



Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0
Internacional (CC BY-NC-SA 4.0)

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2023.2.4>

FECHA DE RECIBIDO: 08 de diciembre 2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 10 de enero 2024

Arbitraje Comercial Internacional truncado. Cláusula arbitral defectuosa

Defective Arbitration Clause. Truncated Commercial Arbitration

Resumen

El arbitraje comercial internacional es un medio eficaz de solución de diferencias, sin embargo, en la práctica encontramos procedimientos arbitrales truncados por la acción u omisión de la parte demandada que impide la solución de la controversia planteada, lo que se traduce en una denegación de justicia arbitral en perjuicio de la parte reclamante. Mediante el método dogmático, de análisis de casos y comparativo, la presente investigación tiene por objeto analizar algunos arbitrajes truncados, sus causas y consecuencias, a efecto de proponer recomendaciones preventivas que pueden adoptar las partes para llevar a buen fin el proceso arbitral, es decir, alcanzar la solución de la controversia y contribuir así a la efectividad y eficiencia del arbitraje como método de solución de disputas.

Palabras clave: lugar de arbitraje, nombramiento de árbitros, acuerdo arbitral, cláusula arbitral defectuosa, arbitraje frustrado, recurso de nulidad.

1 Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A. C. (AMEDIP). Ex árbitro (panelista) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y Magistrado de la Tercera Sala Especializada en Materia de Comercio Exterior del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0345-2072>

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

TRUNCADO. CLÁUSULA ARBITRAL DEFECTUOSA

SUMMARY

International commercial arbitration is an effective means of dispute resolution, however, in practice, we find arbitral procedures truncated by the action or omission of the defendant that prevents the resolution of the dispute raised, which translates into a denial of arbitral justice to the detriment of the claiming party. Through the dogmatic, case analysis and comparative method, the purpose of this research is to analyze some truncated arbitrations, their causes and consequences, to propose preventive recommendations that the parties can adopt to bring the arbitration process to a successful conclusion, that is, reach the solution of the controversy and thus contribute to the effectiveness and efficiency of arbitration as a method of dispute resolution.

Keywords: place of arbitration, appointment of arbitrators, arbitration agreement, defective arbitration clause, frustrated arbitration, appeal for annulment.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método o una técnica mediante la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan ocurrir o que han surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas (árbitro o árbitros), quienes derivan sus poderes de un acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia (Siqueiros, 1992). La modernización de las comunicaciones y transportes, el aumen-

to vertiginoso del intercambio comercial y del flujo de inversiones a nivel mundial y, en general, la globalización, han provocado un incremento importante de las controversias internacionales que han encontrado en el arbitraje un medio confiable y rápido de solución.

El proceso arbitral tiene grandes ventajas frente al procedimiento judicial, tales como celeridad, imparcialidad y especialización de los árbitros. Las partes tienen la opción de conferir la resolución de su controversia a una persona o personas que, por su experiencia y especialización, pueden entender perfectamente las particularidades de la disputa. En el plano comercial internacional, las partes tienen en el arbitraje un foro neutral que les permite evitar litigar en el estado de la contraparte, motivo por el cual, en ocasiones el proceso arbitral no responde a una elección, sino a una auténtica necesidad (Cabrera, 2021, p. 45)

Es pertinente destacar que el arbitraje comercial internacional es un mecanismo de resolución de disputas que requiere de la interacción con el ordenamiento jurídico y los órganos judiciales de un Estado para determinadas funciones de apoyo y control, necesarias para el buen fin del procedimiento arbitral. En este orden de ideas, la sede del arbitraje tiene una importancia fundamental puesto que establece el vínculo jurídico entre el procedimiento

arbitral y una jurisdicción determinada (Cabrera, 2021, p. 43).

A diferencia del proceso judicial donde se debe cumplir lo establecido en la ley, en el arbitraje las partes tienen diversas libertades, tales como decidir el número de árbitros, elegir al árbitro o árbitros, diseñar el procedimiento a seguir, si la diferencia se resolverá en equidad o en derecho y acordar el lugar o sede del arbitraje. Estas libertades bien usadas pueden proporcionar grandes beneficios a las partes para la solución del conflicto, ya que brindan seguridad jurídica, celeridad, especialización del árbitro, economía y confidencialidad; sin embargo, mal utilizadas pueden entorpecer y hasta truncar el arbitraje.

