Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
División de Estudios de Posgrado

La Audiencia Preliminar: Factor de previsibilidad en la organización y depuración del procedimiento en el Arbitraje Comercial Internacional en Sede Mexicana

Tesis

Que para obtener el grado de
Maestro en Derecho

Presenta:
Lic. Esp. Luis Fernando Anita Hernández.

Director:
M. en D. Emmanuel Roa Ortiz.

Morelia, Michoacán, México Abril de 2013

El conocimiento del Derecho con que se organiza una sociedad es la forma más precisa de entender cualquier civilización, porque en él se reflejan todas las particularidades de las relaciones sociales.

Pablo Mandirola Brieux

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIA

A mi Gran Familia
╬A mi Padre

A mi Director de Tesis
A la Facultad Derecho y Ciencias Sociales
A la División de Estudios de Posgrado
A la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

ÍNDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN……...	XVI
SIGLAS……	XXIII
CAPÍTULO PRIMERO. EL CONFLICTO Y LA CONFLICTIVIDAD INHERENTES EN LAS RELACIONES HUMANAS……	**1**
1.1. Aspectos Específicos del Conflicto……..	**2**
1.1.1. Fundamento Teórico - Científico…….	2
1.1.1.1. Epistemología……...	2
1.1.1.2. Escuelas Pensamiento……..	4
1.1.1.2.1. La Escuela Clásica……...	4
1.1.1.2.2. La Escuela Conductista……	5
1.1.1.3. Teorías del Conflicto……	6
1.1.1.3.1. La Teoría del Conflicto……	6
1.1.1.3.2. La Teoría del Caos……...	7
1.1.1.3.3. La Teoría de los Juegos……	7
1.1.13.4. La Teoría de la Gestión del Conflicto……...	8
1.1.2. Origen del Conflicto…….	9
1.1.2.1. Vertiente Psico-Social……..	9
1.1.2.1.1. La Emoción……..	10
1.1.2.1.2. El Poder……	11
1.1.2.1.3. Los Recursos Escasos……..	11
1.1.2.1.4. Dos Variables……...	12
1.1.2.1.4.1. La Violencia……..	12
1.1.2.1.4.2. La Agresión……...	14
1.1.2.2. Vertiente Sociológica……...	14
1.1.2.2.1. Los Procesos Disociativos……...	16
1.1.2.2.1.1. La Competencia……	16
1.1.2.2.1.2. La Rivalidad……..	16
1.1.2.2.1.3. La Oposición…….	17
1.1.2.2.1.4. La Hostilidad…….	17
1.1.3. Conceptualización del Conflicto……..	17
1.1.3.1. Etimología……	17
1.1.3.2. Concepto……..	18
1.1.3.3. Definiciones…….	18
1.1.3.3.1. Definición General……	18
1.1.3.3.2. Definición Psico-Social…….	18
1.1.3.3.3. Definición Sociológica……..	19
1.1.3.3.4. Definición Jurídica……	20
1.1.4. Estructura del Conflicto……...	21
1.1.4.1. Clasificación…….	21

1.1.4.2. Estructura Trial…… 21
1.1.4.3. Ciclo Básico del Conflicto……... 22
1.1.4.3.1. Escalada…… 22
1.1.4.3.2. Estancamiento……... 23
1.1.4.3.3. Desescalada……... 23
1.1.5. Percepción del conflicto en la celebración del contrato de compraventa internacional de mercaderías…….…….. 24
1.1.5.1. El Conflicto y el Contrato de compraventa internacional de mercaderías: correspondencia a una tipología de conflictos Psico-Sociales…..... 25
1.2. Aspectos Específicos de la Conflictividad……. 28
1.2.1. Conceptualización…… 28
1.2.1.1. Definición…… 28
1.2.1.2. Noción……. 28
1.2.2. Origen de la Conflictividad…….. 29
1.2.2.1. Proceso NECESIDAD-MIEDO-REACCIÓN……. 29
1.2.2.2. Factores que acentúan la Conflictividad…….. 30
1.2.2.2.1. Factores *intra* personal……. 30
1.2.2.2.2. Factores *extra* personal…… 30
1.2.2.3. Esquema de Conflictividad. 31
1.3. Aspectos Específicos del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías……. 36
1.3.1. Aspectos Preliminares…….. 36
1.3.1.1. Conceptualizaciones…… 36
1.3.1.1.1. Definición del Comercio Internacional……... 36
1.3.1.1.2. Definición de la Autonomía de la Voluntad……... 37
1.3.1.1.3. Definición de la Compraventa Internacional de Mercaderías……... 39
1.3.1.2. Factores Competenciales……. 40
1.3.1.2.1. Ámbito Espacial……... 40
1.3.1.2.2. Ámbito Personal……... 41
1.3.1.2.3. Ámbito Material……... 42
1.3.2. Referentes del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías……... 43
1.3.2.1. Regulación Legal…… 43
1.3.2.2. El Contrato Tipo…….. 44
1.3.2.3. Obligaciones Contractuales……. 47
1.3.2.3.1. Del Vendedor…….. 47
1.3.2.3.2. Del Comprador…… 48
1.4. El Conflicto y la Conflictividad que pueden derivar en la celebración de un contrato de compraventa internacional de mercaderías y en el desarrollo del procedimiento de arbitraje comercial internacional……... 48
1.4.1. Escenarios Temáticos……... 49
1.4.2. Mensaje a los Operadores del Comercio Internacional……..…….. 55

CAPÍTULO SEGUNDO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO CIVIL ORDINARIO….. 59
2.1. Aspectos Específicos del Proceso Civil Ordinario……. 60
2.1.1. Imperativo: la solución de los conflictos interpartes…….. 61
2.1.2. Evolución del Proceso Civil Ordinario…… 66
2.1.2.1. Punto de Partida del Proceso…… 66
2.1.2.1.1. El Proceso Romano…….. 66
2.1.2.1.2. El Proceso Germano…… 69
2.1.2.1.3. El Proceso Romano-Canónico……. 70
2.1.2.1.4. El Proceso Eclesiástico…… 70
2.1.2.1.5. El Proceso Español…….. 71
2.1.2.1.6. El Proceso Anglosajón……. 72
2.1.2.2. Tendencias Modernas del Proceso……... 74
2.1.2.3. Tendencias Contemporáneas al Proceso……... 75
2.1.3. Conceptualización del Proceso…… 78
2.1.3.1. Etimología…… 78
2.1.3.2. Definición de Proceso…….. 78
2.1.3.3. Definición de Procedimiento……... 79
2.1.4. Lineamientos Teóricos del Proceso……. 80
2.1.4.1. Teoría de la Relación Jurídica del Proceso…….. 80
2.1.4.1.1. Identificación de una Premisa…….. 80
2.1.4.1.2. Fundamentos Teóricos Procesales……... 81
2.1.4.1.3. Repaso Obligado de los Elementos Constitutivos de la Relación Jurídica…….. 85
2.1.4.1.3.1. La Acción……. 85
2.1.4.1.3.2. De los Presupuestos Procesales……... 87
2.1.4.1.3.3. De las Excepciones Procesales…… 88
2.1.5. Principios Procesales……... 91
2.2. Aspectos Específicos de la Audiencia Preliminar en el Proceso Civil Ordinario……. 95
2.2.1. Fundamentos Teórico-Procesal…… 95
2.2.1.1. Transición Procesal…….. 95
2.2.1.2. Franz Klein precursor de un proceso moderno y de la *Erste Tagsatzung*…… 97
2.2.1.3. Directrices para la constitución de una Audiencia Preliminar…….. 99
2.2.1.3.1. Paula Batista……... 99
2.2.1.3.2. Oskar Von Bülow…….. 100
2.2.1.3.3. Alfredo Buzaid……... 100
2.2.1.3.4. José Carlos Barbosa Moreira……. 100
2.2.1.3.5. Marcos Alfonso Borges……. 101
2.2.1.3.6. Víctor Fairén Guillén……. 101
2.2.1.3.7. Fritz Baur……... 102
2.2.1.3.8. Dante Barrios de Ángelis……... 102

2.2.1.3.9. María A. Etcheverry de Quintabani…… 102
2.2.1.3.10. Roberto O. Berizonce…… 102
2.2.1.3.11. Augusto M. Morello…….. 103
2.2.1.3.12. José Garberí Llobregat…….. 103
2.2.1.3.13. Cipriano Gómez Lara…… 103
2.2.1.3.14. Héctor Fix Zamudio…….. 103
2.2.1.3.15. Humberto Briseño Sierra…….. 104
2.2.1.3.16. José Ovalle Favela…… 104
2.2.1.3.17. José Becerra Bautista, Carlos Arellano García y Fernando Flores García……. 105
2.2.2. El Devenir de la Audiencia Preliminar…… 105
2.2.2.1. Fases Históricas……... 106
2.2.2.1.1. En el Derecho Romano…… 106
2.2.2.1.2. En Italia Medieval…… 107
2.2.2.1.3. En el Derecho Canónico…….. 108
2.2.2.1.4. En Austria…… 108
2.2.2.1.5. En Portugal……... 109
2.2.2.1.6. En Brasil……... 111
2.2.2.1.7. En España……. 112
2.2.2.1.7.1. España……... 114
2.2.2.1.8. En Inglaterra……. 115
2.2.2.1.9. En los Estados Unidos de América…….. 116
2.2.2.1.10. Alemania…… 119
2.2.2.1.11. Puerto Rico……. 121
2.2.2.1.12. Perú…… 122
2.2.2.1.13. Argentina…… 122
2.2.2.1.14. Uruguay…….. 122
2.2.2.1.15. Iberoamérica…….. 123
2.2.2.1.16. México……... 124
2.2.3. Naturaleza Jurídica de la Audiencia Preliminar……... 127
2.2.3.1. Definición…… 127
2.2.3.2. Objetivos…….. 128
2.2.3.3. Finalidad…….. 128
2.2.3.4. Principios Rectores…….. 129
2.2.3.5. Condiciones……..…… 130
2.2.3.6. Contenidos…… 138
2.2.3.7. Secuencia del acto de celebración de la audiencia previa al juicio……..... 141
2.3. Aspectos Específicos de las Diligencias Preliminares y de las Medidas Cautelares…… 144
2.3.1. Las Diligencias Preliminares…….. 144
2.3.1.1. Concepto…….. 144
2.3.1.2. Vías de Obtención de Información…….. 145
2.3.1.3. Finalidad…….. 146
2.3.1.4. Naturaleza Jurídica……... 147

2.3.1.5. Características…….. 148
2.3.1.6. Condiciones…….. 148
2.3.1.7. Principios Generales…… 149
2.3.1.8. Categorías…… 150
2.3.1.9. Sujetos…….. 151
2.3.1.10. Supuestos……... 151
2.3.1.11. Regulación Legislativa……... 153
2.3.1.12. Diferenciación entre las Diligencias Preliminares y la Audiencia Preliminar…… 154
2.3.2. Las Medidas Cautelares……... 155
2.3.2.1. Concepto…….. 156
2.3.2.2. Naturaleza Jurídica……... 156
2.3.2.3. Presupuestos……. 157
2.3.2.4. Caracteres……. 158
2.3.2.5. Clasificación…… 159
2.3.2.6. Condiciones…….. 159
2.3.2.7. Supuestos……. 160
2.3.2.8. Exposición de Medidas Cautelares en el Comercio Internacional…….. 161
2.3.2.9. Regulación Legislativa……. 162
2.3.2.10. Diferenciación entre las Medidas Cautelares y la Audiencia Preliminar……... 162

CAPÍTULO TERCERO. LA AUDIENCIA PRELIMINAR *intra procesal* EN EL DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL…….. 165
3.1. Aspectos Específicos del Arbitraje Comercial Internacional…..…… 166
3.1.1. Datos Preliminares…… 166
3.1.1.1. Etimología…… 166
3.1.1.2. Conceptualización de Arbitraje…… 166
3.1.1.3. Conceptualización de Arbitraje Comercial Internacional…… 168
3.1.1.4. Clasificación……. 169
3.1.1.5. Características…….. 171
3.1.1.6. Naturaleza Jurídica……... 172
3.1.1.6.1. Tesis Contractualista…… 173
3.1.1.6.2. Tesis Jurisdiccionalista…… 173
3.1.1.6.3. Tesis Ecléctica…….. 174
3.1.1.6.4. Tesis Autónoma……... 174
3.1.2. Convenio de Arbitraje…… 175
3.1.2.1. Conceptualización…… 175
3.1.2.2. Clasificación……. 177
3.1.2.3. Elementos……. 178
3.1.2.3.1. Elementos Esenciales……... 178
3.1.2.3.2. Elementos de Validez……... 178
3.1.2.4. Independencia…….. 181
3.1.2.5. Eficacia, Validez, Ineficacia y Efectos…… 184

3.1.2.5.1. Eficacia……. 184
3.1.2.5.2. Validez……. 185
3.1.2.5.3. Ineficacia…….. 185
3.1.2.5.4. Efectos…….. 186
3.1.2.5.4.1. Efectos Sustantivos……... 187
3.1.2.5.4.2. Efectos Procesales……. 187
3.1.3. La Cláusula Compromisoria……. 188
3.1.3.1. Conceptualización…… 188
3.1.3.2. Contenido……. 189
3.1.3.3. La Cláusula Tipo…….. 194
3.1.3.3.1. Descripción de Contenidos…….. 194
3.1.3.3.1.1. Cláusulas Modelo para Arbitrajes Institucionales Internacionales…….. 195
3.1.3.3.1.2. Cláusulas Modelo para Arbitrajes Institucionales Nacionales……. 197
3.1.3.3.1.3. Cláusula para Arbitrajes *ad hoc* Internacionales……... 197
3.1.3.3.1.4. Cláusula para Arbitrajes *ad hoc*: Propuesta Personal…… 198
3.1.4. El Tribunal de Arbitraje…… 199
3.1.4.1. Conceptualización…… 200
3.1.4.1.1. El Árbitro……... 200
3.1.4.1.2. Tribunal Arbitral……... 201
3.1.4.1.3. Panel de Solución de Controversias…….. 201
3.1.4.2. Clasificación de Árbitros…….. 202
3.1.4.2.1. Arbitrador……. 202
3.1.4.2.2. Árbitro…….. 202
3.1.4.3. Cualidades y Condiciones del Árbitro……. 205
3.1.4.4. Funciones del Árbitro……... 208
3.1.4.5. Constitución del Tribunal de Arbitraje……. 211
3.1.4.6. La Competencia Arbitral (*kompetenz-kompetenz*)…… 213
3.1.5. El Proceso de Arbitraje…….. 214
3.1.5.1. Conceptualización…… 215
3.1.5.1.1. Proceso de Arbitraje……. 215
3.1.5.1.2. Procedimiento de Arbitraje…….. 216
3.1.5.2. Fases del Proceso……. 217
3.2. Aspectos Específicos de la Audiencia Preliminar en el Arbitraje Comercial Internacional……..……... 220
3.2.1. Datos Previos……. 220
3.2.1.1. Cronología de las Sesiones en la UNCITRAL……. 221
3.2.1.2. Bases para la creación de una Audiencia Preliminar……... 223
3.2.1.2.1. Directrices para la Celebración de Conferencias Previas a las Audiencias en el Procedimiento Arbitral de 1993 (A/CN.9/378/Add.2)…….. 223

3.2.1.2.2. Proyecto de Directrices para Reuniones Preparatorias del Proceso Arbitral de 1994 (A/CN.9/396 y A/CN.9/396Add.1).. 224

3.2.1.3. Las Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral…….. 225
3.2.1.3.1. Índice Temático……. 226
3.2.1.3.2. Breve Contenido de cada Nota…….. 226
3.2.2. Pronunciamientos en favor de la implementación de una Audiencia Preliminar…….. 229
3.2.2.1. Teorías en el ámbito Internacional……... 229
3.2.2.2. Teorías en el ámbito Nacional…….. 233
3.3. Contextos de imprevisión en el procedimiento de arbitraje comercial internacional……..…. 237
3.3.1. Primeros Escenarios de Imprevisión…….. 237
3.3.2. Magnitud de la imprevisión en el arbitraje: Supuestos…….. 238

CAPÍTULO CUARTO. DOGMÁTICA DE EJES TEMÁTICOS PROCESALES PARA UNA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL…… 241
4.1. La Patología en la Cláusula Compromisoria……. 242
4.1.1. Conceptualización…… 242
4.1.2. Naturaleza Jurídica……... 245
4.1.3. Clasificación……. 245
4.1.4. Supuestos Patológicos…….. 247
4.2. El *Discovery* en el Arbitraje Internacional……... 252
4.2.1. Surgimiento del *Discovery* en el *Common Law*…….. 252
4.2.2. Conceptualización…… 255
4.2.3. Naturaleza Jurídica……... 257
4.2.3.1. Objetivos……. 257
4.2.3.2. Voces a la Permisión……... 257
4.2.3.3. Clasificación de la Información……..…… 258
4.2.3.4. Fases…… 259
4.2.3.5. Principios…… 260
4.2.3.6. Sanciones…… 260
4.2.3.7. Operatividad…… 261
4.2.3.8. Fundamentos Legales del Descubrimiento en el Arbitraje…. 263
4.3. Los *Masc* y *Adr* en el Arbitraje Comercial Internacional…… 265
4.3.1. Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (Masc)…..…... 265
4.3.1.1. Teoría General…….. 265
4.3.1.1.1. Conceptualización…… 265
4.3.1.1.2. Estado que guarda la Justicia Tradicional…… 265
4.3.1.1.3. Naturaleza Jurídica……... 266
4.3.1.1.4. Características…….. 266
4.3.1.1.5. Presupuesto Normativo…… 267

4.3.2. Modalidades…….. 268
4.3.2.1. La Negociación…… 268
4.3.2.1.1. Conceptualización……. 268
4.3.2.1.2. Características……... 269
4.3.2.1.3. Fines…….. 269
4.3.2.1.4. Clasificación…….. 270
4.3.2.1.5. Etapas del Proceso…… 270
4.3.2.1.6. Perfil del Negociador…… 273
4.3.2.1.7. En la Negociación……. 273
4.3.2.2. La Conciliación…… 274
4.3.2.2.1. Conceptualización…… 274
4.3.2.2.2. Fines……. 274
4.3.2.2.3. Perfil del Conciliador……... 275
4.3.2.2.4. Ventajas…… 276
4.3.2.2.5. Clasificación……. 277
4.3.2.2.6. Fases del Proceso……. 277
4.3.2.2.7. Principios del Procedimiento Conciliatorio……. 279
4.3.2.3. La Mediación…… 281
4.3.2.3.1. Conceptualización……. 281
4.3.2.3.2. Misión……... 282
4.3.2.3.3. Características……... 283
4.3.2.3.4. Principios…….. 284
4.3.2.3.5. Etapas del Proceso…… 285
4.3.2.3.6. Habilidades del Mediador……. 286
4.3.2.3.7. Clasificación…… 287
4.3.2.4. Referentes Jurídicos…….. 288
4.3.3. Los *Alternative Dispute Resolution* (*Adr*)……..…….. 289
4.3.3.1. Teoría General…….. 289
4.3.3.1.1. Conceptualización……. 289
4.3.3.1.2. Características y Ventajas……. 290
4.3.3.1.3. Tendencias del movimiento *Adr* en las sociedades modernas……...…… 290
4.3.3.1.4. Orientaciones Normativas……. 291
4.3.3.1.5. Modalidades…….. 295
4.4. Organización y Depuración de aspectos procesales para una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje comercial internacional……... 301
4.4.1. Aspectos dirigidos a Personas (Compromitentes)…… 302
4.4.1.1. Orientación Preliminar……. 302
4.4.1.2. Las Medidas Disciplinarias…….. 303
4.4.1.3. Protesta y Juramento…… 307
4.4.1.4. Inactividad de las Partes……... 309
4.4.1.5. Renuncia al Derecho a Objetar…… 310
4.4.1.6. Representación, Patrocinador o Asesor……... 312
4.4.1.7. Comunicaciones *ex parte*..……. 314
4.4.2. Aspectos dirigidos a Cosas (Materiales)……... 317

4.4.2.1. Depósito de Bienes……... 317
4.4.2.2. Protección y Garantías de Bienes en Litigio…… 318
4.4.3. Aspectos dirigidos al Procedimiento……. 320
4.4.3.1. Ampliación o Enmienda a la Demanda/Contestación…….. 320
4.4.3.2. Alegatos Complementarios…….. 322
4.4.3.3. Prueba Anticipada……..... 326
4.4.3.4. El Comparendo……..... 329
4.4.3.5. Aceptación o Renuncia de Recursos Contra el Laudo……. 329
4.4.3.6. Mociones de Prórroga……. 331
4.4.3.7. Informaciones Complementarias……. 332
4.4.4. Aspectos adicionales al Proceso……... 333
4.4.4.1. Calendario Procesal……. 333
4.4.4.2. Acta de Misión…… 336
4.4.4.3. Audiencia Complementarias a la Preliminar……... 338
4.4.4.4. Cláusula Escalonada……... 340
4.4.4.5. Procesos Especiales……. 343
4.4.4.6. Confidencialidad……. 344
4.4.4.7. Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje información, documentos y peritajes que provengan de otros procedimientos Masc...……..... 348
4.4.4.8. Conservación y/o Destrucción de documentos del proceso arbitral……... 348
4.4.5. Apoyos Externos……... 349
4.4.5.1. Principio de Mínima Intervención……. 349
4.4.5.2. Auxilio Judicial……... 350
4.4.5.3. Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje…….. 355
4.4.5.4. Intervención de un *expertise*…… 356
4.4.5.5. Intervención de un *prearbitro*…….. 360
4.4.5.6. Intervención de un *referé*……. 361
4.4.5.7. Intervención de un *neutral expert*……. 362
4.4.6. Aspectos dirigidos al árbitro o al centro que administra arbitraje…… 364
4.4.6.1. Exclusión de responsabilidad y renuncia a la acción de difamación……. 364
4.4.6.2. Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en arbitraje….. 368
4.4.6.3. Imposibilidad de qué un árbitro sea perito……... 370
4.4.6.4. Delegación de Facultades……. 371
4.4.7. Aspectos normativos aplicables…… 372
4.4.7.1. El *Soft Law*……...…… 372
4.4.7.2. La *Lex Mercatoria*……...…… 373
4.4.7.3. Estipulaciones Particulares……..…… 375
4.4.7.4. Contratos Tipo…….. 376
4.4.7.5. Tratados/Convenciones Internacionales……... 376

CAPÍTULO QUINTO. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y DE TEMAS CENTRALES Y COLATERALES PARA EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL…… 379
5.1. Fundamento Legal de la Audiencia Preliminar en el Arbitraje Comercial Internacional……. 379
5.1.1. Las Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral de 1996…… 379
5.1.2. Descripción de Ejes Temáticos Centrales y Temáticas Colaterales para una Audiencia Preliminar…….. 381
5.1.3. Cuadros Informativos Comparativos……. 382
5.2. Fundamentos legales indirectos para la instauración de una audiencia preliminar en arbitrajes privados institucionales y sectoriales internacionales……. 391
5.2.1. Preceptos Legales……... 392

CAPÍTULO SEXTO. LA AUDIENCIA PRELIMINAR: FACTOR DE PREVISIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN Y DEPURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL…… 399
6.1. ¿Por qué hablar de previsibilidad en el procedimiento de arbitraje internacional?..... 400
6.2. ¿El status de un árbitro… actualmente lo faculta para instaurar una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje internacional?..…... 403
6.2.1. Normativo…… 403
6.2.2. Dogmático…… 404
6.2.3. Máximas Procesales……. 406
6.2.4. Deontología Arbitral…… 408
6.2.4.1. Código de Ética para Árbitros en Litigios Comerciales…….. 408
6.2.4.2. Código de Ética de los Árbitros…….. 409
6.2.4.3. Código de Ética para Árbitros y Conciliadores…….. 409
6.3. Probar que los ejes temáticos centrales y temáticas colaterales propuestos, son un factor de previsibilidad para organizar y depurar el procedimiento de arbitraje comercial internacional, vía audiencia preliminar…… 410
6.3.1. Ejes Temáticos Centrales……. 411
6.3.1.1. La Cláusula Compromisoria Patológica…… 411
6.3.1.2. El *Discovery* en el Arbitraje Comercial Internacional…… 415
6.3.1.3. La resolución anticipada del conflicto a través de Masc o *Adr*, previo al procedimiento de Arbitraje Comercial Internacional……..... 420
6.3.2. Ejes Temáticos Colaterales…….. 424
6.3.2.1. Aspectos dirigidos a Personas (Compromitentes)…….. 424
6.3.2.1.1. Orientación Preliminar…… 424
6.3.2.1.2. Medidas Disciplinarias…… 426

6.3.2.1.3. Protesta y Juramento……... 428
6.3.2.1.4. Inactividad de las Partes…….. 430
6.3.2.1.5. Renuncia al Derecho a Objetar……... 432
6.3.2.1.6. Representación, Patrocinio y Asesoramiento…….. 434
6.3.2.1.7. Comunicaciones *ex parte*…… 436
6.3.2.2. Aspectos dirigidos a Cosas (Materiales)…….. 438
6.3.2.2.1. Depósito de Bienes……... 438
6.3.2.2.2. Protección y Garantía de Bienes en el Litigio…….. 440
6.3.2.3. Aspectos dirigidos al Procedimiento…… 441
6.3.2.3.1. Ampliación, Aclaración y Enmienda a la Demanda/Contestación……. 441
6.3.2.3.2. Alegatos Complementarios…….. 444
6.3.2.3.3. Prueba Anticipada…… 446
6.3.2.3.4. El Comparendo…… 448
6.3.2.3.5. Aceptación o Renuncia de Recursos contra el Laudo…… 449
6.3.2.3.6. Mociones de Prórroga……... 452
6.3.2.3.7. Informaciones Complementarias…….. 454
6.3.2.4. Aspectos Adicionales al Procedimiento…… 456
6.3.2.4.1. Calendario Procesal……... 456
6.3.2.4.2. Acta de Misión…….. 458
6.3.2.4.3. Audiencias Complementarias a la Preliminar…….... 459
6.3.2.4.4. Cláusula Escalonada……. 461
6.3.2.4.5. Procesos Especiales……... 463
6.3.2.4.6. Confidencialidad……... 465
6.3.2.4.7. Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje información, documentos y peritajes de otros procedimientos Masc o *Adr*……. 467
6.3.2.4.8. Conservación y Destrucción de Documentos del Proceso Arbitral…… 469
6.3.2.5. Apoyos Externos……... 471
6.3.2.5.1. Principio de Mínima Intervención…… 471
6.3.2.5.2. Auxilio Judicial……..... 473
6.3.2.5.3. Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje…… 475
6.3.2.5.4. Intervención de un *expertise*…… 477
6.3.2.5.5. Intervención de un *preárbitro*……... 479
6.3.2.5.6. Intervención de un *referé*……... 481
6.3.2.5.7. Intervención de un *neutral expert*…….. 483
6.3.2.6. Aspectos dirigidos al árbitro o centro que administra arbitraje……. 485
6.3.2.6.1. Exclusión de Responsabilidad y Renuncia a la Difamación……... 485
6.3.2.6.2. Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en el Arbitraje…… 489
6.3.2.6.3. Imposibilidad de que el Árbitro sea Perito…… 491

6.3.2.6.4. Delegación de Facultades…….. 493
6.3.2.7. Aspectos Normativos Aplicables……. 496
6.4. Propuestas de Orden Legislativo y Normativo…..…… 498
6.4.1. Para el Código de Comercio de México…….. 498
6.4.2. Para las Institucionales que Administran Arbitraje Internacional: Reglamentaciones Internas……... 502
6.4.3. Promover una cultura de la audiencia preliminar en un concierto temático procesal arbitral.……. 506
6.5. Horizontes para el Arbitraje Comercial Internacional…… 507
6.5.1. Para el Árbitro: Activismo……... 507
6.5.2. Para el Procedimiento: El Garantismo Procesal…….. 509
6.5.3. Para la Ciencia Jurídica Procesal: *prima facie* la Audiencia Preliminar…….. 510

CONCLUSIONES…….. 512
PROPUESTAS…… 516
FUENTES DE INFORMACIÓN……..……. 519
ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS…….. 536

INTRODUCCIÓN

El ser humano, icono de presencia de fuerza viva, de sobrevivencia, de organización, de adaptación en un medio hostil; siempre buscó el hombre, integrar unidades identitarias, que favorecieran la coexistencia, y no el aislamiento. Esa fuerza humana debió constituirse en estratos sólidos como la familia, la tribu, el clan o el *sippe*, o el Estado, sólo así podría alcanzar sus fines individuales, y ver satisfechas necesidades o deseos en colectivos.

La unidad y la cooperación en un colectivo humano, permitió garantizar la alimentación, el vestido, la convivencia, la defensa y la solución de diferencias. Respecto a esa convivencia, cada comunidad humana, presentó diversos grados de interrelación que podían situarse en ámbitos de franca armonía o de basta rivalidad; esto incide por la existencia de conductas y procederes disímbolos, estos se deben a las necesidades, temores o miedos.

El conflicto y la conflictividad, son un distintivo indiscutible e inherente de cada persona, de cada sociedad y hasta de cada Estado; la forma de visualizar y comprender un conflicto, es muy complejo, más aún gestionar su solución. La transformación de un conflicto y de la conflictividad, con el devenir del tiempo, fueron y han sido sometidos a procesos que intentan disminuirlos o en el mejor de los casos erradicarlos, con la autotutela, autocomposición o con una heterocomposición, como vías, que con gran ingenio, el hombre ha proveído el apaciguamiento, la no agresión, reducir la violencia, en casos específicos, dotando de una respuesta que repercuta al fondo de un diferendo, y rescatar las relaciones en la comunidad.

Los sistemas justiciales, se hacen presentes en cada latitud, donde el hombre ha requerido poner término a conflictos, con medios genuinos como la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, que fueron verdaderas alternativas para detener

el caos y la destrucción al interior y exterior de una comunidad, sus resultados pudieron asegurar la integridad de cada individuo y de cada comunidad; es notable que los esfuerzos del propio hombre (el padre como cabeza de la familia, el jefe de la tribu o el sabio de un colectivo, o el experto en tiempos modernos) pudieron hacer doblegar la fuerza bruta en pacificación social; eso aconteció en el pasado, y hoy se intenta repetir este legado. Ahora tenemos una sociedad numerosa, educada – capacitada, interdependiente, con muy complejos estilos de vida, de familia, de trabajo, y de convivencia social; ese individuo inmerso, en ciencia y tecnología, con una elevada calidad de vida, aún suele hacer primar su voluntad e intereses, asimismo, muestra una total incapacidad de enfrentar y de resolver un conflicto, lo que hace suponer que tenga un grado mínimo de cividad y racionalidad al respecto.

Los conflictos y la conflictividad, deben ser transformados y gestionados, a tal grado que pueda permitir entre los hombres, sana convivencia, intercomunicación, interrelación, negociación y dependencia humana; de no ser así, ese entorno será inseguro y hostil; las sociedades no quieren esas atmósferas, no querrán ver frenado su progreso por barbarie.

En otro escenario, resulta sustancial precisar que los Estados en sus expectativas de desarrollo, han adoptado estrategias de internacionalización, de integración, de globalización y de libre comercio, siendo bastiones que toda nación ha preponderado.

Los avances tecnológicos, han permito al hombre de negocios que a través de modernos medios de comunicación y de transporte, incrementan un tráfico importante de bienes, mercaderías y servicios, además de solventar las necesidades de los consumidores, y colocar el mayor porcentaje de productos con calidad y a un precio competitivo en nichos de mercado internacional.

La circulación de capitales, de inversiones, la manufactura, la creación inventiva, entre otros factores, hace que cada Estado reformule su presencia o control en cuestiones

comerciales internacionales; también los Estados deberán definir estrategias, políticas y hasta modificar las instituciones y procesos jurídicos, que hagan viables las relaciones comerciales a un nivel óptimo y con alto grado de seguridad jurídica.

Los vínculos entre empresarios, se han intensificado, no importando a que nación pertenecen, que idioma poseen, a que tipo de cultura pertenecen, que costumbres y que sistemas jurídicos se encuentran regidos; la complejidad de sus acuerdos deviene de una práctica comercial ardua y de nivel, lo cierto es, que continúan sus intercambios diversificado sus productos y servicios.

Las operaciones comerciales internacionales, quedan soportadas en contratos de compraventa, cada vez más especializados; los derechos y obligaciones son de mayor exigencia y precisión, se trata pues, de cumplir con lo pactado, y al mismo tiempo se pretende que no se generen imprevisiones e irresponsabilidades contractuales.

Los comerciantes al signar sus contratos de compraventa internacional de mercaderías, la autonomía de la voluntad les permite pactar un conjunto amplísimo y sofisticado clausulado, lo que corresponderá al objeto, a las obligaciones de las partes, y en un apartado final, se define la terminación de la relación comercial, la instancia para someter un conflicto y el derecho aplicable al contrato.

Cuando se actualiza el conflicto entre los contratantes, derivado por la interpretación, incumplimiento o ejecución en cuestión, pueden los comerciantes, encontrarse inmersos en tres momentos cruciales, primero, recurrir a la instancia o mecanismo signado para someter la controversia, y si, en el presente caso fue el arbitraje; segundo, hacer valer una cláusula compromisoria, para hacer efectivo un arbitraje, como vía para solucionar el conflicto, que en el mejor de los casos, pueda pensarse, respecto de su contenido, sea completo, eficaz y viable; tercero, en caso de que las partes estén iniciando el procedimiento de arbitraje, y les adviertan o se den cuenta, que existe la falta de condiciones procesales necesarias o básicas para afianzar el

desarrollo de un arbitraje, sólo queda enfatizar ¿cómo? y ¿cuándo? resolver esta problemática.

Por lo anterior, ese supuesto, debe ser solventado indiscutiblemente, pero ahora, cabe cuestionarse qué sistemas, ordenamientos o dispositivos jurídicos, pueden hacer frente a este problema. Lo cierto es, que los intereses de los comerciantes no pueden quedar al arbitrio de una norma, ni de un tercero neutral, por tanto el reto será implementar y ejecutar aquello que haga viable un arbitraje comercial internacional.

Cuando en el convenio de arbitraje, hay la sola mención del arbitraje como medio de solución de conflictos o la imprecisión de la sede, de los árbitros, del proceso o de los derechos aplicables, ese acuerdo de arbitraje, no garantiza el pleno desarrollo de este y bien puede comprometer su finalidad.

La organización de un arbitraje internacional suele ser complicada y más cuando los comerciantes (compromitentes) deben elegir, decidir o proponer aspectos de orden procesal, que hagan dar curso al arbitraje, pero cuando no han quedado decididos, o son erróneos o inexactos, deben ser subsanados, lo cual haga perfectible no sólo el convenio de arbitraje, el arbitraje, sino además el laudo.

Se pone especial atención, en el convenio de arbitraje, porque este acuerdo debe ser perfecto, porque esto permitirá ordenar el procedimiento en cada etapa del proceso, en cada actuación, en cada audiencia, en cada prueba.

La previsión será fundamental, consignada en una cláusula compromisoria, o en otro momento oportuno; si esto no se logra, el arbitraje puede correr una suerte tal, que puede tender al más radical de las imprevisiones, demoras y fracasos.

En el presente trabajo de investigación, se prepondera la presencia de una Audiencia Preliminar, en el procedimiento de arbitraje comercial internacional, en la

cual operadores del arbitraje y particulares delimitarán las temáticas/problemáticas que podrán ser abordadas en esa audiencia.

Esta tesis encuentra eco y orientación en las Notas de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) sobre la Organización del Proceso de Arbitraje Internacional, en ellas se propusieron, pilares sustanciales, que dieran la oportunidad al tribunal de arbitraje (*ad hoc* o Institucional) para que a través de una audiencia preliminar, se resolviera una serie de elementos arbitrales, omitidos, erróneos o inexactos, para que en una época temprana del proceso, se organizarán o sanearan, y a la postre, sobrellevar el curso adecuado de un arbitraje.

Cierto es, que las Notas de la UNCITRAL, comentadas, se encuentra especial significado, y motivó para aportar una teoría en los siguientes términos:

Sea convocada una audiencia preliminar y audiencias complementarias, en las cuales, conjuntamente árbitros y compromitentes, estén siempre dispuestos a tomar los acuerdos que organicen y depuren aquellos elementos esenciales para la puesta en marcha de un procedimiento arbitral previsible.

La Audiencia Preliminar y las Audiencias Complementarias serán el mejor instrumento para ordenar, organizar y sanear objetivamente temáticas como: La cláusula compromisoria patológica; Anticipar la solución de un conflicto previo al arbitraje; La aplicabilidad del *discovery*; y, Organizar - Depurar 36 temas colaterales de orden arbitral. Estos cuatro rubros se estudian, se analizan y estarán implícitos en la teoría del investigador.

Resulta indiscutible que el mexicano no suele tener un total alcance y comprensión, así como experiencia en la materia del arbitraje comercial internacional, y en cuanto a la práctica en el proceso de arbitraje, es muy limitado aún. Muchas veces se desconoce instituciones o procedimientos, que se hacen presentes, y que pertenecen a

sistemas jurídicos diversos al suyo, y a la hora de afrontar el arbitraje y más que todo su proceso, encuentra serias adversidades para su desarrollo, por ende, será menester prevenirle, facilitarle, informarle a ese mexicano que haga uso del arbitraje, que hay aspectos temáticos o problemáticas, que pueden encontrar a través de la Audiencia Preliminar una solución a esos obstáculos.

La tesis se intitula: La Audiencia Preliminar: Factor de previsibilidad en la organización y depuración del procedimiento en el Arbitraje Comercial Internacional en Sede Mexicana.

Esta tesis consta de seis capítulos, en los cuales se enmarca los principales aspectos históricos, conceptuales, legales y teóricos del arbitraje y de la Audiencia Preliminar.

El Capítulo Primero, se denomina **EL CONFLICTO Y LA CONFLICTIVIDAD INHERENTES EN LAS RELACIONES HUMANAS,** en él, se exponen lineamientos sobre el conflicto y la conflictividad, su presencia en el contrato de compraventa internacional y en el procedimiento de arbitraje comercial internacional.

En el Capítulo Segundo, titulado **LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL ORDINARIO,** se aborda un contexto particular de los usos y prácticas de la audiencia preliminar en un procedimiento civil ordinario. Asimismo, se hace una distinción de la Audiencia Preliminar con otras dos instituciones jurídicas como las Diligencias Preliminares y las Medidas Cautelares.

En el Capítulo Tercero, se postula **LA AUDIENCIA PRELIMINAR *intra procesal* EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**, se establece la teoría y el marco aplicable de la Audiencia Preliminar en el procedimiento de arbitraje comercial internacional, además de señalar sus alcances y efectos legales.

En el Capítulo Cuarto, se cita la **DOGMÁTICA DE EJES TEMÁTICOS PROCESALES PARA UNA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.** Aquí se señala el marco conceptual, teórico y normativo sobre temáticas centrales y colaterales del procedimiento arbitral.

En el Capítulo Quinto, refiere al **RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y DE TEMAS CENTRALES Y COLATERALES EN EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**, efectivamente se establece los dispositivos normativos sobre la Audiencia Preliminar en el Arbitraje Comercial Internacional.

En el Capítulo Sexto, se relaciona con **LA AUDIENCIA PRELIMINAR: FACTOR DE PREVISIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN Y DEPURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL,** se establecen y definen qué problemáticas deben ser abordadas y resueltas en una Audiencia Preliminar.

SIGLAS

AAA	Asociación Americana de Arbitraje
ABA/USAID	Proyecto para la Mediación en México
ADR	*Alternative Dispute Resolution*
AEC	Asociación de Estados del Caribe
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
AMMAC	Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial
APEC	Organización de Cooperación Económica Asia-Pacífico
ARYME	Entidad Privada administradora de *Adr* en Madrid, España
BANCOMEXT	Banco Nacional de Comercio Exterior de México
CACCC	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas
CAIS	Centro de Arbitraje Internacional de Singapore
CAM	Centro de Arbitraje de México
CAMCA	Centro de Arbitraje y Mediación Comercial de las Américas
CANACO	Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México
CARICOM	Comunidad del Caribe
CCI	Cámara de Comercio Internacional de París, Francia
CCOM.	Código de Comercio de México
CEE	Comunidad Económica Europea
CEMARC	Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio
CENAC	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala
CEPAL	Comisión Económica para América Latina
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIADI	Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDIP	Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado
CIETAC	Comisión de Arbitraje Internacional Económico y de Comercio Internacional de China

CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (en Inglés UNCITRAL)
CPCDF	Código de Procedimientos para el Distrito Federal
CPCMICH	Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán
IFC	Internacional Factoring Custom
INCOTERMS	Términos de Comercio Internacional
LCIA	Corte Internacional de Arbitraje de Londres
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, España
LMACI	Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional
MASC	Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos
MCCA	Mercado Común Centroamericano
NASD	Asociación Estadounidense de Agentes del Mercado Bursátil
NOPA	Notas de la UNCITRAL sobre la Organización del Proceso Arbitral
OCDE	Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo
ODECA	Organización de Estados Centroamericanos
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
RA	Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL
RACAM	Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México
RUU500	Cartas de Crédito Documentario
SAC	Solución Alternativa de Controversias
SAPM	Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid
SELA	Sistema Económico Latinoamericano
SICA	Sistema de Integración Centroamericana
TAB	Tribunal de Arbitraje de Barcelona
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UNIDROIT	Instituto de Roma para la Unificación del Derecho Privado
ZPO	Código Procesal Civil Alemán

CAPÍTULO PRIMERO
EL CONFLICTO Y LA CONFLICTIVIDAD INHERENTES EN LAS RELACIONES HUMANAS

Sumario 1.1. Aspectos Específicos del Conflicto. 1.1.1. Fundamento Teórico-Científico. 1.1.1.1. Epistemología. 1.1.1.2. Escuelas de Pensamiento. 1.1.1.2.1. La Escuela Clásica. 1.1.1.2.2. La Escuela Conductista. 1.1.1.3. Teorías del Conflicto. 1.1.1.3.1. La Teoría del Conflicto. 1.1.1.3.2. La Teoría del Caos. 1.1.1.3.3. La Teoría de los Juegos. 1.1.1.3.4. La Teoría de la Gestión del Conflicto. 1.1.2. Origen del Conflicto. 1.1.2.1. Vertiente Psico-Social. 1.1.2.1.1. La Emoción. 1.1.2.1.2. El Poder. 1.1.2.1.3. Los Recursos Escasos. 1.1.2.1.4. Dos Variables. 1.1.2.1.4.1. La Violencia. 1.1.2.1.4.2. La Agresión. 1.1.2.2. Vertiente Sociológica. 1.1.2.2.1. Los Procesos Disociativos. 1.1.2.2.1.1. La Competencia. 1.1.2.2.1.2. La Rivalidad. 1.1.2.2.1.3. La Oposición. 1.1.2.2.1.4. La Hostilidad. 1.1.3. Conceptualización del Conflicto. 1.1.3.1. Etimología. 1.1.3.2. Concepto. 1.1.3.3. Definiciones. 1.1.3.3.1. Definición General. 1.1.3.3.2. Definición Psico – Social. 1.1.3.3.3. Definición Sociológica. 1.1.3.3.4. Definición Jurídica. 1.1.4. Estructura del Conflicto. 1.1.4.1. Clasificación. 1.1.4.2. Estructura Trial. 1.1.4.3. Ciclo Básico del Conflicto. 1.1.4.3.1. Escalada. 1.1.4.3.2. Estancamiento. 1.1.4.3.3. Desescalada. 1.1.5. Percepción del conflicto en la celebración del contrato de compraventa internacional de mercaderías. 1.1.5.1. El conflicto y el contrato de compraventa internacional de mercaderías: correspondencia a una tipología de conflictos Psico-Sociales. **1.2. Aspectos Específicos de la Conflictividad.** 1.2.1. Conceptualización. 1.2.1.1. Definición. 1.2.1.2. Noción. 1.2.2. Origen de la Conflictividad. 1.2.2.1. Proceso NECESIDAD-MIEDO-REACCIÓN. 1.2.2.2. Factores que acentúan la Conflictividad. 1.2.2.2.1. Factores *intra* personal. 1.2.2.2.2. Factores *extra* personal. 1.2.2.3. Esquema de Conflictividad. **1.3. Aspectos Específicos del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías.** 1.3.1. Aspectos Preliminares. 1.3.1.1. Conceptualizaciones. 1.3.1.1.1. Definición del Comercio Internacional. 1.3.1.1.2. Definición de la Autonomía de la Voluntad. 1.3.1.1.3. Definición de la Compraventa Internacional de Mercaderías. 1.3.1.2. Factores Competenciales. 1.3.1.2.1. Ámbito Espacial. 1.3.1.2.2. Ámbito Personal. 1.3.1.2.3. Ámbito Material. 1.3.2. Referentes del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. 1.3.2.1. Regulación Legal. 1.3.2.2. El Contrato Tipo. 1.3.2.3. Obligaciones Contractuales. 1.3.2.3.1. Del Vendedor. 1.3.2.3.2. Del Comprador. **1.4. El Conflicto y la Conflictividad que pueden derivar desde la celebración de un contrato de compraventa internacional de mercaderías al desarrollo del procedimiento de arbitraje comercial internacional.** 1.4.1. Escenarios Temáticos. 1.4.2. Mensaje a los Operadores del Comercio Internacional.

El conflicto y la conflictividad se advierte como inherentes del ser humano, y estos tienen una fuerte presencia, en las relaciones humanas, incluso suele detectarse, cuando los actores se disponen a la celebración de contratos de compraventa internacional de mercaderías, y cuando intervienen en procesos de arbitraje comercial internacional, será menester en este capítulo probar tal aseveración.

El conflicto y la conflictividad están presentes en el ámbito social – jurídico, pero sólo sus resultados o consecuencias devastadores, pueden llegar a tener una gestión,

una transformación, y la aplicabilidad de métodos y técnicas alternativas de solución. En el presente apartado se dará cuenta de estas premisas.

1.1. Aspectos Específicos del Conflicto

1.1.1. Fundamento Teórico-Científico

1.1.1.1. Epistemología

El ser humano es un ente complejo en su vida, en su convivencia y en su interrelación con otras personas.

Qué puede aportar la epistemología sobre ¿Quién es el ser humano? ¿Qué es la vida humana? ¿Como explicar la presencia del conflicto? y ¿Cómo justificar el conflicto en la manifestación de la vida? como ente generador del conflicto.

El profesor Estrada Sámano, orienta su posición a que el ser humano "Es un cuerpo físico-orgánico y viviente, no sólo es materia, sino el sustento de su individualidad… pero el hombre es un individuo excepcional: su cuerpo bípedo y enhiesto, está coronado por un cerebro más perfecto que el de cualquier otro viviente; la armonía de sus sentidos externos supera la agudeza sensitiva de todo otro ser.

La persona humana, con alma simple e inmortal, es de suyo, la forma del individuo racional. Cada persona por cuanto es incomunicable entre distintos individuos, resulta irrepetible para cada hombre.

Cada persona alcanza tanta perfección…cuando conoce la verdad, alcanza el bien, actúa responsablemente, practica todas las virtudes, es capaz de servir y de dirigir y también de seguir a los demás." [1]

No es menos importante, posición que asume el profesor Siches al mencionar que sobre la vida humana "Es la realidad primera y radical y a la vez la base y ámbito de todos los otros seres… la vida constituye todo cuanto somos y hacemos… precisa que es

[1] ESTRADA SÁMANO, José Antonio, *Notas sobre Filosofía del Derecho,* pp. 58 - 59

la propia existencia… y el conjunto de sucesos humildes o triviales, que a veces, la vida parece tomar tensión, encabritarse, concentrarse, densificarse.

La vida humana ofrece por de pronto, una de sus esencias características, el hecho de que consiste en pensamiento, en tener conciencia de sí misma. La vida es sentirse, darse cuenta, verse… es intimidad… es encontrarnos en un mundo de cosas, que nos sirve o que se nos oponen, que nos atraen o que repelemos, que amamos u odiamos.

Porque yo no soy, si no tengo un mundo de que ocuparme, si no hay cosas qué pensar, qué sentir, qué desear, qué repeler, qué conservar, qué transformar, o qué destruir." [2]

Ahora corresponde explicar la presencia del conflicto en el individuo, para ello el experto Eduard Vinyamata Camp, alude al tema, cuando precisa que "El conflicto es un fenómeno propio de los seres vivos, implícito en el mismo acto de vivir, que se halla presente en todas las épocas y edades y que afecta de manera muy importante en la vida de las personas y de las sociedades que estas conforman.

Se ha pensado y se piensa todavía que, en el fondo, existe una maldad humana de carácter congénito que es lo que puede explicar su comportamiento… El conflicto no surge como una característica propia de la naturaleza genética humana sino que es el resultado de un error en el desarrollo de nuestras relaciones, de nuestra evolución como personas." [3]

Finalmente, ¿Cómo justificar el conflicto en la manifestación de la vida? El hombre en sociedad busca "Equilibrar potencialidades humanas, la realización de valores sociales, morales, espirituales y culturales." [4]

Del hombre deviene libertad, albedrío y poder. "Las personas, como las sociedades, tenemos unas necesidades esenciales que satisfacer; necesidades básicas

[2] RECASENS SICHES, Luis, *La Filosofía del Derecho en el Siglo XX,* pp. 58 - 60
[3] *Conflictología*, pp. 11, 14
[4] ESTRADA SÁMANO, José Antonio, *Op. cit*., Ver Nota 1, p. 59

como la alimentación, la seguridad y la protección y aquellas otras que nos vinculan al cuerpo social, de tipo afectivo y cooperativo." [5]

El ser humano, ente supremo en una colectividad, su individualidad e independencia, no son ajenas a los demás, sus diversas manifestaciones pueden tener fuertes implicaciones en la generación de un conflicto.

El individuo, su presencia en este mundo, su existir en colectivo, puede dar cabida a la coexistencia pacífica o a la más atroz disociación social.

A juicio del investigador, las sociedades qué logran un grado de civilización, hace suponer que el conflicto lo han encausado y prevenido.

Ciertamente la necesidad, la sobrevivencia y el miedo, son factores indiscutibles para que se desencadene el verdadero conflicto en el hombre.

1.1.1.2. Escuelas de Pensamiento

Desde hace varios años la comunidad de expertos en psicología y sociología, han pronunciado diversas teorías en aras de explicar y justificar el surgimiento del conflicto en el ser humano, y como se desencadena este; ahora, tratan de explicarlo científicamente:

1.1.1.2.1. La Escuela Clásica

Sustenta que el conflicto se origina fundamentalmente de un proceso neurofisiológico, es decir, de un patrón de emoción – reacción en el ser humano, creándose internamente, y con fines inminentes de exteriorizarse.

Se afirma que el conflicto es de orden intrapersonal, así lo confirman:

"Los psicólogos William James y Sigmund Freud, se limitan a afirmar que la agresividad forma parte de las características instintivas y, por tanto, resulta del todo inevitable.

[5] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, p. 49

M. Durbuin y John Bowlby, defendieron el carácter sociable de las personas, sociabilidad pérdida a consecuencia de sus miedos que les conducen a la comisión de todo tipo de tropelías y agresiones.

Otros psicólogos, consideran las tendencias agresivas no tanto como una característica genética sino un fenómeno cultural adquirido, provocado especialmente por la influencia de frustraciones." [6]

Por lo anterior, el acto de vida del ser humano, encierra conductas, procederes, metas o designios, estas exteriorizaciones sólo quedarán justificadas cuando desee imponerlas o hacerlas cumplir, aún en contra de la voluntad o interés de los demás, ahí puede radicar el surgimiento del conflicto.

Los actos internos de la emoción, del sentimiento o del temor, al ser perturbados, esto puede ocasionar una reacción en la persona, y más concretamente un conflicto.

1.1.1.2.2. La Escuela Conductista

Los estudiosos de esta corriente de pensamiento confirman, que el conflicto surge a partir del comportamiento del hombre, es decir, de signos visibles como la actitud, el poder y la manera de enfrentar a los demás.

En esta tesitura el conflicto es de orden interpersonal:

"El Etólogo Konrand Lorenz, señala que la agresividad o la violencia es necesaria para poder desarrollar potencialidades y capacidades de cara a la sobrevivencia y el crecimiento.

Los Antropólogos Bronislav Malinowski y Margared Mead argumentan que la agresividad no es, ni innata ni se adquiere sino que forma parte de los sentimientos y valores colectivos de los diversos grupos humanos.

También Parsons y Smelser afirman que los conflictos eran aberraciones sociales." [7]

---

[6] *Ibidem*, pp. 84 – 86
[7] *Idem.*

Como se aprecia, hay dos escuelas que se contraponen al definir científicamente el origen y el contenido del conflicto; aquí no debe prevalecer una u otra, pueden parecer coadyuvantes y colaborativas en formar una naturaleza propia del conflicto en el hombre.

El hombre por su naturaleza, será un ser que luchará contra todo y contra todos, para proteger intereses (individuales, de familia o de grupo), recursos (materiales o inmateriales) y su propio desarrollo, y cuando estos pretendan ser restringidos o sufran un menoscabo, el individuo asumirá un comportamiento de defensa – ataque (ámbito interno) en pro de salvaguardarlos (exteriorización).

1.1.1.3. Teorías del Conflicto

Con el paso del tiempo, se han construido sólidos estudios encaminados, ya no sólo a determinar el origen del conflicto, y más bien, se orientan a como deben ser gestionados y transformados los conflictos, para ello se sustentará en:

1.1.1.3.1. La Teoría del Conflicto

Se reconoce la funcionalidad del conflicto, "Es a partir de esta teoría que comienza a ser visto como una relación social con funciones positivas para la sociedad humana, en tanto y en cuanto se pueda mantener bajo control sus potencialidades destructivas y desintegradotas." [8]

El conflicto posee una doble significación: "Cuando representa crecimiento, oportunidad, posibilidad de innovación, cambio, regeneración, estímulo mejora, descubrimiento y serenidad; y cuando puede significar destrucción, dominación, alineación, frustración, guerra, desgracia, dolor, sufrimiento, angustia, ofuscación, bloqueo y violencia." [9]

---

[8] El Conflicto, **Voz: Teoría del Conflicto** en Wikipedia, junio de 2008, disponible *<http://www.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_del _conflicto>* [fecha de consulta el 18 de octubre de 2008]

[9] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, pp. 24 - 25

Esta teoría permitirá identificar una doble cara del conflicto: en primer término, ¿Cómo el individuo o la sociedad puede sacar un provecho positivo del conflicto? Quizás cuando se den cuenta que sus relaciones humanas son deficitarias, es entonces, cuando debe ponderarse con ingenio e incluso con innovación fortalecer o depurar aquellas normas, reglas, procesos, principios y conductas, para hacer frente en las relaciones humanas de modo más civilizadas.

En segundo término, para el mismo individuo o una sociedad, al no saber como canalizar esos conflictos, vía gestión o transformación, significará un retroceso o una involución de las relaciones humanas, ya que no podrán aspirar a cambiar esos conflictos, por armonía o paz social, por lo que se mantendrán inmersos en el caos y la indeferencia.

1.1.1.3.2. La Teoría del Caos

Eduard Vinyamata expresa, que para entender el funcionamiento del universo y del mismo ser humano, se requiere "De una comprensión holística que no juzga por actos específicos sino que intenta comprenderlos desde la amplitud y complejidad que aporta el conjunto y su proceso evolutivo." [10]

Esto se explica así, que quien intervenga en la gestión de un conflicto, deje juicios preconcebidos o modelos esteriotipados, no estar atado a preestablecidas normas, procesos o principios, reduzca las distancias, evite la influencia de los hechos que motivaron el conflicto, ahora, se inserte en el entorno del mismo, que la simple observación, las informaciones indirectas y hasta las conjeturas, no serán sustento para comprender el conflicto y devenga una solución.

1.1.1.3.3. La Teoría de los Juegos

Remo F. Entelman, aporta una singular teoría sobre el resultado que se obtiene de un conflicto, él señala que "Los conflictos puros, se les atribuyó la particularidad de arrojar, como único resultado posible al tiempo de su resolución, un ganador y un

[10] *Ibidem*, p. 104

perdedor; y en los conflictos impuros, los resultados que podían obtenerse al resolverlos, permitían una distribución de ganancias entre los actores." [11]

Con esta información, puede describirse y deducirse de mejor manera el sentido de esta teoría:

Tabla 1. Teoría de los Juegos.

Teoría	Contextualización	Percepción	Resultado
Conflicto Puro	Juego de Suma Cero	puro conflicto	Ganar – Perder
Conflicto Impuro	Juego de Suma Positiva	pura cooperación	Ganar – Ganar

Fuente: Elaboración Propia.

Esta clasificación, en materia de solución de conflictos, resulta muy importante, ya que permite ejemplificar y precisar dos escenarios prácticos y comunes; en materia de administración de justicia, cuando el Estado, en sus funciones jurisdiccionales, los conflictos quedan resueltos con el parámetro de SUMA CERO, que al dictarse la sentencia, sólo habrá más que un ganador y un perdedor; por otra parte, cuando el conflicto es sometido a Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) estos son gestionados a través de un parámetro de SUMA POSITIVA, dando a las partes, la posibilidad de repartir las ganancias o pérdidas, pero siempre dándose un plano de equidad.

1.1.1.3.4. La Teoría de la Gestión del Conflicto

Los conflictos que existen, pueden ser resueltos de dos maneras: "Aquella que propugna medidas coactivas o represoras tendentes a la desaparición del adversario, enemigo o contrario…, y por el convencimiento racional, de que los conflictos únicamente pueden llegar a ser resueltos si tomamos como punto de partida la necesaria

[11] *Teoría de Conflictos*, p. 107

comprensión de las necesidades, el control del miedo y la promoción de la cooperación entre las partes implicadas.

Siguiendo la postura de Eduard Vinyamata los conflictos se resuelven mejor conociendo sus causas, estableciendo remedios y aceptando que el conflicto no es una característica que deba ser eliminada o ignorada, ni por razón ni por la fuerza, sino que este tiene una función importante que cumplir dentro de la complejidad de las relaciones humanas." [12]

En esta teoría de la gestión del conflicto, debe quedar muy claro para los expertos, que hay que trasformar las causas de origen, nunca intentar solucionar los efectos negativos, estragos y consecuencias ya materializadas, cuando menos no a través de MASC.

Para la gestión del conflicto, se requiere de un método, de una estrategia, de un proceso científico; aplicando adicionalmente aquellas técnicas de conflictología y comunicología entre otras, y sin dejar de contar con aquel equipo multidisciplinario cuya intervención coadyuve plenamente en la solución de fondo del conflicto, me refiero a psicólogos, médicos, terapeutas, educadores, religiosos y abogados.

1.1.2. Origen del Conflicto

¿Cuándo se está en presencia de un conflicto? Acaso ¿Cuándo existan daños? Ciertamente ante lo difuso y la complejidad de hechos individuales o colectivos, hace necesario determinar su significado y más propiamente su origen.

Se estima que el conflicto debe ser estudiado desde dos campos cognoscitivos, esenciales uno de orden Psicológico y otro de índole Sociológico.

1.1.2.1. Vertiente Psico-Social

Para explicar esta vertiente, debe partirse de que el hombre en su quehacer cotidiano experimenta diversos procesos psico-sociales con intensidad y con cierto fin.

¿De que estadios psico-sociales estamos hablando? Y ¿Cuál es su naturaleza?

[12] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, pp. 87, 89

1.1.2.1.1. La Emoción

Se conceptualiza como "Un estado complejo del organismo caracterizado por una excitación o perturbación que predispone a la acción." [13]

Joseph Redorta señala que la emoción es de orden: "Neurofisiológico. Son aquellas respuestas involuntarias, que el sujeto no puede controlar, como consecuencia de emociones intensas y frecuentes; Conductal. La observación del comportamiento de un individuo permite inferir qué tipo de emociones está experimentando, y Cognitivo. El componente cognitivo hace que califiquemos un estado emocional y le demos un nombre, esto se denomina sentimiento." [14]

Puede apreciarse, que la emoción, son reacciones naturales del propio ser humano, éstas podrán tener un carácter positivo o negativo, y se relacionan con personas, objetos y sucesos.

Josep Redorta "Precisa que el arte de establecer buenas relaciones con los demás es, en gran medida, la habilidad de manejar las propias emociones[15] para ello se debe: dominar las habilidades sociales (escuchar, mantener una actitud dialogante); saber respetar a los demás (intención de aceptar y apreciar las diferencias individuales y grupales y valorar los derechos de las personas); practicar la comunicación receptiva (entender la comunicación verbal y no verbal y recibir los mensajes con precisión); practicar la comunicación expresiva (capacidad para iniciar y mantener conversaciones, expresar los pensamientos con claridad) y practicar la asertividad (mantener un comportamiento equilibrado; capacidad para defender y expresar los derechos)." [16]

---

[13] REDORTA, Josep, *Emoción y Conflicto*, p. 24
[14] REDORTA, Josep, *Op. cit*., pp. 26 – 27
[15] La historia de la civilización humana puede dar cuenta de las diversas formas de aprender a controlar las emociones: los Diez Mandamientos, la Ley de las XII Tablas, el Código de Hammurabi, el Código de Manú, además del derecho y la religión. *Ibidem,* p. 111
[16] *Ibidem,* pp. 112 - 113

Por lo anterior, podría deducirse que el ideal de toda persona, sería tener la capacidad de discernir y de controlar sus propios impulsos, actitudes y comportamientos, ello contribuirá a prevenir o conformar el conflicto.

1.1.2.1.2. El Poder

Son "Tácticas, estrategias y formas de ejercer la competitividad." [17]

Para el Psicólogo Alfred Adler explica "Que el hombre nace con un complejo de inferioridad que necesita compensar y esto, como un mecanismo básico, le mueve a superarse diariamente respecto a los retos de la vida." [18]

En la construcción del poder[19] "El hombre se siente amenazado, aislado, débil… los otros y el peligro, generan en el hombre la actitud de defensa-ataque." [20]

Puede determinarse que el poder, es un instrumento que puede tender al más desmesurado intervencionismo con sus semejantes, ya que no importará, si destruye un entorno, o elimina adversarios, lo que trasciende es ver satisfechas las necesidades y cubrir carencias.

1.1.2.1.3. Los Recursos Escasos

Para conformar este tipo de conflicto no basta la concurrencia de emociones y el poder, requiere de un tercer elemento, y hay que referirse al recurso escaso (el objeto), que también repercute notablemente.

---

[17] REDORTA, Josep, *Cómo Analizar los Conflictos*, p. 145
[18] REDORTA, Josep, *El Poder y sus Conflictos,* pp. 35 - 36
[19] Las características del Poder: a) Es relacional. El poder es siempre recíproco y constitutivo de una relación más o menos desequilibrada. b) Es intencional. El poder esta orientado a la acción, a conseguir algo de alguien. c) Es gradual. El poder puede ser visto como un medio que tiende ha ejercerse de forma dosificada. d) Es expansivo. El poder llega hasta que encuentra un límite. e) Es atribuido. De hecho, no cuenta tanto el poder que realmente se tiene como el que los demás nos atribuyen o piensan que tenemos. El prestigio, en algún nivel, es forma de poder. f) Es multiforme. El poder adopta las mil formas. g) Es un producto social. El poder se halla en todos los niveles de la relación humana; en las relaciones interpersonales y en los grupos. h) Es un recurso. Como recurso el poder se convierte para resolver conflictos concretos. REDORTA, Joseph, *Op. cit*., p. 34
[20] *Ibidem*, p. 36

En torno a este objeto, se esgrime las siguientes ideas "Los recursos escasos tienden a vincularse a procesos de competición y, por tanto, a derivar en conflictos de poder… la necesidad es un factor fisiológico en la generación de esta morfología de conflicto… la escasez tiene claros efectos psicológicos sobre el deseo y la motivación, y en este sentido se explican algunos comportamientos." [21]

Con el poder, incide a sobrevivir a un estado de necesidad[22] o de escasez[23] de un (objeto)[24].

1.1.2.1.4. Dos Variables

Comúnmente las actitudes de las personas suelen estar relacionadas de emoción, de poder y de recursos escasos, pero aún puede evidenciarse otros dos elementos heterogéneos de graves consecuencias, la violencia y la agresión.

Cuando el individuo se ve imposibilitado para vencer miedos o satisfacer necesidades en diverso orden, su reacción tenderá a ser extrema, mostrando inflexibilidad, sentido de frustración, sufrimiento, angustia etc., pero no importará ejercer algún grado de violencia o de agresión, el fin es lograr lo que se ha propuesto.

1.1.2.1.4.1. La Violencia

Puede definirse ésta, como la "Fuerza extrema. | Intensidad. | Abuso de la fuerza. | Fuerza ejercida sobre una persona para obligarla a hacer lo que no quiere. | Hecho de actuar sin el consentimiento de una persona. | Hacer violencia a alguien, obligarlo a hacer algo." [25]

---

[21] REDORTA, Josep, *Op. cit*., Ver Nota 17, (*Cómo Analizar los Conflictos*), pp. 133 - 134, 136

[22] El mundo, no ha podido liberarse de la escasez y por esta razón su desarrollo social, político e intelectual esta dominado por el modo de producción de la vida material. *Ibidem*, p. 136.

[23] Expresa Munné La relación fundamental del hombre con el mundo es la escasez. *Ibidem*, p. 135

[24] El Objeto puede ser: material (un bien tangible) y uno inmaterial (un bien intangible, como el honor, el prestigio o la jerarquía). Opinión personal.

[25] GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Diccionario Manual Ilustrado*, **Voz: Violencia,** p. 941

"Violencia es todo aquello que pueda representar o justificar un perjuicio, producir, por efecto o por defecto, un mal a otro, a uno mismo o al entorno; ya sea realizado o llevado a cabo de manera conciente o inconsciente." [26]

La violencia posee diversas formas de manifestación "La violencia física; la mentira; el engaño; la falacia; la tergiversación; la competitividad dirigida al competidor; las tensiones; la ocultación de información; el no reconocimiento de la existencia del otro; no reconocimiento de la dignidad y de las necesidades de otro; la insolidaridad; la negación de auxilio; la indiferencia; la descalificación y el improperio." [27]

La violencia surge "Como una deformación, una exageración de nuestra capacidad de reacción, de las capacidades vitales por superar las dificultades y desarrollar esfuerzos de sobrevivencia.

La generación de actitudes y comportamientos violentos centran su origen en la pérdida de control sobre las sensaciones de temor que poseemos con la finalidad de autoestimularnos para la acción, frente a la necesidad de obtener satisfacción a nuestras necesidades vitales y existenciales.

El exceso de miedo incrementa en grado sumo los estímulos para la acción que derivan en una creciente agresividad y, finalmente, en una violencia que ya no se halla capacitado para mantener el equilibrio y desarrollar procesos de raciocinio sobre el propio comportamiento y sus consecuencias.

¿Por qué la existencia de la violencia? El instinto no es más que el proceso y las reacciones que se producen en todos los organismos vivos frente a la necesaria satisfacción de necesidades y frente al peligro de no verlas satisfechas; así pues, la vida ya viene predeterminada por elementos que permiten el desarrollo de la agresividad y su

[26] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, p. 26
[27] *Ibidem*, pp. 27 - 28, 32

transformación en violencia, pero ello no quiere decir que los seres vivos seamos y poseamos actitudes violentas, simplemente poseemos la capacidad de serlo." [28]

Es indiscutible que el potencial de la mente del ser humano, prioriza necesidades o satisfacer deseos diversos, no se limitará para ello, por el contrario, pasará de un estadio de obsesión a uno netamente, de intolerancia y fuerza. En ese tránsito de escenarios, se hace evidente la violencia y sus niveles. Nada podrá irrumpir a un hombre en ese cometido.

1.1.2.1.4.2. La Agresión

Se infiere como el "Ataque. | Acto contrario al derecho de otro." [29]

"La agresión se ejerce mediante el ejercicio de la violencia en cualquiera de sus formas o expresiones y surge como estado alterado debido a la existencia de sensaciones de miedo que superan las posibilidades de autocontrol." [30]

La agresión ya comporta un daño, y al no razonar, que unida con la violencia, se genera una destrucción inminente, respecto de una persona o un objeto; por ello, el no controlar las emociones y las variantes de violencia y agresión, sólo puede traer consigo, gravedad o consecuencias en las relaciones humanas.

1.1.2.2. Vertiente Sociológica

Las pretensiones que todo hombre tiene en la sociedad, son un elemento esencial para crear la convivencia o el propio conflicto.

Sociológicamente, los procesos asociativos son de tal naturaleza que contribuyen a una franca interacción humana, esto se confirma así "El hombre esta determinado en todo su ser y en todas sus manifestaciones por la circunstancia de vivir en acción

[28] *Ibidem*, pp. 30, 33
[29] GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Op. cit*., Ver Nota 25, **Voz: Agresión,** p. 19
[30] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, p. 270

recíproca con otros hombres."[31], siendo un objetivo el entendimiento, la comunicación y la correspondencia.

Sobre los procesos disociativos, pueden tender al desequilibrio social, es decir, el hombre puede romper con esquemas de armonía y coexistencia social.

"Las relaciones, los procesos y los hechos sociales no pertenecen todos ellos únicamente a la especie de los fenómenos en que los hombres se asocian, sino que muchos de ellos pertenecen a la especie opuesta, es decir, a los fenómenos que entrañan oposición, antagonismo, conflicto, lucha y disociación." [32]

Se reconoce que es "Cierto que los hombres son en alguna dosis sociables, que tienen impulsos de sociabilidad… Recasens Siches refiere de José Ortega y Gasset: Que los hombres son también antisociales, que están repletos de impulsos antisociales… En toda colectividad de hombres actúan tanto fuerzas sociales como fuerzas antisociales… La sociedad es tan constitutivamente el lugar de la sociabilidad como el lugar de la más atroz insociabilidad." [33]

El conflicto desarrollado en condiciones sociológicas, puede estar revestidos de ciertos matices como la inferioridad (temor, miedo, envidia, timidez), de la superioridad (disgusto, burla, desdén, desprecio, intolerancia, arrogancia) o de actitudes meramente disociativas (odio, aversión, antipatía, desconfianza, sospecha, rencor, malicia, crueldad).

Por lo anterior, devienen amplios campos de acción humana, la sociabilidad y la disociabilidad, en éste último, el hombre, los cuerpos multidisciplinarios y todo aquél experto debe contribuir notablemente a la prevención y solución del conflicto.

[31] RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología*, p. 347
[32] RECASENS SICHES, Luis *Op. cit*., p. 403
[33] *Idem*.

1.1.2.2.1. Los Procesos Disociativos

1.1.2.2.1.1. La Competencia

Se define como "Aquellas tendencias disociativas inseparablemente conectadas con esfuerzos similares de los diversos sujetos para alcanzar objetos iguales." [34]

La Competitividad es un "Sistema de progreso basado en la lucha con el entorno social o natural con la finalidad de lograr obtener satisfacción a las necesidades o los intereses." [35]

Este proceso disociativo, tiene claro un objetivo, alcanzar un objeto preciado que no puede ser poseído simultáneamente por dos personas, pero hay interés por tenerlo.

