlement of their contractual disputes work.

'The restrictive interpretation must be considered an exception to the consensual principle which prevails everywhere in arbitration.... The parties who include an arbitral clause in a contract certainly want this clause to allow for a settlement by arbitration of the disputes falling within its scope of application. This is premised on the parties having concluded a valid clause and that this clause is effective. Hence, in order to respect the intention of the contracting parties, we may legitimately interpret such clauses in a sense favourable to their validity and effectiveness' (Clunet 1975, p. 941).

'The interpretation of contracts is one of the fields in which international commercial arbitrators are most inclined to free themselves of national laws and refer to general principles of law' (ICC arbitral award no. 1434, Clunet 1976, p. 982).

[8] "Under certain circumstances, therefore, the arbitrator can depart from the general conflicts of law theory which generally refers, for the rules of interpretation, to the law of the contract. The arbitrator may depart from the applicable national law, but should not bend it by voluntarily ignoring its jurisprudential rules. Thus, the defendant raises the objection of lack of jurisdiction because of Spanish jurisprudence holding that a clause which is ambiguous as to the arbitral body can only be null and void. However, this Spanish jurisprudence is at odds with the principle of the *effet utile* (*ut res magis valeat quam pereat*), also called principle of effectiveness, as it reduces this contractual clause to a meaningless formula.