El uso de las libertades en el arbitraje y, en particular, la de nombramiento de árbitros y la de selección del lugar o sede del arbitraje a que se hará referencia más adelante, requieren de conocimiento, experiencia jurídica y prudencia, ya que su mal uso puede tener efectos desastrosos, es decir, truncar el arbitraje e impedir la solución de la controversia. Lamentablemente, debido a un acuerdo de arbitraje defectuoso, en el mundo real se presentan arbitrajes truncados o frustrados que nunca resuelven una controversia, sean privados (particular c. particular), mixtos (particular c. Estado) o públicos (estado c. estado), estén previstos en una cláusula arbitral, en un contrato o en un tratado

internacional, y respecto a cualquier materia, sea comercial, de inversiones u otra.²

En el medio, los arbitrajes truncados se ven como algo normal y legal, consecuencia de la torpeza o desconocimiento de las partes o de sus abogados. En este trabajo se estudian algunos casos de denegación de justicia arbitral relativos a arbitraje comercial internacional y se muestra cómo una cuidadosa redacción o diseño de un acuerdo arbitral puede minimizar los riesgos de arbitrajes truncados. Para tal efecto, se plantean algunas medidas preventivas que pueden adoptar las partes para evitar la creación de cláusulas arbitrales patológicas que impidan la solución de la controversia en perjuicio de la parte demandante, situación que merma la confianza en el arbitraje como medio eficaz de solución de conflictos.

2. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS

La libertad de las partes para nombrar árbitro o árbitros es piedra angular del arbitraje y requisito indispensable para la constitución del tribunal arbitral y la solución de la controversia. En el acuerdo arbitral las partes pueden convenir el número de árbitros y designar a la persona

o personas que deben actuar como tal en una controversia presente o futura, o bien, indicar la forma o procedimiento que se debe seguir para su nombramiento. Lo que impera en el arbitraje es la voluntad de las partes expresada en el acuerdo arbitral y se debe respetar.

El arbitraje puede ser institucional o *ad hoc*. Es Institucional cuando las partes pactan en el acuerdo arbitral que el arbitraje, incluido el nombramiento del árbitro o árbitros, se llevará a cabo conforme a las reglas establecidas en el reglamento de una determinada institución, por ejemplo el Centro de Arbitraje México (CAM), la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), la American Arbitration Association (AAA) y la International Chamber of Commerce (ICC), entre muchas otras. Es *ad hoc* el arbitraje cuando las partes crean sus propias reglas aplicables al proceso arbitral, incluido el procedimiento de nombramiento de árbitros.

En ocasiones las partes acuerdan, en lo general, la aplicación de un reglamento arbitral y formulan excepciones respecto a determinados aspectos. Por ejemplo, convienen en aplicar el reglamento de una institución arbitral (CANACO) excepto en lo relativo al nombramiento de árbitros. En este supuesto, formulan sus propias reglas de nombramiento de árbitros y asumen los riesgos y consecuencias que ello implica. Lo recomendable es someter el

2 El caso del Capítulo XX TLCAN (Hoy Artículo 31 del T-MEC) sobre el azúcar y el caso del órgano de Apelación de la OMC que desde 2017 no se integra, son dos ejemplos de arbitrajes públicos (estado c. estado) truncados por la negativa de una de las partes (EU) para nombrar árbitros, en perjuicio de la parte demandante.

arbitraje al reglamento de una institución arbitral determinada que ha sido aplicado por años y probada su eficacia en múltiples controversias, y no asumir el riesgo de crear lo que se conoce en el medio arbitral como cláusulas arbitrales patológicas, es decir, reglas arbitrales defectuosas que pueden llegar a bloquear el nombramiento de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral.

En otros casos las reglas de nombramiento de árbitros formuladas por las partes son poco claras, restringidas o cerradas, es decir, debido a una laguna legal no establecen la forma de proceder ante determinados supuestos, hayan sido pactadas en un contrato, en un acuerdo o en un tratado internacional; situación que ha sido aprovechada por la parte demandada que, con su simple inactividad u omisión o la de un tercero ajeno a la controversia provoca que no se nombren árbitros, no se constituya el tribunal arbitral y nunca se resuelva la diferencia planteada. A manera de ejemplo, enseguida se exponen algunos casos.

2.1. Econet Wirelles c. First Bank of Nigeria

Este conflicto surge de un contrato de coinversión entre Econet Wirelless International (Econet), una sociedad de Bermuda, First Bank of Nigeria y el First independent Networks Limited, cuyo propósito consiste en obtener una concesión de telefonía celular en Nigeria. El caso

Econet es un claro ejemplo de un arbitraje comercial internacional frustrado. Las partes pactaron en el acuerdo arbitral que cualquier diferencia que surja respecto a la aplicación, interpretación o incumplimiento del referido contrato sería resuelta mediante arbitraje, conforme al Reglamento de Arbitraje la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976 (Reglamento de la CNUDMI). También fijaron Nigeria como lugar o sede del arbitraje. Sin embargo, las partes acordaron una excepción en cuanto a la aplicación del referido reglamento. En lo relativo al procedimiento de designación de árbitros decidieron no aplicar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y crear sus propias reglas, por lo que designaron como autoridad nominadora de los tres árbitros al Juez presidente de la Corte de Nigeria, en los siguientes términos. El tribunal arbitral se integra por tres árbitros designados por el Juez Presidente de la Corte de Nigeria, a solicitud de una de las partes. El Juez Presidente especificará a uno de los tres árbitros como Presidente del Tribunal Arbitral (González, 2007, pp. 3-4).