Se puede concretar que se trata de un "Hecho inexorable de la competencia en pos de trabajo, riqueza, prestigio, honores, posición, influencia, poder, placer, etc. y el hecho de que muchas gentes no logren alcanzar esos bienes o no los consigan en la medida en que los desean, suscitan resentimiento, despecho, envidia y competencia." [36]

1.1.2.2.1.2. La Rivalidad

"En la rivalidad los competidores se conocen el uno al otro; cada uno de ellos orienta su conducta teniendo en cuenta lo que el otro hace o lo que cree que va hacer; y trata de entorpecerlo o de opacarlo, si puede, para prevalecer sobre él." [37]

En este proceso, prima una competición personal y no una pugna por un interés material.

---

[34] *Ibidem*, p. 405
[35] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, p. 276
[36] RECASENS SICHES, Luis, *Op. cit*. Ver Nota 31, (*Tratado General de Sociología*), p. 412
[37] *Ibidem*, p. 406

1.1.2.2.1.3. La Oposición

"Hay procesos de oposición determinados principalmente por factores de la situación, contradecir, disentir, objetar, dimitir en señal de protesta… es decir, conductas movidas por actitudes de disentimiento, inconformidad, antipatía, aversión, rencor, resentimiento, odio." [38]

Es un proceso en el que se prepondera una competición de ideales, más que cualquier otra cosa; no es el objetivo una persona o bien.

1.1.2.2.1.4. La Hostilidad

Son "Impulsos, como un efecto reactivo a irritaciones o frustraciones, pueden ser la respuesta deformada a determinadas situaciones desagradables, pueden ser resultado del malhumor –consiente o inconsciente que haya sido provocado por una circunstancia, por la distorsión de una expectativa deseada, por la privación de algo apetecido." [39]

El ser humano con cierto grado de ánimo, puede inducirlo positivamente, de acuerdo con sus intereses, o bien orientarlo negativamente, justificando socialmente tener derecho a amenazar o a imponer su dominio.

1.1.3. Conceptualización del Conflicto

1.1.3.1. Etimología

La palabra conflicto "Deriva del latín *conflictus* significando: Para atacar juntos." [40]

[38] *Ibidem*, p. 407
[39] *Ibidem*, p. 410
[40] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.), *Mediación y Solución de Conflictos,* p. 38

1.1.3.2. Concepto

Hay voces que expresan que el conflicto representa "Un hecho social universal y necesario que se resuelve en el cambio social." [41]

Esto implica que el hombre cualificará de un conflicto, su involución o evolución de su conducta, de su comportamiento, de su sociabilidad en la comunidad, es decir, habrá un grado de cividad o no, en la transformación de los conflictos.

1.1.3.3. Definiciones

Qué elementos, contenidos y alcances en la ciencia puede tener el término conflicto.

1.1.3.3.1. Definición General

Para Ramón Alzate Sáez de Heredia, señala en el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, en su edición de 1994, define el conflicto como: "Combate, lucha, pelea. | Enfrentamiento armado. | Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. | Problema, cuestión, materia de discusión. | Desacuerdo entre dos o más personas" [42]

Se advierte de esta significación, el franco encuentro y desencuentro de cuando menos dos personas, con diversa ideología, valores, percepciones, necesidades, exigencias, deseos, no posibles de ser alcanzados por ambos.

1.1.3.3.2. Definición Psico - Social

Se parte de la "Situación en la que fuerzas que se oponen de modo simultáneo entre sí y con igual intensidad, actúan sobre un mismo individuo. (Lewin)

---

[41] El Conflicto, **Voz: Teoría del Conflicto**, en Wikipedia, junio de 2008, disponible *<http://www.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_del _conflicto>* [fecha de consulta el 25 de octubre de 2008]

[42] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.), *Op. cit*., Ver Nota 40, p. 38

El conflicto significa diferencia de intereses percibida, o una creencia que las partes en sus aspiraciones normales no pueden alcanzar simultáneamente. Con esta idea, el conflicto se manifiesta ya de forma general en interacción, en lo social, siempre más allá del individuo. (Rubin, Pruitt y Hee)

Se refiere a las actitudes y asunciones personales, más la conducta y las contradicciones, en una tríada sólo abstraíble teóricamente y que tiene un nivel latente y otro manifiesto. (Johan Galtung)

Intereses opuestos relativos a recursos escasos con objetivos divergentes y frustración. (D. Tjosvold)" [43]

Esta definición de conflicto, tiene su origen intrapersonal, es decir, esas emociones y sentimientos son interiores, que al ser reveladas en el medio social tienen un fuerte impacto, los demás se hacen sabedores de ellas, y se traducirán en posibles conflictos, por no ser homogéneas a los otros.

1.1.3.3.3. Definición Sociológica

"Cuando los individuos o grupos en competencia para conseguir determinado objetivo, o en oposición desde algún punto de vista, tratan conscientemente de aniquilar, derrotar o subordinar a la otra parte, o defenderse frente a tales intentos de ésta." [44]

Este conflicto se centra, en una perspectiva más allá de la persona, que respecto de un interés, deseo, necesidad, carencia, tiene que salir a enfrentar y afrontar con los demás, como conseguir ese bien u objeto preciado, no cabe la posibilidad de postergar o claudicar.

[43] REDORTA, Josep *Op. cit*., Ver Nota 17, (*Cómo Analizar los Conflictos*), pp. 27 – 29
[44] RECASENS SICHES, Luis, *Op. cit*., Ver Nota 31, (*Tratado General de Sociología*), p. 408

1.1.3.3.4. Definición Jurídica

Su significación será "Lo más recio o incierto de un combate, pelea o contienda. | Oposición de intereses en que las partes no ceden. | El choque o colisión de derechos o pretensiones." [45]

Para Eduardo Pallares cita de Carnelutti que el litigio "Es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro." [46]

Para Fernando Flores García indica de Calamandrei "Litis, litigio, controversia se refieren más a la idea de conflicto, surgido antes y fuera del proceso, entre quien afirma una pretensión y quien la niega." [47]

Para José Ovalle Favela expresa que "El conflicto de intereses sólo se convierte en litigio cuando una persona formula contra otra una pretensión, es decir, exige la subordinación del interés ajeno al interés propio; y frente a esa pretensión la otra parte expresa su resistencia, o sea, se opone a la misma, negando subordinar su interés propio al interés hecho valer mediante pretensión." [48]

Por lo anterior, con un matiz evidentemente jurídico, el conflicto no deja de ser psico-social y sociológico, de ser intrapersonal y extrapersonal, no se eliminan estos factores identitarios; pero ahora, se traslada a un campo técnico, legalista y garantista, visto desde esta óptica, implica que el conflicto se traduce en un daño o menoscabo a la integridad física, al patrimonio o a los derechos fundamentales; por lo que el afectado pide el auxilio judicial del Estado para dotarle a ese conflicto de una solución adecuada, siguiendo patrones del derecho (proceso, actuaciones, pruebas, alegatos y sentencia). El resultado que pueda obtenerse será la indemnización, reparación o restitución, de lo que le fue privado.

---

[45] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, **Voz: Conflicto,** p. 85
[46] PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil,* **Voz: Litigio,** p. 544
[47] *Diccionario de Derecho Procesal*, **Voz: Litigio**, p. 158
[48] *Teoría General del Proceso*, p. 4

1.1.4. Estructura del Conflicto

1.1.4.1. Clasificación

De acuerdo con la Psicología Social se proponen tres modelos de estructuras de conflicto, la primera denominada de Ejes globales[49], la segunda se identifica como de 18 Elementos[50], y la tercera llamada Tríada[51].

1.1.4.2. Estructura Trial

Este tipo de estructura proporciona un patrón más exacto del origen y desarrollo de un conflicto. El conflicto se conforma de tres momentos: cuando se inicia, cuando se llega al punto álgido del problema y cuando puede descender su fuerza, verifiquemos lo anterior:

"Considera que siempre deben relacionarse tres aspectos: el problema en sí mismo; las personas implicadas; y los procesos que se dan entre ellas. (Lederach)

…Establecen un triángulo que pretende reunir los elementos de toda disputa al correlacionar: intereses; derecho y poder. (Ury, Bret y Golberg)

…Se fija en tres aspectos una visión funcional del conflicto: las metas de los implicados; los medios utilizados en la confrontación y los recursos disponibles." (Coser) [52]

Coincide que el conflicto, puede divisarse en tres facetas, invariablemente, la variación de elementos, no obstaculiza su desemvolmiento.

---

[49] Señala: Es una variable que contiene polos contradictorios significativos. …muestra una bipolaridad, las cosas siempre existen como pares opuestos. Ejemplos: tensión – distensión; simple – complejo; bien – mal; atracción – repulsión; poder – libertad; competición – cooperación. REDORTA, Josep, *Op. cit*., Ver Nota 17, (*Cómo Analizar los Conflictos*), p. 64

[50] Compleja estructura del conflicto, hasta hacer encontrar 18 elementos o variantes, entre ellas: metas; contexto; partes; poder; fuentes; patrón; función; expectativas; eje; vivencia; desencadenante; ciclo; métodos; normas; complejidad; estilo; efectos y ámbito. *Ibidem*, pp. 69 – 70

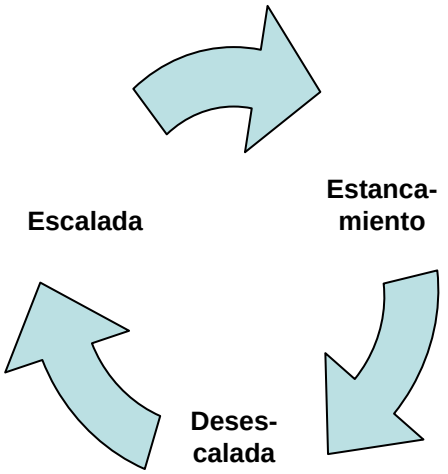
[51] Se deduce tres vertientes: personas, materia y resultados. Opinión Personal.

[52] REDORTA, Josep, *Op. cit*., Ver Nota 17, (*Cómo Analizar los Conflictos*), p. 67

1.1.4.3. Ciclo Básico del Conflicto

Técnicamente el ciclo básico del conflicto se encuentra basado en el modelo Trial, Alzate expresa "No se trata sólo de ver el proceso en el tiempo, sino de entender que el conflicto tiene una dinámica en parte previsible y que seguirá el esquema central de tensión, punto culminante y distensión o en otros términos escalada, estancamiento y desescalada." [53]

Figura 1. Conflicto por Secuencia.



Fuente: Elaboración Propia

1.1.4.3.1. Escalada

Corresponde a la "Expansión secuencial de la amplitud o intensidad del conflicto. (Geller, Pruitt y Rubin) … Percepción selectiva de la información, profecía autocumplida, el entrampamiento y la denominada escala irracional del conflicto. (Alzate)" [54]

[53] Quien lo compara con una obra de teatro en la que en el primer acto el conflicto aumenta y se intensifica, en el segundo acto, se produce el clímax y el estancamiento y en el tercer acto el conflicto va descendiendo de intensidad hasta su resolución. *Ibidem*, p. 75
[54] *Idem.*

Se parte de una posición personal, que se caracterizará de manera continua, dominante, constante e invariable; que al ser confrontada con otras actitudes, encuentran apoyo para generarse el conflicto; se inicia y mantiene la defensa de un objeto o de un fin por tiempo prolongado.

1.1.4.3.2. Estancamiento

"Llega un punto en el que las partes ya no se manifiestan más interesadas en seguir el conflicto, en otras palabras, el proceso de competición se intenta pasar a un proceso de cooperación, que es el que conducirá a la desescalada del conflicto. (Rubin, Pruitt y Hee) …Joseph Redorta menciona cuatro causas del estancamiento: El fracaso de las tácticas competitivas; el agotamiento de recursos; la pérdida de soporte social; y los costes inaceptables." [55]

Las partes pueden encumbrar estados competitivos, adversos u hostiles como ellos quieran; la intensidad y complejidad, esta en función de sus intereses en juego; lo cierto es que en un determinado tiempo, se puede divisar que las partes en conflicto han avanzado sustancialmente, hasta el grado de darse cuenta que han cancelado importantes puentes de comunicación, de negociación, y de solución del conflicto; no hay mucho que hacer, están inmersos en una falta de entendimiento, de raciocinio, no se disciernen palpablemente, los daños ocasionados a la contraria, ni las pérdidas sufridas, fue una lucha emprendida, y no truncada, se encuentra en un impase, estas exhaustos, no hay más ataques, es cuantificable sus detrimentos patrimoniales, hasta aquí, debe haber un viraje, es decir, comenzar a ceder y cooperar en la solución muy seguramente equilibrada en las pretensiones iniciales.

1.1.4.3.3. Desescalada

Alzate, señala que la técnica de desescalada requiere esencialmente cuatro pasos y los define de la siguiente manera: "El incremento de la interacción; la construcción de momentos o espacios de pausa en el conflicto con el inicio de pequeñas concesiones

[55] *Ibidem*, p. 77

mutuas; la generación de objetivos comunes superiores; y las concesiones unilaterales.” [56]

Después de un proceso muy marcado de disociación de las partes, en algún momento se darán cuenta que no hay más oposición, rivalidad o lucha que emprender, hay que retornar a los causes de la cordura, de la cividad, anteponer sus intereses, he iniciar los procesos de gestión y transformación del conflicto.

1.1.5. Percepción del conflicto en la celebración del contrato de compraventa internacional de mercaderías

Por lo expuesto hasta ahora, sobre la teoría y la naturaleza del conflicto, hace necesario, vincularlos con el tema de la celebración del contrato de compraventa internacional de mercaderías; en esta tesitura hay una fuerte influencia y vinculación entre estos dos temas, cabe demostrar esa interrelación y su correspondiente comprensión de las actitudes y procederes conductales de los comerciantes en el manejo de un conflicto.

Se dará cuenta de esta manera:

¿Qué intereses, qué comportamientos y qué expectativas tienen los comerciantes, tanto en el proceso de las negociaciones, como en la suscripción de un contrato de compraventa internacional de mercaderías?

¿En estos contratos a los que hago alusión, quedan revestidos de emoción, poder y competitividad por los operadores del comercio?

¿Por qué es una fase álgida e intensa, cuando los interesados definen las obligaciones contractuales a que desean quedar sujetos?

¿Por qué tanta exactitud al momento de redactar las cláusulas del contrato en cuestión?

[56] *Ibidem*, p. 78

¿A caso, en los estadios de la negociación, de la celebración del contrato, y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, puede advertir ya, un grado de conflictividad entre las partes?

¿Cuándo hay un incumplimiento de los términos pactados en el contrato, por qué las partes irrumpen los puentes de la comunicación y los acuerdos?

¿Cuándo surge un conflicto por incumplimiento esencial del contrato de compraventa internacional de mercaderías, las partes manifiestan su interés de someterlo a mecanismos autocompositivo o heterocompositivos?

¿Cómo explicar comportamientos y procederes conductales de franca oposición, por parte de los comerciantes en un proceso de arbitraje comercial internacional?

La respuesta que se diera a cada una de estas interrogantes, precede, de varios comunes denominadores, entre ellos: competitividad, rivalidad y el dominio comercial.

Por otra parte, la comercialización y el precio de mercaderías serán los incentivos para alcanzarlos.

En concreto, estimo que el conflicto en las relaciones comerciales internacionales, es latente, es posible, es real, ya que cualquier negligencia o indiferencia en los términos pactados del contrato, sería objeto de controversia.

1.1.5.1. El conflicto y el contrato de compraventa internacional de mercaderías: correspondencia a una tipología de conflictos psico-social

Es una extraordinaria oportunidad de interrelacionar estos temas; los operadores del comercio, por los gajes de su actividad, estrategia y negociación tienen muy arraigados directa o indirectamente, conciente o no, comportamientos o procederes, que dirigidos al contexto psico-social, son potenciales del conflicto y de una latente conflictividad.

Tomando en consideración la tipología del conflicto, señalare aquellos supuestos que son factibles de presentarse, en esta relación social-jurídico-comercial:

a) Conflicto de Recursos Escasos “Disputamos por algo de lo que no hay suficiente para todos.” [57]

Entendido como: Manifestación de no tener algo; el objeto es escaso, insuficiente o inexistente.

Este conflicto surgiría cuando uno de los comerciantes no pudiera disponer del objeto o del pago del precio pactado.

b) Conflicto de Poder “Disputamos porque alguno de nosotros quiere mandar, dirigir o controlar más a otro.” [58]

Entendido como: Se parte de una competitividad y se llega a una imposición, quedando sometida a la voluntad e intereses de una persona sobre otra.

Este conflicto se propiciaría cuando alguno de los comerciantes se impusiera o pretendiera obtener alguna ventaja adicional de lo acordado, sobre la interpretación del clausulado o ante un cambio fundamental de circunstancias.

c) Conflicto Estructural “Disputamos por un problema cuya solución requiere largo tiempo, esfuerzo importante de muchos o medios más allá de nuestras posibilidades personales.” [59]

Entendido como: De acuerdo al grado de dificultad y de gravedad del conflicto, las partes preferirían no asumir su resolución, debido a costes de tiempo, dinero y esfuerzo.

Quizás las partes, no desean someter un conflicto a un mecanismo heterocompositivo, debido a los altos costos y consecuencias que pudieran surgir de ello.

[57] *Ibidem*, p. 144
[58] *Ibidem*, p. 157
[59] *Ibidem*, p. 197

d) Conflicto de Normatividad "Disputamos porque se incumple una norma social o legal." [60]

Entendido como: Cuando las partes dejan de cumplir sus acuerdos pactados, o las normas o reglas jurídicas.

Este conflicto se desarrollaría cuando alguno de los comerciantes, según su interés, deje de cumplir con los acuerdos voluntarios[61], así también deje de observar algún uso, práctica, costumbre o derecho convencional internacional aplicable al contrato.

e) Conflicto de Expectativa "Disputamos porque no se cumplió o se defraudó lo que uno esperaba del otro." [62]

Entendido como: Cuando las partes no cumplen sus acuerdos, generan indiferencia, desinterés, o en caso extremo deslealtad.

Este conflicto generalmente deviene de un desinterés por el cumplimiento de obligaciones signadas, más específicamente en relación con el objeto del contrato respectivo.

f) Conflicto de Información "Disputamos por algo que se dijo o no se dijo o que se entendió de forma distinta." [63]

Entendido como: Comunicación verbal o no verbal, debiendo ser clara, fluida y congruente, de no ser así surgirá un malentendido.

Este conflicto se desarrollará cuando alguna de las partes se reserve u omita cierta información del contrato de compraventa, y olvide, haga rumor sobre información que conducirá a la confusión en el cumplimiento de obligaciones.

---

[60] *Ibidem*, p. 222

[61] En ciertas culturas orientales, el incumplimiento de acuerdos, es una clara ofensa, una violación de valores, es una situación grave que puede ser de orden filosófico, antropológico, educativo, espiritual, esto, hace más complejo al momento de resolver un conflicto. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, p. 70

[62] REDORTA, Josep, *Op. cit*., Ver Nota 17, (*Cómo Analizar los Conflictos*), p. 235

[63] *Ibidem*, p. 261

g) Conflicto de Intereses "Disputamos porque mis deseos o intereses son abiertamente contrapuestos a los tuyos." [64]

Entendido como: Se produce una controversia debido a que los deseos o intereses de los individuos no son comunes.

Este conflicto procederá cuando se dé una oposición entre comerciantes, en relación con las cláusulas pactadas y con las obligaciones del mismo contrato.

h) Conflicto Atributivo "Disputamos porque el otro no asume su responsabilidad o culpa en la situación planteada." [65]

Entendido como: Refiere a las atribuciones de responsabilidad de cada una de las partes.

Este conflicto deriva cuando una de las partes de la relación contractual, no acepta responsabilidades, errores, negligencias y culpas, esto complica cualquier proceso tanto de comunicación como de negociación a la solución del conflicto.

Como puede apreciarse, en conflictos de esta naturaleza, puede actualizarse un buen número de supuestos tipológicos del conflicto, esto hace ser más meticuloso, más delicado, y con alto riesgo, para los expertos al pretender la gestión del conflicto.

1.2. Aspectos Específicos de la Conflictividad

1.2.1. Conceptualización

1.2.1.1. Definición

"Calidad de conflictivo (opuesto, contrario, antagónico e incompatible)." [66]

1.2.1.2. Noción

Considero que es la predisposición, reacción que comporte una persona, cuando advierta un menoscabo en su integridad, patrimonio o derechos, generando y

[64] *Ibidem*, p. 272
[65] *Ibidem*, p. 283
[66] ALVAR EZQUERRA, Manuel, *Diccionario General de la Lengua Española,* **Voz: Conflictividad,** p. 424

desencadenando con intensidad una serie de conductas como el encono, la dureza, la inflexibilidad, no ceder, amenazar, violentar y agredir, siendo estos verdaderos escudos o mascaras que presenta una persona a su contraparte o rival; es propiciar un ambiente tenso, lleno de incertidumbre y de obstáculos, necesarios todos estos, para hacer claudicar en las aspiraciones-intenciones del otro, pero para lograrlo dependerá mucho de que una persona asuma un dominio de poder de corte exacerbado.

Puede puntualizarse que, la distinción de términos como el conflicto, implicará daño, perjuicio, disminución y oposición; y en cuanto al de conflictividad, es la simple manifestación de una conducta, de cerrazón, de no apertura a nada, de obstaculizar, de complicar, de enfrentar, entre otros; incluso sería más difícil gestionar la conflictividad que ni el propio conflicto en si.

1.2.2. Origen de la Conflictividad

1.2.2.1. Proceso NECESIDAD-MIEDO-REACCIÓN

Bajo un proceso psico-social como este, puede proporcionar elementos significativos, para el origen del conflicto y de la conflictividad ¿De qué manera surge?

"Las personas… tenemos necesidades esenciales que satisfacer; necesidades básicas… (incluso) seguridad y la protección...

Difícilmente las personas podríamos sobrevivir si no viéramos satisfechas estas necesidades esenciales o, en todo caso, la insatisfacción de las mismas nos afectaría de manera notable y grave.

El miedo en su sentido más generalizador, nos sirve como estimulo que nos avisa de la necesidad de satisfacción de estas necesidades. Necesidades que aseguran nuestra sobrevivencia de manera global e integral y, al mismo tiempo, del equilibrio y el buen funcionamiento de la vida en todas sus expresiones, niveles y características." [67]

[67] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, pp. 49 - 50

Entonces el hombre posee una capacidad de reacción frente a carencias, problemas y urgencias, su manifestación es justificable y comprensible, no podría estar estático o incólume, debe ir en búsqueda de ese recurso preciado, a costa de hacer una defensa o un ataque.

La reacción, puede conducir al individuo a extremos; los psicológicos han señalado que no pueden ser controladas las emociones, sentimientos y procederes, se pierde la dimensión del conflicto, se exacerba la conflictividad, se pone en riesgo el recurso u objeto, y trasciende a consecuencias incluso legales.

1.2.2.2. Factores que acentúan la Conflictividad

Bien señala Eduard Vinyamata, "Que en muchas de las ocasiones ante la presencia de un conflicto (y sobre todo de la conflictividad) en una persona, se intenta inmediatamente frenarla, zanjarla, disiparla o hasta reprimirla, lo cual es un error, y más aún, si esta pretende ser resuelta con el derecho o la religión." [68]

Se considera hasta aquí, que el conflicto y la conflictividad no han sido comprendidos en su justa dimensión y se evade una pluralidad de matices en cuestión.

Como referencia a Eduard Vinyamata él insiste que hay un conjunto de factores de naturaleza multidisciplinar, que revisten a un conflicto, se estima que también estos factores son distintivos en la conflictividad. Se han agrupado en dos apartados:

1.2.2.2.1. "Factores *intra* personales pueden comprender los de orden (biológico) como el estrés, el miedo y las enfermedades; (psicológico) percepción de una conducta; (filosófico) prima el ideal personal, es decir, el yo y sus necesidades y (espiritual) por falta de valores y sentimientos espirituales.

1.2.2.2.2. Factores *extra* personales empero se vinculan los (antropológicos) formación proclive a la valoración del conflicto y la violencia; (pedagógicos) con la falta de

[68] *Ibidem*, p. 18

instrucción educacional, de valores, y de principios; (educativos) procesos educativos deficitarios; (políticos) estrategias gubernamentales carentes en lo social, cultural, deporte, y artístico; (legal) falta de acatamiento de leyes, sentencias, respeto a las instituciones judiciales." [69] , se incluiría el (económico) la falta de empleo.

Se puede considerar, que ninguno de los factores antes señalados, debe soslayarse o minimizarse en un conflicto ni en la conflictividad propia; la detección, evaluación y tratamiento oportuna, brindará éxitos en la solución al fondo de un conflicto y reducir los niveles de conflictividad, de no ser así, a la postre, se puede presenciar nuevos y complejos diferendos.

Se comparte la posición de Eduard Vinyamata, si las partes en conflicto, no llegan a un resultado pleno y satisfactorio en la gestión o resolución, es que seguramente no fue tocado el fondo del problema aún, y sólo fue resuelto de manera superficial.

1.2.2.3. Esquema de Conflictividad

El Dr. Armando Castanedo Abay, redacta y proporciona un valioso modelo en el cual describe paso a paso la evolución de un conflicto y su correspondiente conflictividad, en un caso empresarial, este esquema refuerza lo que hasta ahora se ha escrito al respecto.

a) "Impacto en los intereses comerciales a los intrapersonales. El sujeto que ve afectada su estrategia comercial, sus objetivos o sus recursos, incide en su vida personal, en las relaciones con su familia, con sus amistades, la manera de ver la vida se torna diferente, centra su atención y se apasiona, y en muchos casos se obsesiona, con la solución.

Entra en el dilema de que una solución, aunque no deseada, puede ser la pérdida de la asociación comercial, o de un mercado activo o de uno en protección. En este último temor el sentimiento de pérdida se siente sólo y trae el complejo de culpa hacia él por el posible desenvolvimiento conflictual.

[69] *Ibidem*, pp. 55, 65, 68, 70, 74 – 75

En este momento este empresario debe tomar una decisión en cooperar o someter a un proceso para su solución.

b) No es el conflicto en sí, sino como se reacciona ante él. El conflicto puede considerarse positivo o negativo, no resulta para el empresario ni lo uno ni lo otro, sin embargo, en dependencia de cómo reaccionemos ante él, puede ser positivo o negativo, o resultar contraproducente o productivo.

El empresario permitirá la intervención y la colaboración de terceros en el problema.

c) La pugna por tomar el control, la diferencia entre hacerse con el control y reestablecer el orden. El empresario al encontrarse en este tercer momento, significa que ha transitado y ha decidido enfrentar al conflicto desde un ángulo negativo.

Por tanto la carga conflictual y además solo. Ello significa que se aleja del orden o estabilidad que mantenía la relación comercial antes de la manifestación del conflicto, y por ello, en vez de ver claro un restablecimiento del orden, intenta por todos los medios tomar el control pujando por dirigir a su voluntad otras que no son esta.

Por supuesto que lo más probable que le ocurra desde esta posición de mando, es que su conducta tienda a profundizar aun más el conflicto empujándole a llegar a otro momento.

d) El conflicto conformado y sistematizado cíclicamente por varias disputas. La estructura de cualquier conflicto generalmente se compone de varias controversias que se entre cruzan, lo alientan y fortifican frente al inepto intento de solución.

El conflicto comercial es uno de los que definitivamente se estructura desde diversos ángulos y lo componen disímiles disputas fundamentando ello por las características del ámbito comercial en el cual nace y se desarrolla.

El empresario tendrá, como hasta ahora, dos caminos. Decidir solucionarlo, no podrá quitar esa pesada carga de una sola vez, sino que tendrá que elegir, con ayuda

profesional (en algún medio alternativo) cuáles serían los pasos para extraer peso con mayor facilidad.

Optar por continuar con la pesada carga (del conflicto), despreciando el intento especializado de solución, entonces no le quedaría más remedio que, con precisión pitagórica, acumular el peso para que le permita continuar su andar, y solo le quedaría el empeño por modelar comportamientos sugeridos, que al final no es más que un menguado recurso.

Entonces el peso de su carga conflictual se compondrá de múltiples elementos, como: deudas; peligra futuras negociaciones comerciales; limitación en procesos productivos, comercialización y de marketing; posible pérdida de competencia; desestabilización de alianzas estratégicas comerciales; discriminación comercial; empleo improductivo de recursos personales, materiales y financieros; pérdida en el posicionamiento en el mercado y deterioro de la fuerza comercial lograda en común.

e) Afrontando la responsabilidad de las incertidumbres y lo desconocido frente a la necesidad del equilibrio. Evidentemente cuando el empresario se enfrenta al conflicto sin haber utilizado las ventajas (de medios alternos), con anterioridad a la aparición del conflicto comercial, este se enfrenta a una nueva situación con un alto grado de incertidumbre y desconocimiento acerca de su evolución.

Si además no cuenta con experiencias similares anteriores que le indiquen la efectiva ponderación del enfrentamiento al nuevo escenario y no acude a ser asistido por quienes estudian el conflicto por ser este el objeto de análisis (de medios alternativos), pues resultará la factibilidad de un elevado por ciento de probabilidades de error conductal.

En la historia comercial se ha demostrado que mínimos errores conductuales en el manejo de sus intrínsecos conflictos, pueden conducir a daños millonarios; a la velocidad del comercio actual podría ser fatal.

Quizás en alguno de los momentos anteriores de la escalada conflictual, con la llegada de los medios alternativos se podría reducir el daño del conflicto comercial en un considerable grado. Pero llegando a esta altura, pudiéramos convertirnos en adivinadores

frente al empresario, y decirle: continuará hacia otro estadio, reacciona o no tendrá opción.

f) Desde la comprensión hacia la compasión, su inoperancia con la fractura del puente comunicacional y la lejanía de la colaboración. Cuando le sugerimos, su reacción inmediata, lo estamos invitando a contrarrestar el escenario conflictual con reflexiones compartidas con su contraparte en busca de comprensión y compasión, cuestión esta nada sencilla pues ya habrá el empresario valorado las pérdidas y preparado una contención pensando en extraer del desastre lo más posible minimizando sus efectos, pero sin pensar que de este modo el daño se afianzará y cerrará la puerta a toda alternativa de modificabilidad perceptiva.

De esta postura hacia la ruptura del puente comunicacional con la otra parte protagonista del conflicto comercial existirá sólo un pestañazo y, prácticamente sin percatarse, irán a las trincheras de un combate desgastante absolutamente improductivo.

g) Partiendo de la sinergia, hacia el enfrentamiento compulsivo. Lo que en un momento inicial se constituyó como una relación sinérgica entre el empresario y su contraparte, en un estadio más, se convierte en una relación cada vez más individualizadora y conductora al rastrilleo de las más sofisticadas armas para doblegar al enemigo y tomar desde un falso concepto el control de la situación.

h) Las piedras en el camino del pensamiento relacional. A este estadio, se puede llamar el intento de desescalada del conflicto, o derecho al cansancio. Es el momento en que el empresario, con el conflicto a cuestas, piensa más en la dificultad para subir que en el propio peso de su carga.

Como hemos visto, sus fuerzas se han tensado al máximo, ha usado sus armas desde su trinchera y, está claro, se va percatando que entra en una ecuación de resta muy peligrosa.

Observa los peldaños transitados y percibe que la relación sinérgica la ha dejado bien atrás, y entonces cae en el dilema del vacío conflictual: ¿Desandar el camino, saltar escalones hacia abajo o continuar en un desgaste evidente?

Este es otro momento muy oportuno para medios alternativos, ya no es que se opte por ellos, ya son una necesidad.

i) Llega la polaridad distanciadora, el efecto imanes repeliéndose. Si el vacío conflictual llevará al empresario, a intentar toda una serie de alternativas, pero no ya para solucionar el conflicto, sino para vencer en el mismo y mediante estrategias catapulteadas.

En realidad lo que se logra es un mayor distanciamiento de la real, eficiente y productiva resolución del conflicto y la preparación para escalar a la cima del conflicto, el caos.

j) La jerarquía, su paso a la confrontación y al caos. De hecho, en el anterior estadio, el protagonista se sustentará en posiciones de superioridad intentando demostrar jerarquía para que por un lado no le dobleguen y por el otro intentar doblegar; de esta posición a la confrontación directa, no hay más que un fugaz pensamiento en tal sentido.

Y por tanto llega, con la fricción directa, el resurgimiento de los momentos más intensos del conflicto, que de conjunto configuran el llamado caos conflictual." [70]

La presente ruta crítica del conflicto y de la conflictividad, puede advertir que:

El empresario experimentó diversos estados emocionales, conductales y de decisión (imperando la defensa – ataque).

El empresario antepone sus intereses personales a los empresariales y comerciales con su contraparte.

Fue una incesante carrera a no perder, la rivalidad fue más que evidente, y no importo a este empresario perder el acercamiento, la comunicación, la negociación, o

[70] GONZALO QUIROGA, Marta (Coord.) *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar,* pp. 105 – 110

quizás pensar en acceder a una solución equitativa, que nunca estuvo en la mente de éste.

Se actualiza el proceso NECESIDAD-MIEDO-REACCIÓN, se abstrae del cumplimiento de obligaciones contractuales, y toma partido por una lucha para enconar el orgullo, el prestigio y su posición comercial.

Hasta cierto momento del ciclo básico del conflicto, estimo el empresario, que los comerciantes suelen tener un estatus en los mercados nacionales e internacionales, por tanto buscarían que sus negocios se consoliden en los mejores nichos de ese mercado, y si esto esta en riesgo, no importa el alto costo de su desafío.

Este complejo ciclo conflictual, ilustra y deja una gran enseñanza, para quien asuma estas actitudes, valdría en mucho no arriesgar, o pretender ganar todo, o perder todo; el hombre de negocios es factible que opte por una solución equitativa y arribar a una posición de suma-positiva.

1.3. Aspectos Específicos del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías

1.3.1. Aspectos Preliminares

1.3.1.1. Conceptualizaciones

1.3.1.1.1. Definición del Comercio Internacional

La actividad del comercio se ha intensificado en las últimas décadas en ciertas naciones y regiones del mundo, sus operadores ejercen una extraordinaria actividad de comercialización – distribución de mercaderías, y buscan una presencia notable en los principales mercados, ello implica diseñar e imponer políticas y estrategias de venta de alto impacto.

El comercio internacional es entendido como “La actividad mercantil que trasciende las fronteras de un país y que por lo mismo queda sujeta a legislaciones, normas, usos y costumbres de los países que involucre, así como a los medios de

transporte que utilice, a las fuentes de financiamiento que aproveche y a las instituciones y convenios internacionales en cuyo campo quede incluida." [71]

Asimismo se considera como "Aquella parte del sector externo de una economía que regula los intercambios de mercancías y de productos entre proveedores y consumidores residentes en dos o más mercados nacionales y/o países distintos.

Se trata de transacciones físicas entre residentes de dos o más territorios aduaneros que se registran estadísticamente en la balanza comercial de los países implicados." [72]

¿Cómo se justifica el comercio internacional hoy día? Se ha considerado que la movilidad e impulso en el orbe, lo es principalmente el comercio internacional, ya que simplemente los productores requieren de colocar sus mercaderías, en tiempo, calidad y precio; por parte, del sector de los consumidores exige sean colmadas sus necesidades con bienes o productos competitivos; y las naciones no deben obstaculizar estos procesos o limitarlos con gravámenes u otras barreras. Lo anterior es congruente entre la existencia del libre comercio y el de la globalización.

1.3.1.1.2. Definición de la Autonomía de la Voluntad

En la celebración de actos y contratos, y más concretamente de estos últimos, los de compraventa internacional de mercaderías, resulta fundamental la autonomía de la voluntad, libertad común, que permitirá a los comerciantes fijar los extremos de toda la operación comercial, desde los términos generales y especiales del contrato, hasta las normas aplicables y la instancia que de solución a un conflicto futuro.

Puede definirse como "El principio jurídico-filosófico que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus propios intereses;

[71] GARCÍA FONSECA, Cándido, *Elementos de Comercio Exterior*, p. 16
[72] WITKER, Jorge, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, **Voz: Comercio Internacional,** t I, p. 610

permitiéndoles crear relaciones obligatorias entre ellos, que deberán ser reconocidas y sancionadas en las normas de derecho." [73]

Para Francisco M. Cornejo cita de Kummerov, que la dimensión de la autonomía de la voluntad es "Que los individuos son libres para discutir las condiciones del acto jurídico, determinando su contenido, su objeto y sus efectos con la única limitación del respeto al orden público y las buenas costumbres; además, los individuos pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses; ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad ni para la prueba del acuerdo; las partes de un acto jurídico pueden determinar los efectos de las obligaciones y si algún conflicto surgiera entre ellas con motivo de una violación de la norma creada, el órgano jurisdiccional limitará su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que las propias partes exijan." [74]

El Dr. Hugo Charny, expresa que "La teoría de la autonomía de la voluntad, la constituyen dos principios esenciales: primero, que las partes son soberanas, mediante el acuerdo de voluntades, para crear un vínculo jurídico, con plena libertad para fijar su contenido y sus efectos, y segundo, esta convención tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo respetarlas y ser respetadas por los jueces llamados a resolver sus diferencias." [75]

Dicho lo anterior, el Estado debe respetar los actos y contratos, que se dejen a la suscripción de los particulares, y no cualificar y sancionarlos; sólo se fija a las partes que en la construcción de los mismos, no rebasen los límites de la ley.

---

[73] CORNEJO CERTUCHA, Francisco M., *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, **Voz: Autonomía de la Voluntad,** t I, p. 330
[74] CORNEJO CERTUCHA, Francisco M., *Op. cit*., p. 331
[75] *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, **Voz: Autonomía de la Voluntad,** t I, p. 970

1.3.1.1.3. Definición de la Compraventa Internacional de Mercaderías

Es a través de la compraventa como puede un Estado o una empresa en el ámbito internacional, hacer que fluya el intercambio y el libre comercio de bienes y mercaderías.

Para Pedro A. Labariega V. indica que "Es el contrato celebrado entre partes cuyos establecimientos se encuentran en Estados diferentes a través del cual una de las partes (exportador) se compromete a proporcionar mercaderías (bienes muebles corporales) que hayan de ser manufacturadas o producidas; a trasmitir su propiedad y a entregar los documentos relacionados con ella; mientras que el comprador (importador) se obliga a pagar el precio de las mismas, a recibirlas y, en su caso, a proveer una parte importante de los materiales necesarios para dicha fabricación o producción. Ambas partes deberán cumplir las propias obligaciones según lo pactado." [76]

La Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, define de manera muy limitada, especificando que: Los contratos de compraventa de mercaderías son los que se dan entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes.

Se aprecia, que esta definición, se centra en el tema del domicilio geográfico de las partes, más que en el proceso de intercambio de bienes.

Respecto a los Principios de UNIDROIT[77], sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 1994, describe que el contrato es: Algo convenido por las partes, el cual se perfecciona por el mero consentimiento informal, que produce obligaciones judicialmente exigibles, y es algo objetivo con un régimen propio independiente de la voluntad de las partes.

---

[76] *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, **Voz: Contrato Internacional de Mercaderías,** t I, p. 652
[77] Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Este enunciado aporta, una muy exigua definición sobre el pacto generado entre los particulares, obviamente prepondera el tema de la autonomía de la voluntad, más que el régimen operativo de la importación y exportación de mercaderías.

1.3.1.2. Factores Competenciales

Será importante esgrimir algunas ideas sobre tres contextos espacial, personal y material aplicables, todos ellos a México; estos son, fundamentales para el desarrollo del comercio internacional y al correspondiente contrato de compraventa internacional de mercaderías, se expondrá:

1.3.1.2.1. Ámbito Espacial

México, por su ubicación geográfica y por sus riquezas naturales y energéticas, es una potencia emergente, además se encuentra en amplias zonas de influencia económica – comercial, además sin olvidar que con el tiempo, a seguido algunas estrategias de integración económica[78], de políticas comerciales[79], de cooperación comercial[80], de libre comercio[81] y forma parte de bloques de desarrollo comercial.[82]

En las últimas décadas el país, ha diversificado su potencial económico – comercial, a través del comercio exterior o balanza comercial, con el auxilio de la inversión extranjera, de la tecnología y del sistema financiero; pero aún más, se ha

[78] Integración Económica Regional, organismos que la integran: a la Organización de Estados Americanos (OEA), de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), del Sistema Económico Latinoamericano (SELA), de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), y del Sistema de Integración Centroamericana (SICA); la información es aportación personal.
[79] Políticas Comerciales, organismo integrante: a la Organización Mundial del Comercio (OMC); la información es aportación personal.
[80] Cooperación Comercial, organismos que la integran: a la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) y la Organización de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC); la información es aportación personal.
[81] Libre Comercio, alianza integrantes: a los Tratados de Libre Comercio (TLC), con la Comunidad del Caribe (CARICOM), con la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), con la Asociación de Estados del Caribe (AEC), con el Mercado Común Centroamericano (MCCA), y con la Comunidad Económica Europea (CEE); la información es aportación personal.
[82] Bloques Comerciales: en América del Norte, y con la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA); la información es aportación personal.

diversificado con los patrones de la internacionalización[83], de la integración económica[84], de la globalización[85] y del libre comercio[86] lo que ha contribuido notablemente para esta nación.

1.3.1.2.2. Ámbito Personal

En el comercio internacional debe identificarse, quienes son los actores que intervienen en él, indiscutiblemente el exportador[87] y el importador[88], estos pueden tener el carácter de personas físicas[89], o personas jurídicas[90], de índole nacional o extranjeras; pero ante la dinámica del mismo comercio, los competidores pueden ser sociedades extranjeras o llamadas transnacionales[91], entre estas entidades se puede considerar al

[83] Puede deducirse como una expansión del capitalismo, la mercantilización, la industrialización, la movilidad intelectual, de capitales, de inversiones, de tecnología, de bienes, de valores financieros; la información es aportación personal.

[84] Iliana Di Giovanni Battista señala que: Es el estatus jurídico, en el cual los Estados entregan algunas prerrogativas soberanas, con el fin de constituir un área dentro de la cual circulen libremente y reciban el mismo tratamiento las personas, los bienes, los servicios y capitales mediante la armonización de políticas correspondientes y bajo de una égira supranacional. PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Derecho de la Integración Económica*, p. 34

[85] Kenichi Ohmae indica: Es el conjunto de prácticas que las grandes corporaciones efectúan para asegurar una gestión mundial de sus funciones empresariales básicas. Desde la investigación y el desarrollo tecnológico hasta el financiamiento de las inversiones y la selección del personal técnico y directivo, pasando, desde luego, por la segmentación o diseminación internacional del proceso productivo. LEÓN, José Luis, (Coord.) *El Nuevo Sistema Internacional: Una visión desde México*, p. 26

[86] Es un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales respectivas… con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los Estados constitutivos de dicha zona. PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Op. cit*., Ver Nota 84, p. 56

[87] Persona que remite mercancías, bienes o servicios de un país a otro; la información es aportación personal.

[88] Son las mercaderías que ingresan a territorio de un Estado, que no es de origen; la información es aportación personal.

[89] El derecho positivo se limitaría a reconocer que todo ser humano tiene derechos y deberes jurídicos. TAMAYO SALMORÁN, Rolando, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano,* **Voz: Persona Física,** t 4, p. 2398

[90] Es una persona colectiva, un sujeto de obligaciones y derechos, un ser generador de voluntad, capaz de realizar actos jurídicos, titular de un patrimonio, y responsable frente a terceros de las consecuencias de su actividad jurídica. QUINTANA, ADRIANO, Elvia Araceli, (Coord.), *Diccionario de Derecho Mercantil,* **Voz: Personas Jurídicas,** p. 440

[91] Raymon Vernon menciona: Es una sociedad matriz que controla a un extenso grupo de sociedades de diferentes nacionalidades. Estas sociedades tienen acceso a una concentración común de recursos humanos y financieros, y responden a una estrategia común. PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado,* (3ª ed.), p. 172

Joint Venture[92] y las Holding[93]; incluso el Estado[94] también aparece en este escenario, en operaciones económico–comerciales, pero limitando sus atribuciones oficiales y administrativas.

1.3.1.2.3. Ámbito Material

En el comercio internacional, el tema de los bienes pueden ser materiales e inmateriales, son la pieza fundamental del mismo, sus modalidades son: las mercaderías[95], los bienes[96] y los servicios[97].

Este objeto debe caracterizarse como existente, posible, determinable, con un valor, lícito y disponible para cederlo a otro, para uso o consumo.

Quienes participen en el intercambio de bienes o mercaderías, deben asumir una gran responsabilidad, en cuanto a que sus productos, cumplan con las especificaciones pactadas en el contrato, con estándares ambientales, y estrictos controles de calidad y de manufactura. Su tenencia legal estará avalada por la documentación respectiva.

---

[92] Es una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico, para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una corporación o el status de una partnership en sentido legal, el acuerdo establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada venturer ejerce algún grado de control. DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *El Joint Venture,* p. 15

[93] Se trata de una sociedad con personalidad jurídica propia constituida de conformidad con las leyes de un determinado Estado, generalmente privado, y tiene por objeto efectuar inversiones en otras sociedades; por lo tanto su patrimonio lo constituyen las acciones o valores de estas últimas. Su actuación se desarrolla en una pluralidad de Estados, ejerciendo una posición predominante y de controlar respecto de las sociedades en las que ha adquirido acciones o se ha constituido, pero sin efectuar directamente, por si misma, ninguna actividad industrial. PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Op. cit*., Ver Nota 91, (*Derecho Internacional Privado*), p. 179

[94] La inmunidad restringida se ha justificado cuando los Estados al realizar sus operaciones comerciales dejaban de lado su soberanía y se situaban en pie de igualdad con los particulares con los que contrataban. Los actos *Jure Gestionis,* son las actividades privadas o comerciales, de gestión o de administración; los cuales cuando son llevados por el Estado no gozan de inmunidad, y no pueden quedar inmersos como actos públicos o *Jure Imperio.* DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t I, pp. 292 – 293

[95] Todo lo susceptible de compra o venta lucrativa, en tiendas, mercados, centro o establecimiento mercantil. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Mercadería,** p. 255

[96] Todos los objetos que, por útiles y apropiables, sirven para satisfacer las necesidades humanas. *Ibidem*, **Voz: Bienes,** p. 50

[97] Organizaciones y su personal: el que una empresa, autoriza para prestar un determinado servicio público, realiza en función de sus propios intereses y de los usuarios. ALVAR EZQUERRA, Manuel, *Op. cit*., Ver Nota 66, **Voz: Servicio,** p. 1449

1.3.2. Referentes del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías

1.3.2.1. Regulación Legal

El contrato en cuestión esta regido por un importante conjunto de convenciones internacionales y por una normatividad consuetudinaria, entre ellos se destaca:

La Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena) de 1980. [98]

La Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974), con las Reformas incluidas en el Protocolo por el que se enmienda la Convención sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

La Convención sobre la Representación en la Compraventa Internacional de Mercaderías (Ginebra, 1983).

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, Roma, de 1994. [99]

---

[98] La Cámara de Senadores aprobó sin reservas, mediante decreto expedido el 14 de octubre de 1987 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de noviembre de ese año. El Presidente de la República firmó el instrumento de Adhesión el 17 de noviembre, que fue depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 29 de diciembre del mismo año. Posteriormente, el 17 de marzo de 1988 fue publicado en el DOF el texto de la Convención, junto con el Decreto de Promulgación. De acuerdo con el artículo 99 -2 de la Convención, inició su vigencia en México el 1 de enero de 1989. La Convención se estructura de cuatro partes, referido a: el ámbito de aplicación y disposiciones generales; formación del contrato; compraventa de mercaderías y disposiciones finales. Consta de un preámbulo y de 101 artículos. ADAME GODDARD, Jorge, *Estudios sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías,* p. 14

[99] El UNIDROIT este organismo conjunto una serie de principios en materia de contratación mercantil internacional, significando, una valiosa normatividad adicional a la Convención de Viena de 1980. Este cuerpo no es vinculante a los Estados, y su carácter quedará a voluntad de las partes. Este instrumento consta de siete capítulos, relativos ha disposiciones generales; formación; validez; interpretación; contenido; cumplimiento e incumplimiento. Contiene un preámbulo y 119 artículos; la información es aportación personal.

Cabe precisar, que estos contratos, no pueden celebrarse bajo normas internas o locales de los Estados, los operadores deberán ser cuidadosos de someterlos a las disposiciones de tratados o convenciones internacionales, en la materia; o bien, quedar sujetos a dispositivos de *lex mercatoria*, lo anterior, por el ámbito de aplicación y el uso de prácticas y costumbres en comercio internacional.

1.3.2.2. El Contrato Tipo

Cuando los comerciantes han intervenido en la formulación de sus contratos en cuestión, han admitido, que son cada vez más sofisticados o técnicos, que ha sido necesario incluir extensos y especiales clausulados, sustentados de los diversos usos y costumbres que emergen de la práctica comercial; hoy día, entes privados, institutos y organismos internacionales, siguen avocados a perfeccionar las reglas del comercio internacional, y no han cesado en trabajos normativos ahora de corte uniforme.

Debe considerarse que el dinamismo de las transacciones de mercaderías, hacen imperativo formar verdaderos contratos modelo; porque la voluntad de los comerciantes, sus derechos, obligaciones y responsabilidades deben quedar muy bien definidas y precisadas, lo cual no deje lugar a dudas, ambigüedades u omisiones contractuales, que a la postre haga imposible cumplir lo signado.

Será menester conocer ese elenco de cláusulas que son incorporadas rutinariamente en los contratos de compraventa actualmente, sin olvidar que son las mismas partes quienes las determinan y las varían, de acuerdo a sus intereses y condiciones.

Para ello la Guía Básica del Exportador y de la Guía Práctica para la Elaboración del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, ambos del Banco Nacional de Comercio Exterior, SNC (BANCOMEX), recomiendan a sus usuarios incluir estas directrices:

Rublo	Contenido
El Objeto	Relacionado con el producto o mercadería.
El Precio	Se pactará un precio cierto y en dinero, además de considerarse los costos que deriven por la aplicación de una modalidad del *INCOTERMS* (Versión 2010).
El Tipo de Moneda	Se fijara el tipo de moneda con la cual se cumplirán las obligaciones.
Los *INCOTERMS*	Los contratantes pueden determinar bajo que *INCOTERMS*[100] están dispuestos a entregar y recibir las mercaderías, además queda implícito: el lugar, transporte, seguros, documentación, impuestos y responsabilidades en la conducción de las mercancías.
Entrega de Documentación	El vendedor deberá hacer entrega de los documentos que amparen origen, tenencia, calidad, impuestos, pólizas de seguro y el conocimiento de embarque del transporte (s).
Certificación del Producto	Las mercaderías requieren presentar certificados de origen y de calidad, y en su caso los sanitarios y fitosanitarios.
Fecha y Forma de Pago	Se podrá fijar la fecha de pago, y en cuanto a su forma puede ser a través de: moneda, cheque, pagaré, cartas de crédito documentarias (*RUU 500*).
Envase, Embalaje y Conservación	Se fijaran las condiciones de envase, embalaje y conservación del producto.
Fecha y Lugar de Entrega	La recepción de las mercaderías estará sujeta en la fecha y lugar pactados, así mismo cumpliéndose los términos del *INCOTERMS.*
Patentes y Marcas	El vendedor informará al comprador de que el producto o las mercaderías cuentan con patente y/o marca, por lo cual mediante cláusula podrá quedar garantizado que el comprador respetará los derechos de propiedad industrial.
Vigencia del Contrato	Las partes fijarán los plazos para: entrega de las mercaderías (sucesivas), documentación o cumplimiento de los términos del mismo. Con el cumplido de las obligaciones, puede operar automáticamente la terminación.

[100] *International Commercial Terms* son términos y reglas de carácter facultativo, que permitan acordar los derechos y las obligaciones tanto del vendedor como del comprador en las transacciones comerciales internacionales. Aprobadas por la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), que establece las condiciones de compraventa internacional de mercaderías. GUÍA BÁSICA DEL EXPORTADOR DE BANCOMEXT, p. 161

Rescisión por Incumplimiento	Las partes pueden incluir libremente las causas que darán origen a la rescisión del contrato. Procede por incumplimiento de las obligaciones de los contratantes y la excepción sería para el caso fortuito.
Insolvencia	Ambas partes podrán dar por terminado el contrato, en forma anticipada y sin necesidad de declaración judicial previa, en caso de una de ellas fuere declarada en quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores o cualquier otro tipo de insolvencia.
Subsistencia de las Obligaciones	La rescisión o terminación del contrato no afectará de manera alguna la validez y exigibilidad de las obligaciones contraídas con anterioridad, o de aquellas ya formadas que, por su naturaleza o por disposición de la ley, o por voluntad de las partes deban diferirse a fecha posterior.
Cesión de Derechos y Obligaciones	Ninguna de las partes podrá ceder o transferir total o parcialmente los derechos ni las obligaciones derivadas del contrato.
Límites de la Responsabilidad Contractual	Ambas partes pueden acordar que no será imputable a ninguna de ellas, la responsabilidad derivada de caso fortuito o fuerza mayor y convienen en suspender los derechos y obligaciones establecidas en el contrato los cuales podrán reanudar de común acuerdo cuando cese la causa que motive tal suspensión, siempre que se trate de casos previstos en el contrato.
Legislación Aplicable	Deberá indicarse el ordenamiento legal, bajo el cual quedará regido (La Convención de Viena de 1980, sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías) o por los usos, prácticas o costumbres del comercio internacional.
Solución de Controversias	Las partes de común acuerdo pueden fijar algún mecanismo judicial o alternativo para solucionar una controversia presente o futura. En la práctica se ha observado que la controversia sobre interpretación, incumplimiento y ejecución, a un método como el arbitraje internacional, y se dispone de un convenio para tal efecto.

Este clausulado, es sólo enunciativo, y no definitivo; no existe un prototipo de contrato internacional y uniforme, lo anterior, parte sustancialmente del tipo de objeto, del lugar geográfico, de los usos y costumbres, e intereses del importador y exportador; en este tipo de contrato, no puede quedar al azar o capricho de abogados o asesores al formar este pacto contractual; por tanto, como expertos, deben preciar y salvaguardar los derechos y obligaciones de sus clientes.

1.3.2.3. Obligaciones Contractuales

Sobre las obligaciones contractuales que deben asumir los particulares en un contrato, pueden adoptarse las que se enuncian en la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980:

1.3.2.3.1. Del Vendedor

a) Obligaciones del vendedor

Artículo 30 El vendedor deberá entregar las mercancías, trasmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con aquéllas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

b) Entrega de las mercancías

Artículo 31 Inciso c. …poner las mercaderías a disposición del comprador en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato.

c) Entrega de la documentación

Artículo 34 El vendedor, si estuviere obligado a entregar documentos relacionados con las mercaderías deberá entregarlos en el momento, en el lugar y en la forma fijados por el contrato.

d) Entrega de las mercaderías de conformidad con el contrato

Artículo 35 El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato.

e) Entrega de las mercaderías libres de cualquier derecho o pretensión de terceros

Artículo 41 El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero.

Artículo 42 El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero basadas en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual.

1.3.2.3.2. Del Comprador

a) Obligaciones del comprador

Artículo 53 El comprador deberá pagar el precio de las mercaderías y recibirlas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención.

b) Pagar el precio de las mercaderías

Artículo 54 La obligación del comprador de pagar el precio comprende la de adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago.

c) Recepción de las mercaderías en las condiciones pactadas

Artículo 60 La obligación del comprador de proceder a la recepción consiste: en realizar todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega y en hacerse cargo de las mercancías.

Resulta importante puntualizar que estos derechos, obligaciones, deberes y responsabilidades, pueden tener un sustento desde la voluntad de los particulares, hasta los tratados o convenciones y la *lex mercatoria.*

1.4. El conflicto y la conflictividad que pueden derivar desde la celebración de un contrato de compraventa internacional de mercaderías al desarrollo del procedimiento de arbitraje comercial internacional

Desde el apartado 1.1.5. de este capítulo, se estableció una premisa, consistiendo en la interrelación del conflicto, tanto en la suscripción del contrato de compraventa referido, como en el desarrollo del procedimiento de arbitraje; desde ahí quedó, pendiente de responder amplia y particularmente a cuestionamientos hechos en ese momento; ahora, es el momento oportuno.

Anticipar que los comerciantes suelen asumir ciertas actitudes que bien pueden predisponer al conflicto y a la conflictividad, en distintos fases, al negociar, al celebrar el contrato, durante la vigencia de las obligaciones.

El conflicto y la conflictividad pueden construirse por la acción u omisión de los comerciantes, es decir, al hacer o no hacer, cuyos resultados puede ser contrario a las expectativas acordadas.

1.4.1. Escenarios Temáticos

En diversos supuestos que se expondrán, podrá identificarse como el actuar consiente e inconscientemente de los particulares, provocan el conflicto y la conflictividad:

Primer Escenario. A partir de las Negociaciones

Esta etapa inicia con el contacto indirecto de los comerciantes a través de medios de comunicación electrónicos, o directamente de manera presencial; el vendedor (exportador) y el comprador (importador) además de ubicar sus domicilios en distintos países, intercambian información sobre el producto o mercadería, a fin de concretar la oferta y la aceptación.

a) Posibles temáticas que deriven en conflicto a futuro:

Sobre los compromisos que se signen; sobre la comercialización de un producto; en relación con la oferta y la aceptación, sobre la solvencia moral, financiera y comercial de las partes.

b) Posibles manifestaciones que se interpreten como conflictividad:

En las negociaciones puede surgir una mala comunicación; error en el idioma utilizado; no adecuada traducción de conversaciones o de escritos; puede evadirse comunicaciones, contactos, respuestas y decisiones; los futuros compromisos contractuales puedan revestir dolo, error o mala fe; en la tenencia del bien, puede que haya varios quienes la detenten, y puede provocar confusión al momento de su comercialización; durante la publicación de la oferta, ésta sea modificada, suspendida o simplemente no se respete; en la producción y manufactura, el empresario informe que tiene la capacidad industrial, cuando en la realidad no se tiene o es insuficiente (esto repercutirá con los tiempos de entrega, en el volumen, en las características y en la calidad del producto) y de la mercadería; y no se asegure su certificación de calidad en la producción y calidad del bien.

Segundo Escenario. En la Celebración del Contrato de Compraventa

Los comerciantes por su experiencia o por asesoramiento, fijan las cláusulas necesarias para conformar el contrato en cuestión y cumplir con la *pacta sunt servanda.* [101]

a) Posibles temáticas que deriven en conflicto a futuro:

La identificación del vendedor (cuando se trate de persona jurídica internacional), y la omisión de un clausulado idóneo sobre el objeto, entrega, pago, características, y solución del conflicto etc.

b) Posibles manifestaciones que se interpreten como conflictividad:

En relación con las partes: confundir quien detenta la propiedad de un producto, y respecto del clausulado, se pacte con negligencia.

Tercer Escenario. En el Cumplimiento del Contrato

En esta fase cada parte tiene asignada sus obligaciones contractuales:

Del Vendedor: entregar la mercadería; entregar la mercancía sin incumplimiento esencial[102]; entregar la mercancía en los tiempos y en las condiciones pactadas; entregar la documentación de la tenencia de la mercadería y de la transportación; entrega de suministros o entregas parciales y continúas; sustitución o reparación de las mercaderías y cumplimiento de *INCOTERMS.*

Del Comprador: recibir la mercadería; recibir la mercadería sin incumplimiento esencial; recibir la mercadería en el tiempo establecido y pagar el precio pactado.

[101] Principio que obliga a las partes a estar y pasar sobre lo convenido o pactado de un contrato; la información es aportación personal.

[102] La Convención de Naciones Unidas sobre el Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, define por Incumplimiento Esencial: Artículo 25 El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.

a) Posibles temáticas que deriven en conflicto:

No entregar la mercadería en las condiciones suscritas, y o pagar o retrasar el precio convenido.

b) Posible manifestación que se interprete como conflictividad:

Que el vendedor o comprador, expongan una serie de pretextos, argucias, retardos, faltas de comunicación, falta de insumos, y ante el cambio provisional de circunstancias demora en la producción, transportación, o no recibir los anticipos económicos.

Cuarto Escenario. En el Incumplimiento del Contrato

Las partes pueden incurrir en incumplimiento y responsabilidad por una acción u omisión en su proceder al atender sus obligaciones.

a) Posibles temáticas que deriven en conflicto:

Respecto del objeto, entregar mercadería con vicios ocultos; error en la cantidad, tipo y características del producto; y las mercancías no fueron debidamente envasadas, embaladas, conservadas y protegidas.

Respecto de las obligaciones, retrasos o demora en la entrega del producto; retraso en anticipos o pagos; cambios en el lugar de entrega de la mercadería; cambios en el tipo de moneda y fecha de pago; no haber solicitado examen previo de las mercancías antes de su transportación; obstáculos en el otorgamiento de garantía para efectos de cumplimiento; no sustitución o reparación del producto, además no reducción en el precio, y errores en datos en la información para el trámite de la carta de crédito.[103]

[103] Es un instrumento de pago mediante el cual un banco (banco emisor) a petición de un cliente (comprador) se obliga a hacer un pago a un tercero (vendedor/beneficiario) o a aceptar y pagar letras de cambio libradas por el beneficiario, contra la entrega de documentos siempre y cuando se cumplan con los términos y condiciones de la propia Carta de Crédito. GUÍA BÁSICA DEL EXPORTADOR DE BANCOMEXT, p. 259

Respecto de los derechos de terceros, mal uso o destino de los derechos de propiedad industrial[104] o intelectual[105].

b) Posibles manifestaciones que se interpreten como conflictividad:

La actitud dolosa al entregar la mercancía con defectos; entregar erróneamente productos no pactados en el contrato; actuar de mala fe en los diversos acuerdos, clausulado y cumplimiento de obligaciones; no asumir responsabilidades o previsiones; no indemnizar o pagar los daños y perjuicios por el incumplimiento; así también, evadir otros aspectos: no cumplir con la cláusula de penalidad; no aceptar el cambio de obligaciones contractuales por el cambio de circunstancias; no cumplir con plazos adicionales para cumplir con el contrato; no respetar el resarcimiento, y no aceptar la previsibilidad del daño.

Otra forma de generar conflictividad, es cuando se exija una reinterpretación del contrato, debido a que el clausulado en ambiguo, incompleto o erróneo.

Quinto Escenario. Al Surgir el Conflicto

Una vez que se suscite el incumplimiento de obligaciones, ocurre que las partes pierden el contacto, no hay comunicación, no hay un acercamiento, no permiten negociar, o cuando menos poner el problema en la palestra, las posibilidades disminuyen para atender este asunto.

El transcurso del tiempo, la inflexibilidad en sus pretensiones, hacen un entorno poco prometedor para los interesados.

Si no asumen procesos de cooperación, y hacen qué, prime una competencia desleal, una oposición, una rivalidad, detonará en un conflicto muy complejo.

[104] La persona física que realice una invención, modelo de utilidad o diseño industrial, tendrán el derecho exclusivo de su explotación en su provecho. De la Ley de Propiedad Industrial, de México de 1991, (Artículo 9)

[105] Protección de los derechos de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes, así como de los editores, de los productores y de los organismos de radiodifusión, en relación con sus obras literarias o artísticas en todas sus manifestaciones, sus interpretaciones o ejecuciones, sus ediciones, sus fonogramas o videogramas, sus emisiones. De la Ley Federal de Derechos de Autor, de México de 1997, (Artículo 1)

a) Posible temática que derive en conflicto:

El conflicto puede surgir por: interpretación, cumplimiento, incumplimiento o ejecución de las cláusulas del contrato.

b) Posible manifestación que se interprete como conflictividad:

Se busca cualquier resquicio para no cumplir con las obligaciones, debido a que fue insuficiente, ambiguo o inexacto el clausulado del contrato.

Sexto Escenario. Ejecutar la Cláusula de Arbitraje

Si es que las partes determinaron un convenio de arbitraje, en el cual fuera este mecanismo alternativo el que dé solución a la controversia.

a) Posible temática que derive en conflicto:

El convenio de arbitraje, sea omiso, ambiguo o inexacto.

b) Posibles manifestaciones que se interpreten como conflictividad:

Que las partes no cooperen, para definir si el arbitraje, es o no el mecanismo que resolverá el conflicto; si se ha elegido el arbitraje, sin señalar más especificaciones; que el convenio de arbitraje sea omiso u ambiguo, lo que limitará en mucho el ponerlo en marcha.

Séptimo Escenario. En la Presentación de la Demanda y Contestación

a) Posibles manifestaciones que se interpreten como conflictividad:

No atender las decisiones de un árbitro o del centro de arbitraje; demore en la presentación de la demanda o contestación; descripción de hechos inexistentes; presentación de pruebas inexistentes, erróneas o inexactas; excesos u omisiones en las facultades de un representante; advertencia en la inexistencia de una fundamento legal; modificar o ampliar la demanda o contestación de manera continuamente; advertir que el

conflicto no es arbitrable; indicar que el medio de solución es contrario al orden público, y se asuma una postura en rebeldía.

Octavo Escenario. En el procedimiento arbitral

El comportamiento de las partes, con o sin la dirección de abogados o asesores.

a) Posibles temáticas que deriven en conflicto:

Respecto de las partes, no tener capacidad; no tener legitimad en el asunto; rebeldía de una de las partes para no acudir al proceso arbitral, y no comparecer en alguna audiencia o vista.

b) Posibles manifestaciones que se interpreten como conflictividad:

En el inicio del procedimiento, argüir que no es la persona y domicilio para efectos de notificaciones, emplazamiento o citaciones, y no tener un domicilio fijo o tener varios domicilios.

En las actuaciones, obstaculizar o impedir el desarrollo de una diligencia u actuación procesal; ocultar información, documentos o bienes; resistirse a una medida cautelar; impugnar alguna decisión que hasta el momento dicte el tribunal arbitral.

Omisiones: (premeditadas), no hacer el nombramiento de árbitros; no determinar la estructura del procedimiento; no definir el foro o sede del arbitraje, y no fijar los derechos aplicables al procedimiento de arbitraje.

Impugnaciones, oposición al nombramiento de árbitros; recusación de árbitros; impugnar peritos y los dictámenes de los mismos; impugnación de la competencia del tribunal arbitral, y impugnación de la sede, el idioma, duración del procedimiento, plazo para dictar el laudo.

Auxilio Judicial, recurrir a un juez, para la toma de decisión, en diversas cuestiones como: recusación de un árbitro, incompetencia del tribunal arbitral, sobre la sede, el procedimiento, las pruebas, los derechos aplicables, todo con el fin de que ejerza la autoridad judicial un control, y buscar la mayor intromisión o intervención de un juez en el procedimiento arbitral.

No avenirse en el conflicto, no estar interesados en llegar a una negociación o transacción; no estar interesados en llegar a una conciliación o mediación, y no reconocer usos, prácticas y costumbres del comercio internacional.

1.4.2. Mensaje a los Operadores del Comercio Internacional

Los operadores en el comercio tienen bien definida su misión y visión; producir, manufacturar y comercializar productos certificados y con calidad; ante la vertiginosidad en esta área, suelen desplegarse estrategias corporativas muy agresivas, lo que se busca es llegar a más nichos de mercado y colocar desde luego el mayor volumen de mercadería y a buen precio.

Los hombres de negocios no desean ver que el comercio internacional se frene, se obstaculice o quede supeditado a caprichos, conductas incongruentes o de negligencia; la fluidez del comercio no puede parar por un conflicto, por un procedimiento, por una sentencia; las pérdidas pueden ser cuantiosas.

Se requiere el respeto integro de los contratos de compraventa, es decir, no podría justificarse, qué las partes cuando lo estimen, devuelvan mejor el producto entregado o semi-entregado, o reintegren o no, el monto total o parcial del pago, sería impensable que el comercio lleve esta dinámica, por ello debe disminuir la conflictividad de las partes, ya que al hacer un balance, ellas pierden más; como vía de ejemplo, los créditos solicitados, el pago de insumos a proveedores, los gastos de transportación, seguros, impuestos etc., y aunar la pérdida de credibilidad en el comerciante, su prestigio y jerarquía en el mercado, por simples reacciones o caprichos.

Ilustra el Vicepresidente de la Corte de Arbitraje de la República de Cuba, COBO ROURA, Narciso A., en su artículo, ¿De cara a un cambio en el conflicto? expresa:

"¿En qué medida las transformaciones que se operan actualmente en el ámbito de las relaciones económicas internacionales pueden dar lugar a un cambio en la conflictividad contractual?

¿Es el sistema actual de solución de litigios es el adecuado para dar respuesta a estos cambios de conflictividad?" [106]

Se considera que hay respuestas a estas interrogantes; hoy día, los comerciantes planean y administran mejor sus negocios comerciales en el plano internacional, el eje rector será la competitividad. Por ello los plazos, las inversiones y las ganancias, no podrán estas sujetas a la voluntad ajena de sus competidores.

Existen mecanismos autocompositivos y heterocompositivos, entre ellos la conciliación, mediación y arbitraje y algunas formulas de *Adr;* existen centros o foros internacionales que administran justicia especializada, para resolver este tipo de controversias de orden comercial, como la CCI, AAA y la OMC; existen ordenamientos normativos como Normas Materiales,[107] Cláusulas Tipo[108] Derecho Convencional Internacional,[109] y *lex mercatoria*[110], que coadyuvarán perfectamente a regular y dar solución a casos concretos.

Por otra parte, existen procesos de gestión del conflicto, y técnicas vinculantes al conflicto y a la conflictividad, como la conflictología y la comunicología.

Empero, hay nuevas actitudes en donde la conflictividad puede quedar superada, a grado tal, que la intensidad de la conflictividad puede disminuirse; los agentes económicos, no desearán poner en riesgo, su posicionamiento en el mercado, su prestigio, su expansión y su competitividad, y la certeza y seguridad en las operaciones

---

[106] DREYZIN DE KLOR, Adriana, (Coord.), *Arbitraje,* p. 19

[107] Normas jurídicas (nacionales, internacionales o creadas a través de procedimientos *sui generis*) que prevén y precisan de manera directa su solución. PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Op. cit*., Ver Nota 91, (*Derecho Internacional Privado*), p. 730

[108] Son reglas uniformes para que las partes las incluyan en sus contratos y den certeza y protección a su operación comercial. CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado,* Parte Especial, p. 287

[109] Se refiere a los Tratados o Convenciones Internacionales.

[110] Sistema jurídico que proviene de los comerciantes. Las normas o reglas que constituyen la *lex mercatoria* son producto de prácticas, usos y costumbres de los comerciantes, es decir, ellos las formulan para hacer regir sus relaciones de manera que en sus contratos, al acordar someterse a aquéllas, se vuelven obligatorias para las partes. PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Diccionarios Jurídicos Temáticos, Derecho Internacional Privado,* Vol. 5, **Voz: *lex mercatoria*,** p. 100

de compraventa de mercaderías, pueden quedar garantizadas, si hay estos, procesos y controles de empresas en materia crediticia, certificadoras, en materia de transporte, de seguros y otras que pueden estar encargadas para ello.

La comunicación, la cooperación, la capacidad de resolución en el conflicto, hará indudablemente restablecer las relaciones comerciales y emprender nuevos negocios.