Surgida la controversia, la autoridad nominadora designada por las partes, el Juez presidente de la Corte de Nigeria, simplemente se negó a nombrar árbitros. El procedimiento de nombramiento de árbitros acordado por las partes es defectuoso, pues no señaló la forma de designar

árbitros ante la omisión de un tercero ajeno a la controversia (el Juez presidente). En consecuencia, el tribunal arbitral no se constituyó, la controversia nunca se resolvió, por lo que se denegó justicia arbitral en perjuicio de la parte reclamante (Econet). Sobre el particular, el Reglamento de la CNUDMI vigente al momento de celebrar el acuerdo arbitral (no aplicable en este caso) indicaba de manera clara el procedimiento de nombramiento de los tres árbitros para integrar el tribunal, esto es, si la autoridad nominadora se negaba a realizar los nombramientos, una parte podría solicitar al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya que designara a otra autoridad nominadora (CNUDMI, 1976). De haberse aplicado íntegramente el referido reglamento (sin excepciones) seguramente se hubieran nombrado los árbitros y resuelto la controversia.

2.2. *NIOC c. Israel*

El Estado de Israel y la sociedad iraní National Iranian Oil Company (NIOC) celebraron en 1968 un acuerdo de participación en el ámbito de las operaciones petroleras que estipulaba una cláusula de arbitraje que preveía, entre otros aspectos, que cada una de las partes designaría un árbitro y si los dos árbitros así designados no se ponían de acuerdo sobre la elección de un tercer árbitro, cualquiera de las partes podía solicitar al presidente de la Cá-

mara de Comercio Internacional de París (CCI de París) que lo nombre.

Surgida la controversia en 1994, el Estado de Israel simplemente se negó a nombrar árbitro. La cláusula compromisoria no contempló la forma de designar al árbitro ante la omisión de la parte demandada. Al no constituirse el tribunal arbitral, la parte reclamante (NIOC) presentó su demanda ante el Tribunal de Grande Instance de París, con el fin de que se nombrara al árbitro faltante. El Estado de Israel opuso la excepción de incompetencia, misma que fue declarada fundada por el Juez y desechada la demanda de NIOC (Tribunal de Casación, 2005).

Posteriormente, la Corte de Apelaciones de París y la Corte de Casación, respectivamente, admitieron la demanda al considerar que NIOC se encontraba en una incapacidad absoluta de acceder a toda jurisdicción, adoptar una actitud pasiva constituiría una “denegación de justicia”, y al existir un nexo con Francia, la denegación de justicia, aun cuando no forme parte de las condiciones previstas en el artículo 1493 del Código de Procedimiento Civil, puede otorgar competencia a las jurisdicciones francesas, siempre que se respete el orden público internacional, por lo que se le otorgó a Israel el plazo de un mes para la designación de su árbitro (Hecker, 2011, pp. 80-82). Los arbitrajes frustrados Econet y NIOC motivan a las siguientes reflexiones.

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI (la Ley Modelo de la CNUDMI) que contiene las reglas que regulan el arbitraje a nivel mundial y ha sido incorporada a las leyes arbitrales de un gran número de Estados, incluido México, señala la forma de nombrar árbitros ante la omisión de una de las partes o de un tercero, por lo que una medida preventiva es que en el acuerdo arbitral las partes fijen la sede o lugar del arbitraje en un estado cuya *lex arbitri* incorpore íntegramente la Ley Modelo, a efecto de que señale con claridad la forma de proceder al nombramiento de árbitros ante la omisión de una parte o de un tercero. A manera de ejemplo, si las partes fijan a México como sede del arbitraje, la *lex arbitri* aplicable será el Código de Comercio (Título Cuarto. Del Arbitraje Comercial) cuyo artículo 1427, fracción IV, concordante con el artículo 11.4) de la Ley Modelo, establece:

Artículo 1427

IV.- Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una de ellas no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o bien, un tercero, incluida una Institución, no cumpla alguna función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al juez que adopte las

medidas necesarias, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo [...]

En este orden de ideas, en el caso Samsung Telecommunications America, Inc c. Bancomer S. A., la parte demandada (Bancomer) promovió un juicio de amparo contra la resolución de un tribunal inferior, alegando, entre otras cosas, que cuando una parte se negaba a nombrar el árbitro que le correspondía, la controversia no podía someterse a arbitraje. El Tribunal Colegiado confirmó la resolución del tribunal inferior y precisó que, en caso de que una parte no designara el árbitro que le correspondía, el árbitro había de nombrarse judicialmente con arreglo a las disposiciones de la sección IV del artículo 1427 del Código de Comercio, concordante con el párrafo 4) del artículo 11 de la Ley Modelo.

Posteriormente, Samsung (la demandante) entabló una acción para que se nombrara árbitro sustituto, ya que el árbitro designado judicialmente para el demandado se desistió y Bancomer nuevamente se negó a nombrar un árbitro que lo sustituyera. El Juzgado desestimó las alegaciones de Bancomer y con fundamento en el artículo 1427 del Código de Comercio (Artículo 11 de la Ley Modelo) nombró un árbitro sustituto, sin el cual las partes

no habrían podido zanjar sus litigios en el foro arbitral convenido entre ellas.³

3. LUGAR DEL ARBITRAJE

La elección de la sede o lugar del arbitraje es un aspecto de gran relevancia jurídica para alcanzar un exitoso desarrollo del arbitraje comercial internacional. Sin embargo, las partes suelen prestar a este aspecto menos atención del que merece. No son pocas las cláusulas en las que se omite convenirlo y, en las que se incluye, no siempre se fija con base en los criterios correctos. El lugar de arbitraje determina, entre otros aspectos: a) la competencia de los tribunales judiciales que pueden o deben intervenir en apoyo o control sobre el arbitraje; b) que el laudo está sujeto a la supervisión judicial por los tribunales de la sede con base en la ley sobre arbitraje *lex arbitri* de ese lugar; y c) la “nacionalidad” al laudo (Caivano, 2017).

La legislación aplicable al procedimiento arbitral y los órganos judiciales que intervienen en este, son los de la sede del arbitraje, es decir, los del Estado de ese lugar. El juez de la sede del arbitraje realiza, entre otras, las siguientes funciones de apoyo y control con base *la lex arbitri* de ese lugar: constitución del tribunal arbitral (nombramiento de árbitros); medidas cautelares; recurso de nulidad del laudo; y reconocimiento y ejecución del laudo.

3.1 *Saipem c. Bangladesh*

3.1 Saipem c. Bangladesh

En 1990, la empresa Italiana Saipem S.p.A (Saipem o la demandante) y una entidad estatal, Bangladesh Oil Gas and Mineral Corp. (Petrobangla o demandada), celebraron un contrato de construcción de un gasoducto, regido por las leyes de Bangladesh que incluyó una cláusula arbitral en donde se acordó, entre otras cosas, aplicar el Reglamento de Arbitraje de la International Chamber of Commerce (Reglamento de la ICC). Sin embargo, las partes hicieron una excepción en cuanto a su aplicación y fijaron como sede del arbitraje, Dhaka, Bangladesh.⁴

Concluido el proyecto de construcción surgió una controversia entre las partes que, conforme a lo acordado en la cláusula arbitral, se sometió a arbitraje de la ICC. En el 2003, el tribunal arbitral emitió un laudo a favor de la demandante Saipem, condenando a Petrobangla a pagar a Saipem una compensación con intereses y a devolver un bono de garantía. Inconforme, Petrobangla demandó la nulidad del laudo arbitral de la ICC ante los tribunales de Dhaka, Bangladesh (sede del arbitraje).

3 Casos Relativos a la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje (LMA) México, Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Exp. DC 827/2000-13, Bancomer, S.A. (sucesor y cedente de Almacenadora Bancomer, S.A. de C.V.) v. Samsung Telecommunications America, Inc., 25 de enero de 2001.

4 El Artículo 18 del Reglamento de la CCI vigente al momento de celebrar el acuerdo arbitral (no aplicable en este caso) dice que “La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido”.

En abril de 2004, el Tribunal Superior de la Corte Suprema de Bangladesh resolvió anular el laudo de la ICC. Posteriormente, el 5 de octubre de 2004, Saipem presentó una solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) con base en el artículo 9 del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de las Inversiones celebrado entre los gobiernos de Italia y Bangladesh de 1990 (TBI) que dice:

Artículo 9

2. En caso de que dicha disputa no pueda resolverse amistosamente, se podrá someter a:
- a) el Tribunal de la Parte Contratante, en todas las instancias, que tenga competencia territorial;
 - b) un Tribunal de Arbitraje ad hoc, conforme al Reglamento de Arbitraje CNUDMI;
 - c) el CIADI.

En su solicitud de Arbitraje, Saipem invocó las disposiciones del TBI y solicitó al Tribunal del CIADI resolviera que al anular el laudo de la ICC, Bangladesh expropió una inversión de Saipem, motivo por el que debe pagar la compensación correspondiente. Para tal efecto presentó los siguientes argumentos (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, pp. 61 y 62):

- El tribunal arbitral CCI emitió un laudo a favor de Saipem, condenando a Bangladesh, al pago de US \$12,500,000.00, más intereses.
- Las partes acordaron que el arbitraje se efectuara conforme a las Reglas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, con lo que excluyeron la autoridad de los tribunales del lugar de arbitraje, es decir, los tribunales de Dhaka, Bangladesh.
- La entidad estatal Petrobangla y los tribunales locales de Bangladesh se confabularon para anular el laudo arbitral de la CCI.
- El contrato de construcción del gasoducto celebrado entre Saipem y Petrobangla constituye una inversión conforme a lo establecido en el TBI.
- Los derechos inmateriales, incluido el laudo arbitral de la ICC, pueden ser objeto de expropiación. La anulación del laudo por los tribunales de Bangladesh es un acto de expropiación de una inversión de Saipem, sin compensación.