Del presente capítulo se puede deducir que:

El conflicto y la conflictividad son inherentes al ser humano, y están presentes en cada acto de la vida; pudiendo innegablemente trascender en el campo social, jurídico, sociológico, axiológico y religioso.

El conflicto y la conflictividad son factores de orden psicológico y sociológico, que al materializarse, se convierten en procesos disociativos, los cuales dañan el entorno, las relaciones interpersonales, la comunicación y la cividad.

El conflicto se concibe como las actitudes y procederes conductales de la persona, que al ser confrontados con otros seres humanos, se produce una oposición y una lucha entre sujetos o grupos, por un recurso u objeto, específico.

El ciclo básico del conflicto, sigue una ruta de tríada, es decir, se inicia con vértices de escalada, estancamiento y desescalada; es un proceso complejo que sólo puede encontrar solución con métodos y técnicas para gestionarlo y transformarlo.

La conflictividad significará un carácter personal irrestricto, inflexible, irracional, que no admite pretensiones o intereses contrarios al suyo.

Los operadores en el comercio internacional, son entes competitivos, con dominio pleno en la actividad que efectúan; tienen prestigio, reconocimiento a nivel internacional; todo lo anterior, los hace forjar emociones, necesidades, temores y miedos, y para no sufrir menoscabos, estarán prestos con procederes y conductas tendientes al conflicto y la conflictividad, consiente o inconscientemente.

El conflicto y la conflictividad pueden estar presentes en procesos como: la celebración de un contrato de compraventa internacional de mercaderías; en un proceso de arbitraje comercial internacional y en un proceso de ejecución de laudos arbitrales.

CAPÍTULO SEGUNDO
NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCESO CIVIL ORDINARIO

Sumario 2.1. Aspectos Específicos del Proceso Civil Ordinario. 2.1.1. Imperativo: la solución de los conflictos interpartes. 2.1.2. Evolución del Proceso Civil Ordinario. 2.1.2.1. Punto de partida del proceso. 2.1.2.1.1. El Proceso Romano. 2.1.2.1.2. El Proceso Germano. 2.1.2.1.3. El Proceso Romano-Canónico. 2.1.2.1.4. El Proceso Eclesiástico. 2.1.2.1.5. El Proceso Español. 2.1.2.1.6. El Proceso Anglosajón. 2.1.2.2. Tendencias Modernas del Proceso. 2.1.2.3. Tendencias Contemporáneas del Proceso. 2.1.3. Conceptualización del Proceso. 2.1.3.1. Etimología. 2.1.3.2. Definición del Proceso. 2.1.3.3. Definición del Procedimiento. 2.1.4. Lineamientos Teóricos del Proceso. 2.1.4.1. Teoría de la Relación Jurídica del Proceso. 2.1.4.1.1. Identificación de una Premisa. 2.1.4.1.2. Fundamentos Teóricos Procesales. 2.1.4.1.3. Repaso obligado de los elementos constitutivos de la relación jurídica. 2.1.4.1.3.1. La Acción. 2.1.4.1.3.2. De los Presupuestos Procesales. 2.1.4.1.3.3. De las Excepciones Procesales. 2.1.5. Principios Procesales. **2.2. Aspectos Específicos de la Audiencia Preliminar en el Proceso Civil Ordinario.** 2.2.1. Fundamentos Teórico-Procesal. 2.2.1.1. Transición Procesal. 2.2.1.2. Franz Klein precursor de un proceso moderno y de la *Erste Tagsatzung*. 2.2.1.3. Directrices para la constitución de una audiencia preliminar. 2.2.1.3.1. Paula Bautista. 2.2.1.3.2. Oskar Von Bülow. 2.2.1.3.3. Alfredo Buzaid. 2.2.1.3.4. José Carlos Barbosa Moreira. 2.2.1.3.5. Marcos Alfonso Borges. 2.2.1.3.6. Víctor Fairén Guillén. 2.2.1.3.7. Fritz Baur. 2.2.1.3.8. Dante Barrios Ángelis. 2.2.1.3.9. María A. Etcheverry de Quintabani. 2.2.1.3.10. Roberto O. Berizonce. 2.2.1.3.11. Augusto M. Morello. 2.2.1.3.12. José Garberí Llobregat. 2.2.1.3.13. Cipriano Gómez Lara. 2.2.1.3.14. Héctor Fix Zamudio. 2.2.1.3.15. Humberto Briseño Sierra. 2.2.1.3.16. José Ovalle Favela. 2.2.1.3.17. José Becerra Bautista, Carlos Arellano García y Fernando Flores García. 2.2.2. El Devenir de la Audiencia Preliminar. 2.2.2.1. Fases Históricas. 2.2.2.1.1. En el Derecho Romano. 2.2.2.1.2. En Italia Medieval. 2.2.2.1.3. En el Derecho Canónico. 2.2.2.1.4. En Austria. 2.2.2.1.5. En Portugal. 2.2.2.1.6. En Brasil. 2.2.2.1.7. En España. 2.2.2.1.7.1. España. 2.2.2.1.8. En Inglaterra. 2.2.2.1.9. En los Estados Unidos de América. 2.2.2.1.10. Alemania. 2.2.2.1.11. Puerto Rico. 2.2.2.1.12. Perú. 2.2.2.1.13. Argentina. 2.2.2.1.14. Uruguay 2.2.2.1.15. Iberoamérica. 2.2.2.1.16. En México. 2.2.3. Naturaleza Jurídica de la Audiencia Preliminar. 2.2.3.1. Definición. 2.2.3.2. Objetivos. 2.2.3.3. Finalidad. 2.2.3.4. Principios Rectores. 2.2.3.5. Condiciones. 2.2.3.6. Contenidos. 2.2.3.7. Secuencia del acto de celebración de la audiencia previa al juicio. **2.3. Aspectos Específicos de las Diligencias Preliminares y de las Medidas Cautelares.** 2.3.1. Las Diligencias Preliminares. 2.3.1.1. Concepto. 2.3.1.2. Vías de Obtención de Información. 2.3.1.3. Finalidad. 2.3.1.4. Naturaleza Jurídica. 2.3.1.5. Características. 2.3.1.6. Condiciones. 2.3.1.7. Principios Generales. 2.3.1.8. Categorías. 2.3.1.9. Sujetos. 2.3.1.10. Supuestos. 2.3.1.11. Regulación Legislativa. 2.3.1.12. Diferenciación entre las Diligencias Preliminares y la Audiencia Preliminar. 2.3.2. Las Medidas Cautelares. 2.3.2.1. Concepto. 2.3.2.2. Naturaleza Jurídica. 2.3.2.3. Presupuestos. 2.3.2.4. Caracteres. 2.3.2.5. Clasificación. 2.3.2.6. Condiciones. 2.3.2.7. Supuestos. 2.3.2.8. Exposición de Medidas Cautelares en el Comercio Internacional. 2.3.2.9. Regulación Legislativa. 2.3.2.10. Diferenciación entre las Medidas Cautelares y la Audiencia Preliminar.

¿Por qué abordar un capítulo sobre temáticas como el proceso civil ordinario, la audiencia preliminar y la distinción entre diligencias preliminares y las medidas cautelares?

Se ha considerado referir teórica y doctrinalmente sobre estos tenores, ya que se obtendrían las bases, la naturaleza y la aplicabilidad en nuestro tema de investigación;

suficientes para justificar y fundamentar que una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje comercial internacional en sede mexicana será trascendental, por que permitirá la organización y depuración el arbitraje, de los errores, omisiones u ambigüedades, que estén detectadas desde contrato de compraventa, el convenio de arbitraje y al inicio del proceso arbitral.

Seguramente este ejercicio técnico jurídico, encontrara resultados positivos para la ciencia jurídica procesal.

Los procesalistas han trazado retos sin igual, hacer del proceso la herramienta para debatir sobre pretensiones, derechos y justicia, nunca ha dejado de perfeccionarse, de transparentarse, de agilizarse, de hacer nítido el enclave del que pretende al que se opone; un aditamento fértil es la audiencia preliminar que en un proceso como el que hoy se da cuenta, será garante de derechos fundamentales y principios procesales, por tanto es la transición de la transgresión al orden, eso debe quedar claro en el presente capítulo.

2.1. Aspectos Específicos del Proceso Civil Ordinario

La humanidad para vivir en armonía, requiere que el derecho, la norma jurídica, el proceso y la justicia, medien para alcanzar el orden, la seguridad y la libertad de los individuos, en un régimen de paz social.

Acontinuación como premisa inicial para este apartado, será preponderar como imperativo: la solución de los conflictos interpartes; y como responsabilidad común y compartida del todo Estado, sociedad e individuos. Cualquier ser humano, debe mentalizar, idealizar y aspirar a solucionar el conflicto que surja en su entorno, ya que de lo contrario mina las posibilidades de respeto, orden y equilibrio social, familiar, vecinal, laboral y cultural.

2.1.1. Imperativo: la solución de los conflictos interpartes

¿Será cierto, que el hombre no puede permanecer aislado y lejos del conflicto?

Se piensa, que su presencia en una comunidad tiene una misión fundamental, además de sobrevivir, es hacer perdurar un colectivo humano, hacer consolidar el progreso y la seguridad; por otra parte asegurar la convivencia, la interrelación civilizada y la cultura.

El hombre en toda sociedad deberá observar indiscutiblemente reglas morales, sociales y jurídicas; también se le exigirá no pasar por alto principios y valores, que tiendan al respeto y la obediencia; ninguna comunidad humana, estará interesada en que cualquier individuo o grupo, ponga en peligro la paz de una comunidad.

Cuando se advierta que el ser humano destruye su organización o su entorno; este debe canalizarse, es decir, esas conductas, esas emociones, esos sentimientos negativos, a vías o métodos que el mismo Estado ha instituido, o conducirlos a vías alternativas tradicionales; lo que importa es que ese individuo encuentra solución en sus problemas y nunca sería sano, que el individuo arrastre sus males, miedos o temores al resto de una comunidad.

Por eso, "Se puede decir que el derecho ha estado y está en la naturaleza social del hombre y sus manifestaciones serán siempre necesarias para equilibrar dicha convivencia y ordenar el comportamiento individual." [111]

"La inteligencia humana y las experiencias debieron ir substituyendo aquel estado espontáneo de cosas. Poniendo en juego la razón, el hombre reflexiono sobre su propia conducta y comenzó a plantearse una serie de problemas críticos respecto a las costumbres observadas, pensando ya con criterio eminentemente valorativo. Es aquí donde consideramos que pudo advenir un verdadero estado consuetudinario racional, donde el grupo o los grupos primitivos pudieron analizar y cuestionar su comportamiento, modificando su valor, utilidad y justicia.

[111] ROSAS BENÍTEZ, Alberto, *Orígenes y Derecho Antiguo,* p. 30

El conjunto de costumbres llegó a institucionalizarse en tal magnitud que definitivamente debió llegar a tener carácter obligatorio. No fue ya tan sólo un régimen quizá optativo para la conducta, sino una imposición que obligó a los componentes del grupo. Por ello debió aparecer con toda evidencia una nueva característica del derecho consuetudinario primitivo, como fue la posibilidad de transgresión y con ella la aparición de sanciones impuestas al trasgresor." [112]

"Cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de vivir para comenzar a convivir) aparece ante él la idea de conflicto: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros y, así, todos lo quieren contemporánea y excluyente.

Cuando un individuo coasociado quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas, a esto se le asigna el nombre de pretensión.

Si una pretensión es satisfecha… el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Pero si no se satisface…. resulta que a la pretensión se le opone una resistencia.

Al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social se le da la denominación de conflicto de intereses." [113]

"La justicia, si así puede llamarse que los particulares se hacían por su propia mano, fue desapareciendo y en su lugar se instituyó y comenzó a funcionar la de los gobiernos constituidos que, por decirlo así, tienen el monopolio de esa función social, mediante la cual se mantiene el orden y la paz colectiva sin los cuales es imposible la

[112] ROSAS BENÍTEZ, Alberto, *Op. cit*., p. 32
[113] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal,* Primera Parte, pp. 13 – 14

subsistencia de la comunidad y menos su progreso en los diversos órdenes de la vida." [114]

"La evolución del mecanismo justicial: la autotutela[115] desenfrenada, en que cada cual se tomaba la justicia por su mano y en la medida que su sólo arbitrio le dictaba, sin más tope que la fuerza o resistencia del contrario.

La intervención de la familia, de la tribu o el sippe, primero voluntaria y luego forzosa, para obtener un arreglo de tipo autocompositivo[116] entre las partes. Posteriormente se instituye el arbitraje (heterocomposición),[117] es decir, ya un genuino proceso, sólo que ante jueces privados. Finalmente el proceso jurisdiccional público, cuando surge una organización estatal, con fuerza suficiente para decidir imperativamente supra partes." [118]

"En las sociedades primitivas los litigios se resolvían a través de actitudes personales directas de los contendientes, como podía ser la venganza o el régimen de fuerza; surge después un proceso evolutivo de atemperar las actitudes agresivas el encomendar a terceros elegidos entre personas relevantes de la comunidad la solución de los conflictos planteados por sus miembros. Ofendido y ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que regule la composición entre las partes… sólo ese carácter… permitió a la justicia primitiva cumplir su misión social,

---

[114] PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, p. 70

[115] Es la manera más primitiva de zanjar las dificultades entre hombres. Se trata de una manifestación reiterada a lo largo de los siglos de que las pugnas de intereses se resuelven con la victoria del más fuerte, del más poderoso, del más violento, hábil o inteligente. FLORES GARCÍA, Fernando, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano,* t I, **Voz: Autodefensa,** p. 325

[116] Es la solución que al conflicto de intereses proporciona uno o los dos contendientes. Dicho de otra manera, es el arreglo al pleito proveniente de las mismas partes que tienen disposición de su derecho sustancial. FLORES GARCÍA, Fernando, *Op. cit*., **Voz: Autocomposición,** p. 324

[117] La solución al conflicto es calificada de imparcial, porque no va a ser dada por las partes, sino por un tercero ajeno al litigio, un tercero sin interés propio en la controversia. OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 48, (*Teoría General del Proceso*), p. 23

[118] ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972),* t II, p. 142

porque si se hubiera intentado imponerse coercitivamente no habría hallado quien la respetará." [119]

"Se atribuye en aquella época primitiva de la sociedad, a terceros la solución de las disputas, abandonando a la vez otros sistemas elementales de la justicia privada, como el de hacerla por propia mano; históricamente, esta evolución tuvo lugar antes de existir cualquier organización judicial. Cuando los contendientes decidían someter sus diferencias a otras personas, y aceptaban de antemano, con carácter obligatorio, el dictamen que al respecto se produjera, se estaba ante una solución." [120]

"El derecho, el ordenamiento jurídico, puede ser concebido como un instrumento creado por el hombre para garantizar las condiciones de la vida de una sociedad. Su objetivo es procurar preservar el orden y reducir los conflictos a su mínima expresión. Pero como no es posible erradicarlos totalmente, desde los tiempos más remotos se ha sentido la necesidad de resolverlos, de manera de facilitar la coexistencia de los intereses, y con ello evitar la ruptura de la comunidad.

Esa necesidad implicó, en lo inmediato la eliminación de la violencia y la fuerza con métodos de composición, y el interés de las sociedades en instaurar formas de administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima las contiendas de intereses.

Ya Platón enseñaba que el mayor bien para un Estado no es la guerra ni la sedición, sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de los intereses contradictorios forma parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que pongan remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y previendo que un tercero zanje las disputas. Es

[119] MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, p. 45
[120] BENETTI SALGAR, Julio, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, p. 1

indispensable que se establezcan tribunales para cada tribu y jueces que decidan sobre la marcha las diferencias que se susciten." [121]

Por lo anterior, se estima que la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición, son grados de evolución que han marcado al hombre, en la forma de resolver sus conflictos; por otra parte, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, siguen siendo métodos auténticos y esenciales que toda sociedad, no debe prescindir de ellos, ya que contribuyen a fortalecer una coexistencia social, es decir, un estado de convivencia sana y propositiva; la barbarie de la autotutela, no sólo fue contrarrestada con la misma fuerza, sino con medios pacíficos, sino, como podría pensarse hoy en día, en que el individuo no haga más uso de la fuerza; hoy se requiere que individuos, familias y grupos sociales, con educación y cultura cívica, con una axiología social, hagan primar, apaciguar la emoción, el poder, la agresión, la violencia, por mecanismos racionales y no por medios pasionales o coercitivos.

Bien señaló Albert Einsten "Que un problema sin solución es un problema mal planteado." [122]

Lo que se puede advertir hasta aquí, es que resulta impostergable e ineludible dar solución al conflicto, según la materia e intensidad del mismo; todo conflicto requiere de gestión y transformación, no de eliminación o prohibición; nadie puede contener emociones, sentimientos, miedos, necesidades y reacciones; la evolución de la humanidad y en la resolución de conflictos, puede entenderse así: Él hombre a través del tiempo pudo ceder su temple, y hacer prevalecer el poder de la palabra.

Las sociedades no deben guardar resentimientos, temores y odios de las relaciones interpersonales que se construyen día a día; por el contrario, resulta pertinente, darse cuenta, que hay que canalizar los conflictos, pero no al juicio o al

[121] CAIVANO, Roque J., *Arbitraje,* pp. 23 – 24
[122] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. cit*., Ver Nota 3, p. 199

tribunal, sino a los expertos, a las técnicas y a las ciencias multidisciplinares, que ayuden a transformar los diferendos en verdaderas actitudes de cividad.

2.1.2. Evolución del Proceso Civil Ordinario

2.1.2.1. Punto de partida del proceso

Con el devenir del tiempo, el hombre ha mostrado una mayor adaptación e interrelación con sus semejantes, en sus entornos de origen; las nuevas costumbres y formas de vivir y sobrevivir, hace que el propio individuo supere sus expectativas.

Por cuanto a los procesos y sistemas de justicia, que además de ser instrumentos de control y pacificación en la sociedad; también estos son considerados como medios para salvaguardar valores, intereses y derechos.

Históricamente el proceso se ha modificado tantas veces, como a requerido el hombre, es un instrumento inacabado; el Estado, como institución oficial, debe proveer la mejor técnica jurídica, que brinde a las partes en conflicto, la respuesta a sus pretensiones o intereses menoscabados.

Se requiere dimensionar hasta hoy en día, como ha evolucionado o involucionado el proceso judicial, y será a través de los siguientes precedentes como habrá de demostrarse.

Por otra parte, cabe cuestionarse ¿El proceso será más corto en sus plazos? ¿El proceso presenta concentración? ¿El proceso presenta menos impugnaciones? ¿En el proceso permite depurar presupuestos procesales? ¿En el proceso hay una audiencia preliminar? ¿En el proceso se permite la solución del conflicto a través de medios alternos, previos a la sentencia?

La ciencia procesal tendrá que dar cuenta a estas interrogantes.

2.1.2.1.1. El Proceso Romano

El procedimiento se concibe de la siguiente manera: muy formalista, requiere de las partes la expresión de ciertas palabras y el ejercicio de actos o ritos.

El "*ordo iudiciarum privatorum,* nace de un procedimiento arbitral privado y se distingue dos fases:

in iure. Dirigida por el *pretor,* se persigue la fijación de los hechos de la controversia y se establecen los presupuestos necesarios para el otorgamiento de la tutela jurídica.

Oídas las partes, el magistrado analizaba no sólo si la acción era de las admitidas (*legis actionis)* sino también otros aspectos previos, tales como la competencia del juez, la capacidad de las partes.

apud iudicem. Se desarrolla ante el *iudex* (árbitro), quien en un régimen de oralidad, inmediación y publicidad, recibe las pruebas, escucha a las partes y falla en una sentencia que no admite recursos.

La *extraordinaria cognitio.* Desaparece el proceso privado para ser sustituido por un procedimiento oficial, dirigido de principio a fin, por funcionarios. Se acentúa el carácter público del proceso en virtud de la afirmación de la autoridad del Estado.

El procedimiento se transforma de dispositivo a inquisitivo, de privado a público, de oral a escrito y secreto; del régimen de inmediación al de mediación. En materia de prueba el sistema de libre apreciación se sustituye por el sistema de valoración legal.

El acontecimiento judicial se documenta. Se recoge el mayor respeto por la documentación; desaparición de los tribunales populares y de los jurados. Se suprime la división del proceso en dos fases; así mismo la sentencia deja de ser irrecurrible y nacen la apelación y las sucesivas instancias. Se mantienen la nulidad y el recurso extraordinario de revisión." [123]

Otros se pronuncian del "*ordo judiciorum privatorum,* posee una tendencia autocompositiva. Las partes acudían primero ante un magistrado, funcionario público, y ante él exponían sus pretensiones, no resolvía el conflicto, sino que únicamente expedía

[123] VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso,* pp. 22 – 24

una fórmula y las partes llevaban esta fórmula ante un juez privado que era quien resolvía.

Respecto del *ordo judiciorum publicorum,* las partes acuden ante un magistrado, pero ya el proceso no presenta dos etapa, sino que se han unificado para desenvolverse ante un sólo funcionario.

Cabe destacar, que en la época de la monarquía surgen las acciones de la ley, son procedimientos rigorosos enmarcados en cierto ritualismo muy cercano a la religiosidad.

Durante la época de la república surge el proceso formulario, la *fórmula*[124] es una instrucción escrita con la que el magistrado nombra al juez y fija los elementos sobre los cuales éste deberá fundar su juicio, dándole a la vez el mandato, más o menos determinado, para la condenación eventual o para la absolución en la sentencia.

En el imperio surge el llamado proceso extraordinario, desarrollado ante un funcionario estatal." [125]

La cultura romana, llena de fastuosidad, y la práctica jurídica con sellos de formalismos y divinidad, en materia del proceso judicial, hace necesario destacar su naturaleza tanto de orden privado, y luego pasando a ser público, cada uno con sus características y exigencias. Los principios procesales que se van instaurando en esa época, comienzan a dar forma a un proceso, a un juez y a una justicia, estadual; es decir, el Estado tendría el control, asistencia y ejecución del derecho creado por él.

Nunca el proceso, había experimentado una evolución como en Roma, ya hablar de publicidad, oralidad, inmediación, concentración, la intervención oficial de funcionarios, ser escrito, secreto, y la sentencia se hace recurrible. Hace suponer la fascinante transición de la atroz venganza a cividad procesal.

---

[124] Las partes fundamentales de la Fórmula: *intentio* Es aquella parte de la fórmula en la que el actor concluye o expone sucintamente su demanda; *demostratio* Es una enunciación del hecho, que constituye el fundamento de la litis; *adiudicatio* Potestad del juez para atribuir la cosa, o parte de la cosa, o derechos sobre la cosa, a alguno de los litigantes y la *condenatio.* Es la última parte de la fórmula y aquélla con que se llega a un resultado ejecutivo. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso,* p. 47

[125] GÓMEZ LARA, Cipriano, *Op. cit*., pp. 44 – 48

2.1.2.1.2. El Proceso Germano

"El proceso predominantemente oral, público y formalista, pero en extremo simple. El procedimiento ordinario, el actor citaba personalmente al demandado ante el tribunal, fijando el día de audiencia de testigos ante la asamblea popular, que es la que pronunciaba la sentencia, a propuesta, primero, de peritos, y luego, de sentenciadores. El juicio se iniciaba con una ceremonia religiosa que demostraba el espíritu dominante: la justicia era puesta bajo el amparo de la divinidad.

El demandado podía confesar, en cuyo caso era condenado o contradecir, lo que determinaba la recepción de la prueba. Todo formal y mediante palabras y ritos sacramentales y en medio de un debate oral y público, como es natural frente a una asamblea. El demandado era quien tenía que probar que el actor no tenía la razón. La carga de la prueba incumbe al reo y no al actor. La prueba no se dirige al tribunal sino al adversario.

La sentencia la pronunciaba la comunidad, esta era inapelable, pero podía ser rechazada por el condenado." [126]

"Existía una asamblea del pueblo o de los miembros libres del pueblo, llamada el *Ding,* ante la cual el juez solamente intervenía como instructor, es decir, como un investigador del derecho y un director de los debates. El poder del juez es escaso. Prevalece la protección de los intereses de la colectividad no los del individuo." [127]

La comunidad germánica, en su origen, no dispone de precedentes sobre la presencia de abogados, ni de una administración de justicia, menos de un proceso uniforme y contundente; por esas carencias, se conforma una cultura procesal de orden oral, público y ritualista, las partes en la contienda, se demuestran quien posee la verdad, y sólo la sociedad, permanece atenta, en este caso la asamblea del pueblo, en avalar un fallo, en el que finalmente no atente a sus intereses.

[126] VÉSCOVI, Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 123, (*Teoría General del Proceso*), pp. 25 - 26
[127] GÓMEZ LARA, Cipriano, *Op. cit*., Ver Nota 124, (*Teoría General del Proceso*), pp. 49 – 50

2.1.2.1.3. El Proceso Romano-Canónico

"En la Edad Media, hay una regresión general del proceso. Vuelven a acentuarse el predominio privado y el formalismo procesal. Todo ello es consecuencia de la disminución de la autoridad estatal y la dispersión del poder.

El proceso común romano –canónico, esta dirigido por funcionarios oficiales, escrito, caracterizado por diversas fases cerradas y preclusivas. En materia de prueba va naciendo un sistema de tarifa legal.

El procedimiento civil se desarrolla con apoyo en una demanda escrita, citando al demandado, un funcionario judicial ha pedido del actor. El reo puede oponer a la demanda excepciones previas y de fondo. Las afirmaciones controvertidas son objeto de prueba. Preeminencia de la prueba confesional, exime de toda otra prueba. Contra la sentencia existen recursos de apelación, nulidad y restitución *integrum*." [128]

Los cambios que reporta el proceso en esa época, están en función del predominio de la Iglesia y del Estado, cada uno de estos entes impone su poder en la administración de justicia, acorde a sus intereses, por tanto se hizo vigente un proceso privado y formalista, por uno público y oficial.

2.1.2.1.4. El Proceso Eclesiástico

Como precedente "El procedimiento canónico era escrito; el testimonio debía hacerse bajo juramento, con graves castigos por perjurio; las partes podían estar representadas por un abogado, quien discutía la ley ante el juez sobre la base de los hechos revelados por los testimonios." [129]

Se hace evidente un proceso dirigido por la cúpula de la iglesia, para su comunidad; estando dotado de escritura, de juramento, de castigar la falsedad de información, con varias fases, y con la intervención de abogados, formados por la iglesia.

---

[128] VÉSCOVI, Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 123, (*Teoría General del Proceso*), pp. 27 - 28
[129] BERMAN, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente,* pp. 263 – 264

2.1.2.1.5. El Proceso Español

Se describe que el *solemnis ordo iudiciarius,* "Las partes son dueñas de los pleitos; las partes tenían que disponer con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa; el proceso se realizaba de modo casi exclusivamente; se controlaba la actuación del juez, tanto en lo que se refiere a la realización de los actos procesales como del contenido de las resoluciones judiciales; y, no conceder facultades al juez en la dirección del proceso." [130]

Juan Montero Aroca señala que ante la ineficacia del proceso ordinario civil, para solucionar estos conflictos entre partes, surge un nuevo tipo procesal sin dejar de ser ordinario, siendo el proceso plenario rápido.

Este proceso plenario rápido tuvo un importante impacto en el ámbito mercantil y en el ámbito civil (procesos de menor cuantía), "Para el primero se detectó las siguientes características: se lleva a cabo conciliación previa obligatoria; prohibición de la intervención de abogados; oralidad en el procedimiento; aumento de los poderes procesales del juzgador.

Para el segundo, se trató de simplificar el proceso, limitando el número de escritos de alegaciones que podían presentar las partes; prohibición de las sentencias ilíquidas; necesidad de declarar la rebeldía por una sola vez.

El proceso plenario rápido estuvo sujeto a principios de oralidad, concentración, inmediación, publicidad e impulso de oficio y en el que todos los plazos eran perentorios e improrrogables; este juicio verbal se realizaría en audiencia única y no admitiéndose apelación contra la sentencia." [131]

Se remarca del proceso "El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales; el impulso procesal se confío a las partes; todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes; la justificación de la escritura, sería porque el juez sólo

[130] MONTERO AROCA, Juan, *Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los Poderes del Juez y la Oralidad,* pp. 18 – 19
[131] MONTERO AROCA, Juan, *Op. cit*., pp. 21 - 30

dictaría sentencia tomando como base lo que se encontraba documentado; y el secreto de las actuaciones." [132]

Para Faustino Gutiérrez Alviz Conradi, señala que el "*ordine iudiciorum* identifica formalmente tres partes comunes del proceso: los actos introductorios o preparatorios al proceso por los litigantes, los actos que marcan su comienzo desde la litis *contestatio* a la sentencia, y la ejecución de la sentencia y los recursos o medios de impugnación que se pueden oponer.

…El proceso constaba de diez etapas: la primera es la que precede al emplazamiento; la segunda propiamente el emplazamiento; la tercera, la personación; la cuarta, la formulación de las excepciones dilatorias; la quinta, la litis *contestatio*; la sexta, dedicada a la proposición de las pruebas; la séptima, el examen de los testigos; la octava, a la alegación y discusión de las pretensiones; la novena, la determinación y publicación de las pretensiones; la décima, al pronunciamiento de la sentencia." [133]

Por cuanto a este proceso español, sigue estas vertientes: primero, los particulares, tuvieron el control y dominio desde inicio de los actos introductorios, actuaciones, pruebas, tácticamente de todo el proceso, el juez era verdaderamente mero espectador; segundo, la dirección del proceso y el control de los presupuestos procesales, nunca estuvo en manos del juzgador; tercero, la oralidad en el proceso sólo estaría en función, para aquellas fases o audiencias prescritas por la ley, y cuarto, el resultado de un fallo pesaría sobre aquella parte que se impuso por la fuerza, no por la razón.

2.1.2.1.6. El Proceso Anglosajón

"El proceso se caracteriza por su oralidad y la presencia de un jurado; además siguiendo jurisprudencia y algunos dispositivos consuetudinarios; separación de los

[132] *Ibidem*, pp. 35 - 36
[133] *El Proceso Civil Antiguo y Nuevos Modelos de Enjuiciar,* p. 16

tribunales de derecho y los de equidad (*equity*), y medios de apremio para proteger los derechos y sancionar la desobediencia al juez.

El proceso se desarrolla fundamentalmente en la audiencia (*trial*) en forma pública, concentrada y contradictoria. Allí se escucha a los testigos, a los peritos, se oye a las partes y se dicta la sentencia.

No obstante se ha ido avanzando en la realización de fases preparatorias, como el Pre Trial, en el cual las partes y sus abogados no sólo intercambian sus escritos, sino también sus pruebas con la intervención, o sin esta, del juez.

La presencia del jurado ha determinado un particular sistema probatorio. El juez tiene un importante papel en la dirección del proceso, pese a lo cual existe una gran libertad de las partes para disponer de los derechos." [134]

Otro pronunciamiento al respecto "El desarrollo del proceso es predominantemente oral y se concentra en dos fases:

Etapa Preparatoria (*pre trial*) con finalidades conciliatorias, de fijación del debate y de preparación de la audiencia final…y se desarrolla ante un juez.

Audiencia Final (*trial*) en la que en una sola sesión se deben practicar las pruebas en forma pública, las partes deben formular sus alegatos, el jurado en su caso debe emitir su veredicto y el juez su sentencia." [135]

Estos precedentes históricos del proceso anglosajón, denotan un gran cambio, que al hacer el comparativo con el proceso de la Europa continental, este mostró excesivas formalidades del proceso, limitadas potestades de un juez, extenuantes fases, prolongados plazos, forjaron finalmente un proceso inconveniente a los intereses de la sociedad. Ahora, en el proceso anglosajón la oralidad, la concentración, la inmediación, la conciliación, la dirección procesal por parte del juez, y el castigo del perjurio, dieron una transformación sustancial a este instrumento judicial.

[134] VÉSCOVI, Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 123, (*Teoría General del Proceso*), pp. 39 - 40
[135] OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil,* p. 15

2.1.2.2. Tendencias Modernas del Proceso

Se identifica un importante conjunto de avances:

a) Del juicio ordinario, dotarlo de fases más precisas, claridad en el objeto, mayor celeridad y adecuarlo a la realidad.

b) De la Justicia, ciertos sectores de una población podían considerar tener acceso a una justicia, y ver tratadas sus controversias ante jurisdicciones específicas. El Proceso no debía ser un obstáculo para la paz y seguridad, por tanto se pretendía que más ciudadanos recurrieran a la misma.

c) Del papel del juez, se pensaba en que hubiera un juzgador con carácter neutral, que tuviera facultades de dirección formal del procedimiento y tener potestad respecto de la dirección material del proceso.

d) De los Principios Procesales, se preponderarán: la inmediación, la concentración y la publicidad.

Para reforzar este tema, señalaré algunas de las posiciones que asume Franz Klein, entorno a modernizar el proceso, las cuales incluso están contenidas en la Ordenanza Procesal Civil Austríaca de 1895, esto da un importante viraje en relación con el PROCESO-JUEZ-PARTES

Siempre pugno por "Colaborar diligentemente con el juez en la búsqueda de cómo realmente habían ocurrido los hechos, con el apercibimiento de que, si así no lo hacían, el juez se convertiría en investigador de los hechos.

El juez no se limita a juzgar, es el gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

Severa crítica de Franz Klein, efectúa cuando, alude que en determinado porcentaje de las sentencias, contrastadas con la realidad de los hechos, vengan a resultar injustas o defectuosas; ello ocurre en muchos casos por falta de diligencia; en otros por haberse visto obligado el juez diligente a fallar, a pesar suyo, sobre la base de hechos injustos, inciertos, dudosos. Por esto Klein aumenta los poderes del juez, el cual puede

completar el proceso en lo que haga falta, es decir, puede acordar cuantos medios de prueba estime oportunos." [136]

2.1.2.3. Tendencias Contemporáneas del Proceso

a) Se hacen aditamentos sustanciales al proceso ordinario y se refuerza la funcionalidad, la precisión y los resultados en el proceso en cuestión.

b) Separación del derecho subjetivo de la acción; el derecho subjetivo esta vinculado con el particular, mientras que la acción esta se dirige al Estado.

c) La audiencia preliminar previa a la instrucción de la causa, se propone a las partes la conciliación, de no obtener resultados, el juez posteriormente depura los presupuestos procesales, además hará que se precise el objeto, la prueba, la dirección e impulso en el proceso.

d) Los presupuestos procesales se conciben como los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal, se entienden como las prescripciones que deben fijar la admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal.

e) La litigiosidad en las causas ante el aumento de procesos, la duración de los mismos, se propone la aplicación de medios intra o extra procesal, según el caso (como la conciliación, la mediación y el arbitraje).

f) La oralidad con la finalidad de acortar la duración del proceso, es decir, acelerar el mismo, sin pretensión de eliminar la escritura. Se requiere un equilibrio entre la inmediación y la concentración en el orden de la oralidad. Tenderá a la socialización de la justicia y su transparencia.

La codificación modelo de los organismos especializados y los Estados han mostrado un interés genuino para adoptar no sólo principios procesales uniformes, sino además un prototipo de proceso estándar, que posibilite la consecución del mismo, y no hacer difuso ni su acceso ni la justicia que se imparta.

---

[136] MONTERO AROCA, Juan, *Op. cit*., Ver Nota 130, (*Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los Poderes del Juez y la Oralidad*), p. 54

a) Para Europa:

La "Recomendación No. R (84) 5 del Consejo de Europa. Para 1984 el Comité de Ministros del Consejo de Europa, propone: mejorar el funcionamiento de la justicia; que se garantice el derecho a la justicia según el Artículo 6 del Convenio Europeo; adecuar reglas procesales; garantizar a los justiciables un proceso más simple, flexible y breve y permitir a las partes acceder a procedimientos más simplificados, más rápidos y protegerlas contra actuaciones abusivas y dilatorias.

Proyecto de Código Procesal Civil Europeo. En los años de 1986 y 1987 se ha trazado por un grupo de expertos, a pedido de la Comunidad Europea, elaborar el Proyecto de Código Procesal Civil Europeo. Se propone la redacción de temáticas como la conciliación, objeto del litigio, exhibición de documentos, el testimonio, la prueba y las nuevas tecnologías, el desistimiento, la rebeldía, las costas, las medidas cautelares, etc. Respecto de principios en el proceso, como el dispositivo, la efectividad, acceso a la justicia, reducción de gastos, independencia e imparcialidad del juez, proceso justo (publicidad y concentración), plazo razonable y motivación de las resoluciones judiciales." [137]

b) Para Iberoamérica:

"El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. El proyecto se inicia para determinar las Bases en 1967, en 1970 se comienza con el Anteproyecto y 1988 se aprueba dicho Código Iberoamericano. Se procede ha pugnar por un proceso oral, por audiencias, siguiendo los principios de inmediación, concentración, abreviación y publicidad." [138]

Los procesalistas reafirman la necesidad de crear un entorno propicio en el que, actuaciones judiciales, plazos y principios, contribuyan a que se de un proceso sólido y adecuado a los ciudadanos.

[137] GUTIERREZ ALVIZ CONRADI, Faustino, *Op. cit*., Ver Nota 133, pp. 49 - 53
[138] VÉSCOVI, Enrique, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica,* p. 6

Hay quienes se pronuncian por "El acceso a la justicia por más ciudadanos; acrecentar los derechos de defensa, y prohibición de la indefensión; el aumento de poderes al juez, entendiendo la dirección en el proceso; ante el aumento de la litigiosidad evitar el proceso y aplicar medios alternativos; la celeridad en el procedimiento y oralidad en sus audiencias." [139]

Otros persisten en "El incremento de los poderes del juzgador en la dirección y control del proceso; la oralidad en el proceso; la socialización, es decir, se pretende que la igualdad de las partes sea no sólo formal, sino material y la libre valoración de las pruebas, advirtiéndose la supresión de la prueba legal o tasada." [140]

"Un proceso internacionalizado, siendo oral, por audiencias; salvaguardar los principios de oralidad, inmediación, concentración, abreviación, y publicidad; aplicación de una audiencia preliminar." [141]

Los expertos han precisado que el proceso dejo de ser una obra exclusiva de las partes y ahora es del juez; ha dejado de ser un mero espectador de las reglas del juego. Hoy en día, se impulsa un nuevo proceso, para ser acorde ha esto, hay un nuevo rol del juez, cuya pasividad ha quedado atrás, y hoy debe haber un activismo singular.

Mauro Cappelletti, hace un recuento del viejo proceso, "Predominio de la escritura; carencia de inmediación entre los sujetos procesales; apreciación de la prueba conforme al sistema legal o tasado; desarrollo fragmentario y discontinuo del procedimiento; y enorme duración de los procesos." [142]

Ahora será menester de los procesalistas, hacer desterrar y depurar esas vicios, anacronismos, deficiencias; ahora por un proceso civil, con innovaciones científicas.

---

[139] MONTERO AROCA, Juan, *El Derecho Procesal en el Siglo XX*, pp. 71 - 79
[140] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), pp. 19 - 21
[141] VÉSCOVI, Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 138, (*El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*) p. 6
[142] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), pp. 12 - 13

2.1.3. Conceptualización del Proceso

2.1.3.1. Etimología

"Del vocablo *processus,* proviene del latín *pro* para adelante*,* y *cedere* caer, caminar. Implica un desenvolvimiento, una sucesión, una continuidad dinámica." [143]

2.1.3.2. Definición del Proceso

El proceso judicial cumple con las siguientes expectativas, según los procesalistas, entre ellas: el interés del Estado por tutelar los derechos subjetivos del ciudadano; los actos y hechos con relevancia jurídica suscitados en el tiempo serán expuestos y sancionados bajo el derecho; los órganos jurisdiccionales, investidos al efecto resolverán los conflictos; es el conjunto de actos y actuaciones para llegar a un fallo; se desarrolla la relación jurídica iniciada por las partes y termina por la decisión del juez; para corroborar lo anterior, baste revisar estos criterios:

Es "El conjunto de actos dirigidos a un fin, la resolución del conflicto. Es un instrumento para cumplir los objetivos del Estado: imponer a los particulares una conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez, brindar a estos la tutela jurídica." [144]

"Es un conjunto de fenómenos, de actos o acontecimientos, que suceden en el tiempo y que se mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vinculación." [145]

"Conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y la demás personas que en ella intervienen." [146]

---

[143] VÉSCOVI, Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 123, (*Teoría General del Proceso*), p. 88
[144] Idem.
[145] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 46, **Voz: Proceso,** (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), p. 640
[146] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 48, (*Teoría General del Proceso*), p. 194

Imprescindible en esta relación jurídica la presencia del actor, demandado y juzgador; así mismo de un conjunto de etapas, plazos y actuaciones judiciales; el origen de todo proceso, está la defensa de los derechos subjetivos; y debe existir un resultado final, la impartición y administración de justicia por juzgadores especializados.

2.1.3.3. Definición del Procedimiento

El procedimiento se fragmenta en pequeños actos formalistas, con un objetivo específico, y lo que aporten como consecuencia, contribuye al resultado magno de una sentencia, esto puede confirmarse así:

"Es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de substanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima, breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con período de prueba o sin él." [147]

Es el "Conjunto de actos, diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en una causa." [148]

"Es la aglomeración o reunión de reglas y preceptos a que debe acomodarse el curso y ejercicio de una acción. O dicho de otra manera, es el orden y método que debe seguirse en la marcha de la sustanciación de un negocio." [149]

Se desprende de estas definiciones un orden, secuencia y conclusión de actos, diligencias o vistas para conocer, probar y fallar sobre algo, que tendrá relevancia para el derecho y para la sociedad, a petición de ella.

De manera más concreta, las partes aportan y fijarán el *thema decidendum,* que se llevará al *thema probandum,* para que luego un juez no llegue a una *ultra petita* ni *extra petita,* sino resolver lo solicitado.

---

[147] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 46, **Voz: Procedimiento,** (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), p. 639
[148] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Procedimiento,** p. 321
[149] MEDINA LIMA, Ignacio, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano,* t IV, **Voz: Procedimiento**, p. 3056

2.1.4. Lineamientos Teóricos del Proceso

Hay teorías privatistas y publicistas, que explican la naturaleza del proceso, considerándolo como un contrato o cuasicontrato; como una relación jurídica y como una situación jurídica.

De las teorías antes enunciadas, sólo destacare una de ellas, aquella que encuentra mayor vinculación con el trabajo de investigación en cuestión.

Me refiero a la teoría de la relación jurídica del proceso, de ella se dará cuenta sobre su contenido, alcances y efectos.

El objetivo de analizar esta teoría en particular, obedece a identificar no sólo los elementos del proceso, las obligaciones del Estado y de los particulares; sino que además, se identifiquen los basamentos jurídicos de la concentración y el saneamiento del proceso, a través de lo que hoy se conoce, como audiencia preliminar, lo anterior será un imperativo.

2.1.4.1. Teoría de la Relación Jurídica del Proceso

2.1.4.1.1. Identificación de una Premisa

Para arribar a una premisa, requiere previamente contextualizar estas interrogantes:

¿Cuáles son los derechos y obligaciones derivados de la relación jurídica procesal para las partes y el juzgador?

¿Qué objetivo persigue la función estatal?

¿Qué pretende obtener el sujeto pasivo, del Estado?

¿Qué requisitos y condiciones se exigen para una relación jurídica procesal?

¿La relación jurídica procesal, esta supeditada a la voluntad de los particulares?

¿Basta la presentación de la demanda para que se inicie la relación jurídica procesal?

¿Tutelaría los derechos subjetivos del ciudadano?

¿Garantizaría el pleno acceso a la justicia?

¿Cuál es la relación jurídica que guarda las partes y el juzgador en el proceso?

Se encuentra el siguiente común denominador: la relación jurídica emana no sólo con la existencia de una trasgresión a un derecho o patrimonio, sino que se corrobore el daño al derecho subjetivo de una persona, y fundándose en una ley:

El derecho de acción debe surgir para corresponder a esas afectaciones del particular y el Estado oficial e institucionalmente deberá conjuntar y revisar elementos subjetivos, de la acción, de la excepción y de presupuestos procesales para dar formalmente por constituida una relación jurídica procesal.

Además, existe un servicio de administración de justicia por el Estado, para todo particular.

Cabe cuestionarse hasta este momento, ¿Cuál sería la premisa? Con la que se relacione esta teoría de la relación jurídica con el tema de investigación. Se considera:

¿La audiencia preliminar es un instrumento legal y legítimo que permita organizar y depurar un procedimiento judicial?, resulta importante revisar las siguientes teorías:

2.1.4.1.2. Fundamentos Teóricos Procesales

Que pronunciamientos hay al respecto y como ubicar la premisa en cuestión: Oskar Von Bülow parte esencialmente de que "El proceso es una relación de derechos y obligaciones, es decir, una relación jurídica. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por tanto, una relación jurídica pública.

Giuseppe Chiovenda precisó que esta relación jurídica, además de pertenecer al derecho público y de ser progresiva, es autónoma y compleja: autónoma, en cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes de la voluntad concreta de la ley afirmada por las partes, puesto que se funda en otra voluntad de la ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de las partes, cualesquiera que ellas sean… compleja, en

cuanto no comprende un sólo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos… pero todos… coordinados a un fin común que recoge en unidad todos los actos procesales.

Para que se pueda constituir válidamente la relación jurídica procesal es necesario que se satisfagan determinados requisitos de admisibilidad y condiciones previas, a los que Bülow denominó presupuestos procesales. Éstos consisten en las condiciones que deben cumplir los sujetos procesales (la competencia e imparcialidad del juzgador, la capacidad procesal de las partes y la legitimación de sus representantes), así como el objeto del proceso (ausencia de litispendencia y cosa juzgada), la demanda y su notificación al demandado.

Los presupuestos procesales tuvo por objeto no sólo esclarecer las condiciones previas que se deben satisfacer para que se pueda constituir válidamente la relación jurídica procesal, sino también advertir que dichas condiciones deben ser analizadas y resueltas de oficio por el juzgador, aun sin que la parte demandada las objete por vía de excepción procesal.

Decía Bülow la validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse librada en su totalidad a la disposición de las partes, pues no se trata de un ajuste privado entre litigantes, sólo influido por los intereses individuales, sino de un acto realizado con la activa participación del tribunal y bajo la autoridad del Estado, cuyos requisitos son coactivos y en grandísima parte, absolutos.” [150]

Por otra parte se confirma que “La actividad de las partes y del juez está regulada por la ley, salvo los casos excepcionales que ésta permita… El proceso determina la existencia de una relación de carácter procesal entre todos los que intervienen, creando obligaciones y derechos para cada uno de ellos, pero tendiendo todos al mismo fin común: la actuación de la ley.

No puede negarse la existencia de una relación jurídica en el proceso con derechos y obligaciones entre el juez y las partes, y no vemos para ello ningún obstáculo

[150] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 48, (*Teoría General del Proceso*), pp. 186 - 188

en cuanto aceptamos que la acción es un derecho que el actor tiene contra el Estado para la tutela de su pretensión jurídica frente al demandado.

No basta la interposición de la demanda, sino que también es necesaria la concurrencia de ciertos requisitos para que la relación procesal sea válida: la sola presencia de las partes no sería suficiente para generarla si carecieren de aptitud para actuar en juicio o faltare en el juez la aptitud para conocer del mismo. Tales requisitos no afectan a la acción, pues su ausencia sólo impide la constitución de la relación procesal y no nace, en consecuencia, el deber del juez para actuar en el proceso, debiendo únicamente fundar la razón de su imposibilidad.

Por eso se les llama presupuestos procesales: Toda persona puede ser titular de un derecho substancial *(legitimatio ad causam)*, pero no siempre tiene la aptitud necesaria para defenderlo personalmente en caso de litigio *(legitimatio ad processum);* la facultad conferida a los jueces para resolver los litigios está condicionada a la aptitud para conocer de los mismos; y es necesario que la demanda esté revestida de ciertas formalidades exigidas para asegurar la regularidad del debate y cuya existencia debe ser constatada por el juez antes de entrar al fondo del litigio." [151]

La relación jurídica procesal, se instaura como "Una relación jurídica pública, compleja, autónoma, trilateral; la relación de derechos y obligaciones entre sujetos como el actor, demandado y órgano jurisdiccional; el ejercicio del derecho de acción, es un derecho subjetivo público individual, regulado por normas de derecho procesal, pertenecientes a todos los ciudadanos." [152]

"Existe una relación jurídica de carácter público que, junto con los actos del procedimiento constituye el proceso." [153]

[151] ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo I, pp. 416, 428, 430 - 431
[152] ROCCO, Ugo, *Teoría General del Proceso Civil*, pp. 289, 290 - 291
[153] BARRIOS, Angelis, *Introducción al Estudio del Proceso,* p. 110

"El fin del proceso determina la naturaleza del efecto de cada acto procesal. Pero ni uno ni otro constituyen una relación jurídica, y el objeto común a que se refieren todos los actos procesales, desde la demanda hasta la sentencia, y que en la realidad constituye la unidad del proceso." [154]

"A pesar de la multiplicidad de actividades de las partes, del juez, y de los sujetos que en general intervienen, hay una finalidad común: la aplicación del derecho sustantivo.

Las condiciones del actor y demandado, uno frente al otro y ambos ante el juez, configuran una relación, la cual estriba en el complejo de derechos y deberes de que está hecho el proceso." [155]

"Toda relación jurídica se establece entre dos o más sujetos de derecho… el contenido de toda relación jurídica es, siempre, un conjunto de derechos y obligaciones y, por ello, la relación jurídica es el vínculo que se establece entre los sujetos de derecho a los que las normas jurídicas les atribuyen derechos u obligaciones." [156]

Es a través de todos estos criterios, como se puede deducir:

El ciudadano, tiene reconocido en el marco del derecho positivo, una prerrogativa de acceder a la justicia, sin distinciones ni límites; el Estado tendrá responsabilidad social y jurídica en preservar los intereses de la sociedad y salvaguardar los derechos de éstos; en el contexto jurisdiccional el Estado tendrá una intervención esencial, no sólo conocer sino resolver los conflictos sometidos, siendo viable su trato; resulta evidente la interrelación entre partes y juzgador, generándose sendos deberes procesales, en el concierto de la reclamación y de la excepción; diversos dispositivos procesales determinan una amplia potestad para hacer las revisiones y controles necesarios para integrar esa relación jurídica procesal (presupuestos procesales).

---

[154] COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* p. 108
[155] BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal,* p. 687
[156] GÓMEZ LARA, Cipriano, *Op. cit*., Ver Nota 124, (*Teoría General del Proceso*), p. 237

2.1.4.1.3. Repaso obligado de los elementos constitutivos de la relación jurídica

2.1.4.1.3.1. La Acción

a) Acepción

Expresa Eduardo J. Couture "Como sinónimo de derecho subjetivo material que trata de hacerse valer en juicio; como la pretensión o reclamación que la parte actora formula en su demanda; como la facultad (derecho público subjetivo) que las personas tienen para promover un proceso ante un órgano jurisdiccional, con el fin de que, al concluir el proceso, emita una sentencia sobre una pretensión litigiosa y, en su caso, ordene la ejecución de la sentencia." [157]

b) Naturaleza Jurídica

La teoría de la acción se justifica así "Celso, el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe; Savigny, la acción no es sino el derecho a la tutela judicial que nace de la lesión a un derecho subjetivo material; Windscheid, la acción es la pretensión jurídica; Muther, la acción la ejerce el lesionado frente al Estado, para que le conceda la tutela jurídica; Wach, la acción es un derecho que se ejerce ante el Estado para que satisfaga el interés de tutela jurídica del demandante, en la forma establecida por el ordenamiento jurídico, y frente al adversario, que debe tolerar el acto de tutela.

Por otra parte, Chiovenda, la acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley; Degenkolb, derecho subjetivo público que corresponde a cualquiera que de buena fe crea tener razón, para ser oído en juicio y constreñir al adversario a acudir a él; Alsina, derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica; Liebman, es el derecho instrumental por medio del cual se deduce en juicio la afirmación de un derecho o, en general, de una situación jurídica que se desea ver reconocida, tutelada o declarada.

Señala José Ovalle Favela es el derecho subjetivo procesal, pues si bien confiere a la parte actora la facultad de promover la actividad del órgano jurisdiccional para que, seguido del proceso correspondiente, emita una sentencia sobre la pretensión expresada

[157] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 48, (*Teoría General del Proceso*), p. 153

en la demanda… también impone al órgano jurisdiccional, cuando la acción cumple los requisitos o las condiciones legales, el deber de dar trámite a la demanda… de llamar a juicio a la contraparte, de cumplir con los actos del proceso, de dictar la sentencia y en su caso, ordenar su ejecución." [158]

c) Condiciones

"La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene que el juez debe analizar de oficio las condiciones o requisitos de la acción." [159]

El Interés Jurídico

"Es la relación de utilidad existente entre la lesión de un derecho, que ha sido afirmada, y el proveimiento de tutela jurisdiccional que viene demandando. (Liebman)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el INTERÉS COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA ACCIÓN[160], ha entendido que hay interés para actuar, como la necesidad de obtener una resolución judicial que proteja un derecho reconocido a una persona en el ordenamiento jurídico, ante su violación o desconocimiento por parte de otra persona, o bien cuando simplemente exista un estado de incertidumbre que deba ser eliminado mediante la declaración judicial." [161]

El interés jurídico, significará pues, que una persona con capacidad procesal, manifieste o exprese que un derecho subjetivo fue afectado y del cual exige reparación del daño, restitución o indemnización, pero esto implica dirigirse por los conductos pertinentes a un órgano jurisdiccional, solicitando no sólo conocer, sino que se pronuncie de fondo sobre el conflicto de intereses, y con ello dar cumplimiento a lo establecido en ley. Sin interés no hay acción.

---

[158] *Ibidem*, pp. 154 - 163
[159] *Ibidem*, p. 168
[160] Por Interés: En obrar precisa entender la necesidad de obtener la ventaja protegida por la ley mediante los órganos jurisdiccionales del Estado, de modo que, sin la intervención de éstos, sufrirá un daño el titular del derecho. Suplemento de 1956 al *SJF,* p. 23
[161] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 48, (*Teoría General del Proceso*), pp. 164 - 165

La Pretensión

Expone "Carnelutti, que la pretensión es la exigencia de subordinación del interés ajeno al interés propio; Windscheid, de un derecho, se exige algo a una persona determinada; Couture, es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva; Jaime Guasp, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama a otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen y José Ovalle Favela, la pretensión es la petición (*petitum)* o reclamación que formula la parte actora… ante el juzgador, contra la parte demandada… en relación con un bien jurídico." [162]

Corresponde precisar que la pretensión jurídica, parte de la afectación a la integridad de una persona, a su patrimonio o derechos fundamentales, y su titular deberá exigir, de quien afectó, resarcir el interés en cuestión, pero para ello se requiere la indiscutible intervención de la instancia jurisdiccional y de los medios procesales, con el objeto de conseguir la reparación de un daño. La falta de este elemento no permitirá que se admita una demanda.

2.1.4.1.3.2. De los Presupuestos Procesales

Ciertas condiciones objetivas deben estar dispuestas para que pueda constituirse una relación procesal:

a) Concepto

"Son los requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido, o una relación procesal válida. | Son las condiciones que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable, sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el merito." [163]

[162] *Ibidem*, pp. 165 - 167
[163] VÉSCOVI, Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 123, (*Teoría General del Proceso*), p. 80

b) Clasificación

"Los presupuestos Procesales Previos al Proceso:

De los Sujetos: competencia del juzgador; capacidad procesal (personalidad y personería o representación) y la legitimación de las partes. (*ad causam, ad procesum).*

Del Objeto del Proceso: litispendencia; la cosa juzgada; la conexidad y caducidad de la acción.

Presupuestos Procesales Previos a la Sentencia: La vía procesal; el emplazamiento y la caducidad de la instancia." [164]

Las prescripciones sobre las condiciones procesales, deben quedar sustentadas por las partes, el juez, en el proceso, sólo así se determinará la procedibilidad de la relación jurídica procesal.

Los presupuestos procesales deben ser calificados de oficio por el juzgador, permitiendo con ello, dar consecución a una litiscontestatio de las pretensiones de las partes.

2.1.4.1.3.3. De las Excepciones Procesales

a) Conceptualización

Excepción, en sentido abstracto, José Ovalle Favela, indica que "Es el poder que tiene el demandado para oponer, frente a la pretensión del actor, cuestiones que o bien impidan un pronunciamiento de fondo sobre dicha pretensión, o que, en caso de que llegue a tal pronunciamiento, produzcan la absolución del demandado; Eduardo J. Couture, es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él, y Jorge Claría Olmedo, es un poder amplio que ejercita quien es demandado presentando cuestiones jurídicas opuestas a las postuladas por el actor con el ejercicio de la acción.

Excepción, en sentido concreto, son las cuestiones concretas que el demandado plantea frente a la pretensión del actor, con el objeto de oponerse a la continuación del proceso, alegando que no se han satisfecho los presupuestos procesales (excepciones

[164] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), pp. 82 - 83

procesales) o con el fin de oponerse al reconocimiento, por parte del juez, de la fundamentación de la pretensión de la parte actora, aduciendo la existencia de hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica invocada por el demandante (excepciones sustanciales)." [165]

b) Supuestos de Excepciones Procesales:

"Excepción de Incompetencia del Juez, tiene por objeto denunciar la falta de competencia del órgano jurisdiccional. Para plantear la incompetencia del juzgador, se establecen dos vías, a elección del demandado: declinatoria, que se promueve como excepción ante el mismo juez que está conociendo del asunto y al cual se considera incompetente, y la inhibitoria, que se promueve dentro del plazo de 9 días siguiente al emplazamiento ante el juez que se considera competente para que dirija oficio inhibitorio al juez que ésta conociendo del asunto, con objeto de que remita testimonios de las actuaciones respectivas al inmediato superior para que éste resuelva.

Excepción de Falta de Legitimación Procesal, consiste en la denuncia de que éste carece de la calidad necesaria para comparecer en juicio (capacidad procesal) o de que no ha acreditado el carácter o representación con que reclame (representación procesal o personería)

Legitimación *ad causam.* Es la condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifiquen su pretensión.

Legitimación *ad processum.* Es la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro.

Excepción de Litispendencia, tiene por objeto hacer del conocimiento del juez que el litigio planteado por el actor en su demanda ya está siendo conocido en otro proceso anterior; se trata de un litigio pendiente de resolver en un proceso que ya se había iniciado con anterioridad al que ahora promueve el actor con su demanda.

[165] *Ibidem*, pp. 80 - 81

Excepción de Cosa Juzgada, tiene por objeto denunciar al juez que el litigio que el actor plantea en su demanda ya fue resuelto en un proceso anterior, mediante una sentencia definitiva que ya adquirió firmeza, por no poder ser impugnada ni discutida legalmente.

Excepción de Conexidad, petición formulada por la demandada para que el juicio promovido por el actor se acumule a otro juicio diverso de aquél pero conexo iniciado anteriormente, con objeto de que ambos juicios sean resueltos en una sola sentencia.

Excepción de Improcedencia de la Vía, el demandado objeta el tipo de juicio escogido por el actor para planear su demanda. Constituye una excepción dilatoria que el demandado puede oponer cuando el demandante pretenda que la cuestión que plantea al juez se tramite de acuerdo con un procedimiento que no es el legalmente establecido." [166]

Las excepciones procesales, son las salvaguardias para la parte que es demandada, su fin será advertir anticipadamente de la ausencia o irregularidad de elementos que impiden la objetividad del desarrollo de un proceso, y basta que el juez los califique, para que se corrijan o impidan definitivamente el curso de una causa.

Hasta aquí, las temáticas expuestas sobre la acción, los presupuestos procesales y las excepciones procesales, cobran singular importancia, ya que un juez actualmente estará facultado para que de oficio haga una revisión exhaustiva de todos estos elementos señalados; significando esta labor de organizar y sanear el proceso, esta posición resulta vinculante con la premisa vertida en el apartado 2.1.4.1.1., por tanto se corrobora su concordancia y congruencia con la premisa antes mencionada.

[166] *Ibidem*, pp. 85, 88 - 90, 93

2.1.5. Principios Procesales

Los principios procesales, representan la guía filosófica, deontológico y jurídica que las partes y el juzgador deben seguir en un proceso; además, significarán las máximas y formulas jurídicas, que deben ser aplicadas para llevar el curso óptimo del proceso en cuestión; la funcionalidad de un proceso no esta sujeto a la voluntad de las partes, ni al albedrío del juzgador, por lo que el respeto irrestricto a los mandamientos de la ley adjetiva primarán para el cumplimiento formal de todo proceso que se instaure, se organice y se ejecute. Estos principios son:

a) Principio Dispositivo. "Es el que se asigna a las partes, y no al juez, la iniciativa del proceso, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso.

El proceso debe comenzar por iniciativa de parte… el *theme decidendum* lo fijan las partes, y dentro de esos límites el juez debe decidir… las pruebas que las partes soliciten… el tribunal deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes…*secundum allegata e probata…* la sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado *ultra petita o extra petita*… los recursos sólo pueden ser deducidos por las partes que han sido agraviadas… las partes disponen no sólo de los actos procesales, sino del propio proceso, ya sea el actor desistiendo de su pretensión, el demandado allanándose a ella, realizando una transacción, pueden abandonar el proceso produciéndose su caducidad.

b) Principio Inquisitivo. Es el órgano jurisdiccional el que tiene esos poderes; él es quien debe actuar por sí, e investigar.

El juez debe ser el verdadero director del proceso… se amplia la facultad probatoria… decreta diligencias para mejor proveer… aumenta la facultad de apreciación y valoración racional y de sana crítica de la prueba.

c) Principio de Oralidad y Escritura. No hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral. Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen, en

general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales; inclusive la sentencia dictada por escrito, e igualmente los recursos de apelación o casación interpuestos.

d) Principio de Inmediación. Requiere que el sentenciador tenga el mayor contacto personal con los elementos subjetivos y objetivos que conforman el proceso.

El principio de inmediación inspirado en el contacto vivencial del juez y las partes. Concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que conferir al oficio el derecho –deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos.

Sólo cuando el proceso es vivido por el juez, puede este ponderar las reacciones y gestos de las partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los dichos.

e) Principio de Concentración. La oralidad, el proceso por audiencias, propende a reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y a evitar la dispersión, lo cual, por otra parte, contribuye a la aceleración del proceso.

La audiencia… parte fundamental del procedimiento en un sólo acto, se concentra la recepción de la prueba, el debate oral y la sentencia. De este modo es como el tribunal puede tener cabal y completa comprensión de las cuestiones debatidas y del objeto del proceso, y estar mejor habilitado para decidir.

f) Principio de Publicidad. Permite la apertura del proceso, para que la potestad jurisdiccional pueda ser controlada por quienes tienen interés en hacerlo.

Se puede realizar el ideal democrático de que las funciones del Estado estén sometidas al control popular, que es el natural destinatario de ellas.

g) Principio de Igualdad. El principio de igualdad domina el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley.

h) Principio de Bilateralidad y de Contradicción. El proceso se desarrolla, aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, en forma de buscar, de esa manera, la verdad. El juez, al sentenciar, conoce los argumentos de ambas partes.

i) Principio de Lealtad, Buena Fe y Probidad. Reclaman una conducta de las partes en el desarrollo del proceso, acorde con la moral. Y, en consecuencia, la posibilidad de sancionar la violación de los deberes morales.

Desde que dejó de concebirse el proceso como un duelo privado en el cual el juez era sólo el árbitro y las partes podían utilizar todas las artimañas, argucias y armas contra el adversario para confundirlo, y se proclamó la finalidad pública del propio proceso civil y a atribuir al juzgador mayores facultades.

Sancionar drástica la rebeldía; el demandado deberá pronunciarse categóricamente sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y la autenticidad de los documentos agregados; el proceso existe hasta el momento impidiendo argucias y silencios inadmisibles; el proceso instrumento para la defensa de los derechos, pero no para ser usado ilegítimamente para perjudicar, u ocultar la verdad y dificultad la recta aplicación del derecho.

j) Principio del Formalismo Procesal y de la Legalidad de las Forma. El proceso, como conjunto de actos, está sometido a ciertas formalidades. Según estas, los actos deben realizarse de acuerdo con ciertas condiciones de tiempo y lugar…modo y orden. Las audiencias serán celebradas en la sede del tribunal… también deben efectuarse en día y hora fijados.

Los actos están sometidos a reglas; unas generales y otras especiales… significan una garantía para la mejor administración de la justicia y la aplicación del derecho… obtención de ciertos valores como la seguridad y certeza.

Las formalidades de los juicios son impuestas por la ley, por lo que el principio del formalismo debemos complementarlo con el de la legalidad de las formas, que deja en libertad al juez para imponer la forma de los actos procesales.

k) Principio de Economía. El proceso insume un tiempo, como actividad dinámica, que se desarrolla durante cierto lapso.

El tiempo significa, naturalmente, una demora en obtener el pronunciamiento judicial… tiende a evitar pérdida de tiempo, de esfuerzos, de gastos… ante la lentitud de los procesos que ha preocupado a juristas… la aceleración de toda la vida humana… el nuevo sistema de proceso por audiencias impone una abreviación del proceso y obtener la satisfacción de las pretensiones en un plazo razonable… disminución del costo económico y en la búsqueda de una justicia rápida no debe olvidarse las garantías procesales.

l) Principios de Preclusión y Eventualidad. Preclusión. Significa la libertad de las partes para introducir en la instancia, en cualquier tiempo, argumentos de derecho o producción de probanzas, libertad que sólo cesa cuando la vista de la causa se cierra por suficientemente debatida.

Eventualidad. Se parte de la base de que el medio de ataque o defensa no deducido al mismo tiempo que otro u otros, ha sido renunciado por quien pudo hacerlo valer." [167]

Los principios de corte procesal, deben ser entendidos en dos vertientes:

En primer término, como obligaciones que los sujetos en el proceso deben observar y acatar; en segundo término, implica una serie de facultades y deberes, que los juzgadores aplicarán en su quehacer judicial.

En la ley adjetiva, se exige que ante el derecho subjetivo transgredido, proceda el derecho de acción y defensa, así como el juzgador lleve una impecable jurisdicción y asunción de su competencia.

[167] VÉSCOVI, Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 123, (*Teoría General del Proceso*), pp. 44 - 47, 51 - 60

Lo anterior, reviste gran importancia, ya que para cumplir dicho mandato, todos los sujetos relacionados con un proceso deben irrestrictamente hacer primar los principios procesales.

El juzgamiento y la justicia sólo se lograrán si está sustentado en principios, como hoy comentados. Sin ellos, difícilmente se puede aspirar a una evolución de la ciencia procesal.

2.2. Aspectos Específicos de la Audiencia Preliminar en el Proceso Civil Ordinario

2.2.1. Fundamentos Teórico-Procesal

2.2.1.1. Transición Procesal

El objetivo de este apartado, tiene el cometido de identificar y precisar su conceptualización, naturaleza jurídica y fines de una audiencia preliminar en un procedimiento ordinario civil; al tener contextualizado este tema, servirá como un gran referente procesal, para comprender la naturaleza y fines, igualmente pero de la audiencia preliminar en el procedimiento del arbitraje comercial internacional, tema vinculante en esta investigación.

Por otra parte, se recordará que el proceso civil español, se nos describe como una instancia procesal, en la que las partes eran protagonistas, el poder que detentaban en el control del proceso, y qué papel se dejaba a un juzgador; sí, este modelo continuaba en la Europa Continental, los expertos en la ciencia procesal, tenían que admitir que no era el espíritu y esencia para llegar a la justicia, por lo menos, no en esos términos, ya que reducía el papel del Estado, y sus juzgadores, y sólo vendrían a convalidar lo que las partes quisieren o desearán, con ello se justificaba una verdadera simulación del proceso.

Los procedimientos que se caracterizaron por ser extensos, que demoran, que son secretos, y que se hacen parciales, según el poder del demandante o del demandado.

Este escenario impero no sólo por años, sino por siglos, y los versados en la ciencia jurídica procesal, debían reorientar con sus teorías, a aquellas entidades como (Estado), para que construyeran un sistema procesal y uno de justicia real y material,

para ello se debía revitalizar y determinar: el papel y las obligaciones de las partes en conflicto, definir las atribuciones de jueces, estructurar un proceso ágil, secuencial en plazos y actuaciones, y arribar a una justicia ideal.

Por lo anterior, cabe preguntarse: ¿Como hacer realidad un proceso formal y garantísta? ¿Qué debe realizar el Estado para forjar jueces preparados, con presencia, con potestades amplias en la dirección de un proceso? ¿Cómo hacer un proceso expedito? ¿Cómo sanear un proceso?

Estos planteamientos nos pueden conducir a una figura jurídica sustancial, la audiencia preliminar; esta institución contribuyó aproximadamente en los años de 1895, hacer del proceso, un instrumento no sólo para acceder a la justicia, sino para reordenar, plazos, fases, actuaciones, solución alternativa del conflicto y saneamiento de ese proceso, con el fin de consolidar un sistema de administración e impartición de justicia.

¿Qué es esta audiencia preliminar? ¿Qué objetivos y fines persigue? ¿Qué naturaleza jurídica posee? ¿Qué temáticas procesales serían abordadas en esta audiencia? ¿Qué papel debe desempeñar el juez en esta audiencia preliminar? ¿Qué beneficios tangibles puede esperar un juez si se implementa una audiencia de este tipo?

Desde aquellos tiempos, se fijo que el juez, de oficio, sin más retraso, debía hacer un estudio – análisis del proceso, para hacerlo transitar conforme a las disposiciones de la ley; esto es, verificar si existe un cúmulo de piezas fundamentales para un proceso y para una relación jurídica procesal: como el derecho subjetivo, la acción, los presupuestos procesales y las excepciones correspondientes; si este juzgador advertía la omisión o irregularidad en esos elementos, inmediatamente debía corregirlos, y los que concernieran a las partes.

Si lo anterior, es así, el juez debe abandonar escenarios estériles o pasivos, e ir, en busca de un control y dirección del proceso, en la prueba y en el resultado de la contienda.

Estas ideas que se han expresado, continúan vinculándose a la premisa, ya citada en el apartado 2.1.4.1.1., en cuanto a que ¿La audiencia preliminar es un instrumento legal y legítimo que permita organizar y depurar un procedimiento judicial?

2.2.1.2. Franz Klein precursor de un proceso moderno y de la *Erste Tagsatzung*

Franz Klein prescribió teorías tendientes a reforzar el tema del proceso, para ello lleva a acabo un análisis sociológico - económico de esta institución, orienta, cómo se debe desarrollar un prototipo de proceso concentrado, expedito y dirigido por un juez activo.

Para ello menciona que "Las controversias entre los particulares son males sociales relacionados con la pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad.

El proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo." [168]

"El interés del legislador sobre aquellos males sociales, que son los procesos, tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones: el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado sólo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no sólo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso.