El 1 de diciembre de 2005 quedó constituido el Tribunal del CIADI. El 14 de mayo de 2006 Bangladesh presentó su contestación a la demanda de arbitraje y solicitó al Tribunal CIADI que declinara su jurisdicción, desechara la demanda y condenara a Saipem al pago de costas; en otras palabras, Bangladesh alegó que el Tribunal del CIADI no tiene jurisdicción para conocer

de la referida controversia con base en los siguientes argumentos (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, pp. 63,64,76 y135):

- No procede el arbitraje del CIADI. Saipem no realizó una inversión, puesto que las inversiones (extranjeras) se efectuaron con fondos locales, es decir, con préstamos obtenidos en el Estado receptor.
- En la cláusula de arbitraje acordada en el contrato de construcción del gasoducto, las partes convinieron Dhaka como lugar de arbitraje y la Ley de Arbitraje de 1940 (ley del lugar) establece que los tribunales de Bangladesh tienen competencia para revocar la autoridad del Tribunal Arbitral de la ICC, “a menos que se exprese una intención contraria en el acuerdo de arbitraje” (The Arbitration Act, 1940), y no la hubo.
- Las reclamaciones de Saipem no se incluyeron en el consentimiento de Bangladesh al arbitraje. Es más, fueron excluidas expresamente las “sentencias u órdenes dictadas por cortes o tribunales competentes”, conforme a lo previsto en el artículo 5.1). (1) del TBI:⁵

Artículo 5.1.(1) Las Inversiones a las que se refiere este Acuerdo no estarán sujetas a ninguna medida que pueda limitar permanente o temporalmente sus derechos conjuntos de propiedad, posesión, control o disfrute, salvo que esté específicamente previsto por la ley y por sentencias u órdenes emitidas por Juzgados o Tribunales que tengan competencia [...]

- Al aceptar a Dakha como el lugar del arbitraje de la ICC, Saipem asumió como un riesgo comercial un posible incumplimiento del laudo de la ICC en Bangladesh.
- Conforme a lo acordado en el artículo 9 del TBI, las controversias relativas a expropiación no son objeto de arbitraje. En otras palabras, solo son objeto de arbitraje del CIADI las diferencias relativas a la compensación, es decir, al monto del pago por expropiación, nacionalización o requisa.

Artículo 9.1. Cualquier disputa que surja entre una Parte Contratante y los inversionistas de la otra, relacionada con compensación por expropiación, nacionalización, requisa o medidas similares, incluidas disputas relacionadas con el monto de los pagos relevantes [...]

⁵ Between The Government of the Republic of Italy and the Government of the People’s Republic of Bangladesh on The Promotion and Protection of Investments. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6029.pdf>

2. [...] el inversionista en cuestión podrá someter la disputa, a su discreción, para su solución a:

[...]

c) el CIADI.

- Saipem no agotó todos los recursos internos, no presentó recurso de apelación en contra de la sentencia del tribunal de Bangladesh que declaró la nulidad del laudo de la ICC.

Por su parte, el Tribunal arbitral del CIADI, en su Decisión sobre Jurisdicción y en el laudo arbitral, resolvió lo siguiente (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, pp. 111, 136, 137, 141):

- Saipem sí realizó una inversión conforme al Artículo 25 del Convenio del CIADI, ya que el origen de los fondos es irrelevante.
- La jurisdicción del CIADI queda satisfecha si *prima facie* (a primera vista) los hechos invocados son susceptibles de constituir violaciones del TBI. Saipem demostró un caso *prima facie* de expropiación conforme al TBI.
- Se rechaza la exclusión de los actos judiciales del ámbito de las controversias cubiertas, puesto que el artículo 5 del TBI no crea inmunidad a favor del poder judicial.

- Los tribunales de la sede del arbitraje (Bangladesh) actuaron en violación de la Convención de Nueva York y de manera “ilegal, arbitraria e idiosincrásica”, lo que equivale a una violación de la protección otorgada a los inversores extranjeros.⁶
- El Tribunal arbitral sí tiene competencia para conocer de disputas relacionadas tanto al acto de expropiación (si ha ocurrido) como a la compensación (monto a pagar).
- Condenó a Bangladesh al pago de una compensación equivalente al monto determinado en el laudo de la CCI, es decir, USD \$12,500,000.00, más interés, así como gastos y costas.

La Decisión de jurisdicción y el laudo CIADI del caso Saipem ameritan un estudio que excede el objeto del presente trabajo, sin embargo, por su relevancia y consecuencias se formulan los siguientes comentarios generales.

Bangladesh recurrió a “instrumentos del todo legales; es decir, a instrumentos lícitos que se volvieron ilegítimos en virtud de los efectos producidos, en especial, haber privado al inversionista de uno de los derechos fundamentales de que gozaba” (Hecker, 2011, p. 81). Bajo el argumento de que el TBI no concede inmunidad a

⁶ Los Artículos V y VI de la Ley Modelo y 34 de la Convención de Nueva York (1457 del Código de Comercio) establecen las causales (de oficio y a solicitud de parte) de nulidad de un laudo arbitral.

los tribunales de Bangladesh, el Tribunal CIADI ignoró el principio de inmunidad soberana ampliamente aceptado a nivel internacional, que reconoce la inmunidad de los estados respecto a su *acta de iure imperii*, incluidos los actos de sus tribunales nacionales.

A mayor abundamiento, un estado goza de inmunidad de jurisdicción por sus *acta de iure imperii* y, en consecuencia, sin su consentimiento, es decir, sin renuncia expresa o tácita a su inmunidad, no puede ser juzgado ante los tribunales internos de otro estado ni ante tribunales arbitrales.⁷ En cambio, un estado sí puede ser juzgado por la corte de otro estado o tribunales arbitrales, por su *acta de iure gestionis*, es decir comerciales o de derecho privado, fuera de su actividad como soberano, regidos por el derecho internacional privado (Saldaña, 2006, pp. 65 y 66). Las sentencias de los tribunales nacionales son *acta de iure imperii* y gozan de inmunidad soberana. Bangladesh no renunció a su inmunidad y lo manifestó de manera expresa en el TBI.

El Tribunal CIADI descalificó todos los argumentos relativos a su falta de competencia (resoluciones judiciales no arbitrables, acto de expropiación no arbitrable, etc.) y una diferencia sobre una posible denegación de justicia la convirtió en una

controversia sobre expropiación, considerando para ello como inversión un laudo arbitral y como un acto de expropiación la anulación de dicho laudo por un tribunal judicial. En realidad, aun cuando no lo dijo, el tribunal del CIADI estiró la liga de su competencia para evitar una posible denegación de justicia en perjuicio de Saipem, tan es así que planteó “...si debe hacerse, en este caso, una analogía entre expropiación y denegación de justicia, para el efecto del agotamiento de los recursos internos, al ser un cuerpo judicial la autoridad responsable de la expropiación alegada” (International Center for Settlement of Investment Disputes, 2007, p. 152). Sin embargo, en el caso Lion c México el Tribunal CIADI señaló que la responsabilidad por expropiación derivada de las decisiones de los tribunales nacionales requiere la constatación de una denegación de justicia (Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones, 2021, parr. 188).

La expropiación implica la existencia de una propiedad y el Tribunal del CIADI consideró una decisión arbitral como una propiedad susceptible de ser expropiada, sin embargo, aún falta el argumento para considerarlo como una inversión. En el caso Saipem el tribunal arbitral solo indicó que el laudo es la consecuencia de un entorno contractual que visto en su conjunto es una inversión extranjera (Graham, 2010, p. 148).

⁷ Por su naturaleza, un acto es privado si cualquier individuo puede realizarlo y si dicho acto es realizado por el estado, es responsable, igual que un particular. A contrario sensu, si se trata de un acto que solo puede efectuar el Estado, será considerado como público, y por lo tanto inmune.

Considerar un laudo arbitral como una inversión susceptible de ser expropiada mediante una sentencia de un tribunal judicial tiene diversas implicaciones jurídicas. Por ejemplo, supongamos que se selecciona un tercer Estado miembro del CIADI (no parte en la diferencia) como la sede del arbitraje. Surgida la controversia el tribunal arbitral de la ICC emite su laudo y el tribunal judicial de la sede del arbitraje anula el laudo emitido de manera “ilegal, arbitraria e idiosincrásica”, lo que equivale a una violación de la protección otorgada a los inversores extranjeros. La parte afectada solicita arbitraje del CIADI. A efecto de evitar una denegación de justicia ¿el tribunal del CIADI también estirará la liga de su competencia y resolverá un acto de expropiación a una inversión en el tercer Estado?

La experiencia del caso Saipem y otros arbitrajes truncados nos dice que al formular el acuerdo arbitral las partes deben poner mayor atención en la selección de la sede del arbitraje, ya que en ocasiones la sede arbitral no se fija o se selecciona considerando factores sin importancia o de menor relevancia como la cercanía, sin tomar en cuenta los aspectos jurídicos realmente importantes. La sede no es un concepto territorial o geográfico, es eminentemente jurídico, es un vínculo entre el arbitraje y la jurisdicción —legislativa y judicial— del país elegido (Caivano, 2017, p. 49).

La sede del arbitraje crea un vínculo entre el procedimiento arbitral y el ordenamiento jurídico de un lugar concreto (*lex loci arbitri*) que permite a los órganos judiciales de ese lugar ejercer las funciones de apoyo y control que el procedimiento arbitral necesita para alcanzar su buen fin. En otras palabras, la sede del arbitraje determina: a) La competencia de los tribunales judiciales de la sede para cumplir las funciones de apoyo y control sobre el proceso arbitral; b) La aplicación de la legislación arbitral de la sede del arbitraje; y c) La nacionalidad del laudo (Cabrera, 2021, p. 49).