En el proceso, el juez no se limita a juzgar: antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. Él, a tal fin, cuenta con amplios poderes

[168] CIPRIANI, Franco, *El Centenario del Reglamento de Klein,* [En Línea], 1995, *<http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/cipriani.htm>* [fecha de consulta el 25 agosto 2004]

discrecionales, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales, una marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran de los hilos sino el director, el timonel, el representante profesional del bien común, aquél a quien el legislador asigna la delicadísima tarea de asegurar que el proceso, instituto de derecho público, sean también satisfechos, junto con los intereses de las partes, también los más altos valores sociales. Es por ello bastante posible que a veces, a la libertad del particular se le pongan limitaciones en beneficio del todo y del Estado, atendiendo a que jueces, abogados y partes deben colaborar en la formación de una decisión justa." [169]

Augusto M. Morello advierte los siguientes matices de la acción del juez con efecto al proceso civil austriaco:

"Un juez inmóvil y distante, o una interpretación que lo vacíe de significación, resultarían lesivas del adecuado servicio de justicia.

El equilibrio de los poderes del juez constituye la mejor garantía, a fin de impedir la desvirtualización del proceso justo." [170]

"Al emplazar al juez como director, hay una activismo responsable; materializar las facultades en verdaderos poderes-deberes de los jueces; suministrar seriedad y transparencia a la trama del debate, sus desarrollos en tiempo previsible real, impidiendo así que el descrédito del servicio llegue a tocar fondo y, sin exageraciones, forzar, por infecundo, a la desaparición del proceso judicial; jueces independientes; la Constitución Nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación buscan asegurar el bien común en aras de privilegiar los valores de justicia, de igualdad y de paz social." [171]

La visión, sensibilidad y decisión de Franz Klein, es invaluable, para crear un prototipo de proceso, arrancado de los vicios del Estado y de sus jueces deficientes, lo hace indudablemente innovador y vanguardista para ese tiempo; hoy día no debe

[169] CIPRIANI, Franco, *Op. cit*., p. 3
[170] *El Proceso Civil Moderno,* pp. 298 - 299
[171] MORELLO, Augusto M., *Op. cit*., pp. 297, 299 - 300

extrañar, que se hacen grandes esfuerzos para idear aditamentos al proceso; se amplia las facultades de jueces y se garantiza el acceso a la justicia; pero todo eso, no es suficiente, aún existen procesos que demoran, llenos de impugnaciones, de alto costo, y lo peor se persigue una justicia irreal, no material y parcial.

¿Qué no habrá procesalistas encumbrados que doten al proceso y a la justicia, de una filosofía procesal de nuestros tiempos? Y si esto no fuera así, mínimo y con sensatez, se retomará el legado de Franz Klein, que aplicado a la actualidad, no es nada inverosímil.

2.2.1.3. Directrices para la constitución de una Audiencia Preliminar

Se expondrán las principales teorías que apoyan la inclusión de una audiencia preliminar en un proceso judicial, con el fin de organizarlo y sanearlo.

2.2.1.3.1. Paula Batista

Define las condiciones inherentes al proceso, señalando "Brevedad, economía, eliminación de todos los medios maliciosos y superfluos, tales son las condiciones que deben acompañar al proceso en todo su curso. Así, todos los actos, dilaciones, demoras, gastos inútiles son aberraciones del régimen judicial en perjuicio de los intereses del individuo, de la familia y de la sociedad. Ni hay que omitir actos y formas que son una garantía de la verdad, ni hay que dar cabida a cuestiones fútiles con demoras y gastos que ocasionan daños. La moral y el derecho prescriben: al juez, obrar sin parcialidad y prevención; a los litigantes proceder con buena fe, no recurriendo a sofismas que deshonran a quienes los utilizan. De ahí que Paula Batista quiera ampliar la facultad del juez, cuyo origen está en el orden público, autorizándolo a proceder a cualquier acto o diligencia encaminado a esclarecer cualquier cosa ante su conciencia antes de emitir su juicio; encaminado a abreviar las demandas, no consintiendo dilaciones maliciosas, ni ningún medio ideado por las partes, para ganar tiempo una de ellas frente a la otra, y

reprimir todos los medios abusivos e injuriosos, incompatibles con la dignidad de la ley y de sus ministros." [172]

2.2.1.3.2. Oskar Von Bülow

"El tribunal no sólo debe decidir sobre la existencia (del derecho material controvertido), sino que, para poder hacerlo, también debe cerciorarse si concurren los requisitos de existencia del proceso mismo: además de (la cuestión concerniente a la relación jurídica litigiosa) (*res in iudicium deducta),* tiene que (verificar lo referente a la relación jurídica procesal) (*iudicium*).

Este dualismo ha sido siempre decisivo en la clasificación del procedimiento judicial. Él ha llevado a la división del proceso en dos (fases), de las cuales una se dedica al examen de las relación jurídica material y otra, a la verificación de los presupuestos procesales." [173]

2.2.1.3.3. Alfredo Buzaid

"El juez debe normalmente comenzar por el análisis de los presupuestos procesales, a fin de verificar si la relación (jurídica procesal) se constituyó y desarrollo normalmente. Superada esta fase, examinará si concurren los requisitos de admisibilidad de la acción. Hecho lo anterior, estudiará al final el mérito de la causa, declarando si es fundada o no la pretensión que le fue formulada." [174]

2.2.1.3.4. José Carlos Barbosa Moreira

"En el proceso civil brasileño de 1973, también prevé el despacho saneador para resolver sobre las cuestiones siguientes: condiciones de admisibilidad de la acción y de validez del proceso; práctica de la prueba pericial, y señalamiento de la audiencia de

---

[172] BUZAID, Alfredo, *Actualidad de un Viejo Procesalista: Paula Batista,* pp. 247 – 248, [En Línea], *<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/1/drt/drt12.pdf>* [fecha de consulta 5 enero de 2010]
[173] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), p. 114
[174] *Ibidem*, p. 116

instrucción y juzgamiento, así como determinación de las pruebas que se deben practicar en ella." [175]

2.2.1.3.5. Marcos Alfonso Borges

Como precedente, la Justicia de Pequeñas Causas en el Brasil, está basada en los siguientes principios: "Es facultad de la institución del juzgado si opta o no por el; la búsqueda permanente de conciliación (su objetivo es ante todo encontrar una solución conciliatoria, evitando que prosiga el hecho con la recolección de pruebas y el juicio); la simplicidad (se procura aplicar el principio de la oralidad); la celeridad (busca resolver la cuestión en una sola audiencia); la economía (el procedimiento en su primera fase es totalmente gratuito); la amplitud de los poderes del juez (el juzgador tiene amplia libertad para: determinar la prueba a presentar y valorarla), y, decidir sobre la forma de entendimiento más justa y ecuánime, respetando los fines sociales de la ley y las exigencias del bien común." [176]

2.2.1.3.6. Víctor Fairén Guillén

Refiere sobre el Juicio de Menor Cuantía, en el cual se debían tratar entre otras cosas: "Intentar la conciliación de las partes; resolver sobre la procedencia del juicio de menor cuantía; invitar a las partes para que aclaren y delimiten los términos del debate; subsanar, cuando fuere posible, los defectos de los escritos iniciales y los presupuestos procesales; en caso contrario resolver el sobreseimiento del proceso; que las partes solicitarán, cuando procedan el recibimiento a prueba del pleito." [177]

---

[175] *Ibidem*, p. 119

[176] *La Justicia de Pequeñas causas en el Brasil,* p. 663, [En línea] <*http://www.bibliojuridica.org/libros/2/836/35.pdf*> [fecha de consulta 01 de septiembre de 2010]

[177] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), p. 119

2.2.1.3.7. **Fritz Baur**

Que la "Concentración de alegaciones y prueba sobre el fondo del asunto en una audiencia principal única, pero precedida de una fase de limpieza del contenido del proceso y de preparación del mismo para la audiencia con fijación de lo discutido." [178]

2.2.1.3.8. Dante Barrios de Ángelis

Se pronuncia por la "Renuncia unilateral o bilateral de las respectivas pretensiones de las partes, dentro o fuera de la conciliación; el reajuste del objeto, sobre pretensiones o sobre hechos; la elucidación de cuestiones procesales previas; las rectificaciones de actos; y la prueba anticipada." [179]

2.2.1.3.9. María A. Etcheverry de Quintabani

Manifiesta que "Identificar la acción por su objeto, sujetos y causa y circunscribir a ellos el debate, descartando todo el material fáctico que resulte extraño a la esencia del conflicto, que pueda traer confusión y engorro o servir para vejámenes y dispendios inadmisibles." [180]

2.2.1.3.10. Roberto O. Berizonce

"La finalidad primordial de abreviar los desarrollos litigiosos mediante la concentración de actividades diversas pero susceptibles de ser agrupados en un momento inicial inserto a continuación de la traba de la relación procesal, se desbroza en otras tantas funciones entre las que se destacan, principalmente, las que apuntan hacia: la conclusión del proceso por conducto de la conciliación de las posiciones de las partes y la obtención de un acuerdo solutorio; el saneamiento anticipado, a través de la decisión y eventual superación de los impedimentos procesales que obstan a la decisión del mérito, o si fueren estos insubsanables, el sobreseimiento de las actuaciones; la simplificación y

---

[178] FAIREN GUILLEN, Víctor, *Sugerencias prácticas sobre el contenido de la audiencia preliminar*, t XXXVIII, p. 23

[179] LOUTAYF RANEA, Roberto G., *La Audiencia Preliminar,* pp. 14 – 15, [En Línea], *<http://www.astera.com.ar/files/prologs/doctrina0178.pdf.>* 2005. [fecha de consulta 18 octubre de 2007]

[180] *Ibidem*, p. 15

abreviación del objeto del proceso y de la prueba; la ordenación de los desarrollos inmediatos, para la más provechosa y efectiva recepción de las medidas probatorias." [181]

2.2.1.3.11. Augusto M. Morello

"La misión de la audiencia preliminar de obrar como un filtro que resuelve o que elimina cuestiones preliminares, establece la legitimación de los contendientes, sanea de vicios al procedimiento, fija el objeto de la litis y programa los hechos controvertidos y la prueba conducente." [182]

2.2.1.3.12. José Garberí Llobregat

"Control de los presupuestos procesales, la fijación exacta del objeto del proceso, y la proposición y admisión de la prueba, a fin que el resto de la tramitación del procedimiento pueda desenvolverse de la manera más rápida y eficaz para culminar en una sentencia que se pronuncie sobre el fondo de la controversia suscitada." [183]

2.2.1.3.13. Cipriano Gómez Lara

"Si no se logra el avenimiento, el juzgador debe continuar dicha audiencia para examinar, con amplias facultades de dirección procesal, y previa vista al actor de las excepciones opuestas, las cuestiones relativas a la legitimación procesal de las partes; la regularidad de la demanda y de la contestación; la conexidad; la litispendencia y la cosa juzgada, con la finalidad de subsanar errores o deficiencias, y en caso de no lograrlo, dictar la resolución que proceda de acuerdo con los elementos de convicción presentados e inclusive, declarar terminado el procedimiento." [184]

2.2.1.3.14. Héctor Fix Zamudio

"Al iniciarse el procedimiento, con un doble propósito… lograr la conciliación de las partes, pero cuando ésta no se obtiene, se examinan los presupuestos procesales

[181] BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual*, p. 418
[182] MORELLO, Augusto M., *Avances Procesales,* p. 249
[183] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Los Procesos Civiles*, t 3, p. 439
[184] GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil*, p. 270

con objeto de corregir los errores u omisiones que se descubran, y cuando esta situación no puede superarse, el juez debe sobreseer el juicio para evitar la continuación inútil del procedimiento, ya que no sería posible dictar la resolución de fondo, es decir, la sentencia." [185]

2.2.1.3.15. Humberto Briseño Sierra

Refiere sobre el despacho saneador "Colocado después de la fase postulatoria, el despacho saneador es el medio por el que el juez resuelve sobre cuestiones relativas a la legalidad de la relación procesal. Puede, así, ordenar o suprimir oportunamente los vicios convalidables, y extinguir procesos de constitución maculada por defectos irremediables. Por él dejan de realizarse actos y gastos inútiles y se impide que el proceso inhábil trasponga los umbrales de la audiencia. Se suprimen defectos subsanables para que no contaminen los actos posteriores que, de este modo, se liberan de repeticiones o ratificaciones gravosas. Ahórrase tiempo y se evitan desaprovechamientos, por más que no se eliminen todos los males del proceso, porque no es una panacea jurídica." [186]

2.2.1.3.16. José Ovalle Favela

"Intentar la conciliación de las pretensiones y excepciones de las partes, como una forma de solucionar la controversia sin tener que agotar todo el proceso, evitando gastos y costas, las dilaciones y las situaciones de incertidumbre que aquél trae consigo; examinar y resolver tanto las condiciones de la acción como las excepciones y presupuestos procesales, a fin de sanear el proceso de los defectos relativos a la válida constitución y desarrollo de la relación jurídico procesal; fijar, en definitiva, tanto el objeto del proceso, las pretensiones de la parte actora y las excepciones de la demandada como el objeto de la prueba los hechos controvertidos, y eventualmente, el derecho extranjero o consuetudinario; resolver sobre la admisión de las pruebas que se hubiesen

---

[185] *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, t I, **Voz: Audiencia Previa y de Conciliación**, p. 317

[186] *El Despacho Saneador, cuestiones previas y condiciones procesales,* p. 611 [En línea] *<http//www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/48/dtr/dtr2.pdf>* [fecha de consulta 25 de agosto de 2010]

ofrecido en los escritos iniciales, ordenando las medidas conducentes a su preparación." [187]

2.2.1.3.17. José Becerra Bautista, Carlos Arellano García y Fernando Flores García

Coinciden en que en el desarrollo del procedimiento y en un momento propicio el juez proveerá de una revisión de la legitimación de las partes, la conciliación y la depuración de excepciones y presupuestos procesales.

Las anteriores posturas de los procesalistas, encumbran de manera sustancial la audiencia preliminar en un proceso civil ordinario, sus beneficios tenderían a reportar, el mejor desarrollo de un proceso, apartado de la impureza procesal, y dejar llano un proceso para el nítido debate del objeto de la controversia, el desahogo de las pruebas, y previamente haber calificado los presupuestos procesales.

Ahora bien, para revertir aquello, de que el proceso es un mal social… estas voces advierten la necesidad de perfeccionamiento del proceso; desde luego es, inacabado el mismo. Toda esta perfección no será la panacea, lo cierto es que, siguen demorando los procesos, hay infinidad de posibilidades de impugnar, hay un alto costo, tanto de acceder a la justicia, como en sus erogaciones mismas; es menester pues, erradicar vicios, corrupciones y otras consecuencias extra procesales, que sólo dañan el espíritu que persigue el verdadero proceso judicial.

2.2.2. El Devenir de la Audiencia Preliminar

La trascendencia de la audiencia preliminar, no sólo impacto en las mentes procesalistas y en los abogados de aquella época, sino que también, en cada sistema jurídico estatal, que adoptaron y adaptaron en sus esquemas normativos internos procesales.

[187] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), pp. 119 - 120

2.2.2.1. Fases Históricas

No es menester sólo enunciar los principales precedentes históricos de la audiencia preliminar en el mundo, o señalar su expansión por el contexto internacional, más bien, será observar con suma puntualidad, cómo fue implementada en los diversos ámbitos estaduales del legado de Franz Klein, asimismo, e identificar el grado de evolución y consolidación de esta figura en comento; sin apartarse de los posibles efectos jurídicos al respecto.

2.2.2.1.1. En el Derecho Romano (*interlocutio*)

"No hay duda que, en el derecho romano, antes del juicio de la faena, que es el acto más importante del juez y a lo cuál tiende todo el proceso, podía ocurrir la necesidad de decidir cuestiones relativas al expediente de la demanda, a la producción de la prueba y a la realización de alguna diligencia. A éstas provisiones daban los romanos el nombre de *interlocutio.* Las interlocuciones eran pronunciadas a través del proceso, del inicio hasta el momento de pronunciar la sentencia, no habiendo una fase especial preordenada a estimar las cuestiones previas de la cuestión principal." [188]

Esteban Moreno Resano describe acepciones de la *interlocutio,* sistematiza algunos puntos y fija lo siguiente: "Son pronunciamientos judiciales previos a la sentencia, a diferencia de la cual no establecían la *res iudicata,* sino sólo el motivo de la causa, las evidencias e indicios pertenecientes a ella. Por parte de Aulo Gelio, quien expuso en los siguientes términos la facultad judicial de desempeñar el *officium* … por medio de interlocuciones, con el fin de establecer los puntos fundamentales … del contenido orientativo del proceso … antes de ser pronunciado el fallo definitivo; en realidad, Aulo Gelio no define *interlocutio*: comenta únicamente que la delimitación de la causa, que debía servir para la instrucción del proceso antes de que se pronunciara sentencia; la mayor parte de las referencias antiguas a interlocuciones responden aquellas intervenciones de un magistrado efectuadas en el curso de un proceso judicial. De Robertis, explicó que el término interlocuciones fue empleado en la inscripción

[188] BUZAID, Alfredo, *Do Despacho Saneador,* p. 51

capitolina con el objeto de hacer referencia a extractos de documentos judiciales de distinto orden, donde había desde documentos que examinaban el valor de las pruebas hasta pasajes de las vistas orales, y eran intervenciones en el proceso, orales, durante la vista de la causa." [189]

Para Alfredo Buzaid, señala el origen del despacho saneador "Los antecedentes históricos se relacionan con el *ordinando indicio* del derecho romano… Galeno Lacerda considera que la relación o semejanza con el despacho saneador debe encontrarse en el derecho romano, no en la división del juicio *in jure y in indicio,* sino en el poder del pretor de conceder o denegar la *actio.*" [190]

2.2.2.1.2. En Italia Medieval (*preparatoria iudicci*)

Se infiere de la *preparatoria iudicci* "La necesidad de resolver las cuestiones previas antes de la sentencia definitiva. Se destinaba a resolver cuestiones procesales que no tocaban el negocio principal y por eso se controvertía sobre ellas antes de la contestación de la faena, así como sobre las excepciones dilatorias." [191]

Leonardo Santana de Abreu, cita de Salvatore Satta "La tramitación de la causa frente al juez instructor es oral. Que en el procesamiento de la acción se pueden distinguir dos momentos: el preparatorio y el otro de trato. Y de Carnelutti la existencia de la audiencia de primera comparecencia y audiencias de sustanciación, que son las que siguen a la primera. Sin embargo, la primera audiencia trataba de discutirse el proceso." [192]

---

[189] MORENO RESANO, Esteban, *La acepción de interlocutio en el Derecho Romano,* 2003, pp. 249 – 286, [En Línea] *<http://www.grupohiberus.es/biblioteca/moreno1.pdf>* [fecha de consulta 5 de enero de 2010]

[190] *Origen del Despacho Saneador,* [En línea] *<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_37/panteao.htm>* pp. 1 – 2, [fecha de consulta 03 de septiembre de 2010]

[191] BUZAID, Alfredo, *Op. cit*., p. 2

[192] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Comentarios al Artículo 331 del CPC: Audiencia Preliminar,* [En Línea], *<http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00c0331.php>* [fecha de consulta 17 de marzo 2010] p. 10

2.2.2.1.3. En el Derecho Canónico (*prima udienza*)

"En el *Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli affari Civili* (Reglamento Legislativo y Judicial para los Asuntos Civiles) expedido por el Papa Gregorio XVI, el 10 de noviembre de 1834, señala:

> Artículo 551 Todas las controversias relativas a la índole y cualidad del juicio promovido, a las cualidades que vengan atribuidas a las partes en el acto de la citación, a la legitimación de las personas, serán propuestas y decididas en la Primera Audiencia." [193]

Se cita de Galeno Lacerda que "La reacción contra el formalismo del proceso escrito y la inercia del juez surgió el siglo pasado con el retorno a la oralidad, operado por los sistemas alemán y austríaco. Se quebranta finalmente la larga praxis medieval, que había robado al proceso la visión de su finalidad y de su carácter instrumental." [194]

2.2.2.1.4. En Austria (*die erste tagsatzung*)

De la Ordenanza Procesal Civil Austríaca, son los dispositivos siguientes:

> Artículo 239 El juez pone término a los procesos en que no hay controversia y resuelve las cuestiones procesales que no tocan el mérito.

> Artículo 261 Características de la Primera Audiencia: diligencia de la tentativa de conciliación; ofrecimiento de las excepciones de inadmisibilidad del proceso; de incompetencia del juez, de litispendencia y de cosa juzgada; recibimiento de la declaración del autor nombrado.

Leonardo Santana de Abreu, cita de Alfredo Buzaid que "En ella el juez pone término a los procesos en que no hay controversia y resuelve las cuestiones procesales que no tocan el fondo.

Igualmente Leonardo Santana de Abreu, cita de Darci Ribeiro, fue el Código de Franz Klein, que tuvo en mira no los principios dogmáticos-formales o posiciones ideológicas, sino la conveniencia y la practicidad del nuevo proceso." [195]

"El juez pone término a los procesos en que no hay controversia y resuelve las cuestiones procesales que no tocan el mérito. Son procesos sin controversia aquellos que

[193] BUZAID, Alfredo, *Op. cit*., Ver Nota 188, (*Do Despacho Saneador*), pp. 53 - 54
[194] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, p. 5
[195] *Ibidem*, p. 6

el juez concluye por sentencia, fundada en reconocimiento, renuncia o rebeldía. También deben ser suscitadas y en ella resueltas las siguientes cuestiones: la tentativa de conciliación; el ofrecimiento de las excepciones de inadmisibilidad del proceso, de incompetencia del juez, de litispendencia y de cosa juzgada; recibimiento de la declaración del autor nombrado. En la audiencia preliminar no se decide ninguna cuestión de mérito." [196]

2.2.2.1.5. En Portugal (*despacho saneador*)

"Surgió en el Derecho Portugués, como primer antecedente en el decreto número 3, de 29 de mayo de 1907, se estipula:

Artículo 9 Enseguida a la última respuesta de las partes o al último nombramiento e impugnación de los peritos, y dentro de los cinco días, el juez pronunciará despacho para los fines siguientes: Conocer de cualesquier nulidades supervenientes que las partes hayan debidamente argüido; pero en este caso sólo anulará el procesado o mandará suplir las irregularidades, cuando la nulidad pudiera influir en el examen o decisión de la causa.

En el decreto número 12.353, del 22 de septiembre de 1926, se determina:

Artículo 24 Que el juez pronunciaba despacho para conocer de cualesquier nulidades, de la legitimidad de las partes y su representación y de otras cuestiones que pudieran obstar a la apreciación del mérito de la causa.

En el decreto número 18.552, del 3 de julio de 1930, se fija:

Artículo 10 Que el despacho sirviera también para el juez conocer de todas las otras cuestiones, para cuya decisión el proceso le ofreciera los elementos necesarios: cualesquiera nulidades, legitimidad de las partes para la causa y resolver cualquier cuestión que obste en el mérito de la causa.

La más radical de todas las reformas, la introdujo el legislador en el Código de Proceso Civil vigente, del 28 de diciembre de 1961, que reza:

Artículo 514 Concluida la discusión, dentro de diez días será proferido despacho para los fines siguientes: 1) Conocer, por la orden designada en el artículo 293.9, de las excepciones que pueden conducir a la absolución de la instancia, así como de las nulidades, aunque no tengan por efecto anular todo proceso; 2) Decidir si procede alguna excepción perentoria; 3) Conocer del pedido, si la cuestión de mérito fuera únicamente de derecho y que pueda ser decidida en este momento con perfecta seguridad, o si, siendo la cuestión de derecho y de hecho, o sólo de hecho, que el proceso contenga todos los elementos necesarios para decisión contenciosa.

[196] BUZAID, Alfredo, *Op. cit*., Ver Nota 188, (*Do Despacho Saneador*), p. 54

El legislador portugués alcanza ahí el punto culminante, imprimiendo al instituto un matiz de originalidad, cuya importancia no fue aún debidamente enaltecida. Mantiene la separación entre cuestiones previas y cuestión de mérito, determinando que el juez decida las primeras en el despacho saneador, salvo si el estado del proceso lo imposibilita de modo absoluto; y decide la segunda, por anticipado, cuando la cuestión de mérito fuera sólo de derecho y que el juez pueda conocerla con perfecta seguridad." [197]

Para Leonardo Santana de Abreu, señala que: "Con líneas orientadoras de la nueva legislación procesal civil de 1993, se estableció que la marcha del proceso civil de declaración sería integrada por tres fases: la fase de los articulados; la fase de audiencia preliminar, y la fase de audiencia y juicio.

Así, los objetivos de la audiencia preliminar fueron ampliados, desdoblándose esta en seis etapas: tentativa de conciliación, siendo obligatoria, por regla general, la presencia personal de las partes e indicación expresa de las razones de la conciliación y o/su frustración; despacho de perfeccionamiento, a través de lo cual el juez invita las partes a corregir o completar sus alegatos, supliendo eventuales errores o lagunas; saneamiento del proceso, en que se aprecia y se discute cualesquier excepciones dilatorias, procurándose la regulación de la instancia y del procesado; decisión sobre el fondo de la causa, en todo o en parte, así como de alguna excepción, desde que la fase del proceso lo permita y que la decisión sea siempre antecedida de discusión sobre el *thema* por los mandatarios de las partes; examen de la cuestión de hecho, en los límites puestos por las partes, siendo permitido a estas proceder a la alteración o ampliación del pedido o de la causa de acción, y preparación del proceso para el juicio, ocasión en que se determinan los hechos probados y a probar, con la indicación de las pruebas a producir y fijación de los plazos para su ofrecimiento, así como, indicación, siempre que sea posible, de la audiencia final.

[197] *Ibidem*, pp. 56 - 58

El Derecho Portugués evolucionó la organización del proceso, recogiendo mayor celeridad y efectividad, evitándose idas y venidas, en forma precursora en relación al despacho saneador. Después, homenajeando los principios de la oralidad y concentración, así como de la cooperación entre las partes, instituida en la audiencia preliminar." [198]

2.2.2.1.6. En Brasil (*despacho saneador*)

"Fue regulado también en el Código de Proceso Civil de Brasil en 1939, con objeto de: expurgar el proceso de vicios y defectos y resolver las cuestiones previas, a fin de que el juez decida el fondo de la causa.

Las cuestiones principales que debía resolver el juez, de acuerdo con el artículo 294 del ordenamiento mencionado, eran tres: la legitimación de las partes y su representación; el interés procesal, y las nulidades e irregularidades.

El Código de Proceso Civil brasileño de 1973, también prevé el despacho saneador para resolver sobre las cuestiones siguientes: condiciones de admisibilidad la acción y de validez del proceso; práctica de la prueba pericial, y señalamiento de la audiencia de instrucción y juzgamiento, así como determinación de las pruebas que se deben practicar en ella." [199]

En el Código Procesal Civil de Brasil, en la Ley 5869 del 11-1-73 actualizada a 1987, una vez interpuesta la demanda y opuesta la contestación y las excepciones se llamará a una audiencia que en ciertos casos será publica y en otros cerrada… En dicha audiencia el juez ejercerá el poder de policía para velar por el buen desenvolvimiento de la misma. Además se prevé intervenciones del juez con referencia al desarrollo de la audiencia, por ejemplo llevar la dirección de la audiencia, su intervención directa en la prueba:

> Artículo 445 El juez ejerce el poder de policía, el cual comprende: mantener el orden y el decoro en la audiencia; ordenar que se retiren de la sala de audiencia aquellos con un comportamiento inconveniente, y solicitar, cuando sea necesario, la fuerza policial.

[198] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, pp. 13 - 14
[199] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), pp. 118 – 119

Artículo 446 Compete al juez en especial: dirigir los trabajos de la audiencia; proceder directa y personalmente en la producción de la prueba; exhortar a los abogados y al Ministerio Público a debatir la causa con altura y respeto.

Artículo 450 En el día y hora estipulados, el juez declarará abierta la audiencia, mandando a presentarse a las partes y a sus respectivos abogados.

Artículo 448 Antes de iniciar la instrucción, el juez intentará conciliar a las partes. Llegando a un acuerdo el juez ordenará labrar un acta." [200]

En tiempos recientes "La Audiencia Preliminar fue introducida en el ordenamiento procesal civil por la Ley No. 8.952, de 13 de diciembre de 1994. Actualmente se encuentra regulada en el Libro I, Título VIII, Capítulo V, Sección III, del Artículo 331 del Código de Proceso Civil. Con modificación introducida por la Ley No. 10.444, de 07 de mayo de 2002, con el siguiente contenido:

Artículo 331 Si hay alguno de los supuestos previstos en las secciones precedentes y la causa versara sobre derechos que admitan transacción, el juez designará audiencia preliminar, a realizarse en el plazo de 30 días, para la cual serán las partes citadas a comparecer, pudiendo hacerse representar por un abogado o representante, debidamente facultado con poderes para comparecer.
i. Obtenida la conciliación, será reducido el término y homologada por sentencia.
ii. Si, por cualquier motivo, no fuera obtenida la conciliación, el juez fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas que serán producidas, designado audiencia de instrucción y juicio, si es necesario.
iii. Si el derecho en litigio no admite transacción o si las circunstancias de la causa evidencian ser imposible su obtención, el juez podrá inmediatamente, sanear el proceso y ordenar la producción de prueba." [201]

2.2.2.1.7. En España (*comparecencia*)

"Desde el Derecho Canónico, tras una serie de ordenaciones contenidas en las Decretales y obras como *apparatus super decretalibus* del Papa Inocencio IV, el primer Pontífice de Avignon, Clemente V, dio una serie de normas de racionalización del proceso en su *saepe contingit* (13 de diciembre de 1506), y *dispendiosam,* de 1611… favorecían la concentración de los actos procesales y la disminución de los términos (plazos): se advierte una tendencia a concentrar las actuaciones en dos momentos procesales: uno de preparación a la entrada en el fondo del asunto, y el segundo, eventual, de esta misma hasta llegar a sentencia definitiva… sí la división del

[200] BERMEJO, Patricia, *La Audiencia Preliminar en el Proceso Civil,* pp. 292 - 294
[201] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, p. 22

procedimiento en dos tractos, de los que en el primero, oralmente, las partes comparecían ante el tribunal colegiado, estamos en las Ordenanzas de Bilbao, y éste las oía sobre sus acciones y excepciones, a fin de intentar la conciliación; y si ésta no se producía, se comenzaba con el segundo tracto, ya escrito, de alegaciones." [202]

"En las Partidas: Partida III, Títulos X y ss… se pronunciaban en la necesidad de acelerar y abaratar el desempeño y administración de la justicia.

Con las Ordenanzas de Bilbao de 1737, en su capítulo I - 6, se aprecia una fase preliminar de los procesos consulares, oral, que culmina en una tentativa de conciliación; si ésta no prospera, el juicio continúa ya por medio de escritos. Y nótese que en esa primera fase el tribunal consular había de oír verbalmente sus acciones y excepciones." [203]

"En el juicio plenario rápido llamado de Menor Cuantía, aparece como tal en 1838, para entrar en la LEC de 1855 y después en la de 1881… que mostraban caracteres como: eliminación del plazo para comparecer, resto de hacerlo para concertar la *litis contestatio*; concentración de las excepciones procesales sobre el fondo del asunto, sin efectos dilatorios; apertura del pleito a prueba incluso de oficio por el juez; concentración de las apelaciones sobre el fondo." [204]

"En la reforma llevada a cabo el 6 de agosto de 1984 a La Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881 se reguló, en forma similar a la audiencia preliminar austriaca, la *Comparecencia* en el juicio de menor cuantía, en la cual se debían tratar entre otras cuestiones: intentar la conciliación de las partes; resolver sobre la procedencia del juicio de menor cuantía; invitar a las partes para que aclaren y delimiten los términos del debate; subsanar, cuando fuere posible, los defectos de los escritos iniciales y los presupuestos procesales; en caso contrario, resolver el sobreseimiento del proceso, y que las partes solicitaran, cuando proceda, el recibimiento a prueba del pleito." [205]

---

[202] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La Audiencia Previa. Consideraciones Teórico-Prácticas,* pp. 30 - 31
[203] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor *Op. cit*., pp. 28 - 30
[204] *Ibidem*, pp. 31 - 32
[205] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), p. 119

Para Leonardo Santana de Abreu, señala que la Comparecencia tiene como objetivo:

"Posibilitar un acuerdo entre las partes, que sustituya la sentencia; corregir defectos posiblemente existentes en los escritos de las partes; delimitas cuestiones de hecho en que haya concordancia o divergencia entre las partes; y permitir la solicitud de las pruebas.

Como se ve, claramente la audiencia preliminar trata, con el claro objetivo de acelerar la prestación jurisdiccional, a medida que reduce el procedimiento insertado dos audiencias, la primera, llamada preliminar, que sirve para filtrar todas las impurezas del procedimiento, mientras la segunda sirve para la cosecha de la prueba." [206]

2.2.2.1.7.1. España (*audiencia previa al juicio*)

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, señala:

Artículo 414 Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia:

1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.
2. Esta audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que pongan fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba.
3. Las partes comparecerán asistidas de su abogado.

Artículo 416 Examen y Resolución de cuestiones procesales, con exclusión de las relativas a jurisdicción y competencia.

1. Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancia que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes:
a) Falta de capacidad de los litigantes o de representación;
b) Cosa Juzgada o Litispendencia;
c) Falta del debido Listisconsorcio;
d) Inadecuación del procedimiento;
e) Defecto legal en el modo de proponer la demanda o reconvención.

[206] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, p. 12

2.2.2.1.8. En Inglaterra (*summons for directions*)

"Se citaba al demandado a comparecer a la audiencia denominada *summons for directions*, en la que se resolvían varias cuestiones preliminares." [207]

"La reunión previa en el sistema inglés *summons for directions* apareció en las Reglas de la Suprema Corte de 1883, en cuya elaboración se siguieron las recomendaciones del Comité sobre procedimientos civiles.

El propósito esencial de la reunión previa, es que todas las promociones preliminares sean sometidas al tribunal al mismo tiempo, a fin de evitar las dilaciones que provoca la presentación sucesiva de tales promociones.

Sin embargo, en 1936 la comisión *peel* recomendó que el objeto de la reunión previa fuera obtener una visión general del caso para llegar a precisar los puntos esenciales de la controversia y de las pruebas, mediante las cuales las partes pretenden demostrar los hechos, en la forma más corta y menos costosa posible.

El Comité sobre Prácticas y Procedimientos de la Suprema Corte, rindió un informe en 1953… en el cual el Comité recomendó fortalecer la reunión previa, acabar con la atmósfera de secreto en la que las partes preparaban los puntos esenciales de la acción, bajo la cercana dirección de un master, así como revisar la admisión de algunos hechos y pruebas, a la forma de desahogarlas y la manera de probar ciertos hechos y pruebas." [208]

Cabe mencionar que Leonardo Santana de Abreu, cita de Galeno Lacerda que "En el sistema inglés la adecuación del proceso a sus fines, incluyéndose ahí la audiencia inicial, se hizo de modo empírico a diferencia de los sistemas de origen Romano-Germánico: mientras en los sistemas alemán y austríaco la reacción contra el formalismo estéril y anacrónico se operó mediante la vuelta científica de la oralidad, en Inglaterra la adecuación instrumental del proceso y sus fines se hizo empíricamente, no

[207] LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Op. cit*., Ver Nota 179, p. 10
[208] JOLOWICZ, J. A., *El procedimiento Civil en el Common Law. Aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX,* [En Línea] *<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1017/5.pdf> p. 124*, [fecha de consulta el 18 febrero de 2010]

por un retorno a la oralidad, allá siempre existe, sino por la creación consuetudinaria de medios más racionales y expeditos de solución de la controversia.

Cita además del Profesor Gaucho: En el proceso civil inglés se distinguen en dos fases principales: la primera se refiere al conjunto de actividades preparatorias y la segunda se destina a la decisión de fondo. El objetivo de la primera fase, denominada *pleadings,* es la formación de las cuestiones de hecho y de derecho. Es en esta fase que las cuestiones preliminares serán resueltas, más precisamente al final de esta… el Master, en esta ocasión, puede decidir sólo las cuestiones preliminares; pero no entrará en el fondo del asunto, si fuera posible. De hecho, la resolución de los casos en esta fase es una solución práctica, eficiente y económica, así que inclusive se evita la onerosa fase probatoria." [209]

2.2.2.1.9. En los Estados Unidos de América (*pre-trial conference*)

"El Tribunal Supremo de Boston en 1934 aplicó el *Pre-Trial Conference*." [210]

"Permite una suerte de procedimiento preparatorio del juicio que tiene lugar predominantemente entre las partes, sin perjuicio de la intervención del órgano jurisdiccional, a través del intercambio de escritos tendiente a determinar los materiales fácticos y a la delimitación de las cuestiones controvertidas." [211]

"Proceso con carácter dispositivo y predominantemente oral, se centra en dos fases o momentos principales: la fase preliminar o preparatoria, con finalidades conciliatoria, de fijación del debate y de preparación de la audiencia final, y audiencia final, en la que una sola sesión se deben practicar las pruebas en forma pública, las partes deben formular sus alegatos, y emitir la sentencia el juez." [212]

[209] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, pp. 8 - 9
[210] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), p. 119
[211] BERIZONCE, Roberto O., *Op. cit*., Ver Nota 181, p. 419
[212] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), p. 15

"Puede afirmarse que su origen se halla en la práctica de trabajo seguida por un juez de Wayne, County, de Michigan, al final de los años veintes de este siglo. Tenía un serio retraso en la resolución de los juicios y adoptó la costumbre de convocar a los abogados de las partes antes de la audiencia final, para que aclaren la demanda, la defensa y los medios de prueba.

Obtuvo como resultado la redacción de los puntos controvertidos, arreglos, limitación en las pruebas y sentencias más rápidas.

El beneficio de la audiencia preparatoria, deben ser examinados los antecedentes y los fines del litigio, que son, ante todo, lograr una sentencia que defina los derechos después de haber seguido el procedimiento en una audiencia de juicio justo.

Su principal función es lograr que las partes y el tribunal conozcan bien el caso, para evitar sorpresas, acortar y simplificar la audiencia final y obtener el mayor acuerdo posible entre los contendientes.

La audiencia preparatoria debe concluir con una sentencia interlocutoria dictada por el juez, en la que se resuma, la acción ejercitada, las enmiendas y aclaraciones de los escritos, los acuerdos adoptados por las partes sobre los puntos en debate y los límites de la controversia sobre los cuales no hayan llegado a un arreglo." [213]

"Las características del proceso judicial vigente: procesos con pluralidad de partes y objetos, escritos constitutivos con quizás poca información, crearon la necesidad de una mayor intervención del juez para enfocar los puntos controvertidos con anterioridad al proceso.

En muchas jurisdicciones, incluso en los tribunales federales, ello se logró con el uso de la *pre trial conference*, que consistía en una reunión de los abogados y a veces las partes, con el juez del proceso o con un magistrado con ciertos poderes jurisdiccionales.

El uso de la *pre trial conference*, tiene lugar antes de la prueba, para formular las cuestiones, canalizar la prueba, evitar el uso excesivo de nulidades y activar el caso en tiempo oportuno.

[213] JOLOWICZ, J. A., *Op. cit*., Ver Nota 208, pp. 209 - 127

Las finalidades, es ser instrumento de administración, controlar la solicitud y producción de prueba, preparar una guía para el proceso, informar a las partes los hechos y cuestiones en debate, y facilitar la decisión del caso sobre el mérito." [214]

Actualmente la Federal Rules of Civil Procedure, fija las directrices de la Conferencia Previa al Juicio, para ello:

> Artículo 16 Objetivos de la conferencia antes del juicio, en cualquier acción, el tribunal podrá ordenar a los abogados y las partes para que comparezcan representados por una o más conferencias previas al juicio para fines tales como: acelerar la disposición de la acción; establecer principios y el control permanente para que el caso no se prolongue debido a la falta de gestión; desalentar las actividades de despilfarro preventivo; mejorar la calidad del ensayo mediante una preparación más exhaustiva, y facilitar la solución.

Leonardo Santana de Abreu, cita de Galeno Lacerda que "En 1929, el juez 1ro. W. Jayne y sus jueces vocales del 3° Circuito Judicial de Michigan en Detroit, comenzaron a celebrar conferencias previas con las partes o sus abogados, más como amigos que como jueces. El objetivo era ayudarlos a encontrar modos de simplificar el proceso y así economizar tiempo y gastos.

La experiencia redundó en absoluto éxito. Reducción de aranceles, procesos simplificados, incontables casos resueltos en las *pre trial conferences.*

El objeto del *pre trial* es la simplificación de las cuestiones, de la prueba y, principalmente la conciliación. No puede el juez juzgar en esa audiencia previa cualquier materia controvertida, pero el despacho homologatorio de la conciliación tiene fuerza de sentencia.

También se cita de Alfredo Buzaid: el *pre trial,* es una audiencia, instituida por consideraciones eminentemente prácticas, sin carácter obligatorio. Sin embargo, es el momento en que se pueden determinar los puntos controvertidos, examinar las pruebas que serán producidas; se evita, con eso, la realización de una prueba inútil o pérdida de tiempo. La audiencia del *pre trial* también aumentó los poderes del juez en la dirección del proceso.

[214] BERMEJO, Patricia, *Op. cit*., Ver Nota 200, pp. 275 - 276

Los norteamericanos homenajearon el principio de la economía procesal, dotando de amplios poderes, inclusive discrecionales, en la conducción del proceso y, después, en el propio juicio de la causa." [215]

2.2.2.1.10. Alemania (*experiencia o modelo stuttgart*)

"De la Ordenanza Procesal Civil Alemana de 1877, en una primera audiencia… era limpiar el tejido procesal de obstáculos que, en la audiencia o juicio principal, pudieran falsear su curso y aún detenerlo.

En la Novela de 1 de julio de 1977, se acepta la audiencia recogida del Modelo Stuttgart." [216]

El Modelo Stuttgart, "Trata de un método para el logro de soluciones autocompuestas por las partes bajo el influjo del tribunal, y para el mejor rendimiento de la audiencia de vista de la causa, que se apoya en la cuidadosa y prolija preparación anticipada de la recepción de las pruebas." [217]

Se denomina "Enmienda de Simplificación, del 3 de diciembre de 1976. Este proceso se inicia con un intercambio de escritos, luego de lo cual se produce la reunión de las partes en una audiencia en donde cada litigante puede clarificar los hechos alegados en sus escritos. El tribunal hará una propuesta fundada de solución del litigio, ya sea de conciliación desistimiento o allanamiento. Luego de efectuada, las partes se retiran para deliberar con sus abogados." [218]

"El Código Procesal Civil Alemán de 1877 sufrió incontables alteraciones, siendo la última en 1976, la cual consagró una audiencia semejante a la prevista en el

[215] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, pp. 9 - 10
[216] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Op. cit*., Ver Nota 202, (*La Audiencia Previa. Consideraciones Teórico-Prácticas*), p. 25
[217] BERIZONCE, Roberto O., *Op. cit*., Ver Nota 181, p. 419
[218] BERMEJO, Patricia, *Op. cit*., Ver Nota 200, p. 260

Derecho Austríaco. La institución se llama *Früher erster termin.* Puede destinarse al juicio del fondo y al cierre del proceso en esta audiencia.

Describe Darci Ribeiro de Prütting: el Artículo 248 del ZPO, de la siguiente manera: para lograr simplificar y acelerar el procedimiento. La forma más adecuada para alcanzar la preparación de la audiencia principal es decidido por el Presidente… que él elija, con la evaluación discrecional y la crítica, entre dos tipos de procedimiento. Si el tribunal ha elegido la fase preparatoria en la primera audiencia inmediata debe de proceder en virtud del Artículo 275 ZPO… Si el tribunal en cambio, ha elegido el camino de preparación por escrito el procedimiento contemplado en el párrafo 276 ZPO, el Presidente requerirá a la demandada, sin fijar ningún tipo de audiencia y a través del servicio de citación, para mostrar su intención de defenderse en un plazo de dos semanas.

El litigio en Alemania debe ser resuelto en audiencia final, que a criterio del órgano juzgador puede ser preparada a través de una audiencia preliminar (Artículo 275 ZPO) o mediante un procedimiento escrito (Artículo 276 ZPO). Sin embargo, a pesar de la discrecionalidad del juez en poder escoger el procedimiento escrito u oral, no cabe duda de la evidente adopción de los principios de la concentración y oralidad en el sistema alemán.

La posibilidad del procedimiento escrito sirve sólo para las situaciones más complejas, evitándose la designación de varias preaudiencias. Se ve, pues, que el Derecho Alemán adoptó la institución de la audiencia preliminar con el objetivo preciso de preparar la audiencia principal, debido a la concentración a los actos procesales, la celeridad y la efectividad en la prestación jurisdiccional.” [219]

“Con la reforma del 2002, se da la redacción actual sobre la Audiencia Previa:

Artículo 139 i. El tribunal puede aclarar con las partes las cuestiones de hecho contradictorias, de acuerdo con los planteos de hecho y de derecho. ii. Cuando un punto de vista no haya sido reconocido por una parte o haya sido considerado como irrelevante por las partes, el tribunal puede fundamentar su decisión acerca de ello. iii. Establece el derecho del tribunal de llamar la atención en las cuestiones a los poderes de oficio. iv. El tribunal puede y debe realizar las aclaraciones atinentes para el conocimiento del

[219] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, pp. 7 - 8

expediente. v. Si una parte no puede realizar las aclaraciones pertinentes solicitadas por el tribunal, se puede fijar un plazo a solicitud de las partes en la aclaración del escrito.

Análisis del Artículo 139 ZPO

Deber de Discusión

El ZPO obliga al tribunal, en colaboración con las partes, a la aclaración de la litis. Este deber, que pesa en la cabeza del juez, es necesario en tanto y en cuanto las partes puedan discutirse las cuestiones de hecho y de derecho.

Deber de Instrucción y de Interrogación

Siempre que surjan dudas acerca de las cuestiones de hechos y derechos debatidas, el tribunal debe preguntar a las partes al respecto.

Deber de Esclarecimiento

Las contradicciones en cuestiones relevantes de la demanda deben ser esclarecidas antes de que pueda arribarse a la fundamentación de la sentencia.

El tribunal debe ejercer su deber de esclarecimiento para corregir errores en la manifestación de cuestiones de hechos y de derechos que las partes no hayan podido observar o que hayan sido consideradas por estas como irrelevantes.

El ejercicio de los deberes y facultades por el tribunal debe ser claro, transparente, no sorpresivo y oportuno.

Función Saneadora

El tribunal debe realizar las advertencias, indicaciones y requerimientos de las aclaraciones pertinentes de las partes, en todo lo que corresponda con los actos realizables de oficio, sea en cuestiones de derecho o de hecho." [220]

2.2.2.1.11. Puerto Rico (*conferencia preliminar del juicio*)

Reglas de Procedimiento Civil, se regula:

Regla 37.1 En cualquier pleito el tribunal podrá, en el ejercicio de su discreción, ordenar a los abogados de las partes que comparezcan a una conferencia para considerar: la simplificación de las cuestiones litigiosas; la necesidad o conveniencia de enmendar las alegaciones; la posibilidad de obtener admisiones de hechos y de documentos en evitación de prueba necesaria; la revelación de la identidad de los testigos que se espera utilizar en el juicio y la limitación del número de testigos peritos; la

[220] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, tr., *Código Procesal Civil Alemán,* pp. 51 - 55

conveniencia de someter preliminarmente cuestiones litigiosas a un comisionado para sus determinaciones de hecho; cualesquiera otra medidas que puedan facilitar la más pronta terminación del pleito.

2.2.2.1.12. Perú (*saneamiento del proceso*)

El Código Procesal Civil, Resolución Ministerial número 10-93-Jus, Promulgado 8 de enero de 1993; en el Título V, se establece lo relativo a:

Artículo 465 Tramitado el proceso conforme a esta sección y atendiendo a las modificaciones previstas para cada vía procedimental, el juez, de oficio y aún cuando el emplazado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando: 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; o, 2. La nulidad y consiguiente conclusión del proceso por invalidez insubsanable de la relación, precisando sus defectos; o, 3. La concesión de un plazo, si los defectos de la relación fuesen subsanables, según lo establecido para cada vía procedimental.

Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. En caso contrario, lo declarará nulo y consiguientemente concluido. La resolución que declara concluido el proceso o la que concede plazo para subsanar los defectos, es apelable con efecto suspensivo.

2.2.2.1.13. Argentina (*audiencia preliminar*)

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; texto actualizado de la Ley 24.573 (decreto 1042/81), se estipula:

Artículo 360 A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto:

i. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos.
ii. Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescrito en el artículo 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto. (Artículo 361 Si alguna de las partes se opusiese a la apertura a prueba en la audiencia preliminar en el Art. 360 del presente Código, el juez resolverá lo que sea procedente luego de escuchar a la contraparte)
iii. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.
iv. Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno o de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.
v. Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrara con la presencia del juez en las condiciones establecidas en este Código.

2.2.2.1.14. Uruguay (*audiencia preliminar*)

En la Ley No. 15.982, del Código General del Proceso, se estipula:

Artículo 340.1 Las partes deben comparecer a la audiencia en forma personal, salvo motivo fundado, a juicio del tribunal, que justificare la comparecencia por representante.

Artículo 341 Contenido de la Audiencia Preliminar.
i. Ratificación de la demanda y de la contestación, y en su caso, de la reconvención y de la contestación de la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del tribunal o de las partes.
ii. Ratificación fundada por el actor de su contestación a las excepciones previas opuestas por el demandado y por éste de su contestación a las opuestas por el actor respecto de la reconvención.
iii. Tentativa de conciliación, que deberá realizar el tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.
iv. Recepción de la prueba sobre las excepciones opuestas.
v. Dictado de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa.
vi. Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba, pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados por las partes, rechazando los que fueren inadmisibles, innecesarios o inconducentes, disponiéndose la ordenación y diligenciamiento.

2.2.2.1.15. Iberoamérica (*audiencia preliminar*)

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, define la audiencia preliminar:

Artículo 301 Se cumplirán las siguientes actividades:
i. Ratificación de la demanda y de la contestación y, en su caso, de la reconvención y de la contestación de la misma, pudiéndose alegar hechos nuevos siempre que no modifiquen la pretensión o la defensa, así como aclarar sus extremos si resultaren oscuros o imprecisos, a juicio del Tribunal o de las partes.

ii. Contestación por el actor de las excepciones opuestas por el demandado y por éste de las que hubiere opuesto el actor respecto de la reconvención.
iii. Tentativa de conciliación, que deberá realizar el Tribunal, respecto de todos o algunos de los puntos controvertidos.
iv. Recepción de la prueba sobre las excepciones, en situación extraordinaria.
v. Pronunciamiento de sentencia interlocutoria con el fin de sanear el proceso, para resolver los problemas planteados por las excepciones procesales propuestas o las nulidades denunciadas o las que el Tribunal hubiere advertido y decidir, a petición de parte o de oficio, todas las cuestiones que obstaren a la decisión de mérito, incluyendo la improponibilidad de la demanda y la legitimación en la causa.
vi. Fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba.

Leonardo Santana de Abreu, cita de Cándido Dinamarco "La audiencia preliminar regulada en este Código Tipo, tiene sus objetivos que pueden ser expresados en el trinomio conciliación-saneamiento-organización.

Centrado en el dogma de la oralidad, se verifica que el Código-Tipo combate el formalismo y el tecnicismo de los jueces y adopta un procedimiento más sencillo, sin exceso de solemnidad, buscando evitar un distanciamiento temporal entre las fases

instructora y decisiva. La audiencia preliminar, en principio, obligatoria, tiene igualmente por objetivo optimizar las actividades procesales." [221]

2.2.2.1.16. En México (*audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales*)

a) Antecedentes

Dentro de las reformas promulgadas el 23 de diciembre de 1985 y publicadas el 10 de enero de 1986 en el Diario Oficial de la Federación, en el decreto correspondiente establecía, que las Reformas y Adiciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que en sus artículos 272-A a 272-F, se introducía por primera vez la institución denominada Audiencia Previa y de Conciliación.

Cabe aclarar que en Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de mayo de 1996, cambia su denominación por Audiencia Previa, de Conciliación y de Excepciones Procesales.

b) Exposición de Motivos Legislativos

…Otra de las innovaciones esenciales de la iniciativa se refiere a la creación de una audiencia previa y de conciliación, con el objeto de lograr una solución rápida de la controversia y en caso de no obtenerse, depurar el procedimiento y evitar su prolongación innecesaria sin obtener una resolución de fondo.

…Se recogen en esta materia las aportaciones contemporáneas tanto legislativas como de la doctrina procesal y se propone una modernización de nuestro ordenamiento distrital.

…En primer término, se deben tomar en cuenta los numerosos ordenamientos procesales que desde hace tiempo han consagrado los instrumentos de saneamiento procesal, entre los cuales pueden mencionarse los sistemas de patria angloamericanos; la audiencia preliminar introducida en la Ordenanza Procesal Civil Austríaca de 1895; así como el despacho saneador de los derechos de Portugal y Brasil, este último perfeccionado por el Código Procesal, entró en vigor en enero de 1974.

…Todas estas instituciones tienen un común el establecimiento de una etapa procesal en la cual, con anterioridad a la audiencia de fondo, el juez y las partes colaboran para subsanar los defectos relativos a los presupuestos procesales con el objeto de evitar que continúe inútilmente el procedimiento cuando no es posible dictar una sentencia, es decir, la resolución sobre el fondo de la controversia.

…Las reformas del 6 de agosto de 1984 a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, introducen en los artículos 691 a 693, una audiencia que se acuerda una vez contestada la demanda o la reconvención, o transcurrido el plazo para hacerlo, con el propósito de lograr la conciliación de las partes y, de no obtenerla, corregir o subsanar los defectos de los correspondientes escritos expositivos o salvar la

[221] SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Op. cit*., Ver Nota 192, p. 15

falta de algún presupuesto o requisito del proceso aducido por las partes o apreciado de oficio por el legislador, para, en su continuar el procedimiento o sobreseerle juicio.

…La audiencia previa y de conciliación que se regula en los artículos 272 A - 272 F, propuestos en la iniciativa, tienen los mismos objetivos de las instituciones anteriormente mencionadas, y debe considerarse como una etapa indispensable en un proceso moderno…

c) Régimen Legal

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF), fija:

Título Sexto
Capítulo I
De la demanda, contestación y fijación de la cuestión

Artículo 272-A Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención el juez señalara de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días.

Si una de las partes no concurre sin causa justificada, el juez la sancionara con una multa hasta por los montos establecidos en la fracción II del artículo 62 de este código.

Si dejaren de concurrir ambas partes sin justificación, el juzgador las sancionara de igual manera. En ambos casos el juez procederá a examinar las cuestiones relativas a la depuración del juicio.

Si asistieran las dos partes, el juez examinara las cuestiones relativas a la legitimación procesal y luego se procederá a procurar la conciliación que estará a cargo del conciliador adscrito al juzgado.

El conciliador preparara y propondrá a las partes, alternativas de solución al litigio. Si los interesados llegan a un convenio, el juez lo aprobara de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada.

En caso de desacuerdo entre los litigantes, la audiencia proseguirá y el juez, que dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, examinara, en su caso, las excepciones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada, con el fin de depurar el procedimiento.

El recuento de precedentes que se han expuesto, sobre la audiencia preliminar, cuantitativamente y cualitativamente son una gran riqueza, y la ciencia jurídica procesal y la función legislativa, han aquilatado, de manera ejemplar en varias latitudes señaladas aquí; esto ha generado, toda una revolución en el perfeccionamiento y depuración del proceso judicial, sin fronteras, su impacto fue extenderse indiscutiblemente a la mayoría de países con sistemas jurídicos Romano-Germánico, Anglosajón (*Common Law*) y Sistemas Híbridos. No ha importado cuan marcadas sean las diferencias, características y cultura jurídica de los Estados que han incorporado una audiencia preliminar en sus sistemas procesales.

Los objetivos son muy claros en la audiencia preliminar, y más aún sus resultados, de manera muy sintetizada se indicará: se abandonará un proceso arcaico, ambiguo, parcial, costoso, extenuante y con imprevisiones; el Garantismo de los Estados, será permitir que más ciudadanos, utilicen los instrumentos oficiales, eficaces para dirimir sus conflictos; transformar la inercia, de que los procesos son para amenazar, coaccionar, simular, ejercer poder exacerbado, y discordia por los particulares; los Estados deben garantizar que los instrumentos técnicos procesales, sean expeditos y se obtenga la justicia pronta y en los términos que marque una ley; esta audiencia preliminar no contraviene la filosofía procesal, es decir, esta apegada a derecho, al respeto de las garantías procesales, a una Carta Fundamental, al orden público:

La audiencia en cuestión, esta revestida de los esenciales principios jurídicos: como la concentración, inmediación, igualdad, oralidad, legalidad, formalismo, lealtad, entre otros; esta audiencia verificará la presencia de: la relación jurídica procesal; existencia del derecho subjetivo sustancial; los presupuestos procesales; las excepciones; admisibilidad de la acción; delimitar los términos del objeto de la controversia; el saneamiento previsto por esta audiencia preliminar, que persigue el fin de quitar todo obstáculo jurídico, nulidades e imprevisiones, para el desarrollo de un proceso con certeza y seguridad jurídica; en esta audiencia, puede posibilitarse la aplicación de prueba anticipada o medida cautelar, según el caso; de no existir controversia alguna, en una controversia judicial, su sanción sería el sobreseimiento, y se contempla en esta audiencia, que las partes lleguen a los acuerdos necesarios para zanjar sus controversias, de lo contrario, siempre habrá la oportunidad de la transacción, conciliación, mediación y el arbitraje.

Finalmente, se advierte que este aditamento procesal, de la audiencia preliminar, permitirá la mayor transparencia en el desarrollo del litigio entre las partes, se reconoce las facultades de control y de dirección del juez en el proceso correspondiente; y por último, disminuirán los costes psicológicos, sociológicos, económicos, sociales y de la

administración de justicia; si se logra esta meta, los jueces serán menos espectadores y dictadores, y los particulares serán más racionales, probos y leales.

2.2.3. Naturaleza Jurídica de la Audiencia Preliminar

Bajo este subtema, se describirá doctrinal y teóricamente la naturaleza de la audiencia preliminar, que aunque es relativa para procesos civiles ordinarios, pero por su importancia en el campo jurídico, habrá de tener, trascendencia al campo del arbitraje comercial internacional, como se verá en siguiente capítulo.

Por ahora, es esencial conocer los contenidos e información de este instituto procesal; para ello, es menester determinar sus requisitos, condiciones y supuestos, además, establecer los alcances, efectos y fines de la misma.

2.2.3.1. Definición

Su significación será la "Primera audiencia, dentro del proceso a la que deben comparecer ambas partes y que será presidida por el tribunal, con un muy complejo contenido, pero con el fin primordial de evitar el litigio, o limitar su objeto y depurar el procedimiento." [222]

"Lograr el acercamiento de las partes, sanear el proceso y fijar los hechos controvertidos." [223]

Como se advierte, de estas definiciones, hay común denominador, delimitando tres vertientes sustanciales: el objeto, el saneamiento del procedimiento, y el acercamiento, entre las partes en conflicto; esto con el fin de buscar una solución al conflicto.

[222] COLERIO, Juan Pedro y ROJAS, Jorge A., , *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar,* p. 52
[223] BERMEJO, Patricia, *Op. cit*., Ver Nota 200, p. 261

2.2.3.2. Objetivos

"Posibilita concentradamente el intento de diversos fines, entre los que se destacan el avenimiento de las partes y la depuración del proceso, persiguiendo como finalidad lograr al máximo de economía procesal para la resolución del mismo." [224]

Otros advertencias "La conciliación aprovecha la tendencia hacia la autocomposición de los litigios; la función saneadora, será subsanar los defectos que hasta ese momento pudieron originarse salvando las irregularidades que puedan comprometer el resultado del proceso; establecer los hechos litigiosos, esclarecer los puntos controvertidos; y la producción de la prueba, en caso de no haber conciliación o transacción total, el proceso continuará y será necesario fijar los hechos sobre los que se producirá prueba." [225]

Los criterios vertidos sobre el objeto de la audiencia en cuestión, se estima que son adecuados, por cuanto intentan globalizar todas aquellas temáticas o problemáticas presentes en el curso del procedimiento; es correcto, no tener una lista predeterminada de asuntos procesales a tratar, ya que pueden sobrevenir diversas cuestiones igualmente de importancia y que con la anuencia del juzgador, pueden ser abordadas en pro de un proceso realizable.

2.2.3.3. Finalidad

Se enuncia que "Bajo pena de nulidad, fijará por sí los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba y desestimará los que considere inconducentes de acuerdo con las piezas procesales; recibirá las manifestaciones de las partes; declarará en dicha audiencia cuáles pruebas son admisibles de continuarse en juicio; declarará en la audiencia si la cuestión fuese de puro

[224] COLERIO, Juan Pedro, *Op. cit*., Ver Nota 222, p. 61
[225] BERMEJO, Patricia, *Op. cit*., Ver Nota 200, pp. 261 - 264

derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva, e invitará a las partes a una conciliación." [226]

"Delimitar las cuestiones en disputa; invitar a las partes a reajustar sus pretensiones o que desistan de las pruebas innecesarias; lograr la conciliación; subsanar los defectos; recepción de las pruebas sobre las excepciones de previo y especial pronunciamiento, recibiéndose exclusivamente la prueba del hecho que fue esencial demostrar; dictar la sentencia interlocutoria que resuelva las excepciones previas, salvo existir prueba pendiente en cuyo caso se podrá dilatar hasta la audiencia de vista de causa." [227]

Contundentemente, la citada audiencia esta dirigida, a fines primordiales, como el desestimar o eliminar un proceso carente de elementos; o bien, encauzar un proceso fortalecido, sin nulidades, sin excepciones, y sin un objeto incierto. Esto evitará a la postre un dispendio económico, y un desperdicio de la impartición y administración de justicia.

2.2.3.4. Principios Rectores

Confirmar que la audiencia preliminar esta revestida de principios procesales.

Roberto G. Loutayf Ranea, señala que contiene los siguientes: "La inmediación; la celeridad; la economía procesal; la concentración; la moralidad; modalidad dispositiva; la contradicción; adiciona el saneamiento, como el principio que busca depurar el proceso y reconoce facultades al juez para disponer, desde un comienzo, la subsanación de los defectos u omisiones que pudieran impedir el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo." [228]

No se exponen cada uno de estos principios, ya que en el punto 2.1.5. de este mismo capítulo, se explican a detalle los mismos, y evitar repeticiones.

---

[226] COLERIO, Juan Pedro y ROJAS, Jorge A., *Op. cit*., Ver Nota 222, p. 62
[227] BERMEJO, Patricia, *Op. cit*., Ver Nota 200, p. 269
[228] LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Op. cit*., Ver Nota 179, pp. 12 - 14

2.2.3.5. Condiciones

Para Víctor Fairén Guillén, sostiene que una audiencia previa, debe abarcar ciertas condiciones, que se traducirán en actos y deberes para las partes y el juzgador.

¿Hay un carácter facultativo u obligatorio para implementar la audiencia preliminar en proceso judicial? O mejor dicho, ¿Será un imperativo o queda a merced de un tribunal la instauración de la audiencia preliminar?

Argumentos: "El juez y las partes viesen que no había materia alguna para debatir y resolver en ella; esto es, que se tratase de una actuación procesal cara, por hacer comparecer a las partes, sus defensores, peritos y testigos y dilatoria sin ninguna ventaja. Mejor en tales casos, que se entrase en el fondo del asunto; esto es, que se pasase directamente al estadio probatorio si procedía y si no, al de conclusiones y sentencia." [229]

El Ministerio de Justicia, de España se pronunciaba por "La obligatoriedad de ese acto complejo –de la audiencia preliminar tiene las ventajas de disciplinar a jueces y partes a celebrarla…

Se omitirá la comparecencia regulada… si las partes no discreparan en cuanto a los hechos ni suscitaran cuestiones procesales o de otra índole que pudieren obstar al pronunciamiento de una sentencia sobre el fondo del asunto y el tribunal no encontrare defectos u óbices a tal efecto, que hubiere de plantear de oficio." [230]

"El tribunal por providencia motivada, acordará omitir la comparencia dejando sin efectos la convocatoria. No existiendo… que sanar o corregir… tampoco debería existir ningún inconveniente insoslayable para que la comparencia… que en muchos

[229] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Op. cit*., Ver Nota 202, (*La Audiencia Previa. Consideraciones Teórico-Prácticas*), p. 36
[230] *Ibidem*, p. 37

casos seria una actuación procesal vacía de contenido y de sentido, impertinente y nociva a la economía.” [231]

Advertencia: “Cuando las partes han formulado correctamente sus pretensiones y resistencias y el mismo juez, al estudiar la convocatoria a la audiencia previa que deberá hacer, lo aprecie como tal, estima que nada hay que limpiar para llegar a una sentencia de fondo no debe haber audiencia.” [232]

Imponer una audiencia preliminar, por prescripción de la ley, en un proceso donde no hay nada que sanear, sería absurdo; caso contrario, cuando el juzgador y las partes, con veracidad exijan la celebración de dicha audiencia, porque existe la necesidad de un tiempo oportuno para corregir, modificar y organizar el proceso en cuestión.

¿Debe haber un programa o ruta crítica?

Se dice que “Reunir los motivos o temas a tratar en la audiencia, es necesario elaborar un programa. La audiencia debe estar preparada; no solamente por las partes sino también por el juez, y de manera altamente diligente.

Esa preparación precisaría varios temas… no habría un contenido improvisado, lo que se abocaría a soluciones posiblemente catastróficas, en perjuicio del fondo del proceso, si éste no fuere tocado por tales imprevisiones.” [233]

Resulta evidente, que de implementarse una audiencia previa, se estará revisando un conjunto de temas o problemas detectados, los cuales deben ordenarse, para su tratamiento; de aquellos otros que requieran de la opinión o dictamen de un tercero; y de aquellos otros que sean supervenientes; en concreto debe haber una planificación, y nunca dejar nada a la imprevisión; hay que aunar la toma de acuerdos, y el tiempo para su cumplimiento.

---

[231] *Ibidem*, pp. 38 - 41
[232] *Ibidem*, p. 49
[233] *Ibidem,* p. 59

¿Deberá existir inmediación del juez?

"La audiencia preliminar deberá realizarse en presencia del juez. No pretexto de que éste ocupado a la vez con otro asunto o asuntos, que se limita a estar presente sin enterarse de nada.

…Los medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de otra clase semejante que se pueden utilizar como medios de comunicación, para este fin." [234]

Para el juez debe resultar una obligación, de presenciar personalmente esta audiencia, y nadie más de su personal debe ejercer dirección sobre la misma; la inmediación tendrá un significado esencial y sustancial, por que sobre lo alegado y probado, nadie más puede determinar de una causa legal, su sobreseimiento, o la continuidad de un proceso judicial.

Por otra parte, cuando las circunstancias del caso, se tenga que desahogar algún aspecto en la audiencia, y las partes o terceros, se encuentren en ámbitos espaciales distintos, éste juez puede acceder a que a través de medios de comunicación o electrónicos, permita el desahogo de una diligencia o prueba.

¿Se permite la conciliación?

El juez debe proponer o sugerir la conciliación, siempre que haya condiciones para ello; y las partes en cualquier momento del proceso pueden arribar a la misma. La conciliación puede darse de manera extra, preprocesal e intraprocesal.

Sobre la conciliación intraprocesal "No puede dejarse en cuanto a su contenido y efectividad a la libre voluntad de las partes, como si fuera extraprocesal.

El juez que dirige el procedimiento, puede darse cuenta cabal de la dimensión jurídica del problema, así como de sus aspectos psicológicos y éticos… para seguir intentando la conciliación o proponer a las partes por ellas lleguen a un arreglo." [235]

[234] *Ibidem*, p. 66
[235] *Ibidem*, pp. 77 - 78

Advertencias: “La intervención activa del juez, que podría traducirse en ciertas presiones sobre las partes, debe cuidarse el principio de imparcialidad. El juez puede elegir, en el seno de cada proceso y dentro de los límites procedimentales genéricos, el momento adecuado, psicológico, siempre que observe ánimo de no litigar más de las partes, y aún reiterar el intento de conciliar.” [236]

“Lo que no puede pretenderse es que una ley procesal esté regulando constantemente tales intentos, ya que… deben poder reiterarse, siempre que aparezca como cercana la posición de las partes.

Si las partes manifiestan haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.” [237]

Evidentemente, no puede ser la conciliación una imposición por el juzgador, sólo si lo amerita; su implementación queda sujeta al momento oportuno, no debe considerarse una distracción, ni obstáculo en cualquier momento; cabe precisar, que el juez, no será ese tercero que participe en el desarrollo de tal conciliación, resulta incongruente con su función jurisdiccional.

¿Cuál es el momento procesal oportuno?

Posterior a la demanda, contestación o reconvención, y antes de la instrucción de la causa.

No es aconsejable, que se llevara a cabo antes, esta audiencia, ya que hay diversos elementos de la pretensión o demanda, no objetivizada. Posterior se sugiere, pero antes del período probatorio.

[236] *Ibidem*, pp. 79 - 81
[237] *Ibidem*, pp. 86 - 93

¿Qué pruebas se desahogarán?

"Tendencia de concentrar en la audiencia previa aquello… en relación con la práctica de la prueba. Inicialmente con documentos, en seguida con la conciliación, posteriormente testimonial, confesional, inspección judicial y la prueba pericial." [238]

Si desde esta audiencia, las partes colaboran en la práctica de ciertas pruebas, esto permitirá acelerar el proceso, y concentrarlo. No dejando todo el tema de pruebas hasta el periodo que corresponda.

¿Cuándo habría suspensiones?

"Si ambas partes están de acuerdo, se puede obtener una suspensión de la audiencia. La dificultad puede surgir si es solamente una de las partes la que utilizando el lenguaje legal se muestra dispuesta a concluir un acuerdo; el lapso de tiempo que es preciso para convencer a la parte contraria de que debe negociar.

Sí procede esa suspensión, de manera provisional, se manifiesta al juez que tratan de llegar a un acuerdo. Suspender el curso del procedimiento por tal iniciativa, supone o puede suponer el abrir la puerta a la mala fe, a la chicana de una parte –o de las dos." [239]

Puede resultar pertinente, suspender la audiencia por ciertas y justificables circunstancias, la duración y la reanudación estarían sujetas a la dirección que marque el juez, no de las partes.

¿Examen de la concurrencia de los presupuestos procesales?

"Después de repeler, en su caso, el primer intento de conciliación o transacción o de arreglo, el juez debe pasar de oficio, a examinar los presupuestos procesales: jurisdicción y competencia, revisar el litisconsorcio, litispendencia y cosa juzgada." [240]

---

[238] *Ibidem*, p. 89
[239] *Ibidem*, p. 113
[240] *Ibidem*, p. 119

Esta claro que la revisión de presupuestos procesales, procederá después del primer intento fallido de la conciliación; y posteriormente, comenzar revisando que el objeto este definido y delimitado; y que la acción que se intenta, sea conforme a la ley; y después verificar posterior cada presupuesto, con la intención de dar consecución al proceso y arribar a que se dicte justicia.

¿Hay prohibición de transformar la demanda?

"Lo establecido en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente.

En la audiencia, los litigantes, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos, no podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto del contrario. Si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre su admisibilidad de la adición.

Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente del pleito." [241]

Para el juzgador parece razonable, la prohibición, tener determinado las pretensiones y excepciones de las partes, para evitar confusiones, que puedan repercutir al momento de dictar justicia. Cabe mencionar, que la ampliación o modificación de la demanda o contestación, hasta antes de la instrucción de la causa, debiera permitirse tal variación, sólo que sea justificable y no cambien la pretensión y la resistencia, ya expuestas.

[241] *Ibidem*, pp. 169, 171, 178

Otros procesalistas, exhaustivamente proponen adicionar estas condiciones:

a) Para Roberto G. Loutayf Ranea, agrega:

¿Quienes deben asistir?

"Esencial la presencia del juez en el curso de la audiencia; que no se desvirtúe su verdadero sentido cayendo en delegación de funciones o que se convierta a la audiencia en algo meramente formal (Colerio y Rojas). Las propias partes y sus abogados deben reclamar la asistencia del juez y no aceptar ningún tipo de delegación. (Díaz de Vivar)" [242]

"Asistencia de las mismas partes a la audiencia preliminar como una carga procesal… resulta preferible la presencia personal de las partes, que son las principales interesadas en el litigio, asistidas lógicamente por sus letrados.

En casos excepcionales pueden hacerlo a través de representantes. Asegurar la presencia de las partes en la audiencia, y en caso contrario… comunicarles el apercibimiento de aplicar una multa para el caso de incomparecencia injustificada." [243]

Es congruente pensar, quienes deben estar presentes y participar indiscutiblemente, siendo: el juzgador, las partes; abogados y asesores, o representantes; incluso según el caso, habrían de intervenir peritos y hasta testigos.

¿Es trascendental la comparecencia de las partes?

"La falta de comparecencia del actor a la audiencia principal tiene por consecuencia la paralización del proceso, sin que el demandado pueda solicitar sentencia en rebeldía ni prórroga de la audiencia para fallar sobre el fondo; la ausencia del demandado o del actor a la audiencia preliminar conduce, por el contrario, a la admisión de los hechos afirmados por el compareciente; la comparecencia de las partes hace necesario el intento de conciliación, y si el proceso

[242] LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Op. cit*., Ver Nota 179, p. 33
[243] *Ibidem*, pp. 34 - 35

no termina en esos intentos, procede el conocimiento de las excepciones procesales." [244]

El proceder y la conducta de las partes en conflicto, no debe ser un obstáculo para la realización ni de la audiencia y del proceso en si.

b) Para José Garberí Llobregat:

¿Como debe ser la convocatoria?

"La convocatoria de la audiencia previa al juicio deberá llevarla a cabo el juez. La convocatoria se llevará a efecto mediante una resolución que revestirá la forma de providencia…. habrá de señalarse la fecha en que ha de tener lugar la celebración de aquella audiencia, señalar el límite temporal para presentar dictámenes periciales y contener el deber que las partes y sus abogados tienen de comparecer a la audiencia.

¿Régimen de comparencia?

Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado… y si no pudiesen asistir por si mismas, podrá hacerlo en nombre de ellas su respectivo procurador… con poder especial para renunciar, allanarse o transigir.

Si las partes no concurriesen personalmente a la audiencia, ni su procurador compareciese con el indicado poder especial… se tendrá a aquéllas por incomparecidas." [245]

Queda claro que la convocatoria a la audiencia aludida, debe revestir oficialidad, publicidad, y formalidad; por otra parte, se fijará el programa ya consensuado entre juez y partes; y los requisitos normales de convocatoria, de fecha, hora y lugar o lugares a efectuarse dicha audiencia.

[244] *Ibidem*, p. 37
[245] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Op. cit*., Ver Nota 183, pp. 439 - 440

2.2.3.6. Contenidos

Diversos procesalistas se pronuncian por indicar que actos deberán verificarse durante el desarrollo de una audiencia preliminar:

a) Para Dante Barrios de Angelis

"La renuncia unilateral o bilateral de las respectivas pretensiones de las partes, dentro o fuera de la conciliación; el reajuste del objeto y los términos del debate; la elucidación de cuestiones procesales previas; las rectificaciones de actos y la prueba anticipada." [246]

b) Para Roberto G. Loutayf Ranea

Una Función Conciliadora

"Tiende a lograr el avenimiento total o parcial de las diferencias que separan las recíprocas posiciones de las partes.

Advertencias: En la función conciliadora intervengan profesionales, excluyendo al juez; se admita que un conciliador actué en la etapa pre-procesal; el mecanismo conciliatorio… está llamado a rendir grandes frutos en la solución; que la función conciliadora del tribunal no se limite a invitar meramente a las partes a llegar a un acuerdo, sino que contribuya a un mayor protagonismo y los magistrados deberán desplegar todos sus recursos persuasivos para lograr que las partes, pese al diferendo, alcancen un mutuo entendimiento." [247]

Función Saneadora

"La audiencia preliminar tiene por genuina función purgar el proceso de obstáculos procedimentales.

Advertencias: El tribunal debe procurar corregir o subsanar los vicios, defectos u omisiones a fin de que el proceso avance a etapas subsiguientes sin riesgos de nulidades posteriores; puede el juzgador pronunciarse sobre cuestiones como la

[246] LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Op. cit*., Ver Nota 179, pp. 14 - 15
[247] *Ibidem*, pp. 16 - 17

competencia del tribunal, capacidad de las partes, cuestiones de conexidad, litispendencia y cosa juzgada y el saneamiento, supone eliminar cuestiones que pueden distraer la atención de la materia referente al *meritum causae*." [248]

Alegación de Nuevos Hechos

"Se destaca la conveniencia de que los hechos nuevos se aleguen y se ofrezca la prueba respectiva en oportunidad." [249]

Reajuste de las Pretensiones

"No siempre los escritos de demanda y sus contestaciones son lo suficientemente claros o explícitos como para exhibir con plenitud y concreción la cuestión litigiosa, los hechos controvertidos y hasta la naturaleza de la misma pretensión." [250]

Reajuste de los Hechos

"Se procura determinar los hechos que son conducentes o útiles para la solución del litigio; y dentro de ellos, distinguir aquellos sobre los que existe acuerdo de partes, de aquellos sobre los que las mismas mantienen controversia… ello permitirá precisar las pruebas que deben producirse sobre los hechos conducentes que realmente han quedado controvertidos, y rechazar aquellas que resulten inadmisibles, e innecesarias." [251]

Ofrecimiento de Pruebas

"Con el principio de buena fe y lealtad procesal, es que todas las pruebas sean ofrecidas, en todos los juicios, en los escritos de demanda, contestación y reconvención.

[248] *Ibidem*, p. 17
[249] *Ibidem*, p. 18
[250] *Ibidem*, p. 19
[251] *Idem*.

La lucha que en el pleito se desarrolla, debe ser franca y leal. Los elementos de ataque como los de defensa, no deben ocultarse. Mantener reservadas y ocultas las pruebas de que uno intenta valerse para defender su derecho.

En la audiencia preliminar pueden las partes ofrecer las demás pruebas que no sean las exigidas en los escritos introductorios, es decir, aquellas que se refieren a hechos nuevos alegados en la misma audiencia o a rectificaciones allí formuladas si el ordenamiento legal lo autoriza." [252]

Pronunciamiento sobre los Medios de Prueba

"Fijados ya los hechos sobre los que existe controversia entre las partes, el juez deberá precisar las pruebas que resulten necesarias para acreditar tales hechos, y rechazar aquellas que resulten inútiles o inconducentes." [253]

c) Para Roberto O. Berizonce

"La ratificación de los escritos constitutivos con las aclaraciones pertinentes y la eventual incorporación de hechos nuevos; la contestación de las excepciones previas; la tentativa de conciliación; la recepción de la prueba de las excepciones, si no fueren de puro derecho; el saneamiento del proceso y la fijación definitiva del objeto del proceso y de la prueba." [254]

d) Para José Garberí Llobregat

"Intento de conciliación o transacción; control de presupuestos procesales (capacidad y representación; acumulación de acciones; litisconsorcio; litispendencia y cosa juzgada); inadecuación del procedimiento (irregularidad en la cuantía, en la materia y en la forma de proponer la demanda); fijación del objeto del proceso; determinación de los hechos controvertidos y proposición y admisión de la prueba." [255]

---

[252] *Ibidem*, p. 20
[253] *Ibidem*, p. 21
[254] BERIZONCE, Roberto O., *Op. cit*., Ver Nota 181, p. 425
[255] GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Op. cit*., Ver Nota 183, pp. 443, 446 - 448, 451, 457, 464

e) Para Fernando Gascón Inchausti

"La audiencia previa constituye una fase del proceso de vital relevancia en relación con el tratamiento de las cuestiones procesales, pues en el momento adecuado para que las partes debatan sobre ellas y el tribunal las resuelva.

Resulta forzoso que el tribunal se pronuncie en la audiencia previa respecto de todas las cuestiones procesales válidamente suscitadas, de modo que no pueda reservarse su resolución para el momento de dictar sentencia.

¿Cuáles Cuestiones procesales? La falta de capacidad de los litigantes o de representación; la competencia, el litisconsorcio, la litispendencia y la cosa juzgada; inadecuación del procedimiento y el defecto legal en el modo de proponer la demanda y la acumulación de acciones." [256]

Como puede apreciarse, el contenido o más propiamente la actividad y temática a desahogase, en una audiencia preliminar, no esta preestablecida o cualquier propuesta, no puede ser definitiva; la actividad y temáticas para ser abordadas en la referida audiencia, deben delimitarse y construirse conforme a los requerimientos del proceso y de las partes; sin pasar por alto de aquello, que el juez advierta como relevante a tratarse en esta audiencia. El juez simplemente se avocaría a cumplir con el fin de todo proceso, arribar a una sentencia a través de un proceso transparente y autentico, debiendo proveer la solución concreta al conflicto.

2.2.3.7. Secuencia del acto de celebración de la audiencia previa al juicio

Para enriquecer este tema, mencionare una propuesta integral de desenvolvimiento de una audiencia previa, para ello señalaré de Enrique Vallines García, lo siguiente:

"Se parte esencialmente, una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal… convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en un plazo.

[256] BANACLOCHE PALAO, Julio, et al., *El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y La Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil,* pp. 218, 220 - 221

Nace el deber para el tribunal de convocar a las partes a la audiencia. Ese deber de convocatoria ha de cumplirse mediante una decisión del órgano jurisdiccional que señale un día y una hora concretos en que habrán de comparecer las partes en la sede del tribunal.

Notificar a las partes de la celebración de la audiencia, comunicar a los procuradores de las partes.

Respecto del contenido de la providencia que convoca a la audiencia previa… el juzgador además de señalar el término correspondiente, incluya un programa de la audiencia previa que, a modo de orden del día, indique, al menos de manera esquemática, qué cuestiones se van a tratar y en qué orden se va a desarrollar el acto, conforme a lo que se desprende de los escritos iniciales de las partes.

La audiencia previa al juicio, es un acto oral, concentrado y público.

El tribunal debe estar constituido en su sede y en una sala a la que tenga acceso el público.

Inexcusable la presencia del secretario, que debe desempeñar sus tareas de fe pública judicial, garantizando la autenticidad de lo grabado en un soporte apto para la grabación y la reproducción del sonido y de la imagen y dejando constancia en una acta sucinta de los datos relativos al tiempo y al lugar, las peticiones y propuestas de las partes y las resoluciones que adopte el tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

La audiencia previa celebrada sin la presencia del juez y/o secretario es nula de pleno derecho.

Tras la llamada, las partes habrán de comparecer al acto de la audiencia previa asistidas de abogado, o como procurador, con poder especial, para renunciar, allanarse o transigir.

Consecuencias de la incomparecencia, del actor o demandado, de abogados o procuradores, se sobresee o se prosigue con la audiencia.

Sanciones de sobreseimiento y archivo, o preclusión y continuidad de la audiencia previa si hay comparecencia defectuosa de las partes, abogados o procuradores.

El tribunal declarará abierto el acto… comienza así el desarrollo oral y concentrado de la audiencia previa, cuya dirección encomienda la ley al juez.

El juez debe seguir un orden de actuaciones en el curso de la audiencia previa: intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso; examinar las cuestiones procesales que pueden obstar al proceso; fijar con precisión el objeto del proceso y los extremos, de hecho o de derecho; proponer y admitir la prueba, y señalamiento de un término para la celebración del juicio.

El juez al ejercitar su potestad de dirigir el debate, con el objetivo de marcar claramente los tiempos de la audiencia previa y el orden de la misma: el juez dirige el debate y concede la palabra; el juez tome nota de todas cuestiones planteadas; el juez puede interrumpir las intervenciones del abogado sobre algún tema posterior.

Puede decretarse la demora, las suspensiones e interrupciones en el acto de celebración de la audiencia previa al juicio.

Las resoluciones que pueden adoptarse durante la audiencia previa y su impugnación." [257]

Breve Guión: vistilla preliminar para verificar comparecencias de las partes y representantes; declaración de apertura del acto; intento de acuerdo; examen de cuestiones procesales; fijación del objeto de la controversia; proposición y admisión de la prueba, y señalamiento de juicio.

Por lo anterior, es un extraordinario esfuerzo de este procesalista, no sólo por proporcionar una ruta crítica para su desenvolvimiento de esta audiencia, sino además, un intento significativo, de disciplina judicial, de agotar tiempos procesales para conducir a la solución del conflicto previamente, saneamiento del proceso, y fijar las temáticas álgidas a exponer y solventar.

[257] *Ibidem*, pp. 362, 365 - 366, 368, 371, 374 - 375, 387 - 389, 398, 407 – 409, 426

2.3. Aspectos Específicos de las Diligencias Preliminares y de las Medidas Cautelares

Hasta este momento, se han escrito muchas líneas sobre la audiencia preliminar, pero cuando se revisa la literatura jurídica, salta a la palestra dos instituciones jurídicas como son las diligencias preliminares y las medidas cautelares, y uno se plantearía ¿Son sinónimos o análogos estos términos? ¿Qué vinculación pueden tener estas instituciones con la audiencia preliminar? ¿Qué función desempeñan tanto las diligencias preliminares, como las medidas cautelares? por lo anterior, se llevará a cabo una revisión breve y puntual, exponiendo el contexto de cada una de ellas, su naturaleza jurídica, exigencias y fines, las cuales habrán de ilustrarnos perfectamente.

2.3.1. Las Diligencias Preliminares

Comenzare señalando ¿Cuál es la esencia de las diligencias preliminares? Y ¿Cual es su naturaleza jurídica? Y ¿Cómo habría de distinguirse de la audiencia preliminar?

Punto de partida: las diligencias preliminares, se circunscriben en la obtención de información, la exhibición de documentos, y la inspección de cosas materiales, con el único propósito de sustentar una demanda a futuro; seré más específico:

2.3.1.1. Concepto

Hay pronunciamientos en este sentido “Son aquellas actuaciones que pueden tener lugar antes de comenzar un proceso con el fin de obtener, a través de la intervención judicial, determinada información de carácter procesal o sustantivo sin la cual aquél no podría iniciarse sin el riesgo de incurrir en errores que conducirán bien a la inutilidad misma del proceso, bien al fracaso de las pretensiones ejercidas.

La Audiencia Provincial de Cádiz, de 6 de junio en 2001, en el Recurso No. 24/2001, lo define como: El Conjunto de actuaciones judiciales dirigidas a aclarar cuestiones que pudieran surgir antes del nacimiento de un proceso principal, integrando a la postre un procedimiento preparatorio común que tiene por objeto

lograr información sobre el fundamento mismo de la acción proyectada con la finalidad de facilitar el desarrollo del juicio ulterior." [258]

"Es el conjunto de actuaciones desenvueltas con anterioridad a la demanda de fondo y relacionadas con el proceso principal en virtud de factores que mudan según la finalidad perseguida por aquel." [259]

"Consiste en la realización de toda una serie de actos introductorios, cuya finalidad consiste en recabar, a través del juez, la aportación de los elementos de hecho necesarios… y con ello, poder fundamentar con éxito la futura pretensión." [260]

En este orden de ideas, identificamos las siguientes ideas comunes: que una persona no dispone de cierta información; se tendrá que pedir la intervención de una autoridad judicial; la misión para un juez, será requerir a otra, de cierta información; la finalidad es apoyar y dar sustento a una causa legal, que se entablará inmediatamente.

En concreto, cierta información, que se carece, es requerida necesariamente para justificar hechos y fundamentos de derecho, y que en caso, de no obtenerse, no habrá autenticidad y veracidad en las pretensiones, esas demandas serán oscuras, insuficientes, y con alto grado de temeridad, y finalmente el Estado, tendrá que rechazarlas. Nadie podría pensar en correr esos riesgos.

2.3.1.2. Vías de Obtención de Información

a) Por las Propias Partes

"Para conseguir información y además fuentes probatorias, son las partes quienes deben iniciar una laborar de reconstrucción de los hechos y de obtención de los datos, que las mismas a través de sus propios medios, sin ayuda del tribunal.

---

[258] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las Diligencias Preliminares,* p. 17
[259] ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945 – 1972)* t I, p. 455
[260] ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *Las Diligencias Preliminares en el Proceso Civil,* p. 51

b) Por Intervención Judicial

Existen casos en que las partes no pueden obtener esos datos por sí mismas, y sin ellos no existe seguridad de que se pueda llegar a alcanzar la tutela solicitada. La alternativa, sería permitir la intervención del tribunal para que, con el uso de su potestad, se puedan obtener las informaciones o los elementos probatorios necesarios para conocer si el futuro proceso va a tener o no suficiente fundamento." [261]

Me parece que esta institución, tiene sentido cuando alguien no disponga de cierta información, datos o documentos, pero tiene firme demandar, pero no ira en búsqueda para enfrentar a su futura contraparte, sin información; tal vez sea razonable que otro (juez) sea quien la exija, siempre que quede justificado.

2.3.1.3. Finalidad

Para José Garberí Llobregat establece que "La finalidad que se persigue mediante la solicitud de adopción de estas diligencias es la de preparar el juicio, entendiendo por tal expresión, como ya ha sido avanzado, el conocimiento por parte del interesado (futuro demandante) de datos o la aprehensión de documentos sin los cuales no le resultaría posible fundamentar debidamente la pretensión objeto del proceso, delimitando de manera precisa a quién corresponde la legitimación, sobre qué cosas puede versar la acción ejercitada, o sobre la base de qué documentos se debe sostener aquélla.

Cita Juan Montero Aroca, que la finalidad puede ser doble: despejar dudas sobre la afirmación de titularidad, normalmente pasiva, pero en algún caso también activa, a hacer en un futuro proceso, pretendiendo evitar la realización de actividad jurisdiccional inútil, que acabaría en una sentencia meramente procesal; y preparar el futuro proceso aclarando algún elemento desconocido del tema de fondo." [262]

[261] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 258, (*Las Diligencias Preliminares*), pp. 24 - 25
[262] *Ibidem*, p. 29

Queda claro que las pretensiones que expongan los particulares, por lógica deben poseer una sustentación de hechos y de derecho, sino reporta esa fundamentación jurídica, el actuar de ese particular se puede traducir como un acto meramente banal, amenazante o coaccionador, y estar consiente, de que el sólo dicho, no afirma ni prueba nada.

La información relevante, será el punto clave para que esta institución jurídica, coadyuve a proveerla, con apego a la ley. Además, permitirá al particular que su proceso sea veraz y no llegue al fracaso, y mucho menos al desgaste de la instancia jurisdiccional.

2.3.1.4. Naturaleza Jurídica

a) Naturaleza judicial y jurisdiccional

"Será judicial, cuando se solicita a este ente una petición que sólo el puede ordenar; y jurisdiccional, cuando éste, valore sobre la exigencia de obtener de otro información o datos específicos.

b) Naturaleza Voluntaria o Contenciosa

Voluntaria, si la información que se pide en las diligencias preliminares la aportaran voluntariamente los que disponen de ella, no sería necesario instar ningún procedimiento.

Contenciosa, si se prevé esto, es porque tal solicitud suele ir acompañada de una resistencia –lógica, de quien posee los datos, para dárselos a conocer a terceros, por lo que debe ser el tribunal quien le conmine a aportarlos." [263]

Parece que estas diligencias preliminares, se enmarcan en un contexto judicial, jurisdiccional y contencioso.

[263] *Ibidem*, pp. 32 - 33

2.3.1.5. Características

"¿Constituye una mera fase, un procedimiento o un proceso? Se compone de una serie de actos y no de uno sólo, es evidente que se traduce en un procedimiento… este procedimiento se encuentra adscrito a un proceso y en rigor es una mera fase accesoria del mismo." [264]

"El solicitante de una diligencia preliminar debe ofrecer caución tanto para responder de los gastos ocasionados por la realización de la diligencia como de los daños y perjuicios que se puedan irrogar a quien deba soportarla." [265]

"Se estima que las diligencias preliminares son una actividad netamente judicial; del ámbito civil; sólo tendrán virtualidad en función de un proceso futuro; se instrumentaran por mandato de la ley; se ejercitan previo al proceso; poseen una autonomía, ya que se trata de un proceso accesorio, al principal." [266]

La petición de las diligencias preliminares, nunca podrá ser estimada frívola, tendenciosa, o amenazante, ya que hay condiciones y características muy concretas para su autorización y ejecución; un juez será responsable sino respeta los intereses legales y personales, de quien exigirá más tarde la información.

2.3.1.6. Condiciones

Para Pedro Gómez de la Serna que "Ante los abusos con las diligencias preliminares debe estribar un rígido criterio de legalidad y taxatividad.

… El mandato del legislador es claro, sólo se admiten las diligencias expresamente previstas, y su interpretación debe hacerse atendiendo a criterios de justicia en la causa de pedir.

---

[264] ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Op. cit*., Ver Nota 259, (*Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945 – 1972)* t I, p. 462
[265] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 258, (*Las Diligencias Preliminares*), p. 57
[266] ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *Op. cit*., Ver Nota 260, pp. 58 - 61

El actor debe encontrarse en una situación que justifique la solicitud de la diligencia… justificación primeramente, que el actor necesite algún tipo de ayuda, de auxilio; segundo, que el auxilio pedido sea proporcional.

Sólo se admiten si se está preparando un proceso… y no existe proceso sino no hay un conflicto que resolver.

Basta con que el actor afirme que tiene el derecho que se debatirá en el proceso, y que acredite que existe el conflicto, no que él tiene la razón, pero sí que tiene motivos suficientes como para acudir al proceso: y ese motivo es la existencia real de un conflicto y la afirmación del propio derecho." [267]

La utilización de las diligencias preliminares, no deben quedar a merced del particular, con fines oscuros o malévolos, y mucho menos para desequilibrar a la sociedad; debe probarse la existencia de un conflicto, y el interés de llevarlo a las instancias judiciales, para reclamar un derecho, y ser tutelado.

2.3.1.7. Principios Generales

a) Exigibilidad. "Es el medio seleccionado para alcanzar el fin no puede ser suplido por otro… que restrinja el derecho fundamental." [268]

b) Proporcionalidad. "Que la gravedad de la lesión y la trascendencia de sus razones justificativas han de estar en adecuada proporción. Medio y fin han de guardar una relación de proporcionalidad." [269]

c) Idoneidad. "La idoneidad viene, pues, determinada por dos factores: La medida que se pide y la información que se pretende.

[267] *Ibidem*, pp. 67 - 69
[268] *Ibidem*, p. 81
[269] *Ibidem*, p. 82

d) Necesidad. Una diligencia preliminar es necesaria cuando la información que se pretende conseguir con ella no se puede alcanzar por los propios medios de la persona.

e) Relevancia. "El interesado debe dirigir sus mayores esfuerzos argumentativos a convencer al tribunal tanto de la imprescindibilidad de la información solicitada." [270]

f) Economía Procesal. "Con la realización de este acto procesal… pone fin al conflicto subyacente, sea porque los actos procesales que se realizan tendrán alguna utilidad dentro de un procedimiento.

g) Probidad. No utilizar este proceso como un instrumento para cometer fraude." [271]

Estos principios, tienen la misión de dar autenticidad, legalidad y seguridad jurídica a quines se involucren en este tema.

2.3.1.8. Categorías

a) De Declaración. "Se pretende que un sujeto declare sobre un dato personal necesario para la correcta formulación de la pretensión del proceso posterior. Se satisface con la simple declaración del sujeto.

b) De Exhibición. Supone la aportación y examen de un objeto concreto sobre el que versa la actuación, con el fin de extraer así una información necesaria para el proceso posterior." [272]

Como se indicó al inicio de este apartado, se dirige estas diligencias a obtener datos o informes acerca de algo; y, corroborar la existencia de un documento o un bien.

---

[270] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 258, (*Las Diligencias Preliminares*), pp. 45, 50, 54
[271] ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *Op. cit*., Ver Nota 260, pp. 44 - 45
[272] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 258, (*Las Diligencias Preliminares*), p. 72

2.3.1.9. Sujetos

En este proceso "Además del juez competente para decidir sobre la petición presentada, intervienen necesariamente otros dos sujetos: el que presenta la solicitud que inicia el procedimiento, a quien podemos llamar solicitante, y aquel a quien se pide que realice la conducta en que la diligencia consista, que podemos denominar afectado o requerido." [273]

Simplemente se presenta una tríada de sujetos, para llevar a cabo esta diligencia en comento, un juez, un solicitante y el requerido.

2.3.1.10. Supuestos

a) "Diligencia preliminar de declaración sobre capacidad, representación o legitimación del futuro demandado:

Cuando se planteen dudas acerca de si el futuro demandado tiene o no la capacidad, representación o legitimación necesaria para poder ser correctamente demandado.

b) Diligencia preliminar de exhibición de documentos sobre capacidad, representación o legitimación del futuro demandado:

Para preparar el futuro juicio, pidiendo la aportación de documentos que acrediten la capacidad, representación o legitimación de la persona a la que presumiblemente se demandará.

c) Diligencia preliminar de exhibición de la cosa sobre la que deba versar el futuro proceso:

La información a la que se pretende acceder en este caso es la relativa a la situación y estado en que se encuentra un determinado bien. No se pretende averiguar si una persona posee una cosa o no.

[273] *Ibidem*, p. 124

d) Diligencia preliminar de exhibición del documento de última voluntad:

Pedir que se presente al tribunal el documento en que consta la última voluntad de una persona, con el fin de comprobar cuáles son las disposiciones que en él se contienen.

La información que se quiere obtener aquí es la relativa a si una persona es beneficiaria o no de dicho documento, o en qué grado lo es, pues sólo podrá reclamar con fundamento sus derechos sucesorios en un proceso posterior si previamente conoce los términos del documento hereditario.

e) Diligencia preliminar de exhibición de los documentos e instrumentos en que conste la situación patrimonial de una sociedad o comunidad:

La información que se pretende conseguir aquí es la relativa al estado de cuentas de una sociedad o comunidad.

f) Diligencia preliminar de exhibición de un contrato de seguro de responsabilidad civil:

Permite tener acceso a los contratos de seguro de responsabilidad civil, de forma que se pueda conocer, en primer lugar, si dicho contrato existe, y, en segundo lugar, quien es su tomador, quien el asegurado y, sobre todo, quién el asegurador, así como los términos y cláusulas del contrato.

g) Diligencia preliminar de declaración y exhibición de documentos sobre los integrantes de un grupo de afectados por un hecho dañoso:

Posibilidad de determinación de la existencia de un vínculo jurídico previo entre las personas afectadas por el hecho dañoso y el responsable del mismo.

h) Diligencia preliminar de exhibición de máquinas, dispositivos o instalaciones como método de comprobación de hechos:

Se admiten diligencias preliminares sobre averiguaciones en temas especiales, como patentes, marcas y competencia desleal.” [274]

2.3.1.11. Regulación Legislativa

Señalaré lo prescrito por el derecho positivo vigente, del Distrito Federal y del Estado de Michoacán, sobre el tema en cuestión:

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF)

Título Quinto Actos Prejudiciales
Capítulo I
Medios de Preparatorios del Juicio

Artículo 193 El juicio podrá prepararse

I. Pidiendo declaración bajo protesta el que pretenda demandar, de aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a la calidad de su posesión o tenencia;
II. Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción real que se trate de entablar;
III. Pidiendo el legatario o cualquier otro que tenga el derecho de elegir una o mas cosas entre varias, la exhibición de ellas;
IV. Pidiendo el que se crea heredero, o coheredero o legatario, la exhibición de un testamento;
V. Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador, en el caso de evicción, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida;
VI. Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder;
VII. Pidiendo el examen de testigos, cuando estos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse a un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones, y no pueda deducirse aun la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía;
VIII. Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior.
IX. Pidiendo el examen de testigos u otras declaraciones que se requieran en un proceso extranjero.

[274] *Ibidem*, pp. 73, 76 - 77, 81, 83, 86 – 87, 90

En el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán (CPCMICH)

Título Cuarto
Actos prejudiciales
Capítulo I
Medios preparatorios de juicio

Artículo 246. El juicio puede prepararse
I. Pidiendo declaración bajo protesta, el que pretende demandar, de aquel contra quien se propone dirigir la demanda acerca de algún hecho relativo a su personalidad o a si es poseedor o tenedor de una cosa determinada;
II. Pidiendo la exhibición de la cosa mueble que haya de ser objeto de la acción real que se trate de entablar;
III. Pidiendo el legatario, o cualquier otro que tenga derecho de elegir una o más cosas entre varias, la exhibición de ellas;
IV. Pidiendo la exhibición de un testamento, el que con algún fundamento se crea heredero o legatario;
V. Pidiendo el comprador al vendedor, o el vendedor al comprador, en el caso de evicción, la exhibición de títulos u otros documentos que se refieran a la cosa vendida;
VI. Pidiendo un socio o comunero la exhibición de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder;
VII. Pidiendo la inspección judicial en los casos en que hubiere temor de que desaparezcan las huellas materiales, objeto o situaciones del lugar, que hayan de servir de fundamento a la acción que se va a ejercitar, o de prueba en el juicio correspondiente, pudiendo practicarse esta diligencia con asistencia de peritos que nombrará el Juez;
VIII. Pidiendo el examen de testigos, cuando éstos sean de edad avanzada o se hallen en peligro inminente de perder la vida, o próximos a ausentarse de un lugar con el cual sean tardías o difíciles las comunicaciones, y no pueda deducirse aun la acción, por depender su ejercicio de un plazo o de una condición que no se haya cumplido todavía; y,
IX. Pidiendo el examen de testigos para probar alguna excepción, siempre que la prueba sea indispensable y los testigos se hallen en alguno de los casos señalados en la fracción anterior. En estos dos últimos casos, será parte en la información el Ministerio Público, con derecho a repreguntar a los testigos.

2.3.1.12. Diferenciación entre las Diligencias Preliminares y la Audiencia Preliminar

Puede concretarse que las diligencias preliminares "Son actuaciones que se realizan antes de iniciar un proceso con el fin de obtener determinada información relevante tanto para conocer si procede o no dicho proceso como para saber determinados aspectos procesales fundamentales para la correcta configuración de aquél." [275]

[275] *Ibidem*, p. 38

"No obstante debe reconocerse que las preliminares pueden servir como medio para la obtención de alguna fuente de prueba o para la preconstitución de alguna… la diligencia preliminar nunca consiste en la práctica de pruebas." [276]

La tutela judicial de cualquier pretensión, deberá estar sustentada en hechos y fundamentos de derecho, que existan, sean auténticos y verosímiles; de lo contrario ningún particular encumbraría un proceso con base en especulaciones o datos falsos, ya que tendría que soportar la carga de una sanción, además de los daños y perjuicios.

El Estado no debe permitir que particulares sin escrúpulo, intenten una acción judicial, sin tener la seguridad y certeza de apoyar sus pretensiones en informaciones o datos esenciales, en corroborar sobre la existencia de documentos o cosas, que apoyen los hechos y fundamentos de derecho.

Con respecto a la audiencia preliminar, se distinguirá por ser un acto que ordene el juez, si lo cree indispensable, o por las partes de acuerdo a sus intereses; se presenta, poco después de contestada la demanda, o de la reconvención o hasta antes de la instrucción de la causa, su objetivo es claro, que las partes comparezcan e intenten la transacción o conciliación, de no ser lograda, el juez de oficio saneará los presupuestos procesales, y dejará viable un camino llano para el periodo de prueba y hasta la sentencia.

Finalmente, no hay vínculo o relación entre ambas figuras jurídicas, cada una posee una naturaleza y un contenido distinto.

2.3.2. Las Medidas Cautelares

¿Cuál es la esencia de las medidas cautelares? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las medidas cautelares? Y ¿Cual sería su distinción entre las medidas cautelares y la audiencia preliminar? Se expondrá lo siguiente:

Punto de partida: las medidas cautelares, se circunscriben básicamente a fortalecer la litis y preservar elementos para el proceso.

[276] ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *Op. cit*., Ver Nota 260, p. 58

2.3.2.1. Concepto

Son "Instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso." [277]

"Proceso cautelar sirve no inmediatamente sino mediatamente a la composición de una litis, porque su fin mediato está en la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso." [278]

"Serie de medias asegurativas que deben tomar en cuenta el juez a fin de preservar la materia de los juicios." [279]

Se trata de una medida anticipatoria y mediata, solicitada por el particular, en aras de preservar testimonios y cosas objeto del conflicto; se pretende que la litis este integrada con los elementos materiales, que a la postre garantice una sentencia efectiva y viable.

2.3.2.2. Naturaleza Jurídica

"Estas medidas son meramente preservativa, provisional y temporal, y se funda en el temor de que una persona contra la que se pretende entablar o ya se haya entablado una demanda, se ausente o se oculte; y la posibilidad real de que se oculten o dilapiden algunos bienes sobre los que deba ejercitarse una acción real, o el temor de que deudor los oculte o enajene cuando la acción sea personal y sean los únicos bienes que obtuviere." [280]

---

[277] FIX ZAMUDIO Héctor, et al., *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, t III, **Voz: Medidas Cautelares**, p. 2484
[278] GREIF, Jaime, *Medidas Cautelares*, p. 57
[279] ORTIZ MARTÍNEZ, Carlos, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Medidas Cautelares**, p. 163
[280] *Idem*.

A nadie convendría de las partes en conflicto, sustraer u ocultar personas, documentos o bienes, que hagan difícil o insuficiente, sustentar sus pretensiones, y no posibilitar la aplicabilidad y ejecución de un fallo.

2.3.2.3. Presupuestos

"Son presupuestos de admisibilidad de las medias cautelares la demostración de un grado más o menos variable de verosimilitud del derecho invocado… y del peligro en mora… pues mientras se produce la prueba terminante de aquél, podrían desaparecer las cosas que interesan a la litis o producirse un daño irreversible a las personas comprometidas con la misma." [281]

a) Verosimilitud del Derecho Invocado *fumus bonis iuris*

"Las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logra al agotarse el trámite, si bien aquélla debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y prima facie lo demuestran.

b) Peligro en la Demora *periculum in mora*

La procedencia de las medidas cautelares se halla condicionada también a que el interesado acredite el peligro en la demora, esto es, la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda pueda frustrarse en los hechos, porque, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes, de acuerdo al juicio objetivo de una persona razonable, o por la propia actitud de la parte contraria." [282]

En concreto las medidas cautelares al ser solicitadas por el particular o el actor en el proceso, será el juez quien verifique que la petición, se ajuste a la ley, sea una

[281] GREIF, Jaime, *Op. cit*., Ver Nota 278, p. 315
[282] *Ibidem*, pp. 316 - 317

medida justificada, se compruebe que fin persigue, el tiempo de aplicación, y en caso de no fructificar, se eroguen los gastos de los daños causados.

2.3.2.4. Caracteres

a) Instrumentalizad. "Las medidas cautelares son instrumentales, por cuanto carecen de un fin en sí mismas, y se encuentran subordinadas y ordenadas funcionalmente a un proceso principal del cual dependen, en miras a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse en aquél.

b) Provisionalidad. Las medidas cautelares se caracterizan, por su provisionalidad, por lo que ellas habrán de subsistir hasta el momento en que la sentencia definitiva adquiera firmeza o ejecutoriedad.

c) Flexibilidad. Se caracterizan, por su flexibilidad o mutabilidad, por lo que su requirente podrá pedir su ampliación, mejora o sustitución probando que la misma no cumple acabadamente con su función de garantía, y el afectado, su sustitución por otra menos gravosa, el reemplazo de los bienes cautelados por otros del mismo valor, o ya la reducción del monto por el que aquélla fue trabada.

d) Autonomía. La pretensión cautelar es autónoma por su propia naturaleza y porque no se confunde con la pretensión objeto del proceso contencioso." [283]

Para Héctor Fix-Zamudio señala:

"Provisionalidad. Las medidas se decretan antes o durante un proceso principal; sólo duran hasta la conclusión de éste. | Instrumentalidad. No constituyen un fin en sí mismas, sino que nacen al servicio de un proceso principal. | Sumariedad. Deben tramitarse y dictarse en un plazo muy breve. | Flexibilidad. Pueden modificarse cuando varíen las circunstancias sobre las que se apoyan." [284]

[283] *Ibidem*, pp. 307, 309, 312, 314
[284] OVALLE FAVELA, José, *Op. cit*., Ver Nota 135, (*Derecho Procesal Civil*), p. 33

Este medio legal, permitirá a los interesados directos del proceso, para que en un cambio de circunstancias, sobre personas y objetos, se preserven; mediante un acto extra procesal o intraprocesal, provisional y mutable.

2.3.2.5. Clasificación

José Ovalle Favela divide las medidas cautelares:

a) Personales o Reales: recaigan sobre personas o bienes.

b) Conservativas o Innovativas: tiendan a mantener o modificar el estado de cosas anterior al proceso principal.

c) Nominadas o Innominadas: según la medida específica que el juzgador pueda decretar o aplicar las que fije la ley." [285]

La exposición de esta clasificación resulta sustantiva, común y previsible, tanto para su desarrollo y ejecución de la medida cautelar.

2.3.2.6. Condiciones

Para Jaime Greif "La medida puede plantearse normalmente antes o durante un proceso. La medida provisional debe durar el tiempo que dura el peligro." [286]

Para Eduardo Pallares "Se dictan con el carácter de provisionales y están sujetas a lo que resuelva la sentencia definitiva; puede promoverse antes de que se inicie el juicio en el que se haga valer el derecho subjetivo que tienda a proteger la medida cautelar o durante la tramitación del mismo; para que se dicte una medida precautoria, la persona que pretende obtenerla debe probar la necesidad de la medida y el derecho para que se le conceda y garantizar el pago de los daños y perjuicios para el caso de que se declare improcedente." [287]

---

[285] *Idem*.
[286] GREIF, Jaime, *Op. cit*., Ver Nota 278, pp. 500 - 501
[287] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 46, **Voz: Medidas Cautelares,** (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), p. 559

Para Héctor Fix Zamudio "El procedimiento para decretar esas providencias consiste en que: se pronuncian sin audiencia de la contraparte; se ejecutan sin notificación previa; depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre los que verse el pleito y medida asegurativa para mantener la situación de hecho existente." [288]

Cabe resaltar que para preservar el testimonio de personas, o documentos y bienes, deben exigirse sin el conocimiento previo de la parte demandada, sin que esto signifique un estado de indefensión contra quien se aplique; sólo habrá depósito para respaldar cualquier eventualidad o daño al requirente o a quien soporte tal medida cautelar.

2.3.2.7. Supuestos

a) Petición del Arraigo. "Implica la orden de que en el momento de notificarse la demanda se prevenga al demandado para que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado que responda a las resultas del juicio." [289]

b) Petición del Secuestro Provisional. "El solicitante debe manifestar el valor de la demanda o de la cosa que reclame a fin de que el juez pueda decretar la medida correspondiente y fijar la cantidad por la cual haya de practicarse la diligencia." [290]

Sobre el tema en cuestión, el objeto fundamental de las medidas cautelares, como ya se ha citado, será preservar para la consecución del proceso y la sentencia, a personas, documentos y bienes, lo anterior, es que a través del arraigo de personas o el embargo de objetos, pueda garantizarse hechos y derechos.

[288] FIX ZAMUDIO Héctor, *Op. cit*., Ver Nota 277, p. 2485
[289] ORTIZ MARTÍNEZ, Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 279, p. 163
[290] *Idem*.

2.3.2.8. Exposición de Medidas Cautelares en el Comercio Internacional

Podrán ser consideradas medidas cautelares, aplicables por los árbitros, en el ámbito del comercio internacional:

a) "Adoptar medidas provisionales anticipatorias, con el objeto de prevenir un daño inminente, el árbitro puede prohibir la realización de determinados actos (medida inhibitoria) o puede ordenar el cumplimiento provisional del contrato, la realización de pagos adelantados, el nombramiento de un administrador provisional.

b) Adoptar medidas de aseguramiento; y en concreto, embargos preventivos.

c) No hacer público ningún aspecto del litigio que los opone.

d) Prohibir a las partes cautelarmente que se plantee el litigio ante los tribunales estatales o incluso obligarles a que desistan de una medida cautelar obtenida ante un tribunal estatal.

e) Se prohíbe el cobro de garantías bancarias.

f) Nada impide que, cuando el árbitro ordena cautelarmente una medida de hacer o no hacer.

g) Los árbitros carecen de competencia para dirigirse directamente frente a terceros, (no pueden obligar a un tercero a que presente ciertos documentos o a que comparezca como testigo).

h) El tribunal arbitral también posee competencia para fijar las posibles indemnizaciones que se deriven de una medida cautelar ordenada injustamente." [291]

Se estima que los árbitros, por su naturaleza y Kompetenz, existe la discusión si estos terceros neutrales pueden ordenar medidas cautelares, que en sentido estricto, no tienen ese poder coactivo; pero en sentido amplio, hoy día, se les ha dotado de una potestad indiscutible para no sólo ordenar, sino hacer que se cumplan las medidas en cuestión.

[291] GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco J., *El Régimen de las Medidas Cautelares en el Comercio Internacional,* pp. 194 – 197

2.3.2.9. Regulación Legislativa

Mencionaré lo establecido por el derecho positivo vigente, del Distrito Federal y del Estado de Michoacán, sobre este tema:

En el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (CPCDF)

Capítulo VI
De las Providencias Precautorias

Artículo 235 Las providencias precautorias podrán dictarse:
I. Cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda;
II. Cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real;
III. Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquéllos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

En el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán (CPCMICH)

Capítulo II
Medidas de aseguramiento y providencias precautorias

Artículo 262 Las providencias precautorias consistirán en el arraigo de la persona y en el secuestro de bienes y podrán decretarse tanto como actos prejudiciales como después de iniciado el juicio respectivo.

2.3.2.10. Diferenciación entre las Medidas Cautelares y la Audiencia Preliminar

Puede establecerse de la siguiente manera: "Se solicitan antes de la presentación de la demanda… éstas buscan garantizar que la sentencia estimatoria que se pudiera dictar en el posterior proceso pueda llegar a ser efectiva, y para ello la ley permite que se adopten determinadas prevenciones dirigidas a evitar que la demora propia de todo proceso sea un obstáculo para el cumplimiento.

Las medidas cautelares exigen acreditar el *fumus boni iuris* (la sostenibilidad inicial de la pretensión), el *periculum in mora* (el riesgo de que no pueda ejecutarse la sentencia si fuera condenatoria) y, específicamente, la urgencia o necesidad en la adopción de la medida." [292]

[292] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 258, (*Las Diligencias Preliminares*), pp. 40 - 41

"Las medidas cautelares tienden a garantizar desde el momento de la presentación de la demanda, e incluso, en ciertas ocasiones, con anterioridad a esta, la efectividad del derecho afirmado en ella." [293]

Será el derecho del sujeto en el proceso, hacer la petición al Estado, para que un juez decrete una orden en función de preservar declaraciones o testimonios del demandado, y hacer conservar cosas materiales que son objeto de la controversia; el no asegurar estos aspectos, puede dificultar el dictado de una sentencia, o ser ejecutable esa sentencia; por ello el derecho adjetivo brinda a las partes un mecanismo, flexible, anticipatorio y provisional para proteger la presencia de personas y cosas en el momento oportuno.

Sobre la audiencia preliminar, su connotación es diversa, y su misión es específica, se propondrá a las partes litigantes, cualquier medio que conlleve a la negociación o transacción; de no lograrse, el juez de oficio, cualifica la existencia de presupuestos procesales, organizará el tema probatorio, despejara toda nulidad y obstáculo, y se pretende impedir el dictado de una sentencia.

Como puede deducirse, no hay prácticamente relación directa con el tema de la audiencia preliminar.

Del presente capítulo se puede inferir:

Que el proceso y el procedimiento son dos figuras jurídicas distintas, mientras la primera implica un medio que podrá disponer la sociedad, para resolver sus controversias con impacto en lo jurídico, llevándose ante instancias jurisdiccionales y obteniendo un resultado; para la segunda, se compone de un orden concatenado de actos, diligencias y resoluciones, para cualificar las pretensiones y excepciones hechas por los sujetos involucrados en un conflicto.

Que la audiencia preliminar para el proceso civil ordinario, se concibe de tal manera que contribuye, corrige y reafirma entre otros aspectos: aumentar las

[293] ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *Op. cit*., Ver Nota 260, p. 57

potestades de dirección y control del proceso por el juez; se intensificará los esfuerzos del juez para anticipar una solución a un conflicto; el saneamiento de presupuestos procesales en un periodo temprano; precisar el objeto de la controversia; organizar las pruebas; despejar nulidades y obstáculos; implementar oralidad e inmediatez y concentración de audiencias.

Las diligencias preliminares y las medidas cautelares, son instrumentos diversos, útiles para las partes en juicio, con fines, para la primera obtener información y apoyar una causa judicial que se emprenderá posteriormente; para la segunda, será preservar los testimonios u objetos, que durante el proceso serán determinantes para cuando se dicte la sentencia.

El legado de Franz Klein, estableció las bases tangibles, ideales y progresistas para un proceso. La sociedad y el Estado fueron destinatarios de esas teorías, innovadoras, congruentes y veraces.

Que con el tiempo, se gesto un movimiento reformador del proceso civil a nivel mundial. La sociedad cansada e impotente para revertir muchos males que aquejaban no sólo al proceso, sino a la justicia, y el Estado en un total descrédito, y hasta coparticipe del caos judicial.

No importa de que época se trate, y en que latitud se encuentre, lo cierto es que el alto costo, la parcialidad, las intermitentes impugnaciones, en un proceso, han llegado al extremo de que la sociedad, llegue a cuestionar: ¿Hay justicia? ¿Qué hacen tribunales para revertir males que aquejan al proceso? el ¿Proceso es garante de derechos fundamentales? Las posibles respuestas dejarán al Estado muy diezmado.

CAPÍTULO TERCERO
LA AUDIENCIA PRELIMINAR *intra procesal* EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Sumario 3.1. Aspectos Específicos del Arbitraje Comercial Internacional. 3.1.1. Datos Preliminares. 3.1.1.1. Etimología. 3.1.1.2. Conceptualización de Arbitraje. 3.1.1.3. Conceptualización de Arbitraje Comercial Internacional. 3.1.1.4. Clasificación. 3.1.1.5. Características. 3.1.1.6. Naturaleza Jurídica. 3.1.1.6.1. Tesis Contractualista. 3.1.1.6.2. Tesis Jurisdiccional. 3.1.1.6.3. Teoría Ecléctica. 3.1.1.6.4. Teoría Autónoma. 3.1.2. El Convenio de Arbitraje. 3.1.2.1. Conceptualización. 3.1.2.2. Clasificación. 3.1.2.3. Elementos. 3.1.2.3.1. Elementos Esenciales. 3.1.2.3.2. Elementos de Validez. 3.1.2.4. Independencia. 3.1.2.5. Eficacia, Validez, Ineficacia y Efectos. 3.1.2.5.1. Eficacia. 3.1.2.5.2. Validez. 3.1.2.5.3. Ineficacia. 3.1.2.5.4. Efectos. 3.1.2.5.4.1. Efectos Sustantivos. 3.1.2.5.4.2. Efectos Procesales. 3.1.3. La Cláusula Compromisoria. 3.1.3.1. Conceptualización. 3.1.3.2. Contenido. 3.1.3.3. La Cláusula Tipo. 3.1.3.3.1. Descripción de Contenidos. 3.1.3.3.1.1. Cláusulas Modelo para Arbitrajes Institucionales Internacionales. 3.1.3.3.1.2. Cláusulas Modelo para Arbitrajes Institucionales Nacionales. 3.1.3.3.1.3. Cláusula para Arbitrajes *ad hoc* Internacionales. 3.1.3.3.1.4. Cláusula para Arbitrajes *ad hoc*: Propuesta Personal. 3.1.4. El Tribunal de Arbitraje. 3.1.4.1. Conceptualización. 3.1.4.1.1. El Árbitro. 3.1.4.1.2. Tribunal Arbitral. 3.1.4.1.3. Panel de Solución de Controversias. 3.1.4.2. Clasificación de Árbitros. 3.1.4.2.1. Arbitrador. 3.1.4.2.2. Árbitro. 3.1.4.3. Cualidades y Condiciones del Árbitro. 3.1.4.4. Funciones del Árbitro. 3.1.4.5. Constitución del Tribunal de Arbitraje. 3.1.4.6. La Competencia Arbitral (*kompetenz-kompetenz*). 3.1.5. El Proceso de Arbitraje. 3.1.5.1. Conceptualización. 3.1.5.1.1. Proceso de Arbitraje. 3.1.5.1.2. Procedimiento de Arbitraje. 3.1.5.2. Fases del Proceso. **3.2. Aspectos Específicos de la Audiencia Preliminar en el Arbitraje Comercial Internacional.** 3.2.1. Datos Previos. 3.2.1.1. Cronología de las Sesiones de la UNCITRAL. 3.2.1.2. Bases para la creación de una Audiencia Preliminar. 3.2.1.2.1. Directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias en el procedimiento arbitral de 1993. 3.2.1.2.2. Proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral de 1994. 3.2.1.3. Las Notas de la CNUDMI sobre Organizar el Proceso Arbitral. 3.2.1.3.1. Índice Temático. 3.2.1.3.2. Breve Contenido de cada Nota. 3.2.2. Pronunciamientos en favor de la implementación de una Audiencia Preliminar. 3.2.2.1. Teorías en el ámbito Internacional. 3.2.2.2. Teorías en el ámbito Nacional. **3.3. Contextos de Imprevisión en el Procedimiento de Arbitraje Comercial Internacional.** 3.3.1. Primeros Escenarios de Imprevisión. 3.3.2. Magnitud de la imprevisión en el arbitraje: Supuestos.

La institución jurídica del arbitraje ha estado presente desde tiempos inmemoriales; las antiguas civilizaciones y la comunidad humana de hoy día, no ha prescindido de este mecanismo de solución de conflictos; en diversas actividades cotidianas del hombre, como en el comercio, a significado para estos, una alternativa imparcial, especializada, y flexible para estos operadores, considerando seriamente que el arbitraje pueda dar una respuesta a sus necesidades y a sus problemas.

En este capítulo se expondrá la teórica y la dogmática principal sobre el arbitraje comercial internacional y sobre la audiencia preliminar; así también, lo

relativo a los supuestos de imprevisión del procedimiento arbitral, a través de la audiencia en comento.

Por otra parte, se tratará de dar respuestas, claras y puntuales sobre estos tenores: ¿Cuál es la relación jurídica que guardarían el arbitraje internacional y la audiencia preliminar? ¿Qué aportaría la implementación de una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje? ¿A caso, los mismos objetivos y fines enunciados en el capítulo anterior sobre la audiencia preliminar para el proceso civil, serían aplicables a esta audiencia pero en el arbitraje internacional? ¿Pueden haber un cúmulo preestablecido de fines a tratarse en la audiencia preliminar en el arbitraje internacional? ser incluidos otros fines al tema de la audiencia preliminar en el arbitraje internacional?

3.1. Aspectos Específicos del Arbitraje Comercial Internacional

3.1.1. Datos Preliminares

3.1.1.1. Etimología

"Del latín *arbitratus, de arbitror,* arbitraje." [294]

"Del latín *arbiter inter,* el que puede decidir o hacer una cosa sin depender de otros. | El *arbitrare,* proceder libremente usando de su facultad y arbitrio." [295]

Es una clara referencia al personaje que interviene en este proceso, y sólo quedando sujeto para la solución del conflicto, al criterio de equidad, es decir, a un saber y entender.

3.1.1.2. Conceptualización de Arbitraje

"El arbitraje es un método para resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación

[294] FLORES GARCÍA, Fernando, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, t I, **Voz: Arbitraje,** p. 238
[295] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Curso Práctico de Arbitraje Comercial Internacional,* p. 18

de una o varias personas (árbitros), los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como el reconocimiento que la ley hace de su función." [296]

"El arbitraje es un proceso jurídico tramitado, desarrollado y resuelto por particulares. Ciertamente por lo convencional es un procedimiento privado. Estructuralmente el arbitraje es una relación jurídica triangular, en cuyo vértice superior se encuentra el árbitro que es el sujeto ajeno a los intereses en disputa y llamado por las mismas partes para componer las diferencias que les separen." [297]

"Es un método o 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 intervención heterocompositiva de uno o varios árbitros, quienes derivan sus facultades de un acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia." [298]

"Es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral." [299]

Por lo expuesto, el arbitraje es una técnica especializada, que sólo personas con experiencia y práctica, se les debe encomendar o investir para esta difícil empresa, la de solucionar un conflicto.

Al ser considerado como un método alternativo, no deja de ser un proceso heterocompositivo, revestido de principios y de garantías procesales, lo cual permite dar certeza a los interesados para someter sus litis.

---

[296] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*, p. 78
[297] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ VALADEZ, Carlos, *México ante el Arbitraje Comercial Internacional,* p. 51
[298] SIQUEIROS PRIETO, José Luis, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, t I, **Voz: Arbitraje Comercial**, p. 239
[299] BENETTI SALGAR, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 120, p. 14

Respecto del tercero neutral, que bien podrá intervenir individual o colegiadamente; todo su actuar y proceder estará sujeto a un convenio de arbitraje, suscrito por las partes, donde se fijará las potestades y la misión del o los árbitros.

El arbitraje sólo procede respecto de controversias que no atenten el orden público, que sean transigibles y sean arbitrables.

3.1.1.3. Conceptualización de Arbitraje Comercial Internacional

"Contempla litigios sobrevenidos de relaciones jurídico-privadas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único derecho nacional." [300]

"Mecanismo desvinculado de los marcos estatales, sometido a normas y autoridades verdaderamente internacionales." [301]

"La internacionalidad del arbitraje, deviene del lugar donde se efectúe el convenio arbitral, el procedimiento y el dictar la sentencia como producto acabado de toda la operación arbitral." [302]

La Ley Modelo de la UNCITRAL, señala del arbitraje internacional

Artículo 1, inc. 3, **a)** Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes…

Resaltar sobre la internacionalidad del arbitraje, deviene según dicen expertos: por el domicilio, residencia o establecimiento de las partes; el lugar de celebración del convenio de arbitraje; el lugar donde se efectúa el proceso de arbitraje y donde se ejecutará el laudo. Otros enfatizan que deviene esa internacionalidad, del carácter de las operaciones comerciales internacionales y por el tipo de normatividad jurídica aplicable.

---

[300] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 383
[301] *Ibidem*, p. 428
[302] *Ibidem*, p. 437

Por lo anterior, prima el criterio del lugar sede del arbitraje y el lugar de ejecución del fallo arbitral, para así atribuir la internacionalidad mencionada.

3.1.1.4. Clasificación

Para la Dra. Feldstein de Cárdenas, clasifica el arbitraje así:

a) Arbitraje *ad-hoc.* "Las partes convienen el procedimiento y el derecho aplicable, guardando las garantías jurídicas básicas.

b) Arbitraje Institucional. Las partes convienen en dirimir sus diferencias ante instituciones especializadas… estos centros de arbitraje aportan su organización, que implica desde la infraestructura hasta los profesionales y normas de desenvolvimiento específico.

c) Arbitraje de Derecho. El árbitro *iuris* dicta su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado.

d) Arbitraje de Equidad. El árbitro (arbitrador o amigable componedor) resuelve *ex aequo et bono,* es decir, según su leal saber y entender, a verdad sabida y buena fe guardada, dándole la ley en éste caso el mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución a la controversia.

e) Arbitraje Forzoso. Nace de la decisión del legislador cuando es impuesto para la solución de determinadas cuestiones.

f) Arbitraje Voluntario. Tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes quienes eligen la vía del arbitraje para la solución de sus controversias.

g) Arbitraje Doméstico. Abarca las controversias dentro del marco estatal o local.

h) Arbitraje Internacional. Comprende la solución de controversias que exceden el marco de un Estado sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en Estados diferentes." [303]

Para Monroy Cabra señala las siguientes clases: "En derecho – equidad; amigables componedores – peritos árbitros; nacional – internacional; por Estado

[303] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El Arbitraje*, pp. 13 - 15

(parte privada); por Estado – agente económico; *ad hoc* – institucional; y, voluntario – forzoso." [304]

Para José Fernando Merino Merchán y José María Chillón Medina, refieren que el arbitraje puede organizarse así:
a) Arbitraje Institucional. "Una institución especializada, organiza y administra el arbitraje conforme a su propio reglamento.

b) Arbitraje *ad hoc.* Arbitraje no reglamentado, y al redactar la cláusula compromisoria, en la que al menos se deberá indicar la forma de designación de los árbitros y de constitución del tribunal arbitral, fijación de la sede, y del derecho aplicable al fondo y al procedimiento.

c) Arbitraje Semiorganizado. Surge entre el arbitraje ad hoc y el arbitraje institucional, "Este arbitraje está sometido a un reglamento internacional, pero falla el sustento y la asistencia concreta de una institución que lo administre." [305]

Otras modalidades citadas: En derecho – equidad; entre particulares; entre particulares – Estado (parte privada); bipartito – multipartito; comercial – civil; público – privado.

Esta variedad de categorías nos muestra un alto grado de evolución, especialización y perfeccionamiento del arbitraje, a tal nivel que según las exigencias de los comerciantes, pueden optar por el tipo de arbitraje que así convenga a sus intereses.

El arbitraje institucional internacional, tiene mayor auge, incluso por sus costes – beneficios, que se obtienen de él.

[304] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit.,* Ver Nota 296, p. 79
[305] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María*, Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 536, 568, 571

Del arbitraje ad hoc, posee una complejidad y sofisticación, que hace a los particulares actuar, con cautela para implementar este tipo de arbitraje, sus riesgos, demoras y costos, lo pueden limitar.

3.1.1.5. Características

"Entre las múltiples ventajas se pueden enumerar la flexibilidad del procedimiento arbitral, la confidencialidad y la economía, la especialización y la imparcialidad." [306]

Se advierte también "La celeridad; la economía; la especialización; la privacidad; la confidencialidad y el mantenimiento de las relaciones comerciales." [307]

Se presenta "La confidencialidad, la flexibilidad e informalidad, la rapidez, la economía, la especialización y la imparcialidad." [308]

Se enuncian la "Garantía (vía moderna de justicia); constitución de un tribunal (al surgir previamente la controversia se instaura un tribunal); carácter desnacionalizado (el arbitraje se sustentaría en usos y costumbres [*lex mercatoria*] y no en sistema de derecho); especializado (intervienen especialistas en juzgar en arbitraje y serían expertos en el tema objeto del problema); agilidad y rapidez (se debe a la estructura del procedimiento y el papel que desempeñe partes y árbitros); económico (su costo es relativo al compararlo con el del ámbito judicial, aunque el arbitraje institucional, adquiere un costo sustancial, pero puede ser considerado costo/beneficio); confidencial (correspondería la discreción de la información vertida en el arbitraje); no pierde la relación comercial (puede estimarse que las partes alcancen una cordura en sus emociones, primando los intereses económicos no los personales); equitativo (se trata de brindar una justicia adecuada a las necesidades de

[306] TREVIÑO, Julio César, *El Arbitraje comercial internacional de tipo ad hoc e institucional y el arbitraje CCI,* p. 51
[307] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, pp. 79 - 80
[308] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ VALADEZ, Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 297, pp. 58 - 62

los comerciantes); seguridad jurídica (la falta de *imperium* en el tribunal arbitral, no impide que el laudo pierda su vinculación a las partes).” [309]

Como se puede apreciar, hay un conjunto singular de características y de ventajas, que hacen muy atractivo al arbitraje, a pesar de ser un método heterocompositivo.

Los particulares en sus conflictos interpartes, tienen la opción de someterlos a diversos mecanismos de solución, pero al efectuar los comparativos y dimensionar ventajas o diferencias, esto puede ofrecer un resultado estéril y riesgoso; los expertos hacen notar que todo conflicto no es susceptible de someterse a cualquier método en particular; y más bien, hacen hincapié que por el origen y causas, se escoja el mecanismo más idóneo.

Por cuanto a los conflictos comerciales y de índole internacional, el arbitraje resulta ser la mejor técnica para solucionarlos; lo contencioso y especializado de los mismos, lo puede ameritar.

En el arbitraje privado internacional, no son meras pasarelas y escenarios de protagonismo, quienes recurren a este medio, deben saber de sus grandes bondades, pero también de sus altas exigencias, formalidades, obligaciones, deberes de cooperación y cumplir garantías procesales, no por ser un proceso sui generis, se exime de responsabilidades y de formalidades.

3.1.1.6. Naturaleza Jurídica

Los tratadistas atribuyen al arbitraje una naturaleza jurídica de corte contractual, jurisdiccional, mixta y hasta autónoma.

¿Cuál es el objeto de atribuir naturaleza al arbitraje? ¿Cuál de estas naturalezas debe primar en el arbitraje? y ¿Qué naturaleza jurídica adopta el arbitraje internacional?

---

[309] GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annett C., *Métodos Alternos de Solución de Controversias,* pp. 119 - 123

A través de estas teorías se dará respuesta:

3.1.1.6.1. Tesis Contractualista

"Señala que respecto de los árbitros, no son jueces, sino particulares que no revisten por lo tanto la calidad de funcionarios públicos, y que no administran justicia en nombre del Estado, sino por voluntad de las partes. En el arbitraje se someten derechos disponibles para las partes, el Estado no puede privarlos de la facultad de escoger el método para resolverlas.

Pero la efectividad de la decisión arbitral proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y por ello, no tiene tintes de una sentencia judicial. Los árbitros obtienen sus facultades de la voluntad de las partes, y no de la ley, ya que siendo la función jurisdiccional una de las formas en que se exterioriza la soberanía del Estado, y siendo esa soberanía un atributo indelegable, el legislador no podría concederle esa función a un particular.

El vínculo que se crea entre árbitro y las partes es eminentemente contractual. El árbitro es un agente de las partes, a quien éstas autorizaron a emitir un pronunciamiento que solucione la disputa pendiente.

3.1.1.6.2. Tesis Jurisdiccional

Los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, se apoyan en el carácter público de la administración de justicia, en tanto es uno de los servicios que el Estado mismo debe garantizar. Si el propio Estado, a través de sus leyes, reconoce la posibilidad de los particulares de ejercer tales funciones mediante el arbitraje, la naturaleza de la actividad de los árbitros no puede ser otra que la de la función que está llamado a desempeñar.

Los árbitros son jueces, pero no solamente porque las partes los hayan nombrado como tales, sino porque el Estado ha consentido en reconocerles ese carácter. No es sólo la voluntad de las partes la que atribuye jurisdicción a los árbitros. Es también el Estado, como titular de esa jurisdicción, quien lo posibilita a través del ordenamiento jurídico, bajo ciertas condiciones.

Sus laudos están revestidos de la misma e idéntica fuerza que las sentencias de los magistrados del Poder Judicial. Hacen cosa juzgada respecto de las cuestiones resueltas por los árbitros, y se les concede el carácter de título ejecutorio." [310]

Para Monroy Cabra, menciona:

a) Teoría Contractualista. "El arbitraje es un compromiso por el cual dos o más personas remiten a particulares la decisión de una controversia jurídica. Esta teoría afirma que el árbitro es una persona particular más no un funcionario público, y que el laudo arbitral se impone a las partes no por mandato imperativo de la ley, sino porque ha sido previa y contractualmente aceptado por las partes. Se dice que el arbitraje no es un proceso, sino un contrato, cuyo tracto es procedimental.

b) Teoría Jurisdiccional. Esta teoría equipara al árbitro con el juez y reconoce carácter de sentencia judicial al laudo arbitral. Se fundamenta en que el Estado confiere carácter de jueces a las personas designadas por las partes como árbitros. Se dice que es un verdadero proceso el seguido ante los árbitros y que el laudo arbitral tiene carácter de sentencia judicial, que hace tránsito a cosa juzgada material.

3.1.1.6.3. Teoría Ecléctica

Sostiene que el arbitraje posee rasgo contractual y jurisdiccional. El arbitraje es contractual en su origen y jurisdiccional en cuanto a que el laudo se puede ejecutar judicialmente." [311]

Hay un pronunciamiento más:

3.1.1.6.4. Teoría Autónoma

De reciente creación de 1965, por Rubellin Devichi, quien sostenía "Que el carácter del arbitraje podría ser determinado tanto jurídica como prácticamente mediante la observación de su uso y finalidades… la teoría autónoma busca lograr,

[310] CAIVANO, Roque J., *Op. cit*., Ver Nota 121, pp. 94 – 97
[311] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, pp. 81 - 82

cómo y por qué funciona en la forma en que lo hace. Reconoce que el derecho arbitral se ha desarrollado para ayudar y facilitar la consecución armónica del arbitraje." [312]

La naturaleza jurídica del arbitraje, es incluyente y ecléctica; no debe posesionarse en alguna de las teorías, podría restringir su origen y práctica, lo cierto es, que de todas ellas aportan rasgos a esa naturaleza. El derecho, y más precisamente la ley de cada Estado le reconoce como mecanismo alternativo de solución de conflictos, como un proceso garante de derechos fundamentales, y que su laudo trasciende a las esferas jurisdiccionales y sociales. Quienes intervienen (árbitros) tiene un papel sustancial para activar todas estas naturalezas.

3.1.2. El Convenio de Arbitraje

Denominado también acuerdo de arbitraje, es el instrumento o guía que permitirá arribar y organizar un arbitraje. Debe ponerse especial atención y cuidado en su conformación; las omisiones, errores o inexactitudes que se dejen o no asentadas, marcarán el destino de este mecanismo alternativo.

Hay una especial dinámica entorno a esta figura, derivan varios planteamientos a saber ¿Qué es el convenio de arbitraje? ¿El convenio de arbitraje es la máxima expresión de voluntad de los particulares en relación con un arbitraje? ¿Cuáles son los requisitos y condiciones que debe cumplir todo acuerdo de arbitraje? ¿Cuáles son sus efectos y alcances legales? ¿El convenio de arbitraje equivale a una simple promesa? ¿Qué deberes y obligaciones derivan de un convenio de arbitraje? ¿El convenio de arbitraje es revocable por las partes?

3.1.2.1. Conceptualización

"Es un convenio y, como tal, crea o transfiere derechos y obligaciones entre contratantes." [313]

---

[312] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje,* pp. 16 - 17
[313] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, p. 59

"Este convenio tiene como finalidad que las partes consientan y expresen su voluntad de resolver la controversia utilizando éste medio universalmente como es el arbitraje." [314]

Para Julio A. Vives Chillida dice que "Un convenio de arbitraje no debe interpretarse restrictivamente, ni, de hecho, amplia o liberalmente. Debe interpretarse de tal modo que conduzca a descubrir y respetar la voluntad común de las partes: tal método de interpretación no es sino la aplicación del principio fundamental *pacta sunt servanda*." [315]

Ley Modelo de la UNCITRAL indica

Artículo 7 Acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Este convenio de arbitraje, no es una simple promesa, que pueda quedar a merced o arbitrio de las partes; más bien se trata de un compromiso, evidentemente formal e irrevocable para los compromitentes, mientras no digan lo contrario.

Se reconoce de las partes, haber renunciado a la justicia tradicional, y optar por una justicia alternativa, además se ciñen, a que expertos en el tema del conflicto, promueven una respuesta sustentada en el conocimiento, experiencia y práctica de los terceros neutrales.

Esa voluntad contenida en un acuerdo de arbitraje, no sólo sujeta a las partes a intervenir meramente en el mecanismo alternativo, en cuestión, sino que va más allá, al tener que colaborar y cooperar con el tribunal arbitral para desarrollar un proceso adecuado.

[314] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ VALADEZ, Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 297, p. 90
[315] *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, p. 72

3.1.2.2. Clasificación

El acceso al arbitraje, se da en función, del tiempo en que surja el conflicto:

a) Compromiso Arbitral. "Es el acuerdo pactado entre las partes, una vez que ya se suscitó una controversia jurídica entre ellos, para que su lid sea dirimida en el arbitraje.

b) Cláusula Compromisoria. Contrato diverso al principal, en el cual las partes se comprometen en arbitraje." [316]

Para Merino Merchán, precisa que:

a) El Compromiso. "Convenio que frente a desavenencias y conflictos surgidos, permite que se establezca de inmediato la relación arbitral.

b) La Cláusula Compromisoria. Se inscribe en el contexto futurible. No es más que una promesa de acudir, llegado el caso, al arbitraje." [317]

Para Ugo Rocco, señala:

a) El Compromiso. "Acuerdo de dos o más sujetos de renunciar al derecho de acción ante los órganos jurisdiccionales ordinarios del Estado y de encomendar a jueces que no forman parte de la jurisdiccional normal (árbitros) la resolución de una controversia actual.

b) Cláusula Compromisoria. Las partes en un contrato o por separado, establecen el compromiso de que las controversias derivadas de aquel contrato sean decididas por árbitros a futuro." [318]

---

[316] FLORES GARCÍA, Fernando, *Op. cit*., Ver Nota 294, p. 238
[317] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 589 – 590
[318] *Derecho Procesal Civil,* Vol. 1, pp. 80, 85

Lo que debe destacarse, es que la voluntad de los particulares debe ser inequívoca, para acceder a un sistema de justicia privada y especializada como el arbitraje; esa voluntad debe estar libre de simples gestos de buena voluntad o expresiones tácitas.

Quienes han quedado vinculados por un acuerdo arbitral, sus voluntades no es lo único que deben dejar estampado en este acuerdo, queda implícito un conjunto de corresponsabilidades, que sólo los comerciantes versados sobre estos tenores, saben que deben planear y organizar el arbitraje.

3.1.2.3. Elementos

El acuerdo de arbitraje, como cualquier acto debe estar revestido esencialmente de elementos de existencia y de validez, recordemos cuales son y cuales son atribuibles al convenio de arbitraje.

3.1.2.3.1. Elementos Esenciales

a) El Objeto. "Designa el negocio o negocios que serán sometidos al juicio arbitral. El objeto ha de ser posible y no imposible.

b) El Consentimiento. Surge cuando ambos compromitentes se ponen de acuerdo en la forma de solucionar sus conflictos… no queda lugar a dudas sobre su acuerdo de voluntades." [319]

3.1.2.3.2. Elementos de Validez

a) La Forma. En teoría "El acuerdo se formula generalmente por escrito.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958

Artículo 2, Inciso 1 Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias

[319] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, pp. 67, 69

que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975

Artículo 1 Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.

b) El objeto, motivo o fin lícito. El acuerdo arbitral debe referirse a la licitud de arbitrar el litigio.

c) Ausencia de Vicios. Cuando se negocie el acuerdo arbitral, las partes compromitentes deberán estar enteradas y consientes de lo que hacen, sin presión alguna, es decir, libremente.