En la selección de la sede arbitral se deben considerar dos elementos principales: la legislación de arbitraje que rige en ese lugar y su Poder Judicial. En otras palabras, los aspectos que deben conducir a las partes en la selección del lugar del arbitraje son, entre otros: la ley arbitral de la sede debe reconocer el principio de no intervención judicial, salvo excepciones; los tribunales judiciales de la sede deben ser confiables, imparciales y respetuosos de la autonomía y decisiones arbitrales (Caivano, 2017, p. 8), es decir, que contribuyan al impulso y no a la obstaculización del juicio de árbitros (Vásquez, 2009, p. 109 y ss); la legislación de la sede debe incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI que contiene los principios fundamentales que regulan el arbitraje a nivel internacional y que ha sido incorporada en decenas de legislacio-

nes nacionales; y el estado sede debe ser parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York).

Otro aspecto fundamental a considerar en la selección del lugar o sede del arbitraje es el relativo al recurso de nulidad en contra del laudo, es decir, la posibilidad de anular el laudo por los tribunales del Estado sede del arbitraje con base en la *lex arbitri* de ese lugar. La *lex arbitri*, en concordancia con la Ley Modelo, debe establecer las causales de anulación de un laudo arbitral por parte de los tribunales judiciales de la sede del arbitraje.⁸

Es importante tomar en cuenta que actualmente hay una tendencia a la desaparición del recurso de nulidad y en consecuencia de la sede del arbitraje. Algunos tribunales ya aceptan la ejecución de un laudo previamente anulado en otro Estado. El Artículo VI de la Convención de Nueva York permite la ejecución de un laudo anulado por el tribunal del país sede del arbitraje, salvo que el juez de ejecución considere lo contrario, y el Artículo VII establece que las partes interesadas tienen el derecho a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. Lo anterior ha sido aprovechado por algunos países

“para hacer prevalecer su derecho interno sobre el texto internacional a fin de ejecutar laudos anulados por los tribunales del lugar de la sede arbitral”, tal es el caso de Francia. En Estados Unidos puede observarse una evolución en el mismo sentido (Pereznieta y Graham, 2006, pp. 197 y 198). No obstante, la sede del arbitraje sigue siendo un factor determinante para atribuir competencia a los tribunales judiciales que deben brindar apoyo y control sobre el arbitraje.

En ocasiones la incorporación de la Ley Modelo a la ley arbitral de los estados es incompleta o contiene pequeñas modificaciones que pueden entorpecer y hasta bloquear el procedimiento arbitral, por lo que es importante conocer a detalle la *lex arbitri* de la sede del arbitraje, así como su interpretación y aplicación por parte de los tribunales judiciales competentes. A manera de ejemplo, el artículo 1464 del Código de Comercio (acorde con el artículo 11 de la Ley Modelo) establece que el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje “en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio”. Sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 1424 del mismo Código de Comercio, el juez remitirá a las partes al arbitraje “en cualquier momento” que se le solicite. Respecto a la contradicción de las referidas disposiciones del Código de Comercio, el Tribunal

⁸ Artículo 1457 del Código de Comercio, concordante con los Artículos V y VI de la Ley Modelo y 34 de la Convención de Nueva York.

Colegiado ha resuelto lo siguiente: “La remisión al arbitraje puede solicitarse en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes del dictado de la sentencia definitiva”, criterio que evidentemente contraviene lo establecido en la Ley Modelo y entorpece el procedimiento arbitral (Suprema Corte de Justicia).

Lo recomendable es que las partes fijen de manera expresa la sede del arbitraje o sometan el arbitraje al reglamento de una institución arbitral en donde se señale la forma de fijarla. En ocasiones seleccionan la sede de manera implícita al indicar una ley estatal acorde con la Ley Modelo, aplicable al procedimiento arbitral (*lex arbitri*). A manera de ejemplo, si las partes acuerdan someter el arbitraje a la ley mexicana, es decir, al Código de Comercio (Título Cuarto. Del Arbitraje Comercial). Conforme a su artículo 1415, las disposiciones del referido título se aplicarán al arbitraje comercial internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio de México. En otras palabras, al acordar la aplicación del Código de Comercio, las partes implícitamente fijan la sede del arbitraje en México.

Adicionalmente, gran número de leyes arbitrales nacionales (incluido el Código de Comercio (artículo 1436) acordes con la Ley Modelo (artículo 20) indican que, si las partes no fijan sede del arbitraje, “el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstan-

cias del caso, inclusive las conveniencias de las partes”. Sin embargo, es pertinente dejar claro que esta disposición solo aplica cuando las partes no fijan la sede del arbitraje, pero seleccionan la *lex arbitri* mexicana (Código de Comercio) aplicable al procedimiento arbitral.

4. CONCLUSIONES

Econet Wirelles c. First Bank of Nigeria, NIOC c. Israel. y Saipem c. Bangladesh son solo algunos ejemplos de arbitraje comercial internacional frustrados, debido a cláusulas defectuosas en lo relativo al nombramiento de árbitros y a la selección del lugar del arbitraje, que han impedido la solución de la controversia planteada, en perjuicio de la parte demandante.