El consentimiento no resulta válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

El convenio arbitral resulta inválido cuando quien accede a él lo hace por miedo a un daño que se le anuncia o se le impone. La intimidación, la fuerza, la coacción, impiden la validez del acto.

d) Capacidad. Las partes del acuerdo arbitral deben ser capaces de pactar, pues de lo contrario, el acuerdo es inválido.” [320]

Arbitrabilidad del Litigio

Cabe adicionar, que sólo el Estado, en atención al orden público, permitirá que específicos conflictos sean sometidos al arbitraje, sobre todo en los cuales, haya plena disponibilidad del objeto en disputa.

[320] *Ibidem*, pp. 70, 74 - 75

Para Julio Benetti Salgar, señala como elementos:

a) La Capacidad. "No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, es decir, que sólo puede celebrarse entre sujetos mayores de edad y plenamente capaces de disponer con libertad de sus bienes.

b) El Objeto. Se requiere indicar las diferencias y conflictos que se someten al arbitraje… siempre que sean determinados y determinables.

c) La Cuestión Litigiosa. El arbitraje se ha establecido para resolver controversias, de suerte que la cuestión litigiosa se refiere a asuntos disputados, por lo cual el proceso arbitral es contencioso en cuanto permite dirimir controversias, pretensiones eventuales o pretensiones discutibles.

d) La Cuestión Transigible. El objeto del proceso arbitral sea transigible según la Ley, o sea que la cuestión litigiosa no esté amparada o regulada por disposiciones de orden público.

e) La Cuestión de Contenido Patrimonial. El carácter patrimonial que debe tener la cuestión litigiosa para que sea susceptible de ser arbitrada. Los derechos que tengan carácter patrimonial pueden renunciarse, porque sólo ellos miran el interés particular o personal del renunciante y, por tanto, su renuncia no esta prohibida por la ley." [321]

Resulta evidente que un convenio de arbitraje, sin elementos de existencia, no surge a la vida jurídica, es nulo y no puede convalidarse.

Respecto del acuerdo de arbitraje, debe estar revestido con elementos de validez, como ya se menciono, de no ser así, se sanciona con nulidad relativa, y algunos temas podrían ser convalidados.

[321] BENETTI SALGAR, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 120, pp. 78, 83 – 85

Por cuanto a los elementos de validez, cabe hacer algunas observaciones, sobre la forma del convenio de arbitraje:

La Cámara de Comercio Internacional de París, CCI se ha pronunciado por: "No exigir de manera expresa que el acuerdo de arbitraje entre las partes sea por escrito. No se exige que cada una de las partes en un arbitraje tenga que haber firmado el acuerdo de arbitraje." [322]

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, enuncia:

Artículo 1, Inc. 2, a) Acuerdo o Compromiso Arbitral.
Bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien en un compromiso, contrato o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.

La Modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional: Respecto de la Forma del Convenio Arbitral. (2006)

"Ofrece la siguiente alternativa: No exigir la forma escrita del convenio de arbitraje, en función de las nuevas tecnologías, y de la técnica del perfeccionamiento por actos de ejecución." [323]

Finalmente, si se pretender tutelar derechos, estos deben reunir ciertas exigencias del derecho, su existencia y validez. No siendo así, no trascienden al campo del derecho y sus efectos son inutilizables.

3.1.2.4. Independencia

El tema de la independencia estará vinculado al contrato principal y el convenio de arbitraje.

[322] DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *El Nuevo Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional,* pp. 107, 113
[323] CANACO, *Boletín Informativo,* No. 1, p. 4

Para Rubén Santos Belandro, "La cláusula compromisoria se encuentra distanciada temporal y materialmente del contrato principal. Puede haber un otorgamiento simultáneo pero en un documento separado o puede redactarse con posterioridad al otorgamiento del contrato principal, pero antes de que surja cualquier controversia." [324]

Para Jorge Alberto Silva existen dos tendencias "La primera sostiene que hay una indivisibilidad en el tratamiento del clausulado arbitral respecto del contrato principal; la segunda, indica la divisibilidad en el tratamiento del contrato principal y del clausulado arbitral." [325]

La jurisprudencia italiana ha reiterado en varios fallos el criterio sobre la autonomía de la cláusula compromisoria:

"La cláusula compromisoria, no es un pacto accesorio del negocio jurídico sustancial al cual aquél se adhiere, ya que debe distinguirse la función económica y la función jurídica del contrato, de la cuestión autónoma de la cláusula con que las partes derogan la competencia ordinaria; la cláusula no queda, por tanto, necesariamente afectada por los vicios que adulteran el contenido negocial del acto en que se encuentra incluida; pueden tales vicios ser comunes al contrato y la cláusula, pero no comunicables.

En Francia un fallo del tribunal de apelaciones de Orleáns, dictado en febrero de 1966, expresa: El acuerdo compromisorio concertado por separado o incorporado al acto jurídico al que se refiera, goza siempre, salvo circunstancias excepcionales, no invocadas en el caso de que se trata, de una completa autonomía jurídica que excluye que pueda ser afectado por la eventual invalidez del acto." [326]

---

[324] *Arbitraje Comercial Internacional*, p. 190
[325] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, p. 88
[326] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. cit*., Ver Nota 295, pp. 44 - 45

"El convenio arbitral puede versar, como es sabido, sobre una controversia ya surgida, adoptando el carácter de compromiso, o como cláusula incorporada a un contrato estableciendo la vía arbitral para los conflictos futuros. La dificultad surge desde el momento en que el contrato principal es impugnado por una de las partes, arrastrándose de ello la invalidez, de principio, de la cláusula que forma parte de él y, en consecuencia, que el arbitraje no pueda tener lugar hasta que quede establecida la validez y eficacia del contrato principal y de la cláusula que genera el arbitraje.

El principio de autonomía de la cláusula revela… independencia y autosuficiencia, a la par que asienta su carácter jurisdiccional sobre una base real. Los árbitros pueden, por el mero hecho de considerar la cláusula como independiente, entrar a conocer de la pretendida invalidez del contrato principal. Son dueños de su propia investidura y de su competencia, quedando así a reserva de ulterior conocimiento de la cuestión por los tribunales judiciales." [327]

En este orden de ideas, me parece sustancial justificar el tema de la indivisibilidad y la divisibilidad del contrato principal y el convenio de arbitraje.

Propongo los siguientes supuestos:

En primer término, en un contrato de compraventa pueden estipularse cláusulas generales y la cláusula del convenio de arbitraje; en principio, pudiera denotarse un clausulado más, o de la misma naturaleza, y esto no es así. Las cláusulas generales y la cláusula arbitral, pueden coexistir en el mismo documento, aquí puede observarse nítidamente la indivisibilidad.

En segundo término, en el contrato aludido, convergen obligaciones comunes para los contratantes; las que se refieren a la mercadería y al tema del arbitraje. Se hace notar la indivisibilidad.

En tercer término, en estricto sentido, todas esas obligaciones comunes a las partes, deben ser diferenciadas por cuanto a su materia, es decir, hay cláusulas que

[327] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 598

versarán sobre las condiciones de la mercadería, y la otra cláusula arbitral, esta ceñida para los compromitentes en canalizar un conflicto a un mecanismo alternativo, aquí esta evidenciada la divisibilidad.

En cuarto término, existe una divisibilidad entre el contrato principal y el acuerdo de arbitraje, siguiendo la vía de sus efectos, es decir, la teoría a determinado que la invalides o nulidad de un contrato, no afectará el compromiso signado en el convenio de arbitraje, por lo que se corrobora que los efectos negativos de uno, no afectan al convenio de arbitraje, el cual mantiene autonomía e independencia, de ahí que se resalte la divisibilidad.

Cierto es, que mientras un contrato no sea declarado valido, no puede operar el acuerdo de arbitraje, tendría que esperar hasta que acontezca su validación o convalidación; en estricto sentido no podría arribarse al arbitraje en esas condiciones. Aquí también se hace notar la indivisibilidad.

Código de Comercio, de México de 1890, se reafirma:

> Artículo 1432 El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobe su propia competencia, incluso sobres las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañara por ese sólo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

3.1.2.5. Eficacia, Validez, Ineficacia y Efectos

Temas vinculados al convenio de arbitraje:

3.1.2.5.1. Eficacia

"Exige del convenio arbitral, no considerarse como un simple contrato; menos como precontrato o pacto de contrayendo." [328]

No es una simple promesa, la cual pueda fácilmente revocarse, este acuerdo goza de tener fuerza, autosuficiencia y peso jurídico.

[328] *Ibidem*, p. 591

3.1.2.5.2. Validez

Los ordenamientos jurídicos (nacionales) así como el derecho convencional internacional (tratados o convenciones) o cualquier otra reglamentación institucional sobre arbitraje, reconocen y validan la cláusula compromisoria, que se suscriba, con el fin de acceder al arbitraje.

Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje, de 1923

Artículo I Cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de un acuerdo relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes, por el que las partes en un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan suscitarse respecto de tal contrato, relativo a asuntos comerciales o cualquier otro susceptible de arreglo por arbitraje.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958

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

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1961

Artículo 1, Inciso 1, a) El presente convenio se aplicará: A aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá, de 1975

Artículo 1 Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

3.1.2.5.3. Ineficacia

"La ausencia de los requisitos y condiciones establecidos, para cada elemento o fase del convenio, determinará su ineficacia. El convenio será ineficaz por ser nulo conforme a la ley aplicable; por no ser suscrito por personas con capacidad suficiente;

por carecer de forma escrita; por versar sobre diferencias no arbitrables; cuando de la redacción y contenido de la cláusula no pueda inferirse o establecerse claramente una obligación perfectamente delimitada, por insuficiencia, ambigüedad o error, de manera que ésta no pueda ser salvada por los mecanismos establecidos en convenciones o legislaciones nacionales, reglamentos de instituciones arbitrales u otras normas de aplicación.

… El convenio será ineficaz también cuando resulte inoperante por haberse extinguido, como consecuencia de haberse dictado el laudo, en el supuesto específico del compromiso, o por renuncia expresa o tácita de las partes; por incumplimiento del plazo para dictar sentencia; por novación; cesión; en suma, por todas las formas habituales de extinción de las obligaciones contractuales (renuncia, novación, caducidad, extinción, inoperatividad, rechazo) en la medida que éstas afecten y sean de aplicación al convenio arbitral.

En resumen, el convenio arbitral puede ser afectado de ineficacia por tres causas: en razón de su invalidez, conforme a la ley que le es aplicable. (convenio es nulo); en razón de haberse extinguido sus efectos, por mutuo disenso, caducidad, renuncia o incumplimiento. (convenio es inoperante), y por insuficiencia o inexactitud, ambigüedad o error en su contenido. (convenio es patológico)

Reglas colaterales:

¿Quienes declaran la ineficacia? Los árbitros o los tribunales judiciales; ¿En que momento se emite la declaración? Antes o después de constituido el tribunal de arbitraje, y ¿Cuáles son los efectos de la declaración de ineficacia? Si los árbitros declaran ineficacia del convenio arbitral, quedará expedita la vía judicial.” [329]

3.1.2.5.4. Efectos

“El acuerdo arbitral, sea compromiso o cláusula compromisoria contenida en un contrato principal, tiene, como todo contrato, un efecto general de carácter sustantivo, que se cifra en la obligatoriedad de lo convenido *pacta sunt servanda,* y su

[329] *Ibidem*, pp. 679 - 681, 686 – 687

irrevocabilidad, a no ser por mutuo disenso produciendo eficacia únicamente entre las partes.

3.1.2.5.4.1. Efectos Sustantivos

a) *lex inter partes.* El convenio arbitral, como todo contrato, produce una serie de obligaciones a cargo de las partes relacionadas. Constituye una obligación directa y primaria de las partes de estar y pasar por lo estipulado.

b) *res inter alios acta*. La convención arbitral sólo produce efectos entre las partes. El proceso arbitral se seguirá entre las mismas partes que lo son del contrato. Los terceros carecen de legitimación, para concurrir a un proceso.

3.1.2.5.4.2. Efectos Procesales

a) Incompetencia de los Tribunales Judiciales. El efecto consustancial al arbitraje es el apartamiento de los tribunales judiciales del conocimiento del asunto encomendado al juicio de los árbitros.

El convenio arbitral, produce un efecto directo, de carácter negativo y procesal, que es la inhibición de los tribunales estatales.

La incompetencia de los tribunales estatales no es total… por el auxilio brindado de estos a los árbitros; esta incompetencia de tribunales judiciales es relativa, ya que a petición de parte o de árbitros, los jueces intervienen para solventar diversos temas que por la falta de *imperium* no tienen potestad de decidirlos.

El Poder de los Árbitros para decidir acerca de su propia competencia

Los árbitros cuentan con el poder de decidir sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*).” [330]

El convenio de arbitraje, es un acto pleno, por los compromisos consignados; por ser reconocido jurídicamente; e impactar a las propias partes; sin embargo no esta exento de invalidez, sólo si cae en los supuestos marcados por la ley.

[330] *Ibidem*, pp. 693 - 694, 709, 713 - 714, 719

3.1.3. La Cláusula Compromisoria

Esta modalidad, permitirá a los comerciantes dejar senda constancia, en sus contratos o contratos de adhesión, de someter un conflicto a futuro.

Pero a veces, debe ir más allá, como por ejemplo saber ¿Qué significación tiene una cláusula compromisoria? ¿Cuál es el contenido que debe tener esta cláusula compromisoria? ¿Qué efectos o consecuencias se produce por un contenido irregular o inconsistente? ¿Las cláusulas compromisorias deben guardar un formato preestablecido? ¿Puede ser corregido o subsanado ese contenido de la cláusula compromisoria? Será menester dar respuestas contundentes al respecto.

3.1.3.1. Conceptualización

Para Claude Belair Mouchel "Es el acuerdo entre las partes de un contrato internacional para someter al arbitraje los litigios eventuales que pudieran surgir sobre la validez o los efectos de un contrato. Dicho acuerdo, formulado en una de las cláusulas del contrato, debe ser tomado por las partes antes de que surja entre ellos cualquier tipo de litigio relacionado con dicho contrato." [331]

"Es el convenio por el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las partes renuncian a que sean decididos por los tribunales de justicia, asignándoselos a particulares, a quienes invisten, como consecuencia de ello, de funciones y facultades jurisdiccionales." [332]

Para José María Abascal Zamora "Obliga a las partes a someterse al arbitraje y a los tribunales a ordenar su cumplimiento. Determina las disputas que se deben arbitrar, los poderes de los árbitros y la forma de llevar el procedimiento. Como cualquier otro acuerdo contractual, es obligatorio sólo para las partes." [333]

---

[331] *Diccionario Jurídico Mexicano*, t I, **Voz: Cláusula Compromisoria,** p. 476
[332] CAIVANO, Roque J., *Op. cit*., Ver Nota 121, p. 115
[333] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.) *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial,* **Voz: Acuerdo de Arbitraje,** p. 5

"Es un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y las someten a juicio arbitral." [334]

De estos conceptos se infiere, puntos comunes: como el aspecto negativo del arbitraje; se inviste a particulares en funciones jurisdiccionales, análogas; los interesados esperan que el arbitraje brinde la mejor respuesta a su diferendo.

3.1.3.2. Contenido

El tema del contenido para un convenio de arbitraje, resulta fundamental a los fines del arbitraje, y de la presente investigación; no sólo basta indicar la mención del mecanismo que habrá de servir para solucionar un conflicto, necesariamente debe prescribirse una serie de aspectos vinculados con las partes, con los árbitros, con el proceso, con las pruebas, con los derechos aplicables y con el laudo.

Habrá contenidos ya preconstituidos, como los que corresponden a los centros que administran arbitraje; modelos de convenio de arbitraje, a los cuales, no hay nada que adicionarles o reestructurarles, sólo hay que incorporarlos tal cual, al contrato en cuestión.

Quienes están versados en arbitraje comercial internacional, estarán de acuerdo, que no puede soslayarse o minimizarse el contenido de un convenio de arbitraje, ya que es considerado el plan maestro, para que el árbitro independiente o institucional se avoque a construir un proceso arbitral.

Por otra parte, los contenidos relativos a una cláusula compromisoria, varían en función del tipo de arbitraje, si es *ad hoc*, su contenido será muy extenso y complejo, no existiendo cláusula estandarizada para este caso; si se trata del arbitraje institucional, las cosas cambian, para ello existen ya redactadas cláusulas modelo, cuyo contenido, es breve y conciso, sustancialmente se hace la remisión a un reglamento, el cual será operativo para todo el curso del arbitraje.

[334] AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El Juicio Arbitral,* p. 301

Los teóricos en mayor o menor medida, consideran que la cláusula compromisoria debe tener un contenido básico y necesario para encumbrar un proceso de arbitraje; a continuación algunas aportaciones:

"En el acuerdo de arbitraje se precisará el objeto de la controversia, el tipo de arbitraje ad hoc o institucionalizado que se desee instaurar, la clase de arbitraje: en derecho o como amigable componedor, las partes involucradas, la designación eventual de los árbitros, la elección del derecho de fondo y de las normas procésales.

Se adiciona al pacto arbitral, los nombres y domicilios de las partes y de los árbitros, el plazo, la fecha, la sanción para el caso de incumplimiento, el lugar, la prueba, y los recursos, la firma, la comparencia de testigos." [335]

"Además del acuerdo en sí, los elementos que permitan determinar la composición y nombramiento del tribunal arbitral, su sede, las reglas del procedimiento de arbitraje y la identificación de la ley aplicable al fondo del litigio." [336]

Cita Frederic Elsemann "La cláusula arbitral no debe ser complicada ni larga, mientras más clara y corta se denotarán mayor efectividad; la ambigüedad es el peor enemigo y se traduce en el gasto de tiempo y de dinero. Debemos tomar en cuenta el tipo de arbitraje de que se trata, pues si estamos en presencia de un arbitraje institucional, es posible que la cláusula sea corta y completa, pero si estamos frente a un arbitraje ad-hoc, generalmente la cláusula debe abarcar demasiados aspectos.

Para convenir una cláusula efectiva, debemos observar: hacer elección entre el arbitraje ad hoc o institucional; el lugar del arbitraje; el idioma; el derecho aplicable; y citar la controversia, lo cual dará certidumbre jurídica tanto a las partes como al juicio arbitral." [337]

---

[335] SANTOS BELANDRO, Rubén B., *Op. cit*., Ver Nota 324, pp. 184, 189
[336] TRIGUEROS GAISMAN, Laura, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano,* t I, **Voz: Cláusula Compromisoria,** p. 561
[337] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ VALADEZ, Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 297, pp. 93, 95, 97, 99

"Fijar el plazo dentro del cual se deberá tramitar el proceso arbitral, número y nacionalidad de los árbitros, lugar donde se arbitrará, la posibilidad de renunciar al recurso de apelación, la libertad del árbitro para elegir la ley aplicable, lugar, tiempo, idioma, procedimiento de recusación, medidas precautorias, renuncia a periciales, establecimiento de cualquier procedimiento arbitral.

… Además advierte:

a) Cláusula Necesaria o Indispensable. Indica el negocio que será objeto del arbitraje.

b) Cláusula Opcional o Facultativa. El nombre de los árbitros, así como de los sustitutos; el número de árbitros; procedimientos para la designación de árbitros o para la sustitución, incluso el caso del árbitro tercero; lugar del proceso arbitral; el idioma a utilizar; normas aplicables al fondo del negocio; las normas de procedimiento a seguir; el tipo de fallo a seguir.

c) Cláusula Prohibidas. Se indican los litigios inarbitrables." [338]

Para Pedro Zamora Sánchez "Es importante se especifique la materia del arbitraje, que las partes designen libremente la ley aplicable al fondo de la controversia, y el establecimiento de las reglas del procedimiento, el lugar del arbitraje, y el idioma." [339]

Para Raúl Medina Mora "El acuerdo de arbitraje debe precisar la controversia que derive de un contrato específico; señalar el tipo de arbitraje: en derecho o en equidad; la designación de árbitros; determinar el derecho sustantivo del país; que las partes libremente determinen la ley aplicable al fondo de la controversia; las partes deben establecer las reglas del procedimiento, conforme al compromiso arbitral;

[338] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, p. 87, 93 - 94
[339] *Arbitraje en Instituciones Financieras*, p. 49

atenderse el marco del orden público; el lugar del arbitraje; el idioma, y la designación de árbitros." [340]

Para José Fernando Merino Merchán, señalan como contenido potestativo del convenio arbitral:

"Los nombres, profesión y domicilio de las personas que conciertan el convenio; los nombres, profesión y domicilio de los árbitros y su número, o de la corporación o asociación a quien encomiendan la administración del arbitraje o del tercero en quienes las partes difieren la designación de los árbitros.

También deberá preverse el caso de las sustituciones permanentes o temporales de los árbitros y su remuneración; determinación del carácter del arbitraje: de derecho o de equidad, si los árbitros deberán decidir la cuestión litigiosa con sujeción a derecho, tendrán que ser imperativamente abogados en ejercicio y estar en pleno ejercicio de sus derechos civiles; la controversia que se somete al fallo arbitral, con expresión de las circunstancias… deberá haber mayor concisión y exactitud, para evitar la impugnación del laudo; el plazo o término en que los árbitros hayan de pronunciar laudo; el lugar en que habrá de desarrollarse el arbitraje; determinar el idioma; resulta conveniente incorporar una cláusula penal por incumplimiento del convenio arbitral; el pago de costas procesales, y en general, podrán darse las partes los pactos y concesiones que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público." [341]

La cláusula compromisoria debe disponer:

a) "Cláusulas Esenciales. Estipulaciones como la individualización de las partes, el sometimiento de las mismas a la jurisdicción arbitral y enunciar el asunto que se compromete en arbitraje.

[340] PEREZNIETO CASTRO, Leonel, (Comp.), *Arbitraje Comercial Internacional*, pp. 23 - 25
[341] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 243 - 245

b) Cláusulas de la Naturaleza. Estipulaciones que subentienden, sin necesidad de pacto alguno, pero que pueden ser modificadas por acuerdo expreso de las partes: los árbitros deben ser de derecho, funcionar en el lugar en que se efectúa el nombramiento y desempeñar el cargo en el término de dos años contados desde su aceptación.

c) Cláusulas Accidentales. Referentes a las facultades de los árbitros, a su número, al lugar y plazo en que deben cumplir su encargo, al procedimiento que emplearán en la tramitación, a renuncia o reserva de recursos, solución de discordias." [342]

En una cláusula compromisoria se haga constar "la autoridad nominadora (el nombre de la institución o las personas), el número de árbitros (uno o tres), el lugar del arbitraje (ciudad y país), y el idioma o idiomas que se utilizarán en el procedimiento arbitral." [343]

Contenido mínimo y potestativo en el convenio arbitral:

"Debe expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje… se exige voluntad inequívoca… voluntad válidamente expresada y que no este viciada de nulidad.

Más allá del contenido mínimo, las partes pueden contemplar en el pacto arbitral, como contenido potestativo, desde: encomendar la administración del arbitraje a una institución arbitral permanente hasta el determinar la forma de designación de árbitros, la nacionalidad de los árbitros, el tipo de arbitraje (derecho o equidad), el número de árbitros (siempre impar), el idioma del arbitraje, el lugar de celebración de las actuaciones, el lugar de emisión del laudo, el criterio con base al que deban imponerse las costas e incluso su contenido, algunas normas relativas al desarrollo de las actuaciones arbitrales como establecer una preclusividad alegatoria o documental o prohibir o limitar la facultad de los árbitros de acordar pruebas de

[342] AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Op. cit*., Ver Nota 334, pp. 309, 314
[343] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL – CAM, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias,* pp. 152 - 153

oficio o de designar peritos de oficio o facultar al árbitro para emitir laudos parciales o a pie de conflicto sin necesidad de motivación, e incluso prohibir o limitar la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares." [344]

Estos criterios son un extraordinario referente, primero, se confirma la premisa, de que debe estipularse un contenido completo, para el convenio de arbitraje; por otra parte, para darnos cuenta, que los contenidos vertidos no son exclusivos y uniformes; su amplitud y variabilidad, pondría en serios apuros, a quien se le asigne la labor de formar y redactar esta cláusula en cuestión.

Es difícil, al parecer formar una cláusula compromisoria prototipo, y más, si se tratare para un arbitraje *ad hoc*, no así, como ya se dijo, para un arbitraje institucional, aunque a la postre, el acta de misión, no será suficiente, debiendo requerir a las partes, de este contenido, que hoy comentamos.

Considero que en la etapa del proceso arbitral, esos contenidos, se podrían definir o subsanar, de manera más concreta, en una audiencia preliminar o una de orden complementario.

3.1.3.3. La Cláusula Tipo

3.1.3.3.1. Descripción de Contenidos

Desde que se comienza las negociaciones comerciales, abogados o asesores encargados de elaborar el contrato en cuestión, deben ser muy precisos en delimitar las condiciones del objeto, y también las condiciones de la cláusula compromisoria.

En manos de expertos debería quedar esa responsabilidad, de establecer los términos de este acuerdo de arbitraje; es entendible, que un especialista deba comenzar a proyectar escenarios a futuro, aún y cuando no se pueda asegurar si surge el conflicto en si; pero virtualmente debe hacer tal proyección.

Enseguida mencionare un conjunto de cláusulas tipo:

[344] MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El Arbitraje en la Ley 60/2003,* pp. 27 - 28

3.1.3.3.1.1. Cláusulas Modelo para Arbitrajes Institucionales Internacionales

Por la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Todas las divergencias que se deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento.

Por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)

Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes o relacionados con el presente contrato, así como cualquier incumplimiento, terminación o invalidez de éste, deberá resolverse mediante arbitraje, de acuerdo con el reglamento de procedimientos de la CIAC, vigente en la fecha del convenio. El tribunal de arbitraje decidirá como amigable componedor o *ex aequo et bono.*

Por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Las partes aquí señaladas consienten someter al Centro Internacional para la Solución de Diferencias de Inversión cualquier disputa relacionada con, o que surja de este convenio para resolver por medio del arbitraje de acuerdo con la Convención sobre la Solución de Diferencias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados.

Por la Asociación Calatana de Arbitraje (TAB) Tribunal de Arbitraje de Barcelona

Para la solución de cualquier cuestión litigiosa derivada del presente contrato o acto jurídico, las partes se someten al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona, de la Asociación catalana de Arbitraje, al que se encargan la designación del árbitro o árbitros y la administración del arbitraje, obligándose desde ahora al cumplimiento de la decisión arbitral.

Por la *American Arbitration Association* (AAA)

Cualquier controversia o reclamación que surja o esté relacionada con este contrato, será resuelta conforme a las Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje.

Las partes podrán considerar agregar: El número de árbitros; (uno o tres); El lugar del arbitraje; (Ciudad o País) y El idioma o idiomas.

Por la Corte de Arbitraje de Londres (LCIA)

Cualquier controversia surgida de o en relación con este contrato, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción, se someterá y será finalmente resuelta mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, Reglamento que se entiende incorporado por referencia a esta cláusula: el número de árbitros; (uno o tres); la sede del arbitraje; (ciudad o país); el idioma (as) y la ley aplicable al contrato.

Por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo

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 del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Se recomienda a las partes, tal como el caso lo requiera, hacer las siguientes adiciones a la cláusula: el tribunal estará compuesto por…; el lugar del arbitraje será….; el idioma a ser utilizado en el procedimiento arbitral será…. y este contrato será regido por el derecho sustantivo de…

Por el Centro de Arbitraje y Mediación Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato y de toda enmienda al mismo o relativa al presente contrato, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución incumplimiento o nulidad, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a arbitraje para su solución definitiva de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El tribunal arbitral estará compuesto (por tres o un árbitro), el arbitraje tendrá lugar en…, el idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será…, la controversia, diferencia o reclamación se resolverá de conformidad con el derecho de …

Por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial de las Américas (CAMCA)

Las partes abajo firmantes, por este medio, acordamos someter al arbitraje administrado por el CAMCA, bajo sus reglas, la siguiente controversia, conflicto o reclamación… Así también, acordamos que observaremos fielmente este convenio y las reglas, así como que la resolución pronunciada en el laudo por el árbitro pueda ser presentada en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo.

Las partes podrán adicionar: el número de árbitros (uno o tres); el lugar del arbitraje (ciudad y país); la ley sustantiva aplicable a la controversia, y el idioma del arbitraje.

Por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapore (CAIS)

Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato, incluyendo cualquier cuestión relacionada a su existencia, validez o terminación, serán referidas a y finalmente resueltas mediante arbitraje en Singapur de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (CAIS) por el tiempo que estén en vigor, las cuales se considerarán incorporadas por referencia a esta cláusula.

El tribunal consistirá en_____ árbitro (s) que serán designados por el presidente de (CAIS). La Ley gobernante del contrato será la ley substantiva de_____. El idioma del arbitraje será_____.

3.1.3.3.1.2. Cláusulas Modelo para Arbitrajes Institucionales Nacionales

Por el Centro de Arbitraje de México (CAM)

Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, por uno o más árbitros nombrados conforme a dichas reglas.

Por la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial (AMMAC)

Cualquier controversia o reclamación que surja o se relaciones con este contrato, o el incumplimiento del mismo, se resolverá mediante un arbitraje regido por el Reglamento de Arbitraje Comercial de la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial, A.C., y el fallo que se pronuncie en el laudo que dicte el (los) árbitros se podrá reconocer y ejecutar ante cualquier tribunal que tenga jurisdicción para tales efectos.

Por la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

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 la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, vigente al momento de inicio del arbitraje.

Se recomienda a las partes que consideren agregar lo siguiente: el número de árbitros; el lugar del arbitraje; el idioma (as) y el derecho aplicable a la controversia.

3.1.3.3.1.3. Cláusula para Arbitrajes *ad hoc* Internacionales

Hoy día no hay una fórmula oficial o uniforme, para este tipo de arbitrajes, sólo hay algunos esquemas, que bien vale la pena conocerlos:

Por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

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

La autoridad nominadora será_____ (nombre de la persona o instituto); el número de árbitros será de_____ (uno o tres); el lugar de arbitraje será_____ (ciudad o país); el idioma (as) que se utilizará (n) en el procedimiento arbitral será (n).

Propuesta de Alan Redfern y Martin Hunter, en International Comercial Arbitration 1991

"Cualquier controversia, diferencia o polémica o demanda que surgiere producto de este contrato o en relación con el mismo se remitirá a… (lugar), donde se solucionará mediante arbitraje.

El tribunal arbitral estará compuesto de tres árbitros nombrados por las partes.

Tan pronto como fuere posible tras el nombramiento del árbitro a instancias del demandante, y en ningún caso trascurridos más de treinta días desde la constitución del tribunal arbitral, el demandante remitirá al demandado y a cada árbitro una declaración acerca del caso, con los datos de su demanda y los alegatos escritos que la acrediten, así como cualquier forma en que se basaren.

En el plazo de treinta días desde la recepción de la declaración del caso remitida por el demandante, el demandado remitirá al demandante (copia para cada uno de los árbitros) una declaración acerca del caso en respuesta, junto con cualesquiera reconvenciones y documentos en que se basaren.

En el plazo de treinta días desde la recepción por el demandante de la reconvención del demandado, el demandante podrá remitir al demandado (con copia a cada uno de los árbitros) una respuesta a la reconvención, junto con cualesquiera documentos acreditativos.

Tan pronto como fuere posible a partir de su constitución, el tribunal concertará una reunión con las partes o sus representantes para determinar el procedimiento que se seguirá en el arbitraje.

El procedimiento será objeto de acuerdo entre las partes o, en caso contrario, de determinación por el tribunal. Sin embargo, las siguientes cuestiones de procedimiento se darán en cualquier caso por acordadas:

El idioma del arbitraje será_____; el tribunal podrá a su criterio, celebrar una audiencia y dictar un laudo en relación con cualquier cuestión preliminar a petición de cualquiera de las partes y deberá hacerlo si media la petición conjunta de ambas; el tribunal celebrará una audiencia, o audiencias, en relación con las cuestiones de fondo, salvo que las partes convinieren otra cosa por escrito; el tribunal pronunciará su laudo definitivo en un plazo de sesenta días desde la última vista sobre las cuestiones de fondo objeto de controversias entre las partes; en el caso de incumplimiento de algunas de las partes respecto de cualquier providencia procesal dictada por el tribunal, éste tendrá la facultad de proceder con el arbitraje y dictar su laudo; si un árbitro nombrado por una de las partes se abstuviere de participar en el arbitraje, o se negare a ello, después de iniciarse las audiencias sobre el fondo de la controversia, los restantes dos árbitros podrán proseguir el arbitraje y dictar un laudo sin que se estime que se ha producido una vacante si, a su criterio, determinan que la abstención o negativa del otro árbitro a participar carece de razones fundadas; cualquier laudo o decisión procesal del tribunal se tomará, si fuese necesario, por mayoría y, en el caso de que no se pudiere alcanzar mayoría, el árbitro presidente actuará como si fuera un árbitro único." [345]

3.1.3.3.1.4. Cláusula para Arbitrajes *ad hoc*: Propuesta Personal

Los compromitentes deben seleccionar adecuadamente entre los siguientes aspectos:

[345] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL – CAM, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias, Op. cit*., Ver Nota 343, pp. 179 - 181

"**Las partes** (si es persona física, persona jurídica: empresas o consorcios, Estado como parte pública); **controversia, reclamación, litigio** (arbitrable); **naturaleza de la controversia** (contractual, no contractual); **conflicto** (de interpretación, incumplimiento, terminación, ejecución o invalidez); **carácter del arbitraje:** (*ad hoc*, institucional o semiorganizado); **posición del arbitraje** (bilateral o multilateral); **tipo de arbitraje** (en derecho o equidad); **lugar del arbitraje** (ciudad o país); **lugar sede de** (actuaciones, procesos, vistas o ejecución); **idioma** (castellano o extranjero); **idioma aplicado a** (documentos o actuaciones); **árbitros** (número, nacionalidad, funciones); **árbitros** (procesos de: designación, recusación y sustitución); **servicios administrativos** (secretario, personal auxiliar, traductores); **medios de comunicación** (carta, fax, telegrama, discos magnéticos u ópticos) (Internet, videoconferencia, telex, teléfono); **medios alternativos de solución de la controversia previo al arbitraje** (negociación, conciliación, mediación, peritaje, mini juicio); **del proceso arbitral** (duración, plazos, términos, fases, medios probatorios, audiencias); **derechos aplicables** (derecho material, derecho adjetivo, derecho conflictual, tratados internacionales, reglamentos de un centro de arbitraje, *lex mercatoria*, disposiciones de las partes); **derecho aplicable a** (convenio arbitral, árbitros, procedimiento arbitral, ejecución del laudo); **medios de impugnación** (apelación, nulidad del laudo) y **erogaciones** (gastos, honorarios, costas) entre otros términos.

En la práctica arbitral, redactar o incorporar una cláusula compromisoria tipo, representa en verdadero reto, por cuanto a su contenido, alcances y efectos que se desea, que produzca; las que correspondan al orden del arbitraje institucional, como se habrá apreciado, es un texto reducido, congruente y lógico, en el que sólo habría de adoptarse en el mismo contrato o por separado, sin adicionar o modificar su contenido, ya que en esas circunstancias tendrá un peso específico y una aplicación sustancial para implementarse un arbitraje de esta naturaleza.

Por cuanto, a una cláusula modelo para un arbitraje *ad hoc*, no existe un prototipo armonizado ni uniforme, lo que significa, un escollo a vencer, dado que, es de alto riesgo su formación y estructuración, porque la sola la omisión o inexactitud de su contenido, hace retardar el desarrollo de un arbitraje, o en peor de los escenarios hace imposible su iniciación.

3.1.4. El Tribunal de Arbitraje

Es el órgano individual o colegiado, investido para ejercer funciones jurisdiccionales análogas a las de orden judicial. Pero cabe cuestionarse ¿Qué es un árbitro? ¿De donde deviene sus potestades arbitrales? ¿Qué cualidades y condiciones debe poseer un árbitro? ¿Qué funciones desempeña un árbitro? ¿Qué principios

arbitrales debe observar? ¿Administra justicia el árbitro? ¿Cuáles son los alcances y efectos de la *kompetenz – kompetenz* de un árbitro? ¿Puede reorientarse la función de un árbitro en una audiencia preliminar? Será menester tratar estos temas.

3.1.4.1. Conceptualización

Hay tres figuras vinculativas al presente tema:

3.1.4.1.1. El Árbitro

Es el "Juez nombrado por las mismas partes, para decidir una diferencia o un asunto litigioso entre las mismas." [346]

"El juez avenidor que es escogido o puesto por las partes para librar la contienda entre ellos." [347]

"Como tercero extraño a la controversia, el árbitro constituye una persona física sin cuya presencia no puede funcionar el tribunal arbitral." [348]

Para Francisco González de Cossío G. "El árbitro es un juez privado. Es un juzgador, pues lleva a cabo funciones materialmente jurisdiccionales: resuelve controversias aplicando normas generales a casos particulares. Es privado pues no forma parte del Poder Judicial alguno. Por ende, su régimen es el de un prestador de servicios profesionales." [349]

Respecto del árbitro, la primera observación, que debo efectuar, será sobre el uso del término juez, no lo es, porque ni forma parte del Estado, su investidura y remuneración no son dadas por la entidad, en comento. Si la referencia a decir que es un juez, por cuanto a que su actividad se asemeja en mucho a la jurisdiccional del

[346] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Árbitro,** p. 37
[347] ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* t VII, p. 51
[348] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, p. 123
[349] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.) *Op. cit*., Ver Nota 333,**Voz: Árbitro,** p. 42

propio juez, es considerable aceptarla en esos términos, pero sería mejor el tecnicismo correcto para él.

Por su actividad el árbitro dirige el proceso, controla la exposición y desahogo de pruebas, acepta y cualifica alegatos, permite vistas e imparte y administra justicia arbitral o especializada.

3.1.4.1.2. Tribunal Arbitral

Para Fernando Estavillo Castro "Es el órgano que tiene a su cargo la solución de la controversia sometida al arbitraje." [350]

Es el "Tribunal temporal que tiene por objeto conocer determinadas controversias que se someten a su jurisdicción. Posteriormente después de emitido el laudo arbitral termina su actuación y se disuelve." [351]

Después que las partes renuncian a la justicia tradicional, se instaura una justicia alternativa, privada y especializada. Su misión indiscutible será proveer de un resultado a un diferendo entre particulares, y sin ningún otro fin.

3.1.4.1.3. Panel de Solución de Controversias

Para María Cecilia Quintanilla M. "Es un órgano o comité de carácter permanente, dedicado a resolver las controversias que se van suscitando entre las partes." [352]

Sobre este término, diré que es una instancia con características peculiares, incluso de orden supranacional, este mecanismo de justicia arbitral se ubica en los tratados internacionales de libre comercio. Los gobiernos de los Estados, se

[350] *Ibidem*, **Voz: Tribunal Arbitral,** p. 301
[351] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. cit*., Ver Nota 295, p. 158
[352] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Panel de Solución de Controversias,** p. 231

comprometen en reconocer y aplicar estos esquemas de justicia, en las áreas o actividades que sean arbitrales; y cuyos fallos, tendrán contundencia en su cumplimiento, sobre todo por la influencia internacional.

3.1.4.2. Clasificación de Árbitros

Coexiste una variedad de árbitros con funciones muy peculiares y especializadas:

3.1.4.2.1. "Arbitrador

Llamado también amigable componedor, es el tercero particular que adopta su decisión sobre la base exclusiva de la equidad y según su leal saber y entender, sin que deba ajustarse a una determinada normatividad y sin necesidad de tener que fundar su pronunciamiento (juzgador en conciencia).

3.1.4.2.2. Árbitro

Denominado árbitro de derecho, su nombramiento proviene de la decisión de las partes para someter los negocios a la solución de éste. Su actuación y proceder será conforme a las leyes." [353]

Para José Fernando Merino Merchant, refieren a una clasificación de árbitros:

a) "De acuerdo al número de árbitros:

Único. Consiste en la participación de un solo árbitro.

Plurales. Compuesto por varios árbitros, pero siempre en número impar.

b) De acuerdo al carácter que se les asigne:

Árbitro-Conciliador. Que las partes asignen un carácter previo de conciliador.

Árbitros-Jueces. Posee *auctoritas* para fallar el caso.

[353] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Op. cit*., Ver Nota 113, (*Introducción al Estudio del Derecho Procesal*), pp. 67 - 68

c) De acuerdo a la normativa aplicable al fondo del litigio:

En Derecho. Se tomará en cuenta la norma jurídica aplicable al fondo del asunto.

En Equidad. La actuación del árbitro se ciñe al *ex aequo et bono*.

d) De acuerdo al poder que asumen los árbitros:

Ordinario. Son los árbitros nombrados por las partes.

Extraordinario. Los árbitros actúan siempre como dirimentes de la discordia o desacuerdo sobrevenido entre los árbitros ordinarios.

e) Subclasificación de Árbitros Extraordinarios:

Árbitro Umpire. Ejerce una prórroga de jurisdicción arbitral, si resultan divididos los otros dos, actuando entonces con plena autonomía e independencia.

Tercer Árbitro. La jurisdicción le viene impuesta exclusivamente para dirimir la discordia sobrevenida entre los dos árbitros, adscribiéndose obligatoriamente al fallo de uno de ellos.

Árbitro Presidente. Cuya misión no es otra que la de presidir un colegio arbitral y, por consiguiente, dirimir la contienda mediante el voto.

f) De acuerdo a la posición híbrida de arbitraje y jurisdicción judicial:

Árbitros Jueces. No se contempla aquí el supuesto de que funcionarios de la carrera judicial puedan actuar como árbitros designados por las partes.

Determinados organismos internacionales intervienen en ocasión de un procedimiento arbitral constituido al efecto, ya sea con carácter especial y concretamente referido a un punto determinado.

El magistrado o tribunal judicial llamado a intervenir en un punto concreto del procedimiento arbitral, no actuaría como árbitro, sino en el ejercicio de una jurisdicción propiamente dicha.

<La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, actuando en los términos del Artículo 181 del Tratado de la CEE, 153 del EUROTOM y Artículo 42 del

Tratado de la CECA, que permite a la Alta Corte actuar en virtud de la cláusula compromisoria contenida en un contrato de derecho público o de derecho privado suscrito por la comunidad o por su cuenta.>

g) De acuerdo al grado de participación de entes:

Árbitro Preárbitro. El papel de preárbitro vendrá atribuido a algunas autoridades en instancias internacionales que intervienen para completar una cláusula arbitral insuficiente, que no contiene los elementos de designación de los árbitros o sede del tribunal arbitral, o la ley aplicable.

h) De acuerdo en la coexistencia del tribunal colegiado:

Árbitro de Parte. Es habitual que cada parte elija un árbitro.

Árbitro Dirimente. De común acuerdo las partes o los árbitros elijan a su vez los terceros árbitros o árbitros presidentes, que ejercen en definitiva la función de árbitros dirimentes en los supuestos de discordia.

i) De acuerdo a peculiaridades:

Árbitro *ex parte.* Puede ser investido como árbitro único en los casos de rebeldía o incomparecencia de una de las partes en la constitución del tribunal arbitral.

j) Otras categorías de árbitros:

Árbitro Suplente. Particularmente útil para el supuesto de arbitrajes complejos para los que se prevé una larga duración, o para los que la ley de procedimiento aplicable determina la caducidad del convenio en el supuesto de ausencia o incapacidad sobrevenida de los titulares.

Árbitro Referé. Árbitro comisionado para tomar decisiones de urgencia en el curso del procedimiento o relacionadas con especificaciones técnicas, recomendable en aquellos arbitrajes que amalgaman elementos de índole técnica con cuestiones jurídicas.

Árbitro de Calidad. Atentos a establecer dictámenes u opiniones vinculantes sobre condiciones exclusivamente técnicas." [354]

Otros expertos emiten clasificaciones de esta manera: "Son generales y especializados; oficiales y privados; unitario y colegiado; no permanentes o permanentes." [355]

Los árbitros ordinarios y extraordinarios, o de parte y dirimentes, están llamados a cumplir con una misión establecida en el convenio de arbitraje; aunque se puede apreciar la existencia de subclasificaciones de árbitros, que distan del papel fundamental de conocer y resolver un conflicto, esto nos indica del cuidado que deben tener las partes, abogados o asesores, en la designación de este tipo de árbitros, para un arbitraje comercial internacional.

3.1.4.3. Cualidades y Condiciones del Árbitro

El consenso general sería, que cualquier persona podría fungir como árbitro, quizás en conflictos no complejos o de alta cuantía; y también este árbitro actuará como amigable componedor. Esta idea es valida; no así cuando, el conflicto es verdaderamente complejo, de amplia cuantía, de índole internacional, pluralidad de partes, etc., aquí, si hay necesidad de investir a un experto o especialista, como árbitro. Que requerimientos se exigen:

"Para desempeñar el cargo de árbitro o amigable componedor, el código no exige otra condición que la mayoría de edad y el pleno ejercicio de los derechos civiles." [356]

---

[354] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 733 – 737
[355] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, pp. 112 - 113
[356] ALSINA, Hugo, *Op. cit*., Ver Nota 347, (*Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial,* t VII), p. 14

"Las características del árbitro ideal son muy similares al del juez ideal. De la misma forma que no se pueden codificar todas las virtudes y características para llegar a ser juez, tampoco existe un elenco de condiciones necesarias para llegar a ser árbitro o panelista.

En cuanto a esas condiciones, son: tener tiempo disponible; responsabilidad; saber cooperar; imparcialidad e independencia; confidencialidad; conocimiento y experiencia.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se estipula los caracteres de los panelistas:

> Anexo 1901.2 Serán probos, gozarán de gran prestigio y buena reputación y serán escogidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad general con el derecho comercial internacional." [357]

Para José Fernando Merino Merchán, se advierte que los árbitros deben poseer un estatus personal, profesional y de misión, óptimos para su desempeño:

a) "La Capacidad

Capacidad General para obrar en derecho (actuar dentro de un marco normativo o de derecho).

Capacidad Específica para actuar como árbitro (su investidura deviene del acuerdo de las partes).

Capacidad para Actuar en un litigio (el árbitro debe obrar con legitimación, sin recusación alguna).

b) La Incapacidad. Poseer un mínimo de condiciones como la edad y en pleno ejercicio de derechos.

c) Las Prohibiciones. Como jueces o magistrado no pueden acceder a la condición de árbitro.

[357] VEYTIA PALOMINO, Hernany, *Paneles y Panelistas del Capítulo XIX del TLCAN,* pp. 13 - 19

d) La Cualidad Moral. Sujetarse a códigos de ética para árbitros.

e) La Cualidad Profesional. Por vía normativa o reglamentaria puede especificarse que los árbitros deben disfrutar de una alta calificación moral y de una competencia reconocida en materia jurídica, comercial, industrial o financiera.

f) La Nacionalidad. No será un obstáculo para que funja como árbitro, con la nacionalidad que ostente.

g) La Legitimación. Los árbitros deben ostentar una legitimación en su actuar, es decir, no poseer causas de recusación.

h) La Misión**.** Los árbitros deben cumplir con lo pactado por las partes y con los plazos para el desarrollo del arbitraje." [358]

Hay quienes dicen que debe poseer:

a) "Independencia. Criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente un árbitro que carezca de vínculos próximos, sustanciales, recientes y probados.

b) Imparcialidad. Criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular.

[358] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 770, 772 - 774, 777, 779, 791

c) Neutralidad. Implica distancia entre las partes. Se trata de que ninguna de las partes cuente con una ventaja estratégica ante la otra de poderse comunicar con uno de los miembros del tribunal." [359]

El árbitro debe contar "Con conocimientos y la experiencia necesaria para solucionarla controversia; capacidad legal; dominio del arbitraje; dar prioridad a su labor; tener seguridad; ser firme y ejercer el control del procedimiento; flexible y cortés a la vez; creatividad para adoptar las resoluciones más convenientes; poseer un pensamiento lógico y capacidad de raciocinio; gozar de buen estado de salud físico y mental; tener alto grado de probidad, honradez e integridad moral. Atributos adicionales: liderazgo; firmeza y determinación; organización y facilidad para dividir el trabajo y asignar responsabilidades." [360]

Llegar a determinar cualificaciones para un árbitro ordinario o dirimente, resulta muy difícil y hasta riesgoso; los compromitentes pueden exigir, un cúmulo de cualidades, aptitudes, capacidades y especialidades, lo cierto es que, como persona, como profesional y como experto, pueden cumplirse con esas exigencias, o en el peor de los casos no.

Desde de mi punto de vista, los árbitros deben tener un perfil óptimo, lo cual brinde certeza y seguridad en la conducción del arbitraje; mayores exigencias o caprichos de los compromitentes, corren el riesgo de ser objetado su estatus, por lo que abogados o asesores deben trasmitir a clientes o representados, que hagan reinar la sensatez y la congruencia, en la designación de árbitros.

3.1.4.4. Funciones del Árbitro

Respecto a este tema, cabe plantearse ¿Qué funciones desempeña el árbitro? ¿El árbitro o tribunal arbitral ostenta poderes arbitrales ilimitados? ¿Quién determina la *kompetenz – kompetenz* de los árbitros? ¿Puede ejercerse un control de las

[359] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), pp. 188 - 189
[360] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Selección del Árbitro,** pp. 288 - 290

funciones de un árbitro? ¿La *utra petita y extra petita* del árbitro es sancionada? Qué respuestas pueden darse a estos planteamientos:

"Puede concebirse como una potestad-deber atribuida e impuesta a un órgano para dirimir litigios de trascendencia jurídica, aplicando normas sustantivas e instrumentales." [361]

Para Eduardo Pallares "Afirma que los árbitros si tienen jurisdicción para declarar el derecho controvertido en juicio." [362]

"La función que el árbitro ejerce es, por tanto, una función judicial o más exactamente, la función jurisdiccional, y de aquí que sea indudablemente su actividad correspondiente a la función y no al servicio." [363]

"Refiriéndonos especialmente al arbitraje comercial internacional, su finalidad no es exclusivamente la de dirimir un litigio como un juez estatal, reconociendo derechos y castigando las infracciones. Su función además, es la de mantener una coexistencia entre las partes no basada en criterios jurídicos y más allá del hecho de que hayan surgido en el pasado o puedan en la actualidad o en el futuro controversias sobre determinados aspectos de sus actividades comerciales." [364]

Los tribunales arbitrales suelen designar ante la omisión o desacuerdo de los compromitentes algunos elementos: "El lugar del arbitraje; el idioma; los plazos del calendario del procedimiento; organizar las vistas, las audiencias e inspecciones; oír a testigos; nombrar peritos; determinación de la legislación aplicable al procedimiento y al fondo de la controversia; determinar medidas cautelares y dictar el laudo." [365]

---

[361] FLORES GARCÍA, Fernando, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, t III, **Voz: Jurisdicción,** p. 2227
[362] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 114, (*Derecho Procesal Civil*), p. 592, 595
[363] CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Vol. 5, p. 242
[364] SANTOS BELANDRO, Rubén B., *Op. cit.*, Ver Nota 324, p. XXXIV
[365] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL – CAM, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias, Op. cit*., Ver Nota 343, pp. 87 - 88

"Tramitar el juicio arbitral con arreglo al compromiso, o en su defecto, de acuerdo con la ley procesal; designar a un secretario; nombrar un tercero en discordia cuando hayan sido autorizados; pronunciar el laudo; conocer de los incidentes; conocer de excepciones; condenar en costas e imponer multas; condenar al pago de daños y perjuicios." [366]

Los árbitros tendrán una intervención relevante en "Señalar la sede del arbitraje; determinar algún procedimiento relativo a la recusación, sustitución de árbitros; el idioma; normas aplicables al procedimiento y al fondo del negocio; pronunciar el laudo en derecho o en conciencia; ceñirse al plazo del proceso arbitral." [367]

Aparentemente el árbitro o el tribunal arbitral posee un poder ilimitado en el arbitraje; esto no es así, su intervencionismo y proceder, siempre estará sujeto a los acuerdos de las partes, consignados en el convenio de arbitraje; o en su defecto por una ley local.

La competencia de los árbitros, es muy amplia, además de la dirección del proceso, el control de los presupuestos procesales, debe subsanar aquellos aspectos procesales omitidos o inexactos de las partes.

Los árbitros no pueden tomar iniciativas o decisiones, que vayan más allá del convenio de arbitraje, su sanción es inminente, cuando la parte impugne y solicite la nulidad del laudo, o la respectiva denegación de ejecución del laudo.

Bien a bien, las funciones son bastantes, teniendo que atender sobre la sede del arbitraje, el secretario, el proceso en todas sus fases, y hasta el laudo. Más explícitamente puede iniciar estas potestades desde el momento de dictar una medida cautelar extra proceso, hasta interpretar o complementar o modificar en laudo.

[366] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 114, (*Derecho Procesal Civil),* p. 595
[367] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, pp. 93 - 94

3.1.4.5. Constitución del Tribunal de Arbitraje

¿Cómo? y ¿Por qué? proceder a conformar un tribunal arbitral.

"La eficacia de la cláusula compromisoria, o del compromiso en su caso, quedaría seriamente afectada si no tuviese como consecuencia inmediata la constitución del tribunal arbitral que ha de juzgar la controversia objeto del arbitraje, ya sea en forma voluntaria por cumplimiento espontáneo del acuerdo o pacto arbitral, ya en forma sustitutiva de la voluntad de las partes.

El efecto consecuente del pacto arbitral es, fundamentalmente, la constitución del tribunal y la puesta en marcha del proceso, que tendrá lugar a través de la designación del árbitro o de los árbitros, y la fijación de su competencia y poderes para juzgar el asunto que les ha sido encomendado por las partes.

Con justa razón se puede considerar este momento como decisivo en el desarrollo del arbitraje, pues de no quedar trabada la relación arbitral entre las partes y los árbitros, por un lado, y de éstos con el asunto del que tienen como misión juzgar… el pacto arbitral… inserto en un contrato principal, resultaría letra muerta, y conduciría al arbitraje a un callejón sin salida.

Los árbitros reciben su poder únicamente de las partes y con el alcance y extensión que éstas les han otorgado. La falta de designación de los árbitros o, en su lugar, la falta de establecimiento de la relación arbitral por causas sobrevenidas, puede dar al traste con una operación… que resultaría inoperante, porque el proceso arbitral, a diferencia del seguido ante órganos jurisdiccionales, ni se improvisa, ni se desarrolla al margen de la voluntad de las partes.

Piénsese asimismo en que, aún siendo completa una cláusula, la actitud reticente, obstruccionista o simplemente dilatoria de una de ellas, puede amenazar con arruinar el arbitraje por falta de establecimiento de la operación arbitral y del proceso subsiguiente, bien por no concurrir a la designación de los árbitros, bien por

impugnación, de la validez de la cláusula arbitral, de la investidura de los árbitros o de la extensión de sus poderes." [368]

"En el arbitraje, el acuerdo de las partes, se extiende a cuestiones tales como organización del arbitraje, del tribunal y procedimiento, comprendiéndose asimismo el número de árbitros y la calidad con que actúan.

Es raro que un tribunal arbitral tenga un número par de miembros… lo normal es que exista siempre un número impar (uno o tres árbitros)… puede admitirse un número mayor de ellos.

La determinación del número de árbitros deriva del: convenio arbitral, de un reglamento institucional o de convenios corporativos con cláusula tipo. El silencio sobre este punto puede ser suplido por el acuerdo posterior de las partes, por determinación de un reglamento institucional… o por tribunales judiciales.

La libertad de las partes o ley de autonomía son quienes fijan el número de árbitros… tendiendo a constituir un tribunal unipersonal o colegiado. Otros aspectos que se abordan sobre el particular: el nombramiento, recusación, sustitución de los árbitros dirimentes o terceros." [369]

"Una vez constituido el tribunal arbitral, diversas circunstancias pueden producir modificaciones en su estructura. Ante eventualidades… prever la reconstitución del tribunal arbitral.

Sobre la capacidad de los árbitros, por lo que son hechos externos a la voluntad de las partes; otros son actos jurídicos sobrevenidos, generando incapacidad.

Los principales actos jurídicos de modificación de la composición del tribunal arbitral son la revocación y la dimisión de los árbitros. En este caso precede un nuevo nombramiento (sustitución)." [370]

---

[368] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 725 – 726
[369] *Ibidem*, pp. 731 - 732
[370] *Ibidem*, pp. 765 - 766

La dogmática procesal ha determinado sencillamente, que deben existir condiciones para constituir un tribunal de arbitraje, de lo contrario, por más voluntad expresa de las partes, nunca podría instaurarse.

Esa voluntad a que se hace alusión, debe ser tan precisa que la falta de mención de un contenido en la cláusula compromisoria, puede complicar en mucho, o más aún hacer fracasar a los interesados, en su intento por solucionar un conflicto.

El tribunal arbitral como tal, no podrá tomar la iniciativa de su conformación, sino hay previa anuencia de las partes; de no cuidar estos tenores, se nulificará todo posibilidad de un arbitraje, y quedará expedita la vía de la jurisdicción estatal.

3.1.4.6. La Competencia Arbitral (*kompetenz-kompetenz*)

En una breve síntesis, se expone los alcances de la competencia arbitral:

"El árbitro debe impartir justicia y, por tanto, ejercer una auténtica jurisdicción. Pero el espíritu del arbitraje va más allá de este sentido primigenio de su misión, pues ha de proceder en la medida de lo querido por las partes.

La práctica consagra la fórmula de la competencia arbitral, aludiendo para ello al poder de los árbitros para llevar adelante la misión encomendada por las partes.

La competencia arbitral, al pacto que le da vida, sin el cual los árbitros quedarían relegados al papel de simples ciudadanos sin poder alguno.

El tribunal arbitral, preciso que éste tenga poder (competencia) para conocer y fallar el caso en la medida y bajo las condiciones que las partes han determinado.

Aparecen investidos los árbitros… disponer de un poder mínimo para examinar… la legitimidad de su actuación dentro del proceso incoado. (cabe destacar la revisión del contrato principal y del convenio arbitral, sobre su validez y eficacia, de no tenerse, se pone en riesgo la función y competencia de los árbitros; ante una indebida asunción de competencia, los riesgos o consecuencias, serían: la anulación del laudo o la denegación del *exequátur*)

El límite de la competencia de un árbitro o tribunal arbitral, lo será el objeto de la controversia, lo estipulado por las partes en el convenio de arbitraje, la disposición de una norma imperativa o la resolución de un juez.

La competencia arbitral se retrae desde la demanda – contestación, incidentes, presupuestos, pruebas hasta el laudo.

La competencia arbitral se extingue con el laudo… o los árbitros que cesan en sus funciones por carecer de competencia.

Las decisiones de los árbitros sobre su propia competencia, bien de oficio e implícitamente contenidas en el laudo o sentencia arbitral, bien como resultado del planteamiento por una de las partes de una excepción de incompetencia, gozan de autonomía en su esfera. Pero ello no alcanza a evitar el control de los tribunales judiciales." [371]

El árbitro que ostente jurisdicción, debe corresponderle una competencia. Cabe destacar, que esa competencia arbitral, suele estar supeditada: por la voluntad de las partes (acuerdo de arbitraje); por el Estado (a través del orden público); por una Ley, Tratado Internacional, Reglamento Institucional o la *lex mercatoria*.

Cualquier acción u omisión de los árbitros, esta impactará en la competencia, la cual será cualificada y pasada por un control judicial.

Finalmente, la competencia, que implique una irregularidad o inconsistencia de la misma, bien puede ser depurada, incluso en una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje.

3.1.5. El Proceso de Arbitraje

El proceso y el procedimiento, son el engranaje fundamental y garante para resolver una controversia. ¿Cuál es el significado de estas figuras? ¿Qué principios procesales deben regir? ¿Cómo se estructura un procedimiento arbitral? ¿Cualquier inconsistencia relacionada con el procedimiento arbitral, puede ser subsanada o corregida? Qué posibles respuestas pueden devenir.

[371] *Ibidem*, pp. 797 – 802, 810, 814, 818

3.1.5.1. Conceptualización

3.1.5.1.1. Proceso de Arbitraje

"Es aquel proceso contencioso entre partes que dirimen una controversia ante alguna persona física o moral, cuyas facultades para resolver derivan de la voluntad de los contendientes, en virtud de que lo permite el derecho objetivo.

Desglose de elementos del Juicio Arbitral:

Hay una sucesión de actos jurídicos, hechos jurídicos y actos materiales unificados hacia una finalidad común que es la solución de una controversia; las partes ventilan una contienda en la que hay un antagonismo de intereses; esta controversia no se encomienda para su solución a un juzgador estatal sino a un particular cuya facultad de resolver deriva del consentimiento de las partes; se realiza esa función por el consentimiento de las partes contendientes, pero esto sucede porque el derecho objetivo lo permite y es un derecho de las partes para someter y dirimir su controversia en juicio arbitral en lugar de que lo conozca un juez estatal." [372]

"Aquel en que se entienden una, tres o más personas (en número impar para facilitar su resolución), nombradas por demandante y demandado, para conocer y decidir la cuestión o cuestiones que se someten a su fallo." [373]

Con el devenir del tiempo, el proceso arbitral, conserva rasgos esenciales: la irritualidad, la flexibilidad, la concentración de audiencias y de fases, el desahogo de pruebas, la inmediación de partes y del tercero neutral; pende en buena medida que los compromitentes organicen este proceso, por así convenir a sus intereses, sin atentar normas imperativas que marque el derecho procesal local.

[372] ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Segundo Curso de Derecho Procesal Civil*, pp. 46 - 47
[373] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Juicio Arbitral,** p. 217

3.1.5.1.2. Procedimiento de Arbitraje

Para Gerardo Lozano Alarcón "Es el conjunto de actuaciones de las partes y del tribunal arbitral, destinadas a dirimir una controversia que ha sido sometida al arbitraje." [374]

"El procedimiento arbitral, quizá en ningún otro procedimiento como en el arbitraje se ha conservado con tanta fidelidad la audiencia en la exposición verbal libre y sin formalismos anacrónicos; es suficiente para exponer el caso, precisarlo dentro de la llaneza con que las partes suelen hablarse entre sí. Esta manifestación técnica es un privilegio del arbitraje, porque ha podido existir sin el aparato de la burocracia de documentación y acreditamiento de cada acto." [375]

El procedimiento en sentido amplio "Comprende desde la constitución del tribunal arbitral, nombramiento, o sustitución eventual de árbitros, examen y determinación de su competencia y reglas procedimentales; y en sentido estricto, circunscrito a las normas que rigen el proceso ante un tribunal arbitral ya constituido… abarca las actuaciones del órgano arbitral y de las partes, los incidentes que se puedan plantear con motivo de la marcha del proceso, los principios que lo rigen, la forma y condiciones en que se dicte la sentencia." [376]

El procedimiento arbitral, desarrollándose tangible entre los involucrados del conflicto y el o los árbitros, con etapas simples y lógicas, sin mayores ataduras del procedimiento tradicional, hace menos denso y complicado buscar la justicia necesaria a esa controversia; si esto no se logra así, el procedimiento arbitral seguirá los mimos pasos que el procedimiento tradicional del Estado, y por esta razón, no se necesita duplicar estas instancias.

---

[374] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Procedimiento Arbitral,** p. 242
[375] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. cit*., Ver Nota 295, p. 138
[376] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 822

Por otra parte, merece especial atención, que los medios tecnológicos de comunicación, telecomunicación y electrónicos, cada vez tienen una mayor presencia, en distintos momentos del procedimiento arbitral, ha permitido a los actores y árbitros, acelerar, economizar, reducir distancias y tiempos, cumpliendo con una obligación informativa o con una actuación.

3.1.5.2. Fases del Proceso

La dogmática ha señalado que fases deberán considerarse para la formación del proceso y el procedimiento en el arbitraje, sin ser definitivo, los compromitentes pueden validamente establecer aquella estructura, según sus intereses.

Se exponen varias propuestas:

a) "Fase Postulatoria. Es donde se presenta la demanda y la contestación; es decir, donde se da a conocer la pretensión de cada parte, y los elementos fácticos en que se hace apoyar la pretensión.

b) Fase de Constitución del Tribunal Arbitral. Se designan los árbitros ordinarios y extraordinarios.

c) Fase Probatoria. Corresponde demostrar la veracidad de los datos fácticos afirmados.

d) Fase Conclusiva. Se inicia con los alegatos y culmina con la sentencia o laudo arbitral. En ella se resuelve el litigio, con el señalamiento de cuál pretensión queda subordinada a la otra." [377]

[377] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, p. 186

Para José Fernando Merino Merchán, el proceso comprende:

a) Fase de Alegaciones y Contralegaciones

"Se inicia mediante un escrito de demanda en el que la parte que invoca el arbitraje pactado… una vez constituido el tribunal arbitral… se dirige a la contraparte comunicación de su pretensión.

En el escrito de demanda deberá contener las indicaciones precisas para identificar: las partes, las pretensiones, las pruebas, y los árbitros.

En cualquier momento del procedimiento las partes pueden ampliar, completar rectificar o modificar la demanda. Se corre traslado a la contraparte, y seda la reconvención.

b) Fase de Instrucción

Una vez expirado el plazo de contestación a la demanda, o en su caso, de la reconvención o la réplica cuando fueren admitidas, y hechas, en su caso, y la provisión de gastos para el arbitraje, se comenzará con la fase de instrucción propiamente.

El árbitro goza de amplios poderes en la instrucción de la causa, solicitando ampliación o aclaraciones de las partes, exigiendo en cualquier momento la presentación de documentos o pruebas complementarias, proponiendo o exigiendo pruebas.

Rige el principio de verdad material, por tanto supone la libre admisión y proposición de medios de prueba como su libre valoración por los árbitros.

Los árbitros poseen amplias facultades para impulsar el procedimiento, exigiendo escritos complementarios, proponiendo pruebas o audiencias, y declarando siga adelante el procedimiento.

El árbitro instruirá la causa en los más breves plazos… puede aplicarse la técnica del *cross – examination.*

La prueba de testigos, de documentos, de peritos, de vistas, estará sujeta a los acuerdos de las partes, y al auxilio judicial.

c) Fase de Terminación del Proceso

El procedimiento termina con el laudo. Este se pronunciará por el árbitro, o por mayoría de votos… o por el tercer árbitro o árbitro presidente en caso de discordia.

El laudo constará por escrito y contendrá los elementos de identificación del proceso, árbitros o institución administradora, la resolución, fundamentación, costas, y gastos de los árbitros." [378]

Para Julio Benetti Salgar, el proceso arbitral se estructura en dos etapas:

a) Etapa Prearbitral

"Se inicia con la solicitud de convocatoria del tribunal y termina en la primera audiencia de trámite, y además se adelanta hasta la instalación del tribunal ante el centro de arbitraje respectivo. Esta etapa se subdivide a su vez en diversas partes o subetapas claramente diferenciadas, a saber: la solicitud de convocatoria del tribunal, que debe asumir la forma de una demanda; el trámite inicial de la demanda en orden a establecer la *litis contestatio,* lo cual incluye la notificación al demandado, la contestación de la demanda, la formulación de excepciones de mérito, la demanda de reconvención, su traslado y su contestación con proposición de excepciones, así como la eventual corrección y reforma de la demanda o de la contrademanda con nueva formulación de excepciones; la celebración de una audiencia de conciliación; y la integración del tribunal arbitral, su instalación, la decisión de impedimentos y recusaciones si los hubiere, y la fijación de las sumas para honorarios y gastos del tribunal, con el consiguiente pago.

b) Etapa del Proceso Arbitral

Se inicia con la primera audiencia de trámite, y comprende la asunción de competencia, el decreto y la producción de pruebas, la audiencia para alegatos de

[378] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 884 – 887, 889 – 890

conclusión y el laudo. Con lo cual concluye el proceso y se extingue el tribunal arbitral." [379]

Como puede apreciarse, el proceso de arbitraje es *sui generis*, se marca un número amplio o mínimo de etapas, lo cierto es que, no implica que se prescinda ostensiblemente de las etapas tradicionales, ni de las garantías procesales, que todo proceso debe tener. Los derechos fundamentales de audiencia quedan salvaguardados.

No olvidar que el Estado ejercerá un control, del proceso arbitral, con el fin de que no se atente normas ni imperativas ni de orden público, cuando se solicite su ejecución del laudo.

3.2. Aspectos Específicos de la Audiencia Preliminar en el Arbitraje Comercial Internacional

Hasta ahora, se han escrito varias líneas sobre la audiencia preliminar en el contexto del proceso ordinario civil, destacándose una misión especial, como proponer la conciliación, la depuración de presupuestos procesales, y sanear el proceso de nulidades y de obstáculos; ahora corresponderá en este apartado, identificar ¿Qué dogmáticas y qué teorías explican, justifican y preponderan la audiencia preliminar, en el tema del arbitraje comercial internacional.

Ahora bien, de manera más exhaustiva habrá de destacarse la naturaleza y alcances jurídicos de esta audiencia en comento, pero en el arbitraje; por otra parte, surgen expectativas, como ¿Sí los mismos fines de la audiencia preliminar quedan refrendados para el proceso de arbitraje? ¿Presentará una misión distinta de la audiencia preliminar en el arbitraje? Será menester responder a estos planteamientos.

3.2.1. Datos Previos

Los precedentes de la audiencia preliminar en el arbitraje comercial internacional, se remontan a los trabajos emprendidos por la UNCITRAL, y es en las Notas sobre la Organización del Proceso de Arbitraje, documento emitido por este organismo especializado de la ONU, cuando se establecen criterios para la

[379] BENETTI SALGAR, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 120, p. 185

implementación esta audiencia previa, sus condiciones y supuestos que deben observarse; por tanto el arbitraje comercial internacional, perfecciona su técnica procesal.

3.2.1.1. Cronología de las Sesiones en la UNCITRAL

Se describirá en orden, la secuencia de las actividades encomendadas por la CNUDMI, a comisiones especializadas de expertos en el plano internacional; se sugirió intensificar diversas modalidades de trabajos, como congresos, proyectos, directrices, y finalmente surge un producto jurídico, como son las Notas sobre la Organización del Proceso de Arbitraje, ha que he hecho alusión.

Toda esa actividad técnica-jurídica, debía estar orientada a eficientar, planear y organizar el proceso de arbitraje de la mejor manera posible, guardando la esencia y naturaleza de este mecanismo, pero sería través de la audiencia en cuestión, que concentre, que prevea la evolución del arbitraje, y no se disipe, no se desgaste, no se diluya, el gran capital procesal. Todo lo anterior redituó en:

Sesión No. 19°

La Comisión de la CNUDMI, en su 19° período de sesiones, celebrado en 1986, examinó un informe titulado "Coordinación de la labor: actividades de organizaciones internacionales sobre determinados aspectos del arbitraje (A/CN.9/280)."

El informe abarcó las actividades de varias organizaciones internacionales en lo relativo a las siguientes cuestiones del arbitraje: arbitraje multilateral, práctica de pruebas, cooperación judicial internacional en la práctica de pruebas en las actuaciones arbitrales, ley aplicable a los acuerdos de arbitraje, adaptación o complementación de contratos por terceros, y código de ética para árbitros en el arbitraje comercial internacional. Se planeaba la posible elaboración de directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias.

Sesión No. 25°

En el Congreso de Comercio Mercantil Internacional celebrado por CNUDMI durante su 25° período de sesiones en 1992, y en otros foros en los que se examinó el arbitraje internacional, se observó en algunos casos el principio de discrecionalidad y flexibilidad del procedimiento arbitral podía hacer difícil que los participantes previeran la forma de proceder y de preparar las diversas actuaciones.

Sesión No. 26°

En su 26° período de sesiones, celebrado en 1993, la Comisión examinó una nota de la Secretaría titulada "Directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias en el procedimiento arbitral" (A/CN.9378/Add.2).

La nota fue redactada a raíz de una sugerencia formulada en el Congreso sobre Derecho Mercantil Internacional que la CNUDMI celebró en Nueva York del 18 al 22 de Mayo de 1992.

Esta nota, tras indicar la conveniencia de observar los principios de discreción y flexibilidad en la dirección del proceso arbitral, hacía ver que en algunas circunstancias esos principios podían dificultar que los participantes en un arbitraje se prepararan para las diversas fases del proceso arbitral. Además, se describía cómo se podían evitar esos problemas celebrando en una fase temprana del procedimiento arbitral una reunión preparatoria del proceso en la que estudiar y planear las actuaciones. Además, la nota proponía que la Comisión preparase directrices para esas reuniones preparatorias y en ella se formulaba una lista provisional de los temas que esas directrices podían abordar.

Sesión No. 27°

La Comisión pidió a la Secretaría que preparase un proyecto de directrices para su examen y aprobación en su 27° período de sesiones de 1994. (Proyecto de directrices para la reunión preparatoria del proceso arbitral ACN.9/396/Add.1)

El proyecto se examinó también en varias reuniones de profesionales del arbitraje, entre ellas el decimosegundo congreso internacional de arbitraje, organizado por el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial en Viena, en Noviembre de 1994.

Sobre la base de esas liberaciones en el seno de la comisión y de otros órganos, la secretaría preparó un "Proyecto de notas sobre organización del proceso arbitral" (A/CN.9/410).

Sesión No. 28°

Este Proyecto de Notas fue examinado por la comisión en su 28° período de sesiones 1995.

Partiendo de estas consideraciones, la secretaría preparó una revisión del proyecto de notas sobre organización del proceso arbitral (A/CN.9/423), que fue examinado y ultimado por la comisión en el 29° periodo de sesiones.

Sesión No. 29°

La Comisión ultimó las Notas en su 29° período de sesiones (Nueva York, 28 de Mayo a 14 de Junio de 1996) de la siguiente manera:

II. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Examen del Proyecto de Notas sobre Organización del Proceso Arbitral

La Comisión consideró que el proyecto preparado por la Secretaría y contenido en el documento A/CN.9/423 se ajustaba en líneas generales a las consideraciones expuestas a la Comisión en su 28s período de sesiones (1995) y ofrecía una base sólida para que la Comisión examinara y aprobara el texto en el presente período de sesiones.

La Comisión reiteró su aprobación de los principios que habían inspirado la redacción del proyecto de Notas, entre los cuales figuraba el de que las Notas no deberían afectar en modo alguno a la flexibilidad del proceso arbitral; que era necesario evitar el establecimiento de requisitos más allá de las leyes, reglamentos o usos existentes y, en particular, asegurarse de que el sólo hecho de que las Notas o cualquier parte de ellas no fueran aplicadas no llevaría a la conclusión de que se había violado algún principio procesal ni sería motivo para negarse a hacer cumplir un laudo; y que las Notas no deberían tratar de armonizar prácticas arbitrales dispares ni recomendar la utilización de procedimiento en particular…

B. Aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre Organización del Proceso Arbitral

Al concluir sus deliberaciones sobre el proyecto de Notas, la Comisión:

i. Aprobó el texto del proyecto de Notas en la forma modificada en el período de sesiones en curso;

ii. Decidió que el texto aprobado se titulara Notas de la CNUDMI sobre organización del proceso arbitral;
iii. Pidió a la secretaría que procediera a la edición del texto final de las Notas de la CNUDMI de conformidad con las decisiones adoptadas en el período de sesiones; que revisara las versiones del texto en los distintos idiomas a fin de velar por que hubiera concordancia entre ellas; que uniformara el uso de los términos técnicos con otros textos de la Comisión, en particular con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional; que produjera las Notas de la CNUDMI como publicación por separado; y que distribuyera ampliamente la publicación, incluyendo en esa distribución a las instituciones de arbitraje, las cámaras de comercio y las asociaciones profesionales nacionales e internacionales pertinentes.

3.2.1.2. Bases para la creación de una Audiencia Preliminar

La experiencia y la práctica de abogados, investigadores, docentes, entre otros, influyeron en un número importante de documentos de la UNCITRAL, que apoyaron la tesitura de una audiencia preliminar, con el consecuente objetivo de apoyar a todos los sujetos vinculados con el arbitraje, para prepararlos, en ordenar y organizar el proceso arbitral. Por ahora, destacare, sólo dos documentos emblemáticos ha este respecto:

3.2.1.2.1. Directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias en el procedimiento arbitral de 1993. (A/CN.9/378/Add.2)

Observaciones de Forma y de Fondo para el Procedimiento de Arbitraje:

Con base en los principios de flexibilidad y discrecionalidad, los participantes planeen las actuaciones y preparen sus acciones procesales; si no se cumple con esta meta, especialmente en los arbitrajes internacionales… las actuaciones pueden ser sorprendentes, imprevisibles y difíciles de preparar, lo que puede originar equívocos, retrasos y mayores costos.

Existe la práctica de celebrar, poco después de la constitución del tribunal arbitral, una reunión entre dicho tribunal y las partes con miras a aclarar y planear las actuaciones posteriores. En esas reuniones se establecen acuerdos procesales adecuados o se adoptan decisiones para que las audiencias posteriores sean más eficaces y previsibles.

En la práctica, las conferencias previas se convocan independientemente de que el reglamento de arbitraje convenido prevea o no esas conferencias. Esto indica

que los tribunales arbitrales consideran que la decisión de convocar una conferencia de esta clase corresponde a la facultad general de que goza el tribunal arbitral en materia de procedimiento para dirigir las actuaciones de la forma que considere adecuada.

Las directrices tendrían por finalidad aumentar el grado de certidumbre y posibilidades de predicción de las actuaciones arbitrales, manteniendo al mismo tiempo la flexibilidad en la dirección de las actuaciones, y al insistir a las partes, en poner atención, junto con los árbitros las cuestiones que podrían examinarse en las conferencias previas.

Temas que podrían examinarse, bajo esta audiencia preliminar:

- Disposiciones que rijan el arbitraje.
- Apoyo administrativo.
- Nombramiento de un secretario del tribunal.
- Posibilidad de transacción.
- Puntos en litigio, reparación o remedio deseado, orden de decisión de las cuestiones.
- Declaración de hechos controvertidos.
- Lugar del arbitraje.
- Audiencias.
- Idioma de las actuaciones.
- Declaraciones escritas.
- Prueba documental.
- Prueba material.
- Disposiciones prácticas con respecto a las declaraciones y documentos escritos.
- Prueba testifical.
- Prueba pericial.
- Disposiciones de procedimiento para el arbitraje multilateral.

3.2.1.2.2. Proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral de 1994: Informe del Secretario General. (A/CN.9/396 y A/CN.9/396/Add.1).

Consideraciones Generales y Particulares

Los reglamentos de arbitraje…suelen dejar al tribunal un amplio margen para la dirección del proceso.

De no planificar el tribunal el proceso o de ser la planificación insuficiente, las actuaciones pueden resultar imprevisibles y costosas.

El objetivo de una reunión preparatoria… sirve para abordar varios temas de orden procesal.

Cabe señalar qué, de celebrarse una reunión preparatoria, su organización y orden del día y la manera de celebrarla deberán ser conforme a las circunstancias del caso.

La reunión preparatoria suele ser convocada a iniciativa del tribunal arbitral o de su presidente, generalmente tras haber consultado con las partes.

La conveniencia de convocar una reunión preparatoria dependerá de que el tiempo y el gasto que ocasione vayan a ser compensados por los beneficios previsibles en términos de mayor pronosticabilidad del proceso, mejor comprensión de sus trámites por los participantes, mayor eficiencia de las vistas y mejor atmósfera procesal.

Cuanto más complejo sea el caso, tanto más conveniente será convocar una reunión preparatoria para coordinar y planificar los trámites y para adaptarlos a las circunstancias del caso.

Se propone a examinar en la audiencia preliminar:

- Régimen del proceso arbitral.
- Competencia y composición del tribunal arbitral.
- Posibilidad de resolver por acuerdo de controversia.
- Definir los puntos controvertidos y el orden para su examen.
- Cuestiones de hecho o de derecho no controvertidas.
- Disposiciones relativas a la prueba documental; pruebas materiales; prueba de testigos y prueba pericial.
- Disposiciones relativas a la presentación de escritos.
- Detalles prácticos relativos a los escritos y elementos de prueba.
- Vistas.
- Idioma de las actuaciones.
- Apoyo administrativo.
- Secretario o escribano de un tribunal arbitral.
- Lugar del arbitraje.
- Normas imperativas aplicables al proceso arbitral.
- Arbitraje multilateral.
- Suma depositada para sufragar las costas procesales.
- Otras cuestiones de procedimiento.

3.2.1.3. Las Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral

Son el mejor referente normativo, ya que promueve la instauración de una audiencia preliminar en el procedimiento arbitral, y en ella podría examinarse varias

temáticas de orden procesal. Ahora enunciare cuales son esas notas y un breve contenido de las mismas:

3.2.1.3.1. Índice Temático

- Reglamento de arbitraje.
- Lengua de las actuaciones.
- Lugar del arbitraje.
- Servicios administrativos que el tribunal arbitral puede necesitar para desempeñar sus funciones.
- Provisión inicial de fondos para sufragar las costas.
- Confidencialidad de la información relativa al arbitraje; posible acuerdo al respecto.
- Comunicación de escritos entre las partes y los árbitros.
- Telefax y otros medios electrónicos de enviar documentos.
- Disposiciones para el intercambio de escritos.
- Aspectos prácticos relativos a los escritos y elementos de prueba (por ejemplo, método de presentación, ejemplares, enumeración, referencias)
- Definición de los puntos controvertidos; orden por el que se resolverán; definición de la reparación o remedio que se solicite.
- Posibilidad de negociar una solución amigable y efectos de esa negociación sobre el calendario del procedimiento.
- Prueba documental.
- Pruebas materiales distintas de los documentos.
- Testigos.
- Peritos y prueba pericial.
- Vistas.
- Arbitraje multilateral.
- Posibles requisitos en materia de archivo o comunicación de los laudos arbitrales.

3.2.1.3.2. Breve Contenido de cada Nota

a) Reglamento de Arbitraje:

Si las partes no han convenido en un reglamento de arbitraje, ¿desean hacerlo? Sucede a veces que partes no estipularon en su cláusula compromisoria cuál sería el reglamento por el que se regiría su eventual proceso de arbitraje, luego desean hacerlo una vez iniciado el arbitraje.

b) Lengua de las Actuaciones:

Muchos reglamentos y otras normas de procedimiento arbitral facultan al tribunal para determinar la lengua o lenguas que se utilizarán en el proceso, si las partes no han convenido nada al respecto:

i. Necesidad eventual de traducir, total o parcialmente, los documentos.
ii. Necesidad eventual de interpretación de las intervenciones orales.
iii. Costo de la traducción e interpretación.

c) Lugar del Arbitraje:

i. Determinación del lugar del arbitraje, caso de que no esté ya convenido por las partes:

Si no se ha convenido en un lugar, el reglamento aplicable al arbitraje suele determinar que el tribunal arbitral o la institución encargada del arbitraje tendrán atribuciones para determinar el lugar. Si el tribunal arbitral debe adoptar esa decisión, quizá desee escuchar la opinión de las partes antes de hacerlo.

ii. Posibilidad de que se hayan de celebrar reuniones fuera del lugar del arbitraje:

Muchos reglamentos de arbitraje y leyes de procedimientos arbitral permiten expresamente al tribunal celebrar reuniones en un lugar distinto del lugar del arbitraje.

d) Servicios Administrativos:

Puede ser necesario facilitar diversos servicios administrativos… para que el tribunal arbitral pueda desempeñar sus funciones.

A este fin, cabe contratar los servicios de un secretario del tribunal arbitral (denominado también escribano, oficial, administrador o relator) para que se ocupe de esas tareas bajo la dirección del tribunal.

e) Provisión Inicial de Fondos:

i. Suma que deberá depositarse:

En un arbitraje a cargo de una institución, ésta fija a menudo, sobre la base de una estimación de las costas el procedimiento, la suma que deberá depositarse como anticipo para sufragar las costas del arbitraje. En otros casos, es costumbre que el tribunal arbitral haga esa estimación y solicite un depósito.

ii. Sumas complementarias:

Si durante el proceso se ve que las costas serán superiores a lo previsto, pudiera ser preciso depositar sumas complementarias (por ejemplo, si el tribunal arbitral decide, de conformidad con el reglamento de arbitraje, designar un perito).

f) Confidencialidad de la Información:

Se acostumbra a considerar que la confidencialidad es uno de los rasgos más ventajosos y útiles del arbitraje.

g) Comunicación de Escritos entre las Partes y los Árbitros:

Cuando la cuestión de cómo deberán comunicarse los documentos y otros escritos entre las partes y los árbitros no esté resuelta por el reglamento convenido o, si se encarga del arbitraje una institución, por las prácticas de ésta, sería conveniente que el tribunal arbitral aclarara esta cuestión con la prontitud requerida para evitar malentendidos y demoras.

h) Telefax y otros Medios Electrónicos:

i. Telefax.

ii. Otros medios electrónicos (por ejemplo, correo electrónico, discos magnéticos u ópticos).

i) Disposiciones para el Intercambio de Escritos:

Una vez que hayan presentado su demanda y su contestación de apertura, las partes tal vez deseen quizá por que el tribunal se lo pida presentar nuevos escritos para preparar la vista o para que sirvan de base para resolver el caso sin necesidad de celebrarla.

i. Calendario para la presentación de los escritos.

ii. Presentación consecutiva o simultánea.

j) Aspectos Prácticos Relativos a los Escritos y Elementos de Prueba:

En función del volumen y de la clase de documentos que deban examinarse, puede considerarse la conveniencia de adoptar medidas prácticas sobre aspectos como los siguientes:

i. Si los escritos deberán presentarse como documentos de papel o por medios electrónicos, o por uno y otro medio.

ii. Número de ejemplares de cada documento que deberán presentarse.

iii. Sistema de numeración de los documentos y elementos de prueba, y método para identificarlos, por ejemplo, mediante etiquetas.

iv. Forma de citar los documentos (por ejemplo, por su título y el número asignado al documento, o por su fecha).

v. Numeración de los párrafos de los escritos presentados, a fin de facilitar la referencia exacta a partes del texto.

vi. Cuando se hayan de presentar traducciones consignadas sobre papel, indicar si se han de presentar en un mismo volumen junto con el original o en volúmenes aparte.

k) Definición de los Puntos Controvertidos:
i. ¿Debe prepararse una lista de puntos controvertidos?

Al considerar las alegaciones y argumentos de las partes, el tribunal arbitral puede considerar útil, para su propia labor o para las partes, preparar, con fines analíticos y a fin de facilitar el examen, una lista de los puntos controvertidos, en contraposición a los que no sean objeto de controversia.
ii. Orden que se ha de seguir para resolver los puntos controvertidos.
iii. ¿Será necesario definir más exactamente la reparación o remedio que se solicita?

l) Posibilidad de Negociar una Solución Amigable:

Las opiniones difieren sobre si resulta conveniente que el tribunal arbitral evoque la posibilidad de un acuerdo. Teniendo en cuenta la diversidad de prácticas a este respecto, el tribunal sólo debe sugerir con cautela la apertura de negociaciones. Sin embargo, puede ser oportuno que el tribunal programe sus actuaciones con miras a facilitar la apertura de negociaciones para llegar a un acuerdo, o su continuación.

m) Prueba Documental:
i. Plazos para la presentación de las pruebas documentales previstas por las partes; consecuencias de su presentación tardía.
ii. ¿Tiene el tribunal arbitral previsto pedir a las partes que presenten pruebas documentales?
iii. ¿Debe presumirse la exactitud de los asertos sobre el origen y la recepción de los documentos y sobre la conformidad de las fotocopias?
iv. ¿Estarían las partes dispuestas a presentar un solo juego conjunto de pruebas documentales?
v. ¿Debe pedirse que las pruebas documentales voluminosas y complejas sean presentadas en forma de resúmenes, cuadros, gráficos, extractos o muestras?

n) Pruebas Materiales:

En algunos arbitrajes, el tribunal puede verse llamado a valorar pruebas materiales distintas de los documentos, por ejemplo, a inspeccionar muestras de mercancías, a ver una grabación en vídeo o a asistir a la demostración del funcionamiento de una máquina.
i. Medidas que deberán adoptarse si se presentan pruebas materiales.
ii. Medidas que deberán adoptarse si es necesaria una inspección in situ.

o) Prueba de Testigos:

Las leyes y los reglamentos de procedimiento arbitral suelen dejar considerable margen con respecto a la forma de practicar la prueba testifical, por lo que las prácticas procesales son diversas.

A fin de facilitar a las partes su preparación para las vistas, sería conveniente que, antes de que se celebren, el tribunal aclarara la totalidad o algunas de las siguientes cuestiones:
i. Notificación previa al tribunal de todo testigo que se desee presentar; deposición por escrito de los testigos.
ii. Práctica del interrogatorio de los testigos.
iii. Orden en que se formularán las preguntas y forma de interrogar a los testigos.
iv. Casos en los que deberá prestarse el testimonio bajo juramento o promesa y forma en la que deberá prestarse.
v. Presencia en la sala de testigos cuando no estén prestando testimonio
vi. Entrevistas con los testigos antes de su comparecencia en la vista.
vii. Deposición de representantes de una de las partes.

p) Peritos y Prueba Pericial:

Muchos reglamentos y otras normas sobre el procedimiento arbitral se ocupan de la participación de los peritos en el proceso arbitral. Es frecuente que el tribunal arbitral esté facultado para designar un perito con el encargo de que dictamine sobre ciertas cuestiones; suele permitirse además que las partes presenten pruebas periciales sobre puntos controvertidos. En otros casos, corresponde a las partes presentar pruebas periciales, y nadie espera que el tribuna se encargue de designar peritos.

i. Peritos designados por el tribunal arbitral.
ii. Mandato del perito
iii. Oportunidad que debe darse a las partes para comentar sobre el dictamen pericial, presentando, si es preciso, testimonios periciales.

q) Las Vistas:
i. Decisión sobre la celebración de la vista. Los reglamentos y otras normas sobre el procedimiento arbitral definen a menudo casos en que los que deberán celebrarse vistas orales y casos en los que el tribunal arbitral podrá decidir a su arbitrio si procede o no celebrarlas.
ii. Conveniencia de celebrar una sola serie continua o varias series separadas de vistas.
iii. Fijación de fechas para las vistas.
iv. Conveniencia de limitar el tiempo total de que dispondrán las partes para presentar sus alegaciones orales e interrogar a los testigos.
v. Orden en el que las partes presentarán sus alegaciones y pruebas.
vi. Duración de las vistas.
vii. Medidas para dejar constancia de las vistas.

r) Arbitraje Multilateral:
Cuando en un solo arbitraje intervienen más de dos partes (arbitraje multilateral), las consideraciones sobre la necesidad de organizar el procedimiento arbitral.

s) Posibles Requisitos en Materia de Archivo o Comunicación de los Laudos Arbitrales:
En algunos ordenamientos nacionales, los laudos arbitrales deberán ser archivados o inscritos ante un tribunal o autoridad similar, o deberán ser comunicados por un procedimiento especial o por conducto de alguna autoridad determinada.

3.2.2. Pronunciamientos en favor de la implementación de una Audiencia Preliminar

Los expertos en materia de arbitraje comercial internacional, han advertido que no siempre los compromitentes pueden o han acordado, planificado o previsto, todas las circunstancias o las condiciones básicas para el desarrollo del arbitraje; por tal motivo, propugnan por la celebración de una audiencia preliminar, en los siguientes términos.

3.2.2.1. Teorías en el ámbito Internacional

a) Para Philippe Fouchard

"Que en razón del principio de libertad y de flexibilidad en la conducción del procedimiento arbitral, podría, en ciertos casos, ser difícil a los participantes prever la manera en la que se desarrollarían el procedimiento y los diversos actos del mismo.

Con este propósito, fue declarado que se podrían evitar o reducir esas dificultades organizando desde las primeras etapas del procedimiento arbitral una

conferencia entre los árbitros y las partes, a fin de discutir el procedimiento y planificarlo.

Puede ocurrir que al principio de ciertos procedimientos arbitrales, un encuentro preliminar entre árbitros y las partes sea útil. Puede permitir que desaparezca ambigüedades, quitar ciertos obstáculos, e informar a partes inexpertas sobre el desarrollo ulterior del procedimiento." [380]

b) Para José Fernando Merino Merchán y José María Chillón Medina

"El tribunal arbitral habrá de adoptar en todo caso una serie de decisiones preliminares, por sí o en combinación con las partes, y relativas a cuestiones de postulación y representación, fijación del objeto de la controversia, lugar del arbitraje, idioma, etc." [381]

c) Para Elena Martínez García

"Corresponde a las partes diseñar la forma y características de una audiencia. Ésta es la razón por la que en numerosas ocasiones… he defendido la conveniencia de pactar una suerte de audiencia preparatoria o previa, donde fijar estos mínimos tan importantes que en definitiva, marcan el alcance de la actuación del árbitro y repercuten en seguridad jurídica y evitan recursos de anulación posteriores injustificadas.

Este trámite es aconsejable realizarlo tras la oferta del encargo arbitral y su aceptación, pero antes de la fase de alegaciones, pues muchos de los mínimos que allí se establecen deberían encontrarse ya reflejados en este momento.

En la audiencia preparatoria se determina los siguientes mínimos: reiteración de la parte y de su posible representación; dirección cierta a efectos de notificación; posible delimitación de la relación jurídica controvertida objeto del proceso;

---

[380] *Une initiative contestable de la CNUDMI A propos du projet de Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales,*[En Línea] <*http://www.kluwerarbitration.com*> [fecha de consulta 20 de mayo de 2003]

[381] MERINO MERCHÁN, José Fernando CHILLÓN MEDINA José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 878

audiencias imprescindibles basadas en la presencia judicial y/o inmediación; oralidad o escritura en la tramitación procesal; preclusiones obligatorias para la parte y el árbitro; aplicación o no supletoria de la ley procesal civil; sede de celebración del arbitraje y posibles audiencias en lugares distintos a la sede principal; idioma del arbitraje; posibilidad de uso de la videoconferencia; normas aplicables al procedimiento y al fondo; facultad de los árbitros para adoptar medidas cautelares; facultad del árbitro para solicitar prueba de oficio; calendario de actuaciones, y cualquier otro término que para las partes o el árbitro tuviere su trascendencia.

Todos estos mínimos pasan a tener fuerza de ley entre las partes y para el árbitro y su quiebra dará lugar a la anulación del laudo arbitral." [382]

d) Para Antonio Guillermo Rivera Neutze y Rainer Armando Gordillo R.

"Usualmente los arbitrajes internacionales involucran partes de distintas culturas socio-jurídicas. Los miembros del tribunal pueden provenir de distintos sistemas legales. Tales expectativas divergentes hacen aún más importante el prestar atención inmediata a las cuestiones de procedimiento. Por lo general, el método más efectivo para determinar cuestiones de procedimiento y otras de naturaleza conexa, es la audiencia preliminar.

No existe un conjunto de procedimientos de arbitraje comercial internacional aceptado en forma genérica. Las partes tampoco están sujetas a obligaciones legales para adelantar procedimientos en forma específica. En efecto, es fundamental para el proceso que las partes estén en libertad de establecer sus propios procedimientos…

Existen varias fórmulas para el orden a ser seguido en la reunión preliminar, pero por lo general hacen referencia a los mismos: ley aplicable; idioma de los procedimientos; definición de temas; forma de la demanda o contestación; exhibición de documentos; pruebas; peritazgos, etc." [383]

---

[382] BARONA VILAR, Silvia, (Coord.) *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre)* pp. 1037 - 1040

[383] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. cit*., Ver Nota 295, p. 147

e) Para Julio Benetti Salgar

"La primera audiencia de trámite, que después de la audiencia de instalación del tribunal es la que merece una atención… porque en esta audiencia son diversos los objetivos que el tribunal arbitral debe cumplir, por lo cual es bien posible que sea necesario suspenderla una o varias veces, hasta lograr todo su cometido.

El tribunal arbitral, mediante un auto, cita a las partes para tal audiencia, señalando al efecto la fecha, hora y local respectivos; a esta audiencia se cita con diez días de anticipación y el auto se notificará personalmente a las partes o a sus apoderados y, en su defecto, por correo certificado.

La audiencia se desarrolla de la siguiente manera: en primer lugar, se lee el documento que contenga el pacto arbitral y las cuestiones sometidas a la decisión arbitral y se expresa las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía. Ello implica un estudio de la demanda, contrademanda y de las correcciones o reformas que se hubieren hecho, si fuere el caso.

También puede haber lugar a resolver sobre recursos de reposición interpuestos en relación con defectos de que pudiere adolecer la demanda, o la contrademanda, que es la forma para alegar estas deficiencias; las partes propongan nuevas cuestiones al tribunal; el tribunal resuelve sobre su propia competencia; el tribunal puede determinar por su propia iniciativa o a solicitud de las partes si es necesaria o no la intervención en el proceso de terceros que no hayan suscrito el pacto arbitral, ordenando su citación; en esta audiencia se presenta también la primera oportunidad que el tribunal tiene para decretar las medidas cautelares que se hubieren pedido; adoptar las medidas necesarias para el saneamiento del proceso, y evitar nulidades y laudo inhibitorio, y fijar los hechos, pretensiones y excepciones de mérito.

Finalmente, es bueno llamar la atención acerca de que esta primera audiencia de trámite es el único momento procesal para alegar vicios de nulidad del pacto

arbitral por defectos de capacidad o de consentimiento, o la indebida integración del tribunal arbitral." [384]

f) Para Alan Redfern y Martin Hunter

"…Tan pronto como fuere posible a partir de su constitución, el tribunal concertará una reunión con las partes o sus representantes para determinar el procedimiento que se seguirá en el arbitraje." [385]

g) Para José Carlos Fernández Rozas

"La flexibilidad del procedimiento arbitral permite que el tribunal arbitral y las partes… convocar a una audiencia previa para preguntarles cómo quieren que se conduzca el procedimiento." [386]

3.2.2.2. Teorías en el ámbito Nacional

a) Para Francisco González de Cossío

"Es útil que una junta preliminar entre las partes y los árbitros tenga lugar con la finalidad de establecer los aspectos que regirán el procedimiento arbitral. Es recomendable que como parte de dicha junta se ventilen los aspectos procesales que las partes deben saber a efecto de seguir el procedimiento." [387]

b) Para James A. Graham y Carlos Leal Isla Garza

De su Guía Práctica para el Arbitraje Internacional, señalan:

Artículo 14 Conferencia preparatoria. El tribunal, previa consulta con las partes, fijará la fecha de la Conferencia Preparatoria, en un plazo no mayor de 15 días hábiles a partir de la recepción del expediente por el tribunal.

"La conferencia tiene por objeto reunir por primera vez a las partes físicamente y preparar el buen desarrollo del procedimiento… esto es con el fin de

[384] BENETTI SALGAR, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 120, pp. 198 – 200
[385] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL – CAM, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias, Op. cit*., Ver Nota 343, p. 180
[386] *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina,* p. 752
[387] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 237

brindar mayor seguridad a las partes en el procedimiento… se debe explicar a las partes en qué consistirá el procedimiento arbitral, así como analizar los documentos presentados por las mismas, llamar su atención sobre aquellos documentos faltantes, y en su caso exigir testimonios notariales o traducciones oficiales.

La conferencia tiene la vocación también de otorgar a las partes una oportunidad para que consideren la posibilidad de recurrir a una negociación o a una mediación." [388]

c) Para Luis Enrique Graham Tapia

"Las audiencias preliminares, siempre será de gran utilidad, que el tribunal arbitral, conjuntamente con las partes, discutan todo lo relacionado con la organización del procedimiento. Ello contribuye a que en las etapas subsecuentes, tanto las partes como el tribunal arbitral, puedan abocarse en mayor medida al fondo del asunto que a la estrategia de procedimiento en sí. Inclusive, para los arbitrajes en los que hay una gran complejidad en cuestiones de procedimiento… el hecho de tener acuerdos de procedimiento permitirá al propio tribunal… ventilar satisfactoriamente esas cuestiones.

Es práctica común en arbitrajes, especialmente en los internacionales, celebrar una audiencia preliminar como primera fase del procedimiento. Ciertamente, se hace más necesaria esta reunión de trabajo en el arbitraje internacional, porque usualmente es muy complicado coordinar acuerdos de procedimiento a distancia, tomando en consideración que las partes y los árbitros tienen su residencia en distintos países.

Dependiendo de la complejidad de las cuestiones de procedimiento sobre las cuales sea necesario un acuerdo, puede determinarse el mejor formato para una junta preliminar." [389]

d) Para Carlos Rodríguez González Valadez

"Que la discrecionalidad y flexibilidad del tribunal arbitral, además de brindar igualdad a las partes y dando a cada una de ellas plena oportunidad para hacer valer

[388] *Guía Práctica para el Arbitraje Internacional,* p. 53
[389] *El Arbitraje Comercial,* p. 173

sus derechos… es aconsejable ejercer la discrecionalidad del tribunal arbitral, acordando la celebración de una audiencia previa a las actuaciones arbitrales pues en la mayoría de los casos es difícil que los participantes, al celebrar el acuerdo arbitral, prevean todos los aspectos relacionados con la procedencia y con la preparación de las diversas actuaciones…

Se establece que se puede evitar o reducir muchas dificultades si en una primera fase del procedimiento arbitral (poco después de la constitución del tribunal arbitral) se celebra una conferencia previa a la audiencia entre los árbitros y las partes.

En la práctica, estas conferencias previas suelen convocarse independientemente de que el reglamento de arbitraje convenido las prevea o no, pues actualmente tales conferencias previas se realizan con fundamento en la facultad del tribunal arbitral de dirigir las actuaciones en la forma que consideren adecuada.

Las audiencias previas pueden realizarse en una sola reunión o un conjunto sucesivo de ellas, dependiendo de la complejidad del caso. Asimismo, no existe limitación alguna para que se hagan por correspondencia u otros medios de telecomunicación, como son el telefax, llamadas telefónicas o correo electrónico. El lugar donde se pueden efectuar las reuniones puede ser el mismo lugar sede del arbitraje o alguno distinto. Tampoco existe limitación para celebrar dichas reuniones en cualquier etapa del procedimiento, aunque lo recomendable es que se celebren una vez que se haya integrado el tribunal arbitral y antes de que se inicie propiamente el procedimiento.

Los árbitros deben preparar un programa con los temas a examinar en la conferencia previa, y deben comunicarlo con anticipación a las partes. Como resultado de la conferencia previa, el tribunal arbitral debe elaborar un documento que firmen todas las partes y en donde se haga constar todo lo acordado.” [390]

[390] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ VALADEZ, Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 297, pp. 112 - 113

e) Para Alejandro Ogarrio España

"Que en muchas ocasiones antes de que el tribunal arbitral inicie el procedimiento propiamente dicho, necesita resolver diversas cuestiones en forma preliminar. Una de ellas es… las reglas y procedimientos por los que deberá regirse el arbitraje, decidiendo sobre la ley aplicable tanto en el aspecto procesal como en las cuestiones de fondo." [391]

Estos postulados se dirigen principalmente a sensibilizar y reforzar la idea de implementar una audiencia en los términos ya citados, en el procedimiento de arbitraje, dependerá en mucho que árbitros y partes, admitan y acepten que un proceso de arbitraje nunca podrá desarrollarse de manera óptima, si existen motivos, razones o elementos procesales, que impidan ese curso.

Para ese escenario, se diseño la ya, cita audiencia preliminar, sus fines concurren a ordenar, organizar y sanear el proceso respectivo.

No es dable, que un árbitro o tribunal arbitral, inicie las actuaciones, a sabiendas de que no hay condiciones o que son insuficientes para un proceso arbitral; por el prestigio y la probidad, creo que un árbitro no tendería al desgaste de las partes, al desperdicio de tiempo, a erogaciones económicas innecesarias, y sobre manera, llevar a un callejón sin salida el arbitraje.

Si los árbitros o tribunales arbitrales, que por su experiencia y práctica, denoten serios obstáculos para el desenvolvimiento de un proceso, no deben llevar a las partes, ni el proceso arbitral al fracaso, es decir, a la nulidad del proceso y del laudo.

La mejor manera de solventar, proponer, corregir o enmendar un proceso arbitral, sería a través de una audiencia preliminar, momento oportuno para tal efecto.

Finalmente, la función de un árbitro, será resolver sobre los intereses opuestos por los compromitentes, pues bien, que se dedique a ese tenor; y evidentemente, no se distraiga y pierda su valioso tiempo en otros asuntos.

---

[391] PEREZNIETO CASTRO, Leonel, (Comp.), *Op. cit*., Ver Nota 340, (*Arbitraje Comercial Internacional*), p. 81

3.3. Contextos de imprevisión en el procedimiento de arbitraje comercial internacional

3.3.1. Primeros Escenarios de Imprevisión

Tabla 2. Escenarios de Imprevisión.

Particular: Nacionalidad Domicilio	**Celebración del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías (Negociaciones Comerciales)** Tercer Foro	Particular: Nacionalidad Domicilio

El Convenio de Arbitraje ↓	**Cuando se suscita el conflicto** ↓
1. Puede contener sólo la mención del arbitraje. 2. Puede constar algunos o insuficientes aspectos relacionados con el arbitraje. 3. Pueden constar aspectos del arbitraje, pero siendo erróneos o inexactos. ↓	1. Cuando se suscita el conflicto, los compromitentes deben avocarse a instar a los árbitros, con miras a constituirse e iniciar el proceso arbitral correspondiente. 2. Si las partes no fijaron plazos, términos y preclusiones. 3. Si las partes no definieron las actuaciones, audiencias y vistas. 4. Si las partes no establecieron las etapas o fases del procedimiento arbitral. 5. Si las partes no han organizado las pruebas. 6. Si las partes no han determinado las disposiciones normativas aplicables a todo el arbitraje. 7. Para el caso de circunstancias procesales supervenientes, no se ha previsto nada. ↓
Consecuencia que se produce ↓	**Consecuencia que se produce** ↓
Un convenio: Ineficaz - Patológico ↓	Se impide desarrollar el arbitraje ↓
Alternativa ↓	**Alternativa** ↓
A través de una Audiencia Preliminar Convalidar ese Convenio de Arbitraje	**Audiencia Preliminar** Organizar y Depurar el Procedimiento Arbitral

Fuente: Elaboración Propia.

3.3.2. Magnitud de la imprevisión en el arbitraje: Supuestos

Del estudio del arbitraje comercial a nivel internacional, se ha observado que su instrumentación es complicada y su instauración resulta a veces cauta e imprecisa.

Son los propios árbitros quienes han referido, que la conjunción de la imprevisión, la convalidación de elementos procesales, fuera de tiempo, y la falta de cooperación de los compromitentes, son factores, determinantes para un fracaso del arbitraje.

Para evitar ese escenario, la UNCITRAL aporto la solución a este respecto, y es que a través de las Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral, se sugiere la implementación de una audiencia preliminar, en la que se revisaría una guía temática no exhaustiva, sobre aspectos del proceso de arbitraje, esto contribuiría particularmente a una expedites, concentración y ejecución del mismo.

Lo anterior es muy significativo, pero no suficiente, se considera que hay muchos más aspectos procesales, no previstos ni contemplados, en las referidas Notas, por ello, debe aproximarse a delimitarlos y fijar cuales podrían ser esas temáticas faltantes.

Siempre habrá un tiempo oportuno, para que conjuntamente partes y árbitros discutan y acuerden cada tema que por su importancia amerite definirse.

¿Qué temas - aspectos – problemas procesales, pueden ser una imprevisión a las partes o a los árbitros, en forma general?

La cláusula compromisoria patológica.

Anticipar la solución del conflicto previo al procedimiento de arbitraje.

Implementar un procedimiento de *discovery*.

Aspectos de orden procesal que deben ser ordenados, organizados y saneados.

La imprevisión, en forma particular:

¿Deben ser orientados e informados los compromitentes respecto del desarrollo del proceso de arbitraje?

¿Se deben acordar medidas disciplinarias?

¿Se debe exigir la protesta o el juramento en las actuaciones en el arbitraje?

¿Debe evitarse la inactividad de las partes?

¿Los compromitentes tienen derecho a objetar?

¿Debe conocerse quienes representan, patrocinan y asesoran a las partes?

¿Deben ser restringidas las comunicaciones *ex partes?*

¿En el curso del procedimiento arbitral pueden depositarse bienes?

¿Será una potestad de las partes o del árbitro la protección y garantía de bienes?

¿La demanda y contestación puede ser ampliada o enmendada?

¿Puede esgrimirse alegatos complementarios?

¿Puede ser admitida la prueba anticipada?

¿El comparendo es obligatorio?

¿Los compromitentes deben aceptar o renunciar recursos contra el laudo?

¿Se permite hacer mociones de prórroga?

¿Es una potestad del árbitro obtener informaciones complementarias?

¿El calendario procesal es una medida obligatoria o facultativa?

¿El acta de misión contribuye a organizar el proceso arbitral?

¿Puede ser convocadas audiencias complementarias a la preliminar?

¿Debe primar la cláusula escalonada al proceso de arbitraje?

¿Procesos especiales de solución, deben ser previos al arbitraje?

¿Cuáles son los alcances de la confidencialidad?

¿Puede ser acordada o no, la presentación en el proceso de arbitraje de información, de documentos y de peritajes que provengan de otros procedimientos?

¿Debe tomarse medidas sobre la conservación y destrucción del expediente?

¿Cuál es el alcance del principio de la mínima intervención?

¿Cuándo se insta el auxilio judicial?

¿Cuál es la intervención de las corporaciones profesionales, organismos sectoriales y de centros en el arbitraje?

¿Puede intervenir un *expertise* en el arbitraje?

¿Para que debe intervenir un *preárbitro* en el arbitraje?

¿Cuándo se requiere de un *referé* en el arbitraje?

¿Cuál es la intervención de un *neutral expert* en el arbitraje?
¿Por qué debe excluirse la responsabilidad y difamación en el arbitraje?
¿Por qué inhabilitar a conciliadores y mediadores en el arbitraje?
¿El árbitro puede ser perito?
¿Se permite la delegación de facultades por los árbitros?
¿Qué tipo de dispositivos normativos deben ser aplicados por los árbitros?

De acuerdo a este capítulo se puede concretar que:

El arbitraje internacional, suele ser uno de los mecanismos alternativos con mayor auge, para los comerciantes en el ámbito internacional, por su naturaleza y características, pueden confiar plenamente en la solución de sus controversias; hoy esta justicia especializada, rinde importantes resultados, su efectividad y ejecución es a cabalidad; por eso los hombres de negocios, no dudarán en defender sus intereses opuestos en esta instancia.

La audiencia preliminar es un instrumento fundamental para ordenar, organizar y sanear todo el proceso de arbitraje, su implementación debe ser indiscutible, y no quedar al arbitrio de partes o de árbitros, se pretende dotar a cada actuación, audiencia o vista, de previsibilidad y de seguridad jurídica.

Las imprevisiones en el procedimiento arbitral, suelen ser múltiples y muy variadas, sus alcances y efectos, impactan gravemente en el curso del arbitraje, por eso, debe ser, anticipada su planificación y saneamiento.

Esta audiencia preliminar y audiencias complementarias, pueden ser la gran oportunidad para las partes y árbitros, reorientar el procedimiento de arbitraje; no hay otro momento crucial para adicionar o corregir aquello irregular, omiso o inexacto, de la cláusula compromisoria, o del propio proceso arbitral.

CAPÍTULO CUARTO
DOGMÁTICA DE EJES TEMÁTICOS PROCESALES PARA UNA AUDIENCIA PRELIMINAR EN EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Sumario 4.1. La Patología en la Cláusula Compromisoria. 4.1.1. Conceptualización. 4.1.2. Naturaleza Jurídica. 4.1.3. Clasificación. 4.1.4. Supuestos Patológicos. **4.2. El *Discovery* en el Arbitraje Internacional.** 4.2.1. Surgimiento del *Discovery* en el *Common Law*. 4.2.2. Conceptualización. 4.2.3. Naturaleza Jurídica. 4.2.3.1. Objetivos. 4.2.3.2. Voces a la Permisión. 4.2.3.3. Clasificación de la Información. 4.2.3.4. Fases. 4.2.3.5. Principios. 4.2.3.6. Sanciones. 4.2.3.7. Operatividad. 4.2.3.8. Fundamentos Legales del Descubrimiento en el Arbitraje. **4.3. Los *Masc* y *Adr* en el Arbitraje Comercial Internacional**. 4.3.1. Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (Masc). 4.3.1.1. Teoría General. 4.3.1.1.1. Conceptualización. 4.3.1.1.2. Estado que guarda la justicia tradicional. 4.3.1.1.3. Naturaleza Jurídica. 4.3.1.1.4. Características. 4.3.1.1.5. Presupuesto Normativo. 4.3.2. Modalidades. 4.3.2.1. La Negociación. 4.3.2.1.1. Conceptualización. 4.3.2.1.2. Características. 4.3.2.1.3. Fines. 4.3.2.1.4. Clasificación. 4.3.2.1.5. Etapas del Proceso. 4.3.2.1.6. Perfil del Negociador. 4.3.2.1.7. En la Negociación. 4.3.2.2. La Conciliación. 4.3.2.2.1. Conceptualización. 4.3.2.2.2. Fines. 4.3.2.2.3. Perfil del Conciliador. 4.3.2.2.4. Ventajas. 4.3.2.2.5. Clasificación. 4.3.2.2.6. Fases del Proceso. 4.3.2.2.7. Principios del Procedimiento Conciliatorio. 4.3.2.3. La Mediación. 4.3.2.3.1. Conceptualización. 4.3.2.3.2. Misión. 4.3.2.3.3. Características. 4.3.2.3.4. Principios. 4.3.2.3.5. Etapas del Proceso. 4.3.2.3.6. Habilidades del Mediador. 4.3.2.3.7. Clasificación. 4.3.2.4. Referentes Jurídicos. 4.3.3. Los *Alternative Dispute Resolution* (*Adr*). 4.3.3.1. Teoría General. 4.3.3.1.1. Conceptualización. 4.3.3.1.2. Características y Ventajas. 4.3.3.1.3. Tendencias del movimiento *Adr* en las sociedades modernas. 4.3.3.1.4. Orientaciones Normativas. 4.3.3.1.5. Modalidades. **4.4. Organización y Depuración de aspectos procesales para una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje comercial internacional**. 4.4.1. Aspectos dirigidos a Personas (Compromitentes). 4.4.1.1. Orientación Preliminar. 4.4.1.2. Las Medidas Disciplinarias. 4.4.1.3. Protesta y Juramento. 4.4.1.4. Inactividad de las Partes. 4.4.1.5. Renuncia al Derecho a Objetar. 4.4.1.6. Representación, Patrocinio o Asesor. 4.4.1.7. Comunicaciones *exparte.* 4.4.2. Aspectos dirigidos a Cosas (Materiales). 4.4.2.1. Depósito de Bienes. 4.4.2.2. Protección y Garantías de Bienes en Litigio. 4.4.3. Aspectos dirigidos al Procedimiento. 4.4.3.1. Ampliación o Enmienda a la Demanda/Contestación. 4.4.3.2. Alegatos Complementarios. 4.4.3.3. Prueba Anticipada. 4.4.3.4. El Comparendo. 4.4.3.5. Aceptación o Renuncia de Recursos Contra el Laudo. 4.4.3.6. Mociones de Prórroga. 4.4.3.7. Informaciones Complementarias. 4.4.4. Aspectos adicionales al Proceso. 4.4.4.1. Calendario Procesal. 4.4.4.2. Acta de Misión. 4.4.4.3. Audiencia Complementarias a la Preliminar. 4.4.4.4. Cláusula Escalonada. 4.4.4.5. Procesos Especiales. 4.4.4.6. Confidencialidad. 4.4.4.7. Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje información, documentos y peritajes que provengan de otros procedimientos Masc. 4.4.4.8. Conservación y/o Destrucción de documentos del proceso arbitral. 4.4.5. Apoyos Externos. 4.4.5.1. Principio de Mínima Intervención. 4.4.5.2. Auxilio Judicial. 4.4.5.3. Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje. 4.4.5.4. Intervención de un *expertise.* 4.4.5.5. Intervención de un *prearbitro.* 4.4.5.6. Intervención de un *referé*. 4.4.5.7. Intervención de un *neutral expert.* 4.4.6. Aspectos dirigidos al árbitro o al centro que administra arbitraje. 4.4.6.1. Exclusión de responsabilidad y renuncia a la acción de difamación. 4.4.6.2. Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en arbitraje. 4.4.6.3. Imposibilidad de qué un árbitro sea perito. 4.4.6.4. Delegación de Facultades. 4.4.7. Aspectos normativos aplicables. 4.4.7.1. El *Soft Law*. 4.4.7.2. La *Lex Mercatoria*. 4.4.7.3. Estipulaciones Particulares. 4.4.7.4. Contratos Tipo. 4.4.7.5. Tratados/Convenciones Internacionales.

En este capítulo se hará referencia sustancialmente a la naturaleza jurídica de un cúmulo de aspectos de orden procesal, que no han sido expuestos hasta este momento, sólo fueron advertidos en la parte final del capítulo que antecede; y que por su importancia, deben ser contextualizados, ya que en el capítulo último de está investigación, se harán las aportaciones correspondientes, tomando en consideración lo que hoy se diga de los mismos.

La dogmática que se referirá, tendrá sus alcances al plano conceptual, teórico y normativo.

Cabe precisar, que los comentarios, observaciones, opiniones que puedan derivar de cada uno de estos ejes temáticos, no serán vertidos en este capítulo, ya que evitar su duplicidad, serán señalados en el capítulo final de este trabajo, aunado a las propuestas en comento.

Por ahora, importa sólo establecer los marcos conceptuales, teóricos y normativos; cuyo efecto será dimensionar las instituciones jurídicas que se han escogido para su correspondiente estudio y análisis.

4.1. La Patología en la Cláusula Compromisoria

Ampliamente, expertos se han pronunciado sobre la conformación de una cláusula compromisoria patológica, muchas veces se debe a la ignorancia, negligencia o exceso de confianza, o en el mejor de los casos indiferencia. ¿Cuáles serán esos alcances y consecuencias de esta temática?

4.1.1. Conceptualización

"Es aquella que por defectos en la redacción, insuficiencia del contenido, o errores en la determinación de sus elementos constitutivos, resulta ineficaz para establecer el proceso." [392]

[392] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 689

"Son cláusulas arbitrales defectuosas… son aquellas cuya fórmula es poco acertada, pueden generar problemas independientemente del fondo de la controversia, dando lugar a costosos contratiempos. De esta forma, las expectativas de las partes se ven frustradas, pues al someterse al arbitraje buscan, entre otros, que la controversia sea resuelta ágilmente." [393]

Para Roberto Guerrero del Río "Lo que aparentemente es muy sencillo, cual es acordar una cláusula arbitral en que se convenga la voluntad de las partes para someter litigios futuros o eventuales a un arbitraje, puede ocurrir que éstas no cumplan el objetivo y presenten vicios que constituyan o puedan constituir un obstáculo al desarrollo armonioso del procedimiento arbitral.

Cuando ello sucede, esto es, cuando la cláusula compromisoria por cualquier razón, derivadas todas de deficiencias de su redacción, hace muy difícil o ineficaz el desarrollo del arbitraje, estas cláusulas toman el nombre de cláusulas patológicas. La dificultad o ineficacia del arbitraje puede afectar muchos aspectos, tales como la jurisdicción del tribunal, el procedimiento e incluso la ejecutoriedad del laudo." [394]

"La cláusula patológica surge en función de circunstancias muy diversas como la designación como rectora del procedimiento arbitral de una norma derogada; la falta de voluntad clara y terminante de someterse a arbitraje; la ausencia expresa y tajante de renuncia a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales; la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje o, siendo esta correcta, que tal institución no administre el arbitraje o no cuente con un reglamento que permita desempeñar tal función." [395]

Para Alan Redfern y Martin Hunter, en *Law and Practice of International Comercial Arbitration*, indica que la cláusula de media noche es "La cláusula arbitral

[393] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Cláusula Patológica,** p. 90
[394] PICAND ALBÓNICO, Eduardo, (Coord.), *Estudios de Arbitraje,* pp. 633
[395] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 386, (*Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*), p. 643

en un contrato mercantil, es usualmente una cláusula de media noche. Es la última cláusula en ser negociada en un contrato; a veces ello ocurre ya avanzada la noche o en las primeras horas de la mañana después de largas negociaciones. No se brinda suficiente atención a cómo será resuelta la controversia (posiblemente por que las partes están renuentes a contemplar la posibilidad de que surja una disputa), y como resultado, una inapropiada cláusula es adoptada. Por ejemplo, puede haber una equivocada elección (u omisión de elección) de ley aplicable o de sede del arbitraje. Si la disputa surge y el procedimiento arbitral se inicia, éstas son cuestiones que deberán ser resueltas antes de cualquier avance se pueda efectuar relativo a la controversia de fondo." [396]

"Algunas cláusulas compromisorias están redactadas de tal forma que resultan inoperantes o imposibles de ser cumplidas. Los argumentos en contra de la solicitud de suspensión del procedimiento se concentran en afirmar que la cláusula es inconsistente, incierta o inoperante." [397]

"Aplaza los convenios validamente decididos, pero en los cuales ciertas imprecisiones pueden acarrear la ineficacia del acuerdo. El concepto no extiende pues a la hipótesis en las que el convenio es radicalmente nulo por una razón que afecta su esencia misma, como el carácter indisponible del litigio. En efecto, si el litigio se apoya en una cuestión íntimamente ligada al orden público, su arbitrabilidad no tiene por consecuencia una imperfección del convenio de arbitraje, sino su nulidad." [398]

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, dispone:

Artículo 2 Inc. 3 El tribunal de uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a

[396] GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *La Cláusula Arbitral: aspectos prácticos,* p. 27
[397] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. ci*t., Ver Nota 295, p. 49
[398] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *LE RÔLE DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES DEVANT L´ ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL,* t 290, p. 120

las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

4.1.2. Naturaleza Jurídica

Para Frédérick Eisemann "Una cláusula es patológica cuando no puede cumplir con las siguientes funciones: producir efectos obligatorios entre las partes; apartar la intervención de los tribunales estatales, al menos antes de la sentencia; conferir a los árbitros el poder de fallar las controversias, y permitir la puesta en marcha de un procedimiento en las mejores condiciones de eficacia hasta sentencia." [399]

Para Rubén Santos Belandro, "Las cláusulas del convenio de arbitraje se encuentran redactadas de una forma ambigua o hasta contradictoria. Esto se denomina cláusulas patológicas, en las que se aprecian diversos grados de ambigüedad y contradicción." [400]

Para garantizar la validez y eficacia de una cláusula arbitral debe limitarse a dos objetivos: "Asegurar que se logre el sometimiento de las partes al arbitraje… y sentar las bases para que de iniciarse un arbitraje, se tenga un procedimiento eficiente y un laudo ejecutable." [401]

4.1.3. Clasificación

Existen cláusulas patológicas:

a) Sanables. "En ocasiones las cláusulas patológicas, por erróneas, incompletas o equivocas pueden ser sanadas, mediante una interpretación integradora de los aplicadores.

[399] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 689
[400] SANTOS BELANDRO, Rubén, *Op. cit*., Ver Nota 324, p. 72
[401] GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 396, (*La Cláusula Arbitral: aspectos prácticos*), pp. 26 – 27

b) Insanables. En otros supuestos, son radicalmente inoperantes y no pueden ser saneadas de ninguna manera.” [402]

De igual manera, los autores Merino Merchán y Chillón Medina, citan de Scalabert y Marville que “Son cláusulas sanables las que pueden ser interpretadas, completadas o integradas por decisión de una autoridad externa o judicial.

Ahora citan de Ph. Fouchard, que las cláusulas sanables se refieren por lo general, al establecimiento del procedimiento arbitral y elección de la institución, nombramiento de los árbitros y delimitación de la misión y competencia de estos últimos.

La imposibilidad de otorgar eficacia a este tipo de cláusulas provienen por lo general de dos causas: por anemia (insuficiencia de menciones necesarias en el contenido) y por plétora o hipertrofia (exceso de precisiones).” [403]

Para Huges Scalbert y Laurent Marville clasifican así:

a) Cláusulas Patológicas Curables. “Son las torpezas en la redacción de una cláusula compromisoria que las partes suscriben dentro de un contrato… la cláusula puede ser fácilmente salvada, la inexactitud es benigna y salvable.

b) Cláusulas Patológicas Incurables. La redacción de la cláusula es tal como el juez deberá constatar la enfermedad y desechar todo recurso a un procedimiento de arbitraje. Esas cláusulas definitivamente desahuciadas, pueden ser clasificadas en dos categorías: de una parte esas que padecen de una insuficiencia en su redacción que vuelven ambigua e incompleta la voluntad de las partes, y otra, esas que están afectadas de una plétora de precauciones contractuales que engendran contradicciones o incertidumbres.

[402] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 690
[403] *Idem.*

c) Cláusula Patológica Anémica. La cláusula blanca, es la cláusula completamente anémica que no prevé ni siquiera que un tercero podrá intervenir en las modalidades de designación de árbitros y donde no hace ninguna referencia a un organismo institucional de arbitraje.

d) Cláusula Patológica Pletórica. Es un sistema demasiado sofisticado para el nombramiento de árbitros; la inserción de plazos, volviendo imposible la práctica del arbitraje; complejidad del arbitraje multipartito; e indeterminación en el modo de arreglar los litigios." [404]

4.1.4. Supuestos Patológicos

Para José Fernando Merino Merchán y José María Chillón Medina:

a) "Cláusula en Blanco. Se omite la norma de designación de los árbitros, o de la clase de árbitros.

b) Cláusula de Arbitraje Futuro. Es válida, pero completamente inútil, porque en realidad nos encontraríamos frente a una precláusula arbitral. Designación errónea de la institución de arbitraje; designación de una institución inexistente; localización errónea de la institución; inexistencia de la forma de designación del tercer árbitro; forma de designar árbitro contraria al reglamento de la institución; imprecisión en cuanto a la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje propiamente dicho; coexistencia del arbitraje con otro medio de solución de conflictos, y fijación de plazos que hacen imposible en la práctica el arbitraje." [405]

Para José Carlos Fernández Rozas

a) "Cláusula de arbitraje señalando como aplicable a la instancia arbitral una regla abrogada.

---

[404] SCALBERT, Hugues, et al., *Les Clauses Compromissoires Pathologiques,* [En Línea] <*http://www.kluwerarbitration.com*> 2003, [fecha de consulta 25 de marzo de 2005]

[405] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 690 – 691

b) Cláusula que no enuncia clara y formalmente la voluntad de someterse al arbitraje; ausencia de renuncia expresa y formal a la protección judicial de los jueces y los tribunales; designación incorrecta de la institución encargada de administrar el arbitraje; designación de una institución arbitral inexistente; coexistencia de una sumisión al arbitraje como modo de arreglo de los litigios nacidos de un contrato y de una cláusula de elección de fuero; enunciación de modalidades del ejercicio de la actividad arbitral imposibles o difíciles de respetar, como los plazos excesivamente breves para pronunciar la sentencia o la enunciación de un procedimiento de designación de árbitros excesivamente complicado, y el reenvío a una institución arbitral cuyos estatutos no prevén la posibilidad de proceder a un arbitraje del tipo que se pide." [406]

Para Roberto Guerrero del Río

Errores o defectos que conducirían a una cláusula patológica:

"Cuando designan a la institución arbitral de una manera errónea o descrita insuficientemente; cuando la cláusula somete un litigio a árbitros en forma facultativa (cláusulas combinadas), lo que puede ocurrir bien sea dejando abierta la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios, o confiriendo jurisdicción a más de un tribunal; cuando se establece un mecanismo inoperante para la designación de árbitros, haciendo elegir a una institución que rehúsa esa función o designando nominativamente personas que hubieran fallecido al momento del litigio; estipular posibilidades de apelar de la sentencia ante jurisdicciones estatales en materia internacional; limitaciones a las facultades de los árbitros que les pueden impedir conocer determinadas materias; cuando la cláusula es ambigua o contradictoria; cuado se trata de la denominada cláusula blanca, que sólo se limita a consignar que un determinado conflicto debe resolverse por vía arbitral, sin agregar ninguna otra especificación que permita identificar el tipo de arbitraje, forma de designar los árbitros, reglas aplicables al procedimiento, derecho por el cual se deba regir.

[406] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 398, (*LE RÔLE DES JURIDICTIONS ÉTATIQUES DEVANT L´ ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL*), pp. 117

Todas estas cláusulas en general exigen, ya sea de los árbitros o de las jurisdicciones estatales encargadas de controlar la existencia de una convención arbitral, de un acto de interpretación para determinar justamente la realidad, la posibilidad o los límites de la competencia arbitral." [407]

Para Francisco González del Cossío

"Que la referencia a la institución arbitral sea incorrecta; que el arbitraje parezca opcional; que el acuerdo contenga un mecanismo defectuoso de designación de árbitros; que se haya designado directamente árbitros que hayan fallecido o no que puedan fungir como tales por no reunir los requisitos aplicables; que imponga fechas límites imposibles de cumplir; que se establezcan que algunos aspectos no pueden ser tratados por el acuerdo arbitral, y las cláusulas en blanco." [408]

Para Luis Enrique Graham Tapia

"Referencia equivocada a la institución administradora del arbitraje; referencia a reglas inexistentes; imprecisión en cuanto a la participación de la institución referida; designación de una institución que no es administradora de arbitrajes; imposición de límites de tiempo para el procedimiento arbitral, y vaguedad en el alcance del acuerdo arbitral.

Especial atención merece estas patologías: en cuanto a la composición del tribunal arbitral; que resultan de procedimientos tortuosos; exigencias de cualidades exageradas en la persona del árbitro; falta de precisión o de agilidad en la designación del árbitro, y designación de un buen árbitro." [409]

De nueva cuenta, Luis Enrique Graham Tapia, en un artículo presentado en el Centro de Arbitraje de México (CAM), sobre: La Cláusula Arbitral: aspectos prácticos, cita de las cláusulas arbitrales defectuosas, otras causas "Las cláusulas que

[407] PICAND ALBÓNICO, Eduardo, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 394, pp. 633 – 634
[408] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), pp. 96 – 97
[409] GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 389, (*El Arbitraje Comercial*), pp. 56 – 58, 63 – 64

presentan defectos, que ponen en duda la efectiva voluntad de las partes para someterse al arbitraje.

Cambios efectuados por las partes a un reglamento; referencia inexacta a un reglamento o institución administradora; cláusula no vinculatoria; imprecisión de la delimitación de la controversia materia del arbitraje; exceso de reglamentación *ad hoc* para el futuro procedimiento; defectos en la conformación del tribunal arbitral, y no arbitrabilidad de la materia." [410]

Para Hernany Veytia Palomino

"Si bien es cierto que no existe una cláusula milagrosa apta para todo tipo de arbitrajes y circunstancias, todas las instituciones de arbitraje suelen recomendar su cláusula modelo.

Errores más comunes: en la redacción de la cláusula por falta de intención clara de someterse al arbitraje; error al señalar la institución administradora; excesivos requisitos en los árbitros o en el procedimiento arbitral; omisión respecto de personas que no intervinieron en la celebración de un acuerdo de arbitraje; cuando el Estado es parte en contratos; se pactan diversos tipos de arbitraje en contratos relacionados; cláusula arbitral en un contrato que ha sido cedido, y cláusulas en que se somete a un arbitraje institucional donde los honorarios de los árbitros y la institución superan el monto de lo reclamado." [411]

Para Sofía Gómez Ruano

a) "Errores en el sometimiento al arbitraje: no hay un claro sometimiento; cláusula arbitral acompañada de cláusula jurisdiccional; opción arbitraje/Proceso Judicial; limitar el ámbito de aplicación, y capacidad para someterse al arbitraje.

b) Errores relacionados con la institución administradora: nombre equivocado; institución inexistente; se señala como institución administradora o institución

[410] GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 396, (*La Cláusula Arbitral: aspectos prácticos*), pp. 32 – 39
[411] *Escarmiente con la experiencia ajena. Casos de Cláusulas Patológicas,* pp. 1, 3, 5 - 7

designadota de árbitros a una institución que no tiene ese objeto social; combinar institución arbitral con las reglas de una institución arbitral diferente, y combinar un arbitraje *ad hoc* con el reglamento de una institución.

c) Errores relacionados con el derecho aplicable: hacer modificaciones al reglamento de arbitraje de la institución en temas no sujetos a modificación; restar importancia al lugar del arbitraje; no tomar en cuenta el lugar de posible ejecución, y cócktel de leyes.

d) Errores relacionados con los árbitros: incluir el nombre de los árbitros en la cláusula arbitral; incluir demasiadas calificaciones de los árbitros; incluir cualidades subjetivas de los árbitros; confundir a los árbitros con personas morales, y dotar de facultades extraordinarias a los árbitros.

e) Otros errores: elegir varios idiomas y limitar la duración del arbitraje." [412]

Los abogados o asesores, cuya misión sea negociar, redactar un contrato y estructurar una cláusula compromisoria, representa además de tener habilidad y destreza, sobre todo poseer experiencia y la práctica arbitral, en este tenor, para conformar este acuerdo de arbitraje, limpio y viable; pero son estos, artífices, quines por su proceder, de acción u omisión, formulan muchas veces acuerdos en comento, inviable o inejecutable; por lo cual, el cuidado, la atención que se brinde en preparar una cláusula compromisoria, no es cuestión de suerte, sólo de profesionalismo y especialización.

[412] *Cláusulas Patológicas,* pp. 1 - 2

4.2. El *Discovery* en el Arbitraje Internacional

Esta institución jurídica de corte anglosajón, en los últimos tiempos ha tenido una fuerte presencia en el arbitraje privado internacional; cuando las partes en un contrato principal, y más aún en un acuerdo de arbitraje, y una de ellas, propone la inclusión de un proceso de *discovery*, ya no es potestativo a la parte contraria cumplirla, es una obligación; su resultado puede aportar dos variantes, la primera, que de este proceso, surja la transacción en la controversia, o bien, se prepare el juicio y hasta arribar a un fallo contundente.

4.2.1. Surgimiento del *Discovery* en el *Common Law*

Se menciona que "El sistema de *Common Law*, antes de la reforma del siglo XIX, se apoyó sustancialmente en los *pleadings* o documentos escritos que se intercambiaban las partes para lograr ciertos propósitos. Pero no se prestaba atención al problema de informar a la otra parte sobre la naturaleza de las pruebas. La idea esencial era que el procedimiento culminaría con un punto único de discusión, ya fuera de hecho o de derecho. Si era de hecho, el caso se remitiría a un jurado, y si era de derecho se sometía a un juez.

Hacia el siglo XIX, estos escritos, intercambiados bajo el sistema de *Common Law*, se transformaron en una especie de ciencia monstruosa de elevadísimo carácter técnico y el resultado fue que, en gran número de casos, los puntos a discusión eran meramente técnicos e irrelevantes para la verdadera controversia.

En el siglo XIX, en el procedimiento de Equity*,* los *pleadings* se vuelven complejos, su formulación implicaba tiempo y gastos. Los reformadores prefirieron unificarlo de *fact pleading* a *iusse pleading.*

El llamado *fact pleading* se introdujo por primera vez en el famoso Código Field que aprobó el Estado de Nueva York en 1848. En veinticinco años se extendió a veinticuatro Estados de la Unión y fue adoptado por Inglaterra en la Ley de Administración de Justicia de 1875 *Judicature Act.*

En su primer escrito, el demandante debe exponer una serie de alegatos sobre los hechos en que apoya su reclamación, sin incluir las pruebas relativas, ni los

puntos de derecho. El demandado debe entonces contestar la demanda negando los hechos que desea controvertir y agregando aquellos que considera pertinentes a su defensa.

Bajo condiciones ideales, el simple intercambio de escritos logra varios propósitos. Una comparación entre demanda y la contestación revela inmediatamente cuáles son las diferencias entre las partes en la apreciación de los hechos. La regla de que la prueba sólo puede ser admitida cuando es relevante para los hechos controvertidos, limita prudentemente las que se ofrecen. Además, las partes conocen, al leer los escritos, cuáles son los razonamientos básicos que se someterán a la consideración del juez el día de la audiencia. Incluso, si un escrito revela que desde el punto de vista del derecho no puede llegar a tener éxito la reclamación o la defensa.

La ley da valor a otros medios procesales para precisar la materia de la controversia y limitar las pruebas. En otras palabras, el movimiento tiende a permitir escritos generales, menos susceptibles de combatir, en lugar de escritos especiales en los que se requiere que las partes detallen los hechos con claridad y sujetarlas entonces a ellos en la audiencia.

Las normas contenidas en la *Federal Rules of Civil Procedure*, aprobadas en 1938… el sistema de *fact pleading* han provocado la proliferación de escritos y dando lugar a prolongados litigios. Requiriéndose posteriormente, una exposición corta y clara de lo que se pide para demostrar que el actor tiene derecho a reclamar del demandado una prestación o acto que lo satisfaga.

Por lo tanto, en Inglaterra y en los Estados Unidos se dio el traslado de los *pleadings* hacia el *discovery* en una audiencia preparatoria.

El Informe del Comité sobre litigios ocasionados por lesiones a las personas (*Report of the Comitee on Personal Injuries Litigation*) de 1968, lamenta la falta de éxito." [413]

"El Viejo sistema de los *pleadings* del Common Law consistía en ocultar tanto como fuera posible lo que tuviera que demostrarse en la audiencia.

[413] JOLOWICZ, J. A., *Op. cit*., Ver Nota 208, pp. 113 - 114, 116 - 117

Mientras los ingleses continúan ponderando sus escritos, los norteamericanos se avocan a las pruebas.

Así en Inglaterra como en los Estados Unidos, el *discovery* formó parte del procedimiento en *Common Law* y *Equity*. Pero en Norteamérica, tanto el papel como el procedimiento, ha constituido algo mucho más importante que en Inglaterra, relacionándose con la decadencia de los *pleadings* en aquel país.

Cada parte debe ir a la audiencia del juicio conociendo hasta donde sean posibles las pruebas que su contraria presentará. Un buen procedimiento preliminar sobre las pruebas eliminará controversias ficticias y lo que no permiten los *pleadings* al revelarse los puntos fuertes y débiles de cada litigante, estimulará las transacciones. Las partes, además, no pueden ser tomadas por sorpresa. Finalmente, para asegurar un resultado justo en la audiencia del juicio, cada contrincante debe tener cualquier información que le permita atacar y defenderse.

El papel que desempeña el *discovery* sería: Que cada una de las partes puede obtener el testimonio de cualquier persona, incluyendo la de su contraria… medio para lograr un testimonio anterior a la audiencia del juicio, porque en ésta no se podría obtener. En Inglaterra y los Estados Unidos permiten libremente el examen de documentos, es decir, la inspección de documentos y de otras cosas tangibles, originalmente sólo se podían obtener mediante la orden de un juez, en la cual era preciso demostrar la existencia de una causa razonable que la justificará. El requisito de la autorización judicial ha sido derogado, pero aún es necesario que la parte que desea obtener documentos de su contraria, precise los documentos que pretenda inspeccionar. Cada una de las partes puede requerir a la otra para que proporcione una lista de todos los documentos que tenga en su poder, especificando cuáles, entre ellos, considera que tienen el privilegio o el derecho a no exhibir." [414]

Para Mario Masciotra y Enrique Antonio Carelli señalan que "El *discovery* nació frente a la necesidad de otorgarle al procedimiento… una mayor flexibilidad y evitar numerosos planteos fundados en defectos rituales que impedían una actividad

[414] *Ibidem*, pp. 119 – 120, 122

jurisdiccional rápida, completa y eficiente y primordialmente un pronunciamiento definitivo que permitiera cristalizar una composición razonable y adecuada del conflicto planteado entre las partes intervinientes." [415]

4.2.2. Conceptualización

Discovery

"Acción de exhibición, proposición de prueba, revelación, descubrimiento, divulgación." [416]

"En un sentido amplio, la palabra descubrimiento *discovery* connota cualquier forma de procedimiento preliminar por el que una parte puede obligar a su contraria, o a un tercero, para que proporcione información sobre la que tenga acceso o posesión y que sea de relevancia respecto a la controversia." [417]

Para Antonio G. Rivera Neutze "Consiste básicamente en que cada una de las partes es compelida a divulgar la existencia de todos los documentos pertinentes, incluyendo documentos internos, documentos que ya no se encuentren en poder de las partes y documentos que puedan tener el carácter de privilegiados. La orden exige un listado de los documentos que estén o hayan estado en posesión, custodia o poder… de las partes respecto de los asuntos en cuestión." [418]

Se menciona que "Es un requerimiento integral… en el sistema de derecho consuetudinario que las partes revelen entre ellas por adelantado la documentación que comprende la parte escrita de pruebas. Es también fundamental que cada parte

---

[415] *Privatización de actividades jurisdiccionales en materia probatoria. El Discovery: su implementación en nuestro medio,* [En Línea] 2001, <*http://www.aaba.org.ar*> [fecha de consulta 7 de abril de 2004]

[416] ALCARAZ VARÓ**,** Enrique y HUGHES, Brian, *Diccionario de Términos Jurídicos,* **Voz: Discovery,** p. 192

[417] JOLOWICZ, J. A., *Op. cit*., Ver Nota 208, p. 119

[418] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. cit*., Ver Nota 295, p. 142

revele a la otra todo el material relevante escrito, si tal material es de apoyo del caso de aquella parte o no. Esto es el procedimiento conocido como el descubrimiento." [419]

Mario Masciotra señala que "Sistema singular que posibilita a aquéllos poner al descubierto y revelar los instrumentos probatorios, en una estación procesal previa a la etapa de debate ante el jurado, con el fin de clarificar la materia a debatir y permitir apreciar las verdaderas y reales posibilidades de la parte ante un litigio en concreto." [420]

Para Luis Enrique Graham Tapia "Consiste en la posibilidad de que una parte se allegue de elementos de prueba que están en poder de su contraparte, antes de iniciarse el juicio. Esto permite preparar el caso con mayor solidez." [421]

Para Francisco González de Cossío "Es una medida preparatoria a juicio que es conducida por los abogados de parte, con cierta supervisión del tribunal competente, y que tiene por objeto darle la oportunidad a las partes de tener acceso a toda la información existente que le sea de utilidad para preparar su caso, aun y cuando esté en posesión de la parte contraria o de terceros." [422]

Discovery of Documents

"En los procesos civiles ingleses cada una de las partes tiene derecho a conocer las alegaciones (*pleadings*) de la contraria y obligar a la otra a poner al descubierto sus medios de prueba." [423]

[419] CRAIG, W. Laurence et al., *International Commercial Arbitration,* p. 881
[420] MASCIOTRA, Mario y CARELLI, Antonio, *Op. cit*., Ver Nota 415, p. 2
[421] GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. cit*., Ver Nota. 389, (*El Arbitraje Comercial*), p. 185
[422] GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota. 312, (*Arbitraje*), p. 246
[423] ALCARAZ VARÓ**,** Enrique y HUGHES, Brian, *Op. cit*., Ver Nota 416, pp. 192 - 193

4.2.3. Naturaleza Jurídica

4.2.3.1. Objetivos

"Preservar la información relevante que quizás no se tenga al momento del proceso; afirmar las cuestiones que realmente están en controversia entre las partes y obtener información sobre los hechos controvertidos." [424]

Para Leonel Pereznieto Castro "Otorga el derecho a cada una de las partes en un proceso que va a dar inicio para conocer la información básica que posee su contraparte a fin de estructurar su posición de hecho y de derecho; preservar las pruebas testimoniales que podrían no estar disponibles en el momento del juicio; las partes intercambien la información que poseen sobre los hechos del proceso y se evita el perjurio (falso testimonio, juramento falso)." [425]

4.2.3.2. Voces a la permisión

"Es conveniente prever este mecanismo en forma expresa desde el acuerdo arbitral." [426]

"Si cada acuerdo de arbitraje define expresamente la manera en la cual el tribunal arbitral debería realizar su función, el descubrimiento no presentaría ningún gran problema." [427]

La Jurisprudencia de 1989, fue resumida en los siguientes términos: "El *discovery* y normas probatorias que rigen los tribunales de los Estados Unidos no se aplican a arbitrajes, salvo acuerdo expreso de las partes.