Al momento de formular el acuerdo arbitral, las partes deben poner especial atención en la selección de la sede del arbitraje, a efecto de evitar la creación de cláusulas arbitrales patológicas que puedan llegar a truncar o bloquear el proceso arbitral.

Las partes deben tener muy presente que el lugar o sede del arbitraje es un concepto eminentemente jurídico, no territorial o físico, ya que determina la competencia de los tribunales judiciales que pueden ejercer sus funciones de apoyo y control del proceso arbitral y la aplicación de la *lex arbitri* de ese lugar, aspectos fundamentales para el nombramiento de árbitros ante la ausencia de acuerdo o de incumplimiento

de las partes y para resolver la nulidad del laudo arbitral y su ejecución, entre otros.

Las partes deben seleccionar la sede del arbitraje en función de dos elementos principales, la legislación de arbitraje que rige en ese lugar y su Poder Judicial. Esto es, la sede del arbitraje debe tener, entre otros, los siguientes atributos: debe ser en un tercer estado diferente a la nacionalidad de las partes; la *lex arbitri* de la sede debe reconocer el principio de no intervención judicial; la *lex arbitri* debe incorporar la Ley Modelo de la CNUDMI que contiene los principios fundamentales que regulan el arbitraje comercial internacional; los tribunales judiciales de la sede deben ser confiables, imparciales y respetuosos de la autonomía y decisiones arbitrales; y el estado de la sede del arbitraje debe ser parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, a efecto de tener mayor seguridad en cuanto a la ejecución del laudo arbitral.

Es importante revisar que la *lex arbitri* de la sede del arbitraje que se seleccione adopte de manera integral y correcta la Ley Modelo, ya que en ocasiones su incorporación es incompleta, es decir, se adopta parcialmente, con modificaciones aparentemente insignificantes que cobran relevancia al momento de resolver una controversia, mismas que pueden entorpecer y hasta impedir su solución, tal es el caso del artículo 1424 del Código de Comercio

que permite solicitar la remisión al arbitraje en cualquier momento del proceso judicial, antes de emitir sentencia, en tanto que el artículo 11 de la Ley Modelo establece que debe solicitarse en el primer escrito sobre el fondo del litigio.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Cabrera, G. (2021). La sede del arbitraje como vínculo jurídico entre un procedimiento arbitral y una jurisdicción. En J. L. Collantes. (Coord.). *La sede y ordenamiento aplicable en el arbitraje internacional: enfoques cruzados*, 1ª. Ed., Perú, 2021, Volumen 96.
- Caivano, J. (2017). La sede del arbitraje. *Revista El Derecho*, 272(14). Disponible en: <https://www.medyar.org.ar/opinion1705.php>
- González, F. (2007). El caso Econet: requiem por un acuerdo arbitral frustrado. *Pauta, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara de Comercio Internacional*.
- Graham, J. A. y Treviño, C. (2010). La no ejecución de un laudo arbitral comercial internacional como expropiación indirecta. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.
- Hecker C. (2011). La Denegación de Justicia al Inversionista Extranjero. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones* (7).
- Pereznieto L. y Graham, J. (2006). ¿La muerte programada del estado sede del arbitraje? *Revista Latinoamericana de mediación y arbitraje*, VI(2).
- Saldaña, J. M. (2006). La inmunidad soberana de Pemex en los tribunales de los Estados Unidos de América. En E. Quintana (Coord.).

Panorama Internacional de Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

Siquerios, J. L. (1992). El arbitraje en los negocios internacionales de naturaleza privada. *Varia jurídica de la Escuela Libre de Derecho.* Fondo para la Difusión del Derecho, México.

Vásquez, M. F. (2009). ¿Están preparados los países latinoamericanos para ser sede de arbitrajes? *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, 10(2).

Leyes y tratados

Apelación: 01-13.742.02-15.237 (2005). Tribunal de Casación, Sala Civil 1, boletín del 1 de febrero de 2005, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052101/>

Casos relativos a la Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje (LMA) México (2001). Decimotercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Exp. DC 827/2000-13, Bancomer, S.A. (sucesor y cedente de Almacenadora Bancomer, S.A. de C.V.) v. Samsung Telecommunications America, Inc.

Código de Comercio (1889). DOF.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La remisión al arbitraje puede solicitarse en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes de dictado de la sentencia definitiva. Suprema Corte de Justicia, Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados,

Tesis I.3° C.425 (10ª) Décima Época, Registro digital 2021586.

Lion México Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos. (2021). Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones. Caso No. ARB(AF)/15/2, Laudo de fecha 20 de septiembre de 2021, parr.188.

Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional. (1985, 2006). Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, ONU.

Reglamento de Arbitraje (1976). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Reglamento de Arbitraje (2021). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

Saipem S.P.A. v. The People of Bangladesh, Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (2007). International Center for Settlement of Investment. March 21, 2007.

The Arbitration Act, 1940, PK066, Pakistán (1940). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/497239>