Las partes están en libertad de acordar cualquier forma de prueba anticipada, pero no existe respaldo a la propuesta de que un árbitro deba imponer el *discovery*, por encima de la objeción de alguna de las partes." [428]

---

[424] BERMEJO, Patricia, *Op. cit*., Ver Nota 200, p. 284
[425] *La Institución del discovery en el arbitraje comercial internacional en México,* Vol. 11, p.140
[426] GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 389, (*El Arbitraje Comercial*), p. 185
[427] CRAIG, W. Laurence et al., *Op. cit*., Ver Nota 419, p. 881
[428] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. cit*., Ver Nota 295, pp. 144 – 145

"Los árbitros internacionales, a su discreción, con frecuencia ordenan dar a conocer documentos cruciales, pero por lo general no permiten solicitudes de *discovery* a archivos abiertos." [429]

"Si las partes han acordado someter la solución de sus controversias conforme a un acuerdo arbitral y en éste han acordado reglas que permitan el *discovery*, esta institución se integra por esa voluntad de las partes… y las diligencias para el conocimiento de la información que tienen en poder cada una de las partes podrán llevarse a cabo." [430]

"Las partes son libres de acordar sus propias reglas de descubrimiento dentro del procedimiento arbitral." [431]

"La posición práctica de un árbitro en un arbitraje inglés, en el cual no ha sido excluido expresamente: Es para él en su discreción, decidir el grado de descubrimiento; él puede ordenar el descubrimiento limitado; él puede decidir no ordenar el descubrimiento en absoluto y el poder de ordenar el descubrimiento y la inspección de documentos están limitados para el árbitro." [432]

4.2.3.3. Clasificación de la Información

a) "Información Determinable. Puede consistir en datos determinables y cuantificables, sobre: testigos, peritajes, documentos, cosas y pruebas.

b) Información Indeterminable. Puede consistir en información no específica y conlleva a la *fishing expedition,* es decir, a la pesca en archivos abiertos.

---

[429] *Ibidem*, p. 145
[430] PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Op. cit*., Ver Nota 425, (*La Institución del discovery en el arbitraje comercial internacional en México*), p. 141
[431] GRIFFIN, Peter R., *Recent Trends in the Conduct of International Arbitration Discovery Procedures and witness Hearings,*[En Línea], *<http://www.kluwerarbitration.com>* 2000, [fecha de consulta el 24 de mayo de 2005]
[432] CRAIG, W. Laurence et al., *Op. cit*., Ver Nota 419, p. 881

Se trata de una institución que obliga a la exhibición de una amplia serie de información entre la que se puede distinguir aquella que no es determinable por una de las partes y a quien el juez le da acceso a los archivos de la contraparte para llevar a cabo una investigación con toda amplitud a fin de encontrar algún documento o información que le sea de interés para el proceso.

Pero al mismo tiempo existe otro tipo de información que con frecuencia es la más importante y que puede ser determinable por una de las partes, como es la obligación de suministrar los nombres (direcciones) de testigos, peritos, tipo de pruebas que se pretenden ofrecer, cuantía de los daños a reclamar, resultados de los peritajes." [433]

4.2.3.4. Fases

Para Leonel Pereznieto Castro señala que "El *discovery* es una institución regulada en los Estados Unidos de América por las legislaciones locales y a nivel nacional por las *Federal Rules of Civil Procedure.*

Se trata de un procedimiento preliminar, también conocido como *pre trial discovery of documents,* que sirve para preservar las pruebas testimoniales que podrían no estar disponibles en el momento del juicio o bien, para que las partes intercambien la información que poseen sobre los hechos del proceso.

Distingue tres fases:

a) Cada parte debe suministrar a su contraparte los nombres de las personas que tengan información relevante sobre los hechos relacionados con el proceso, incluyendo copia de los documentos, compilaciones y demás cuestiones que puedan ser necesarias y que serán exhibidas durante el proceso, así como el computo de los daños si los hubiera.

[433] PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Op. cit*., Ver Nota 425, (*La Institución del discovery en el arbitraje comercial internacional en México*), pp. 140 – 141

b) Se deberán entregar mutuamente las partes la información relativa a los peritajes que serán utilizados durante el proceso.

c) Poco antes del juicio, las partes se informarán acerca de los nombres de los testigos y de la documentación que se aportará como prueba durante el proceso." [434]

Para Laurence CRAIG, W et al., en las cortes de procedimiento inglés, hay dos tipos de descubrimiento:
a) "General. Requiere que una de las partes produzca una lista de todos los documentos que son o han estado en su posesión, custodia o poder.

b) Específico. Una de las partes tiene la razón de creer que su opositor no ha cumplido totalmente con sus obligaciones en cuanto al descubrimiento." [435]

4.2.3.5. Principios

"Cada parte se coloca en situación de conocer antes del *trial* el material probatorio respecto del cual se va a valer, como asimismo el que intenta hacer valer su adversario, elementos éstos que tienden a evitar el denominado factor sorpresa; la gestión tendiente a obtener el material probatorio y a conocer del contrario debe ser regida por el principio de buena fe, partiendo de la base de no obstaculizar a la circunstancial contraparte y los principios de buena fe, lealtad y colaboración deben ser llevados a cabo…deben ser una realidad práctica y responsabilidad para todos sus operadores del derecho: litigantes, abogados, funcionarios y jueces." [436]

4.2.3.6. Sanciones

Para José Luis Siqueiros Prieto la omisión de las partes o de terceros en el cumplimiento del *discovery* genera:

[434] *Ibidem*, pp. 139 - 140
[435] CRAIG, W. Laurence et al., *Op. cit*., Ver Nota 419, p. 881
[436] MASCIOTRA, Mario y CARELLI, Antonio *Op. cit*., Ver Nota 415, p. 3

"El Desacato Judicial, y dictar sentencia definitiva en contra de la parte que ha obstaculizado el mecanismo probatorio ordenado." [437]

"La obligación de dar a conocer la información citada, que no sea entregada a su contraparte previamente al juicio, no podrá ser validamente presentada ni desahogada durante el proceso, salvo pruebas supervenientes." [438]

4.2.3.7. Operatividad

Para Patricia Bermejo "Esta etapa se desarrolla en las oficinas de los abogados y no en la Corte; el juez sólo interviene rara vez y para asegurar el *fair play* (juego limpio); resolver disputas sobre el ámbito de las investigaciones." [439] y puede durar meses o años, ya que esta en manos de las partes y los abogados.

"Durante el desarrollo de esta etapa previa se tiende a evitar que en el *trial* las partes se vean sorprendidas y consecuentemente turbadas por falta de conocimiento de pruebas y de su adversario, amen de evitar la producción de pruebas improcedentes o superfluas y sobre hechos que luego aparezcan como inconducentes o irrelevantes, en suma se trata como expresa la doctrina en general de tratar en lo posible de tener las cosas en claro.

Las peticiones de las partes se dirigen directamente al eventual contrincante mediante la denominada *notice* y en caso de que se formule oposición a la misma, el juez interviene y despacha la *order* para obtener el debido cumplimiento de lo que se pretende colectar como material de prueba.

El amplio poder de iniciativa con que cuentan las partes y su deber concreto de cooperación. Durante el *discovery* se formulan interrogatorios por escrito dirigidos a personas, que se pueden considerar como sabedoras e informadas sobre las

[437] SMITH, James Frank, (Comp.) *Derecho Constitucional Comparado México – Estados Unidos,* t II, p. 962
[438] PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Op. cit*., Ver Nota 425, (*La Institución del discovery en el arbitraje comercial internacional en México*), p. 140
[439] BERMEJO, Patricia, *Op. cit*., Ver Nota 200, p. 284

cuestiones que aparecen a primera vista como controvertidas y a través de los mismos se logra obtener un acceso directo a los nombres de otros sujetos con información vital del caso bajo estudio, los cuales pueden ser ampliamente interrogados por los letrados intervinientes en forma oral.

Antes del *trial* las partes cuentan también con el derecho de examinar a su adversario bajo juramento sobre los hechos que resultan materiales y necesarios para la dilucidación de la causa llevándose a cabo ello en presencia de un taquígrafo, que generalmente resulta ser además *notary public*.

En relación a la prueba de tipo documental y partiendo de la premisa de evitar el surgimiento de situaciones sorpresivas o imprevistos, existe la posibilidad de requerir la exhibición de documentos al adversario o terceros.

En materia pericial, se cuenta con la posibilidad de obtener la confesión de estudios médicos legales cuando ello resulte relevante e imprescindible para la suerte del caso que se encuentra bajo estudio.

Federal Rules of Civil Procedure, textualmente sienta el principio de:

> Artículo 34 Ordenar a cualquiera de las partes a que presente y permita la inspección, copia o fotografía, por o a favor de la parte proponente, cualquiera documentos, papeles, libros, cuentas, cartas, fotografías, objetos o cosas tangibles no privilegiadas designadas, que constituyen o contengan evidencia relacionada a cualquiera de las cuestiones relacionadas u ordenar a cualquiera de las partes que permita la entrada en terreno designado u otra propiedad en su posesión o control con el fin de inspeccionar, medir, examinar o fotografiar la propiedad o cualquier objeto designado.

Como se advierte, esta etapa previa de verdadera información, alumbramiento y colección de evidencias y probanzas, resultará determinante a la hora de celebrarse el *trial.*

Finalmente, contribuye de modo notable a un imprescindible sinceramiento y transparencia del obrar de las partes y terceros dentro del ámbito de la jurisdicción.” [440]

[440] MASTRIOTA Mario y CARELLI, Antonio *Op. cit*., Ver Nota 415, p. 4

4.2.3.8. Fundamentos Legales del Descubrimiento en el Arbitraje

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 20 Instrucción de la Causa

1. El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados.
…
5. En todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.

Reglamento de la London Court of Internacional Arbitration (LCIA)

Artículo 22 Facultades Adicionales del Tribunal Arbitral, Inciso 1…

d) Requerir a cualquier parte la puesta a disposición del tribunal arbitral de cualquier propiedad, edifico o pertenencia que esté bajo su posesión y que se refiera al arbitraje para su inspección por el propio tribunal arbitral, por la otra parte, por su perito o por cualquier otro perito designado por el tribunal arbitral.

e) Requerir a una de las partes que aporte al tribunal arbitral, y a las demás partes para su inspección, cualquier documento o grupo de documentos relevantes, a juicio del tribunal arbitral, las copias de los mismos o ambos que posea o custodie.

Ley de 1996 sobre Arbitraje del Derecho Inglés

Artículo 43 Medios de asegurar la comparecencia de los testigos

1. La parte en el procedimiento arbitral puede actuar ante el juez según lo dispuesto para el procedimiento judicial en orden a que un testigo comparezca ante el tribunal arbitral para ser oído o para aportar documentos u otros elementos de prueba.
…
4. Nadie puede ser obligado en virtud del presente parágrafo a aportar documentos u otros elementos de prueba más que en los supuestos en que se le permita aportarlos en el procedimiento judicial.

Artículo 44 Poderes que asisten al juez

1. Salvo acuerdo contrario de las partes, el juez dispone en caso de arbitraje de los mismos poderes de resolución, en los ámbitos enumerados a continuación:
a) La obtención de la prueba de testigos.
b) La conservación de la prueba.
c) La posibilidad de disponer que un bien litigioso o promover que una cuestión litigiosa:
i. Sea examinada, fotografiada, conservada, guardada o detentada.
ii. Sea muestreada u objeto de prueba; así como la posibilidad de autorizar con tal fin a que una persona penetre en cualquier lugar en el que una de las partes en el arbitraje sea propietario o que sea objeto de su control.

Reglas de la Comisión de Arbitraje Internacional Económico y de Comercio de China (CIETAC)

Artículo 38 "Las partes son requeridas para presentar evidencia relacionada con los hechos que mencionan en su escrito inicial, defensa o contrademanda.

Además, un tribunal arbitral de la (CIETAC) está facultado para hacer investigaciones y obtener evidencia por iniciativa propia.

Artículo 39 El tribunal arbitral puede designar cualquier experto y ordenar a las partes dar o presentar al experto cualquier material, documento bienes o propiedades relacionadas con el caso, para su apreciación o inspección." [441]

Federal Rules of Civil Procedure, de EUA

Artículo 26 Obligación de revelar, disposiciones generales de administración del *discovery:*

(a) Divulgación requerida. (1) Divulgación inicial.
(A) En general. La parte deberá, sin esperar una solicitud de descubrimiento, proporcionar a las demás partes:
i el nombre y, si se conoce, la dirección y número de teléfono de cada persona pueda tener información detectable - junto con los temas de esa información - que la parte reveladora puede utilizar para apoyar sus pretensiones o defensas, a menos que su uso sea únicamente para el juicio político;

ii una copia o de una descripción por categoría y la ubicación - de todos los documentos almacenados electrónicamente la información, y las cosas tangibles que la parte reveladora tiene en su posesión, custodia o control y que pueden utilizar para apoyar sus pretensiones o defensas, a menos que el uso sería sólo un juicio de destitución;

iii un cálculo de cada categoría de los daños reclamados por la parte reveladora - que también debe poner a disposición para su inspección y copia en virtud del artículo 34 de los documentos o material probatorio, a menos privilegiada o protegida contra la divulgación, en que se basa cada uno de computación, incluidos los materiales influyen en la naturaleza y el alcance de las lesiones sufridas, y

iv para la inspección y copia en virtud de la Regla 34, cualquier contrato de seguro en virtud del cual una compañía de seguros puede estar obligado a satisfacer la totalidad o parte de una sentencia posible en la acción o de indemnizar o rembolsar los pagos efectuados para cumplir la sentencia.

Este típico proceso de descubrimiento con fines específicos de anticipación y preservación de pruebas y testimonios; búsqueda de documentos en archivos abiertos; de transacción o negociación sobre el diferendo, entre otros; tiene un gran impacto en el arbitraje comercial internacional, ya que constantemente se incluye en convenios de arbitraje, significando su observación irrestricta, para ambas partes.

[441] GRIFFIN, Peter R., *Op. cit*., Ver Nota 431, p. 6

4.3. Los *Masc* y *Adr* en el Arbitraje Comercial Internacional

4.3.1. Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (Masc)

Los Masc cobran auge e importancia, mayormente cuando se utilizan en la resolución de conflictos previamente al inicio del procedimiento de arbitraje comercial internacional. No sólo, la conciliación y la mediación, son los únicos medios factibles de ser aplicados; por el contrario, hay otros Masc y otras formas alternativas de *Adr*. El punto esencial es, que además de conocer la naturaleza y efectos jurídicos de cada medio alternativo, es saber si un conflicto es viable en someterlo ha alguna modalidad de los Masc o de *Adr*.

4.3.1.1. Teoría General

4.3.1.1.1. Conceptualización

Para Cecilia Azar Manssur "La expresión Masc se refiere a la serie de mecanismos destinados a la resolución de conflictos, diferentes a los garantizados por el Poder Judicial o por el Poder Ejecutivo." [442]

"Son los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias aplicados por un tercero/s de forma imparcial." [443]

"Son técnicas aplicables a un caso concreto para encontrar la solución al conflicto." [444]

4.3.1.1.2. Estado que guarda la justicia tradicional

En la administración de justicia que imparte el Estado, hay la "Insatisfacción de la ciudadanía con respecto a la impartición de justicia; un descontento público por los defectos de la administración de justicia; los litigios ante los tribunales se

[442] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.) *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Métodos Alternos de Solución de Controversias,** pp. 198 – 199
[443] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, p. 27
[444] GORJÓN GÓMEZ, Francisco, Javier, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos,* p. 17

multiplican; los procedimientos tienden a alargarse, con altos costos, y una dilación en la resolución de los procedimientos." [445]

4.3.1.1.3. Naturaleza Jurídica

"Durante los siglos XIX y XX se dio importancia gigantesca al proceso jurisdiccional estatal, sobre todo a partir del surgimiento del Estado moderno y de los nacionalismos, monopolizó prácticamente este medio de heterosolucionador de conflictos." [446]

"Los Masc nos acercan más a la equidad y la justicia que la vía judicial en la solución de conflictos. Esto nos hace pensar que la justicia es más equitativa cuando las partes resuelven sus diferencias con base en un procedimiento no adversarial." [447]

"No se trata de suprimir el poder judicial, ni que se pretenda privatizar la justicia dejándola a la administración de los particulares. Lo que se busca es ofrecer a éstos, opciones para una solución más rápida y adecuada de sus conflictos.

No todos los conflictos inicialmente son susceptibles de ser resueltos por los Masc."[448] No todos los conflictos ya avanzados en procedimiento pueden aplicarse los Masc.

4.3.1.1.4. Características

"Permite solucionar el conflicto en menor tiempo; ahorra el costo del proceso judicial; permite a las partes intervenir en la solución del conflicto; contribuye a descongestionar la actividad judicial; ganan ambas partes y contribuye a lograr la paz social." [449]

---

[445] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, p. 26
[446] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, p. 1
[447] GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *Op. cit*., Ver Nota 444, (*Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*), p. 3
[448] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 6
[449] *Ibidem*, pp. 4 - 5

Otras características: "Rapidez en la tramitación; reducción de costes; la confidencialidad o discreción a la hora de resolver los conflictos; flexibilidad de las partes en la decisión de organización del proceso; la especialidad de los tribunales en los litigios que deciden y la modernidad de los Masc." [450]

4.3.1.1.5. Presupuesto Normativo

En el Proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral de 1994. Informe del Secretario General. (A/CN.9/396 y A/CN.9/396/Add.1), se indica al respecto:

> Averiguar si las partes están dispuestas a informar al tribunal de cualquier negociación emprendida para solucionar la controversia y si esa negociación debe afectar al calendario del proceso arbitral…
>
> Las partes tal vez no estén de acuerdo en que el tribunal sea informado de alguna negociación ya celebrada o por celebrar para resolver la controversia…
>
> En otros casos, las partes tal vez deseen que el tribunal arbitral esté al corriente de la negociación en curso o que si tienen previsto entablar para resolver la controversia…
>
> Si las partes desean informar al tribunal del estado de su negociación, tal vez deseen que, en aras de una mayor brevedad y eficacia, la reunión preparatoria se limite a indagar lo siguiente:
>
> i. Si ha habido o va a haber negociaciones para llegar a una solución, sin entrar a examinar las condiciones eventuales de esa solución, y si esas negociaciones afectarán al calendario del proceso arbitral; y
>
> ii. De juzgarse oportuno, averiguar si las partes estarían dispuestas a considerar una tentativa de conciliación en la que un conciliador independiente e imparcial las ayudara a llegar a un acuerdo. De desearlo las partes, tal vez convenga examinar posibles métodos de conciliación.

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos Masc, son enseñanzas del pasado, y como herencia deben servir al individuo para resolver sus conflictos interpartes o en sus relaciones con el Estado; por tanto significativamente evoluciona una sociedad si emplea la palabra y no la fuerza, si gestiona y no permite juicios amenazantes, esto es una educación de paz, y lo ideal sería encumbrarla a nivel de cultura, en la que todo integrante de sociedad le quede claro que sus emociones y

[450] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, pp. 28 - 29

procederes deben orientarse a construir soluciones civilizadas, no para degradar una comunidad.

4.3.2. Modalidades

Tradicionalmente comprenden:

La Negociación	La Mediación
La Conciliación	El Arbitraje

4.3.2.1. La Negociación

4.3.2.1.1. Conceptualización

Es "El acuerdo consensual en el cual las partes tratan de lograr un acuerdo sobre una materia controvertida o potencialmente sujeta a controversia." [451]

Para Fernando Rodríguez Mazo "Proceso en el que dos o más partes, mediante comunicación verbal directa o indirecta, discuten la forma de una acción conjunta mediante la que manejar un conflicto surgido entre ellas." [452]

"Relación entre dos o más personas que es iniciada o dirigida con el propósito de lograr un entendimiento entre ellos sobre asuntos de interés." [453]

"Una persona por sí misma, encara la defensa de sus intereses en aras de un proyecto ambicioso, aboga, se defiende, habla bien de sí y de sus cosas porque debe pasar a resolver cuestiones de intereses parcialmente encontrados con otros que defenderán lo suyo con igual ahínco." [454]

---

[451] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 13
[452] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, p. 139
[453] WIELAND ALZAMORA, Hubert, *La Negociación Internacional,* p. 2
[454] GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *Op. cit*., Ver Nota 309, (*Métodos Alternos de Solución de Controversias*), p. 52

Para Luis María Bandieri "Proceso, al cual se vuelcan voluntariamente las partes en conflicto para intentar obtener sus objetivos, en un intercambio mutuo de pareceres y propuestas, mediante la búsqueda de un acuerdo con el otro, deponiendo momentáneamente la hostilidad." [455]

4.3.2.1.2. Características

Para Fernando Rodríguez Mazo "Hay dos o más partes implicadas; aparece un conflicto de intereses subyacente; existe una cierta relación de poder entre las partes; las partes expresan tener voluntad de llegar a un acuerdo; se produce un proceso sistemático de ofertas y contraofertas que protagonizan la fase más relacional de la negociación y existen aspectos tangibles e intangibles, es decir, aspectos materiales (económicos) y psicológicos y sociales (actitudes y emociones)." [456]

Para Luis María Bandieri "El reconocimiento de que hay un conflicto; que existen deseos e intereses opuestos; puede haber deseos e interés comunes y que la otra ésta en condiciones de alcanzar con nosotros algún grado de composición del conflicto." [457]

4.3.2.1.3. Fines

"En la negociación, las partes tienen autonomía con el único límite de que la materia sea susceptible de transacción y no se contravengan el orden público, la moral pública o las buenas costumbres." [458]

Para Luis María Bandieri "Es obtener del otro un cambio, relativamente favorable a nosotros, en la percepción de una situación conflictiva que nos involucra

[455] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.) *Op. cit*., Ver Nota 40, p. 114
[456] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, p. 139
[457] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.) *Op. cit*., Ver Nota 40, p. 114
[458] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 13

a ambos, por medio de un recíproco cambio en nuestra propia percepción de dicho conflicto." [459]

4.3.2.1.4. Clasificación

Para Fernando Rodríguez Mazo, señala como tipos de negociación:

a) "Distributivas. Llamada también ganar- perder o negociaciones suma cero, se caracterizan por el hecho de que lo que una parte gana, la otra lo pierde. De esta forma, ponen el énfasis en reclamar el valor.

b) Integradoras. También denominadas tratos todos ganan o suma positiva, se caracterizan por el hecho de que tienen por objetivo el que todas las partes resulten beneficiadas tras la negociación.

c) Mixtas. Los implicados no siguen una única estrategia, sino que ambas partes combinan elementos de suma positiva y suma cero, en función de la fase de la negociación en la que se encuentren y de sus objetivos específicos a cada momento." [460]

4.3.2.1.5. Etapas del Proceso

Para Fernando Rodríguez Mazo, señala como proceso de negociación:

a) "Preparación Remota de la Negociación y Definición del Conflicto

Consiste en analizar la situación de las partes y conseguir la mayor cantidad de información posible. La primera decisión de todo el proceso de negociación es tan simple como la respuesta a la pregunta ¿este conflicto es susceptible de ser resuelto mediante negociación?

Es el momento de comenzar la investigación de la situación, a través de la recogida de información sobre las raíces del conflicto y conociendo los objetivos propios y los de la otra parte. De esta forma no se dejará lugar a la improvisación,

[459] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.) *Op. cit*., Ver Nota 40, p. 114
[460] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, pp. 139 - 140

aspecto este imprescindible durante la totalidad del proceso. Conocer cuáles son las necesidades e intereses que hay detrás del conflicto desde ambos puntos de vista resulta de especial utilidad a la hora de realizar una planeación rigurosa.

Esta primera fase es también la adecuada para decidir quién va a participar en el proceso. Suele resultar de utilidad, cuando se quiere fomentar la cooperación, no emplear a un negociador que en el pasado se haya caracterizado por mostrarse agresivo con la otra parte, ya que este deberá comunicar confianza, generando actitudes positivas entre los negociadores de la parte contraria. La apertura de posibles canales de comunicación alternativos, por si la interacción cara a cara fuese imposible o poco procedente, es también una labor a realizarse en esta fase.

b) Preparación del Contexto de la Negociación

Debe elegirse de forma consensuada el lugar físico donde se celebrarán las interacciones propias al proceso de negociación, la disposición de los negociadores en la mesa y quienes se sentarán en ella como negociadores u observadores. Es el momento adecuado para crear un clima de confianza entre las partes con gestos de buena voluntad hacia el otro, por ejemplo aceptar plazos temporales poco beneficiosos.

c) Búsqueda de Alternativas Mutuamente Aceptables

La primera fase de interacción directa entre las partes se caracteriza por la elaboración de múltiples alternativas de forma de cooperativa. Se trata de un momento fundamentalmente creativo, donde los juicios o críticas no tienen cabida. Las técnicas básicas de creatividad grupal, constituyen aquí un apoyo imprescindible, así como las estrategias de creación de valor.

d) Evaluación de las Alternativas y Decisión de una Solución Negociada

La segunda parte de la interacción cara a cara implica utilizar estrategias tanto distributivas como integradoras. En un primer momento se busca información de la viabilidad de cada una de las alternativas listadas en la fase anterior. Se trata de una

interacción cooperativa donde las decisiones deben tomarse por consenso. A continuación, la evaluación se realiza en función de criterios tales como las consecuencias, ventajas, inconvenientes, recursos, tiempo necesario, grado de apoyo u oposición de cada una.

Una vez la lista ha quedado reducida a las alternativas admisibles para las dos partes, es de esperar que se inicie una fase distributiva, donde los negociadores intentarán emplear estrategias que les permita acceder a la mayor cantidad de recursos que les ayuden a cubrir sus objetivos.

e) Puesta en Marcha la Solución

La negociación no finaliza con la elección de la solución negociada. Por el contrario, una vez seleccionada la alternativa más satisfactoria para las partes, comienza la planificación de su puesta en práctica. Deben asignarse tareas y responsabilidades de evaluación y redactarse cronogramas con plazos precisos.

f) Evaluación de la Negociación

La negociación finaliza con la evaluación de efectividad de la gestión del conflicto." [461]

Para Hubert Wieland Alzamora, el modelo de negociación es:

a) Fase Preparatoria

- Planeación de la posición.
- Acuerdo sobre la Sede.
- Aprobación del temario.
- Nivel de las conversaciones.

b) Fase Inicial

- Confirmación de las partes.
- Reafirmación del nivel de las conversaciones.
- Documentos de trabajo.
- Metodología del proceso: receso, idioma, procedimiento, posiciones base.

c) Fase Sustantiva

- Confirmación o modificación del temario.
- Exposición de posiciones.

d) Negociación

- Exposición de diferencias.
- Exposición de acuerdos o solución.

e) Aplazamiento de la negociación.

f) Aprobación de acuerdo básico.

g) Suscripción de acuerdos." [462]

[461] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, pp. 141 - 143
[462] WIELAND ALZAMORA, Hubert, *Op. cit*., Ver Nota 453, pp. 103 - 104

4.3.2.1.6. Perfil del Negociador

El perfil del negociador se basa en actitudes humanas, en las características o destrezas del sujeto, adquiridas por estudio, experiencia o ambas:

"Creatividad. | Seriedad. | Lenguaje, | Tacto y Sentido de oportunidad. | Persuasión. | Persistencia. | Entusiasmo. | Gran capacidad de comunicación. | Capacidad de observación. | Análisis. | Socialización. | Respeto. | Honestidad. | Profesionalismo. | Meticulosidad. | Firmeza. | Seguridad. | Agilidad mental." [463]

"Integridad para inspirar confianza. | Empatía o habilidad para entender el punto de vista de la otra parte. | Simpatía (ponerse en el zapato del otro). | Paciencia. | Confianza en si mismo. | Ingenuidad para hacer nuevas propuestas. | Fortaleza. | El negociador debe ser conciliador, no impulsivo y con facultad de autoestima." [464]

4.3.2.1.7. En la Negociación: [465]

Debe Hacer	Debe Evitar
-Claridad del objetivo. -Correlación de fuerzas. (equilibrio) -Oportunidad de negociación. -Uso adecuado de la Psicología con el contrincante. -Buscar apoyos estratégicos. -Contar con la mayor información de la contraparte. -Comprender la posición del contrario.	-Negociar sin amenaza o coacción. -No involucrar aspectos privados. -No sobre dimensionar el conflicto. -No anticipar victorias.

La negociación, es un método personal, directo, horizontal, con resultados inminentes e inmediatos, su técnica se perfecciona y se hace auténtica en la medida en que las partes en conflicto, no sólo muestran un interés por dar solución a un diferendo, sino porque que el peso, se da en el equilibrio y la mayor equidad, algunos

[463] *Ibidem*, pp. 55 - 56
[464] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 20
[465] WIELAND ALZAMORA, Hubert, *Op. cit*., Ver Nota 453, pp. 96 - 103

dirían cividad; el éxito de esta negociación finalmente se sustentaría en apartar los miedos, temores, reacciones e hicieran prevalecer los intereses comunes.

4.3.2.2. La Conciliación

4.3.2.2.1. Conceptualización

"En la conciliación, el tercero asiste a las partes y les ayuda a buscar solución a su conflicto, proponiendo fórmulas de arreglo que, desde luego, no son obligatorias para las partes." [466]

"Procedimiento por virtud del cual las partes solicitan a un tercero o grupo de personas que les asista en su intento de alcanzar una resolución amigable de la controversia que surja de una relación contractual u otra, sin que tenga la autoridad de imponer a las partes su solución a la controversia." [467]

"Mecanismo mediante el cual las partes que tienen un conflicto susceptible de transacción, originado en un negocio mercantil o derivado de actividades comerciales, tratan de superar la controversia existente con la colaboración de un tercero experto, objetivo e imparcial, que las orienta y acerca con la finalidad de acabar el conflicto y evitar que llegue a la justicia ordinaria o arbitral." [468]

4.3.2.2.2. Fines

"Se busca mediar en las relaciones interpersonales y de negocios que por una u otra causa resultaban alteradas, situación que hacía previsible el surgimiento de un conflicto, o facilitar la terminación del litigio o controversia si esta ya se había suscitado." [469]

---

[466] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 28
[467] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 31
[468] JUNCO VARGAS, José Roberto, *La Conciliación,* p. 56
[469] JUNCO VARGAS, José Roberto, *Op. cit*., p. 65

4.3.2.2.3. Perfil del Conciliador

"Es un tercero distinto de las partes en litigio o en conflicto, conocedor amplio de la situación controvertida, dotado de calidades y cualidades que le permiten proponer fórmulas de acuerdo, que es el fin primordial de sus funciones:

a) Es Facilitador

Es el director de una gestión o de un proceso organizativo, y es quien proporciona los elementos indispensables para que los sujetos puedan captar la misión que se pretende. El facilitador cumple, dentro de un contexto o entorno, cinco funciones específicas: motivar, orientar, capacitar, asesorar y evaluar.

b) Amigable Componedor

Es aquel tercero al que recurren las partes vinculadas en una relación jurídico-sustancial, de la cual se genera alguna controversia o criterio encontrado con el fin principal de precisar la forma de cumplimiento del negocio jurídico. Está encargado de tomar decisiones por el encargo que le hacen las partes.

c) Es Mediador

Es aquel tercero que interviene entre dos partes que se encuentran en conflicto o cuyas posiciones o tesis son encontradas con el fin de persuadirlas, orientarlas, informarlas y asesorarlas.

d) El Experto Independiente

Es la persona capacitada en determinada área, a quien recurre la parte en conflicto para obtener asesoría, orientación, capacitación y valoración frente a una situación concreta.

e) El Ajustador de Reglas

Es aquel tercero experto al que recurre alguna de las partes para que evalúe, estructure, estudie y diferencie las distintas fórmulas de arreglo que la misma parte ha expuesto, frente a las propuestas hechas por su contraparte.

Se trata de las habilidades o capacidades profesionales que se exigen a una persona que fungirá como conciliador: Escuchar con empatía. | Tener capacidad investigativa. | Tener paciencia. | Generar confianza. | Ser Imparcial. | Ser transparente. | Distensionar el ambiente. | Utilizar la creatividad. | Manejar adecuadamente el tema. | Usar adecuada y eficazmente la comunicación. | Debe saber argumentar. | Debe ser un tercero. | Debe conocer el conflicto. | Debe ser orientador y dirigente. | Debe ser atento y exigir que las partes lo sean. | Debe ser experto. | Debe conocer a las partes." [470]

4.3.2.2.4. Ventajas

a) "Duración. El procedimiento es breve y puede ser resuelto casi inmediatamente.

b) Eficacia. El procedimiento se limita a oír a las partes sus puntos de vista, interrogarlos sobre los hechos, examinar las pruebas que aporten y sugerir o proponer soluciones que las partes acepten o no.

c) Fácil Acceso. La existencia de centros de conciliación permite más fácilmente acceso a un mecanismo de solución de controversias.

d) Satisfacción de Ambas Partes. La conciliación permite a las partes intervenir en la solución de su controversia. Esto hace que no haya un ganador y un perdedor.

e) Mayor Flexibilidad. La conciliación dispone de un procedimiento flexible que puede modificarse si hay acuerdo entre las partes y el conciliador.

f) Especialización. En la conciliación se exige la capacitación de los conciliadores para que dirijan el procedimiento conciliatorio con seriedad, celeridad, conocimiento, objetividad y profesionalismo." [471]

---

[470] *Ibidem,* pp. 24 - 30
[471] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 29

4.3.2.2.5. Clasificación

"Extrajudicial voluntaria. | Como etapa previa obligatoria antes de iniciar un proceso. | Como primera etapa obligatoria dentro del proceso, una vez constituida la relación jurídica procesal. | Como acto bilateral voluntario de las partes durante el curso del proceso. | Para intentar resolver controversias de carácter interno. | Para facilitar la solución amigable de desavenencias comerciales internacionales." [472]

"Por el número de partes: bilateral o plurilateral. | Por el resultado: total, parcial o fracasada. | Por el momento de su celebración: extraprocesal, preprocesal y procesal. | Por la iniciativa: obligatoria o facultativa. | Por su naturaleza: judicial o privada. | Por su aprobación: válida e inválida. | Por su contenido jurídico: en derecho o en equidad." [473]

4.3.2.2.6. Fases del Proceso

a) "Recepción de la Queja

El proceso de conciliación comienza cuando una persona física o moral presenta una queja ante una instancia conciliadora. Este trámite puede hacerse por escrito, en persona o telefónicamente, en algunos casos.

b) Valoración

En el momento que recibe una queja, el conciliador, decide sobre la procedencia de la demanda, para lo cual hace una valoración según criterios establecidos por la institución y determina cual vía de conciliación sería la más factible, si la telefónica, la domiciliaria o la personal. Si el caso no procede, el conciliador lo da por terminado y/o lo refiere a otra instancia. Si procede, abre un expediente y cita al demandado.

---

[472] *Ibidem*, pp. 30 - 31
[473] JUNCO VARGAS, José Roberto, *Op. cit*., Ver Nota 468, pp. 59 - 64

c) El Citatorio

La citación se puede hacer por diferentes medios de comunicación: teléfono, fax, correo, correo electrónico o en persona, dependiendo de los lineamientos y recursos de cada institución.

d) La Audiencia

Cuando las partes convienen en ello y la queja no se soluciona de manera inmediata, el conciliador cita a los interesados a una audiencia para que se reúnan, personalmente, cara a cara, con el fin de intentar por este medio la conciliación. Si ambos interesados acuden, hay varias posibilidades: que haya un ofrecimiento por parte del demandado; que el demandante lo acepte; que no lo acepte y que no haya ningún ofrecimiento.

e) Firma del Acuerdo

Si hay un ofrecimiento del demandante, pero no es satisfactorio para el quejoso, se intenta una negociación y sino tiene éxito, el conciliador puede derivar a otra instancia o terminar el caso. En el momento que el conciliador considere que las partes han aceptado las propuestas para resolver sus diferencias, deberá pasar a formalizar dicha decisión en un acuerdo. Este acuerdo puede ser un arreglo verbal, un convenio de transacción o un convenio judicial. El acuerdo puede ser de cumplimiento inmediato o a futuro, dependiendo de las circunstancias, pero el conciliador siempre deberá pedir que se establezca un plazo límite para su cumplimiento y que este sea también acordado explícitamente por las partes. Al firmar el acuerdo, las partes aceptan el fin de la controversia y se obligan a cumplir con lo acordado. La ejecución del acuerdo no es tarea del conciliador.

f) El Cumplimiento

Son términos de responsabilidad que tienen los involucrados, no solo para encontrar las alternativas de solución al problema que tienen en común, sino para que las opciones seleccionadas sean viables en función de sus necesidades y

posibilidades. En muchas conciliaciones se trabaja sobre garantías que aseguren el cumplimiento o la sanción. Medios tradicionales: fianza, prenda, hipoteca, fideicomiso, depósito, ejecución forzosa, rescisión, cláusula penal, aval, estipulación solidaria pasiva. Si el demandado no cumpliera con las obligaciones contraídas, se le impondrá la medida de apremio correspondiente.

g) El Seguimiento

Por lo general las instituciones conciliadoras, el caso se cierran una vez que el demandante notifica la satisfacción de su demanda y no hay ningún seguimiento a la conciliación.

h) Cierre del Caso

El proceso de conciliación finaliza: cuando las partes lleguen a un acuerdo; cuando las partes deciden voluntariamente finalizar la conciliación; cuando el conciliador reporte por escrito que la conciliación finalizó sin lograr acuerdo; por la notificación de una de las partes de que no desea continuar con el proceso de conciliación. Por lo general, el conciliador hace un reporte final que se archiva en el mismo expediente." [474]

4.3.2.2.7. Principios del Procedimiento Conciliatorio

a) "Preclusividad. La conciliación tiene un momento preciso para su práctica.

b) Economía Procesal. La orientación teleológica de la conciliación y la necesidad del Estado, implica cumplir el mayor número de actos procesales en un mismo momento; se procura evitar un litigio eventual, o, si hay, su terminación, sin que se llegue a agotar toda la actividad del aparato del Estado en la solución del conflicto; se pretende, a demás, poner en manos de los particulares que sufren la controversia la solución.

[474] PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Othón y RODRÍGUEZ VILLA, Bertha Mary, *Manual Básico del Conciliador*, pp. 77 - 82

c) Oralidad. La actuación se da en presencia directa de las partes, que pueden exponer su posición en forma verbal, sin que exista la posibilidad de presentar escritos o proponer fórmulas de arreglo previamente elaboradas. Se dejara constancia de lo actuado, sin que esto contravenga la oralidad.

d) Inmediación. Es un aspecto central en la conciliación, cuando la audiencia se desarrolle ante el conciliador, el debe estar debidamente enterado de cuál es el objeto del litigio, es decir, debe conocer suficientemente el contenido de las pretensiones… además instará personalmente a las partes para el avenimiento del acuerdo… si las partes no llegan a acuerdo, procederá a proponer las fórmulas de arreglo ecuánimes y justas.

e) Persuasión Racional. El conciliador, que enterado en debida forma del objeto de la controversia, procede a orientar la actitud de las partes por un camino, determinado por la lógica y por la experiencia personal… se emplea la sana crítica y los conocimientos que se tenga sobre el derecho." [475]

Respecto de la conciliación, es método indirecto, vertical, personal, voluntario, se inspira en un proceso con fases lo más sencillo o irritual posible; tiende aceptar o no alguna opción de solución por las parte, respecto del tercero ajeno al conflicto; la conciliación no impone soluciones o coacciones para zanjarlo; más bien queda a la voluntad de los interesados, darle relevancia y éxito a su gestión, o de modo contrario se ve limitado dicho medio alternativo, por no tener contundencia.

[475] JUNCO VARGAS, José Roberto, *Op. cit.,* Ver Nota 468, pp. 187 - 190

4.3.2.3. La Mediación

4.3.2.3.1. Conceptualización

"Es un proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa, con el fin de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades." [476]

Para Rafael Gil Nievas, de acuerdo a la Directiva de Mediación de la Comunidad Europea "Todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho Nacional de un Estado miembro." [477]

Para Carlos María Alcocer de la Hera "Es un procedimiento compuesto por una serie de estrategias y técnicas, mediante el cual las partes implicadas, con la participación y ayuda de un mediador imparcial e independiente, identifican, formulan y analizan las cuestiones en disputa, con el objetivo de desarrollar y proponer ellas mismas opciones o alternativas que les permitan llegar a un acuerdo que solucione el conflicto o mejore las relaciones entre las partes." [478]

Para Ma. Isabel González Cano "Tiene por efecto que las partes mejoren su comunicación y por ello les conduce a la superación de sus diferencias, en la medida que ellas mismas lo han logrado, el grado de compromiso mutuo alcanzado y la satisfacción les llevará a cumplir los acuerdos a los que hallan llegado sin más, así como a perfeccionar el modo en el que se relacionan." [479]

---

[476] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit.,* Ver Nota 296, p. 65
[477] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, p. 41
[478] *Ibidem*, p. 116
[479] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros (Coords.) *Op. cit*., Ver Nota 40, p. 137

"El proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyan en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes." [480]

4.3.2.3.2. Misión

"El mediador es la persona que controla el proceso de mediación, interpreta las preocupaciones, distribuye la información entre las partes, da marco a los puntos debatidos y enfoca los problemas. | El trabajo del mediador consiste en convencer a una o a ambas partes de que abandonen algo, que negocien conjuntamente. | La esencia del proceso de mediación es la negociación; a su vez, una estrategia terapéutica destaca el contenido emocional de los conflictos y los enfoca en aspectos de comunicación del proceso de mediación. | Las partes contendientes son instruidas en el valor de resolver los conflictos pacíficamente." [481]

Para Jorge Guillermo Portela "Actúa como un catalizador de conductas de los involucrados en la situación conflictiva, posibilitando con su tarea la transformación de sus conductas. | Identifica las posiciones, los intereses y las necesidades de las partes, permitiendo la mejor comprensión. | Escucha atentamente a las partes, les da confianza en ellos mismos y de esa manera permite que ellas encuentren en la mediación la oportunidad de solucionar por sí mismas el conflicto. | Los ayuda a generar opciones que creen las condiciones para obtener un acuerdo mutuamente aceptable." [482]

[480] CARAM, María Elena, et al., *Mediación Diseño de una Práctica,* p. 32
[481] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 71
[482] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.) *Op. cit*., Ver Nota 40, p. 218

4.3.2.3.3. Características

"Reduce los obstáculos de comunicación entre las partes en conflicto. | Permite analizar diversas alternativas para solucionar el conflicto. | Es interactiva y atiende a las necesidades de las partes. | Es un proceso que se desarrolla en corto tiempo. | Requiere de confianza y seriedad de las partes. | No busca cambiar la personalidad de las partes, ni reemplaza la terapia. | No sustituye al abogado. | Permite la participación activa de las partes en la búsqueda de soluciones al conflicto. | No está sujeta a reglas de procedimiento, ni a reglas sustanciales. | No se pretende que haya un ganador y un perdedor. | Reduce la hostilidad y crea un ambiente propicio para el arreglo. | Las partes otorgan la fuerza obligatoria." [483]

Para Milagros Otero Parga "Introducir un procedimiento más simple y con menos grado de formalidad. | Asegurar un proceso con menor coste económico. | Reducir al máximo el coste emocional de las partes que tienen un conflicto. | Aliviar la sobrecarga de los tribunales de justicia. | Facilitar el ahorro de tiempo, tratando de lograr un acuerdo favorable para el mayor número posible de implicados en el conflicto. | Potenciar la capacidad de las partes para intentar la de sus conflictos sin que tenga que intervenir el Estado. | Eleva la creatividad de las partes en la búsqueda de la mejor solución. | Produce una mayor libertad de los individuos puesto que éstos no están sujetos a ningún tipo de atadura. | Permite la renuncia al proceso en cualquier momento. | Fomenta la responsabilidad de las partes, porque hace que éstas sean concientes de que los acuerdos a los que se lleguen se han adoptado en libertad y deben ser mantenidos. | El mayor respeto por los individuos. | Reverte la violencia. | Facilita la socialización del conflicto. | Se facilita el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los individuos en conflicto. | Facilita la vivencia de la certeza de que en este proceso no hay vencedores ni vencidos." [484]

---

[483] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, pp. 65 - 66

[484] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.) *Op. cit*., Ver Nota 40, pp. 146 - 148

4.3.2.3.4. Principios

a) "La Voluntariedad. La participación de los mediados en el procedimiento de la mediación debe ser por su propia decisión y no por obligación.

b) La Confidencialidad. Lo tratado en la mediación no podrá ser divulgado por el mediador.

c) La Flexibilidad. El procedimiento de mediación debe carecer de toda forma estricta para poder responder a las necesidades particulares de los mediados.

d) La Neutralidad. El mediador mantiene una postura y mentalidad de no ceder a sus propias inclinaciones o preferencias durante todo el procedimiento de la mediación.

e) La Imparcialidad. El mediador actuará libre de favoritismos, prejuicios o rituales, tratando a los mediados con absoluta objetividad, sin hacer diferencia alguna.

f) La Equidad. El mediador debe procurar que el acuerdo al que lleguen los mediados sea comprendido por éstos y que lo perciban justo y duradero.

g) La Legalidad. Sólo puede ser objeto de mediación los conflictos derivados de los derechos que se encuentren dentro de la libre disposición de los mediados.

h) La Honestidad. El mediador debe excusarse de participar en una mediación o dar por terminada la misma si, a su juicio, cree que tal acción sería a favor de los intereses de los mediados." [485]

[485] La Mediación en México ABA/USAID, *<http://www.mediaciónenmexico.org.>* [Consulta el 05 de Junio de 2008]

4.3.2.3.5. Etapas del Proceso

a) “Creación de Estructura y Confianza

El mediador debe proporcionar la estructura inicial, obtener la confianza y cooperación de los participantes y fomentar su participación activa en el proceso, asimismo, debe recabar de las partes información acerca de las percepciones del conflicto, sus metas y expectativas, y la situación del conflicto. La mediación comienza con la presentación de las partes, y luego sigue la declaración preliminar del mediador, la confirmación de los hechos, la cesión de la palabra a cada participante, la discusión de las expectativas, y la discusión y firma del convenio sobre la mediación. En esta etapa se deben discutir criterios como la confidencialidad de la información, los honorarios, (si fuere el caso) la duración de las sesiones, el modo de conducir la mediación y las maneras de terminarla.

b) Planteamiento de Hechos y Aislamiento de Problemas

Se utiliza para descubrir todos los hechos importantes y aislar los verdaderos problemas. El mediador debe ayudar a los participantes a comprender las áreas de acuerdo y conflicto. Para determinar la naturaleza de los conflictos, el mediador puede emplear estos criterios de evaluación: ubicación y duración del conflicto, intensidad de los sentimientos acerca del conflicto, y rigidez de las posiciones.

c) Creación de Opciones y Alternativas

Ayudar a los participantes a articular las opciones que conocen o desean y desarrollar nuevas opciones más satisfactorias que las anteriores.

d) Negociación y Toma de Decisiones

Constituye la fase en que los participantes examinan la realidad y las consecuencias de las opciones que han desarrollado. La tarea del mediador es ayudar a las partes a determinar la opción que se ajuste mejor a las necesidades generales de las partes. El mediador debe ayudar a las partes participantes para que cambien de

una negociación competitiva hacia una negociación cooperativa de solución de problemas.

e) Esclarecimiento y Redacción de un Plan

En esta etapa se tiende a redactar un documento que señale las decisiones y la conducta futura de las partes. La redacción debe ser clara, concisa y en lenguaje que entiendan los participantes. El mediador es la persona encargada de registrar, organizar, y reflejar con precisión las decisiones alcanzadas. Cuando el documento esta firmado por las partes, constituye un contrato que produce efectos jurídicos y cuyo cumplimiento puede ser pedido ante los tribunales.

f) Revisión y Proceso Legal

Esta etapa se presenta sólo cuando los acuerdos logrados deben procesarse por medio de los tribunales y someterse a la aprobación legal de un juez o de una autoridad administrativa.

g) Puesta en Práctica, Análisis y Revisión

En esta etapa, los participantes ponen en práctica los términos del convenio obtenido y, en ciertos casos, el seguimiento del caso y su evaluación." [486]

4.3.2.3.6. Habilidades del Mediador

"Para escuchar, crear confianza y afinidad, evaluar intereses y necesidades, formular un inventario, tratar la ira, crear sensibilidad, replantear y reformular ideas, poner a prueba la realidad, parafrasear, negociar, compartir información, interrumpir un estancamiento, permanecer neutral, autoconciencia, romper patrones y estereotipos, sentido del humor, establecer metas, entrevistar niños, establecer un orden del día y orden se procedimiento, planear estrategias, diseñar planes temporales, recompensa y afirmación, celebrar reuniones, equilibrar el poder,

[486] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, pp. 69 - 71

identificar y analizar conflictos, redactar acuerdos, fomentar la credibilidad, idear normas de procedimiento, hacer referencias." [487]

Para Carlos María Alcocer de la Hera "Posee una capacidad de escucha y paciencia. | Capacidad de síntesis y de potenciación de las soluciones que propongan las partes. | Imparcialidad. | Optimismo, capacidad de desarrollo de sentido del humor. | Habilidad para transmitir serenidad. | Sencillez en la expresión. | Sensibilidad ante las emociones de las personas, pero también capacidad para no dejarse influir por los intentos de las partes para que se ponga de su parte. | Garantizar la confidencialidad del proceso. Contar con una actitud ética." [488]

4.3.2.3.7. Clasificación

a) "Obligatoria u Oficial. Cuando existe una disposición legal o normativa que imponga dicha vía a las partes involucradas en un conflicto.

b) Voluntaria o Privada. Ocurre cuando las partes se someten a la mediación por decisión propia o deliberada a través de un contrato o cuando surja la controversia, sin que se encentren compelidas a hacerlo por alguna disposición legal o normativa o factores externos a ellas (violencia, coacción etc.)

c) Optativa. Se da cuando la ley confiere la opción de someterse a ella o a la otra parte, pero esa alternativa es vinculante para esta última; es decir, la posibilidad de escoger sólo se brinda al actor o pretendiente." [489]

Sobre la mediación, es un mecanismo indirecto, vertical, personal, voluntario, con resultados inminentes y que devienen de las propias partes; su interlocutor en el conflicto posee una capacidad técnica no para decidir sobre la controversia, sino para

[487] *Ibidem.,* p. 73
[488] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, p. 127
[489] GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier, *Op. cit*., Ver Nota 309, (*Métodos Alternativos de Solución de Controversias*), p. 90

hacer que los mismos interesados sobre principios, valores e intereses reporten una forma de zanjar el diferendo que se presente. Esa solución que se proponga de las partes estará revestida esencialmente de equidad y de cooperación.

4.3.2.4. Referentes Jurídicos

En este apartado se enunciara con ese carácter, algunos dispositivos normativos que en un plano internacional refieren sobre la observación y aplicación de medios alternativos, a conflictos concretos y especializados, veamos:

Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, (Ley núm. 7727) de Costa Rica

Artículo 2 Solución de diferencias patrimoniales. Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

Artículo 63 Procesos de solución de conflictos. Si, antes de dictarse el laudo, las partes decidieren acudir a una mediación, conciliación, transacción u otro proceso de solución de conflictos, el tribunal dictará una resolución que suspenda el procedimiento. Si de la mediación, conciliación, transacción u otro proceso de solución de conflictos resultare un acuerdo total o parcial, el tribunal lo registrará en forma de laudo, en los términos convenidos por las partes. Si de éste no resultare acuerdo alguno, las partes entregarán al tribunal constancia de haber acudido a otra instancia para que dicte una resolución de continuación del procedimiento.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de Costa Rica

Artículo 41 Procesos Alternos.
1. Si antes de que se dicte el laudo las partes decidieren acudir a una mediación, conciliación, transacción u otro proceso de solución de conflictos, el tribunal dictará una resolución que suspenda el procedimiento.

Ley de Arbitraje y Mediación (Ley No. RO/145, de 1997) de Ecuador

Artículo 15 Audiencia de Mediación. Una vez contestada o no la demanda o la reconvención, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes el día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación con el fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores.

Ley de Conciliación y Arbitraje (decreto No. 161-2000) Honduras

Artículo 55 Audiencia de conciliación en el arbitraje institucional. El director de la institución arbitral deberá, antes de que se de inicio al trámite arbitral, citar a las partes para una audiencia de conciliación que habrá de llevarse a cabo bajo su dirección en el centro respectivo. Para tal efecto, la convocatoria se efectuará con anterioridad a la designación de los árbitros y, en caso de llegarse a un arreglo total de las pretensiones de las partes dará lugar a la conclusión del trámite arbitral. Si este fuere parcial, el tribunal arbitral se concretará a resolver tan solo los asuntos que quedaren pendientes.

Artículo 56 Audiencia de conciliación en el arbitraje ad hoc. En el caso del arbitraje ad hoc, iniciando el procedimiento y una vez presentadas por las partes su demanda y la contestación respectiva y en su caso la reconvención y su réplica, los árbitros citarán a las partes para llevar a cabo una audiencia de conciliación la que deberá llevarse a efecto dentro de los 8 días siguientes.

La importancia de estos preceptos radica, en el mandato que dá a la sociedad para enfrentar conflictos, no se contraponen a la justicia tradicional, por el contrario son subsidiarios, el fin mediato es restablecer las relaciones y eliminar por gestión un diferendo.

4.3.3. Los *Alternative Dispute Resolution* (*Adr*)

4.3.3.1. Teoría General

4.3.3.1.1. Conceptualización

"Se designa a los procedimientos extrajudiciales de resolución de controversias aplicados por un tercero de forma imparcial." [490]

"Soluciones alternativas a las judiciales; los jueces procedimentales están obligados durante la gestión procesal… a fomentar entre las partes soluciones distintas a las judiciales, como el *mini trail,* celebrados por profesionales elegidos por las partes." [491]

"No es sino la consecuencia de la creación del estado del bienestar, y con él de un intento de alcanzar solución a los problemas de acceso a la justicia." [492]

[490] GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 70, p. 27
[491] ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Op. cit*., Ver Nota 416, **Voz: *Alternative Dispute Resolution*,** pp. 41 - 42
[492] BARONA VILAR, Silvia, *Solución Extrajudicial de Conflictos,* p. 45

4.3.3.1.2. Características y Ventajas

Para Ma. Isabel González Cano "Constituir un intento de encontrar fórmulas para mantener la posición intermedia entre las partes. | Ser vías menos formales y rituarias que el proceso judicial, con una concepción privatista e individualista del conflicto. | Fomentar la mayor participación de las partes en el método de solución del conflicto, lo cual a su vez implica mayor compromiso de las mismas en la aceptación, y cumplimiento y ejecución de la solución." [493]

"Se inician cuando los implicados lo desean expresamente. | Las partes eligen a los panelistas (árbitros, mediadores evaluadores etc.). | Los panelistas conocen y entienden los mecanismos procesales del método extrajudicial para el que son seleccionados. | Los panelistas deben documentar su imparcialidad e independencia. | Los panelistas observan un código deontológico propio. | Los implicados deben poder conocer los costes del servicio antes de que inicie el proceso. | Los costes nunca pueden estar ligados al resultado final del proceso como condición previa para la prestación del servicio. | Ni la entidad administradora, ni ningún panelista participan voluntariamente en procesos judiciales relacionados con el método extrajudicial administrado." [494]

4.3.3.1.3. Tendencias del movimiento *Adr* en las sociedades modernas.

"Las causas para la amplia aceptación de estos métodos son las mismas que han contribuido al desarrollo de estos sistemas, principalmente la descongestión judicial, y la necesidad de dialogar para resolver una gran cantidad de controversias sin necesidad de acudir a los procesos antagónicos judiciales." [495]

---

[493] SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.) *Op. cit*., Ver Nota 40, pp. 139 - 140

[494] Medios Alternativos de Solución de Conflictos en España. *<http://www.aryme.com/aryme/esp/metodos_adr/ind>* [En Línea], [fecha de consulta 07 de noviembre de 2010]

[495] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, p. 93

"El fenómeno de jurisdiccionalización de las sociedades modernas, provocando en gran medida por aumento considerable de la conflictualidad social, en todos los sectores de las relaciones jurídico-personales, en parte por el desarrollo social, cultural y económico de los pueblos, se ha hecho presente… otros … *Adr.*" [496]

"A comienzos de este siglo, han convertido en inoperantes, en muchas ocasiones, los causes jurisdiccionales de solución de conflictos, ante el aumento progresivo de asuntos que alcanzan y pretenden una decisión judicial de los mismos." [497]

"Nos hallamos inmersos en una sociedad dinámica y compleja… ante la multiplicación del tráfico jurídico que ha desembocado en una proliferación incontrolada de conflictos, que exigen soluciones concretas ante situaciones específicas." [498]

"Todo lo anterior, unido al gasto que conlleva la existencia de un sistema judicial y los retrasos en la resolución de los conflictos por los tribunales, ha provocado movimientos reaccionarios contra este sistema.

El movimiento filosófico de pensamiento *critical legal studies,* se ha vinculado con el de *Adr alternative dispute resolution,* mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales." [499]

4.3.3.1.4. Orientaciones Normativas

Libro Verde: Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas, 2002

[496] BARONA VILAR, Silvia, *Op. cit*., Ver Nota 492, (*Solución Extrajudicial de Conflictos*), p. 13
[497] *Ibidem*, p. 14
[498] *Ibidem,* p. 34
[499] *Ibidem*, p. 49

Panorama Global

Las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil… los *Adr* suscitan un interés renovado en la Unión Europea por tres motivos.

En primer lugar, se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las *Adr* en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello.

En segundo lugar, las *Adr* son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo.

Por último, las *Adr* representan una prioridad política - confirmada en varias ocasiones - para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad.

Las ventajas inherentes a estas modalidades de justicia privada y la crisis de eficacia de los sistemas judiciales suscitaron un interés renovado hacia estos métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales que el recurso al juez o a un árbitro. A escala comunitaria se han desplegado esfuerzos considerables para acompañar su desarrollo, especialmente en el ámbito de la sociedad de la información, con miras a incrementar la confianza… en el comercio.

Una de las razones del desarrollo de las *Adr* es de carácter práctico y coyuntural: las *Adr* constituyen una respuesta a las dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. Estas dificultades se explican por el hecho de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar. La cantidad, la complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia.

Es particularmente conveniente hace hincapié en el papel de las *Adr* como instrumentos al servicio de la paz social. En efecto, en las formas de *Adr* en que los terceros no toman ninguna decisión, las propias partes no se enfrentan sino que, al contrario, emprenden un proceso de aproximación, eligen el método de resolución del conflicto y desempeñan un papel más activo en este proceso para intentar descubrir por sí mismas la solución que más les conviene. Una vez resuelto el conflicto, este enfoque consensual incrementa para las partes la posibilidad de que las partes sigan manteniendo relaciones de carácter comercial o de otro tipo.

Las partes en conflicto son libres de recurrir o no a las *Adr*. Ellas mismas optan por organizar el procedimiento, basándose en la imparcialidad y la equidad del tercero encargado del procedimiento. Dicho tercero deberá respetar el principio de confidencialidad. Los Estados miembros insisten especialmente en que tales principios se presenten en forma de garantías mínimas de procedimiento.

Reglamento *ADR* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) 2001

Prólogo

La Cámara de Comercio Internacional tiene casi ocho décadas de experiencia en la elaboración de reglas destinadas a regir y facilitar el desarrollo de los negocios internacionales, incluyendo las diseñadas para resolver los conflictos que surgen inevitablemente en las relaciones comerciales. El presente Reglamento *Adr* es la iniciativa más reciente de la CCI en este campo.

El Reglamento *Adr* de la CCI es el resultado de los debates de expertos en solución de desavenencias y representantes de la comunidad empresarial de más de 75 países. Su propósito es ofrecer a las partes un medio de resolver amigablemente las desavenencias, del modo que más convenga a sus necesidades. Una característica distintiva del Reglamento es la libertad que se da a las partes para elegir la técnica que estimen mejor para conducir a un acuerdo. En caso de que falte acuerdo en el método a adoptar, se utilizará la mediación.

El acuerdo amigable es una solución deseable para las desavenencias y diferencias comerciales. Puede tener lugar antes o durante el litigio judicial o el arbitraje de una desavenencia y a menudo puede ser facilitado a través de la ayuda de un tercero neutral (tercero), actuando bajo reglas simples. Las partes pueden acordar someterse a esas reglas en el contrato principal o en cualquier otro momento.

Artículo 1 Ámbito de aplicación. Todas las desavenencias comerciales, sean o no de naturaleza internacional, pueden ser sometidas al proceso *Adr* siguiendo este Reglamento. Las disposiciones de este Reglamento pueden ser modificadas de común acuerdo entre todas las partes, siempre y cuando la CCI así lo apruebe.

...

Artículo 5 El procedimiento.

1. El Tercero y las partes deberán negociar y buscar con prontitud un acuerdo sobre la técnica a utilizar para resolver el litigio y deberán elegir el procedimiento específico a seguir.
2. A falta de acuerdo entre las partes sobre la técnica a utilizar, ésta será la mediación.
3. El Tercero ordenará el procedimiento de la forma que considere más apropiada. En todo caso, el Tercero deberá guiarse por los principios de probidad y de imparcialidad, así como por los deseos de las partes.
4. Si no hay acuerdo entre las partes, el Tercero determinará el o los idiomas que deberán utilizarse en el proceso, así como el lugar en el que se celebrarán las reuniones.
5. Cada parte deberá cooperar de buena fe con el Tercero.

Guía del *Adr* de la de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Características del *Adr* son:

El proceso *Adr* de la CCI es flexible y está bajo el máximo control posible de las partes. | El Reglamento establece un proceso rápido y, por lo tanto, económico, que permite a las partes buscar una solución amigable para la resolución de sus desavenencias a cambio de una inversión mínima de tiempo y recursos. | El proceso *Adr* de la CCI permite a las partes elegir por sí mismas la técnica más apropiada para la búsqueda de soluciones a sus desavenencias, con la ayuda de un Tercero experimentado. A falta de acuerdo entre las partes sobre la técnica que debe utilizarse, ésta será la mediación. El proceso puede dar lugar a un acuerdo entre las partes que ponga fin a sus desavenencias y que sea obligatorio para ellas en virtud del derecho aplicable a este acuerdo. También puede, por ejemplo, dar lugar a una opinión o una evaluación emitida por el Tercero sin obligación para las partes, si la consulta a un Tercero ha sido la técnica elegida por ellas. | El proceso *Adr* de la CCI

es confidencial. El Reglamento contiene un máximo de medidas de salvaguarda a estos efectos.

Son técnicas de *Adr*:

i. La Mediación
ii. La Evaluación de un Tercero
iii. El Mini-Trial
iv. Cualquier otra técnica de solución
v. Una combinación de técnicas de solución

4.3.3.1.5. Modalidades

Para ARYME[500] señala los siguientes:

a) La Adjudicación. Un experto escucha a las partes y, sin estar sujeto a un procedimiento arbitral estricto, emite una decisión de obligado cumplimiento tras una o dos sesiones con las partes para valorar los argumentos y la documentación de cada parte.

Observaciones: La adjudicación es un proceso vinculante y se emplea principalmente en el sector de la construcción, aunque es trasladable a cualquier ámbito mercantil. | El adjudicador puede solicitar pruebas, hablar con las partes por separado, o conjuntamente. | La adjudicación se pacta en el propio contrato, pero generalmente se pacta como método previo a un arbitraje.

b) La Facilitación. La facilitación consiste en ayudar a un grupo de personas a alcanzar sus objetivos entre los que se puede encontrar la resolución de una controversia.

Observaciones: Este mecanismo tiene un carácter no vinculante. | La filosofía se basa en que si una persona es llamada a una reunión, a una negociación, es porque puede aportar algo positivo y que de nada sirve una reunión de 10 personas en las que

[500] Entidad privada que administra procesos de *Adr*, en Madrid, España. *<http://www.aryme.com/aryme/esp/metodos_adr/ind>* [En Línea], [fecha de consulta 07 de noviembre de 2010]

dos no hablan, dos tienen miedo a hablar y tres creen que la reunión sólo vale para ratificar la decisión ya tomada o muy madurada por el convocante.

Liderazgo del facilitador, dirigir un proceso completamente democrático y basado en el absoluto consenso; el facilitador ha de proyectar un nivel de autoridad que varía en intensidad según la circunstancia en la que se encuentre el grupo durante su encuentro; independientemente de la personalidad y estrategias de cada facilitador, éste ha de poseer habilidades estudiadas en materia de dinámica y comportamientos de grupo.

c) El Med/Arb

En primer lugar las partes someten su disputa a un proceso de mediación ante un mediador mutuamente convenido. Si alguna cuestión queda sin resolver, el mediador pasa a actuar como árbitro para dirimir definitivamente los asuntos controvertidos pendientes. Generalmente, el laudo incluye los asuntos negociados en mediación además de los asuntos que han debido resolverse mediante el proceso de arbitraje.

Observaciones: Posee un carácter híbrido. | La peculiaridad de Med/Arb… la persona que actúa como mediador actúa también como árbitro y aunque su independencia de las partes puede estar perfecta y objetivamente establecida, no así su imparcialidad necesariamente y ello por haber estado expuesto a confidencialidades propias de un proceso de mediación e impropias y ajenas a un proceso arbitral. Además, en ciertas jurisdicciones está expresamente prohibido que la persona que actúa como mediador, pueda actuar como árbitro en la misma controversia con las mismas partes.

d) El Mini-Juicio. Pretende implicar a los directivos de las empresas en la solución negociada de su disputa. Por lo tanto, las soluciones que puedan ser alcanzadas mediante la técnica del mini-juicio son sólo vinculantes en la medida que así lo deseen ambas partes.

Los directivos de ambas empresas escuchan a sus propios abogados exponer sus argumentos de hecho y de derecho como si de un juicio se tratase. Dichos directivos se constituyen en un panel con un tercero neutral e independiente, libre y previamente elegido por ambos, que coordina el proceso y cuyo cometido es el de asistir a las partes en su propio proceso de negociación para resolver sus desavenencias.

Observaciones: Aunque no es necesario el intercambio exhaustivo de información o documentos, todo método extrajudicial no vinculante tiene más posibilidades de éxito cuanta más información obra en poder de cada una de las partes. Sin embargo, se adoptan las cautelas lógicas para que cualquier intercambio de dicha información –en caso de ser necesaria a juicio de las partes—se produzca de forma consensuada y siguiendo un protocolo previamente acordado pos las partes.

Ambas partes habrán de estar representadas por sus abogados, y el tercero neutral o "consejero" habrá de ser un abogado. El consejero elegido por las partes limitará su función a: ordenar el procedimiento burocrático del proceso según esta normativa; presentar un informe que, basado en la presentación y documentación aportada por las partes, detalle su opinión respecto al resultado probable de un juicio ordinario; aportar sus recomendaciones en base a las ofertas que cada parte presente para la consideración de la otra; y, asistir a las partes en su proceso negociador.

e) El Partnering. Es una alianza de personas clave que concurren en un proyecto multipartito, cuya meta es la construcción de un marco mutuo de confianza que facilite y promueva el flujo necesario de diálogo para evitar disputas. Aunque a través del denominado *partnering* se pueden resolver disputas, ésta no es su esencia; su esencia es evitarlas.

Observaciones: Un *partner* es un socio, pero no cualquier tipo de socio, sino un socio de confianza a largo plazo, de igual rango, y comprometido con los objetivos propios y los del resto de sus socios.

El motivo que lleva a las empresas a formar este tipo de alianzas en forma de *partnering* es la complejidad del proyecto común, así como la complejidad de sus propias estructuras organizativas y sus metas tanto personales como corporativas. La organización de un modelo de *partnering* es compleja ya que no sólo ha de promover la fluidez en el intercambio de opiniones, sino que ha de estructurarse para resolver eficazmente conflictos a distintos niveles colaborativos entre los equipos de trabajo de las organizaciones que concurren en un proyecto global determinado.

f) La Evaluación Neutral. Es un proceso mediante el que un tercero, experto e independiente de las partes (evaluador), emite un informe respecto a las posiciones y argumentos de hecho y/o derecho de cada parte, así como un sumario de recomendaciones sobre las que las partes pueden construir su propio acuerdo y resolver sus desavenencias.

Observaciones: Desde su imparcialidad y experiencia profesional, el evaluador que las partes eligen libremente ayuda a cada una a valorar sus respectivas posturas y argumentos. Además, el evaluador plantea en su informe recomendaciones independientes sobre las que las partes pueden construir un acuerdo que satisfaga a ambas.

La evaluación neutral no culmina en la obtención de una solución impuesta por el evaluador, sino en el posterior acuerdo que éstas puedan alcanzar como resultado de su análisis y recomendaciones. Todo depende de los interesados, que son en todo momento los protagonistas del proceso.

g) El Fact Finding. Traducimos *fact finding* como peritaje que puede ser de naturaleza jurídica (derecho), social (ciencias sociales) o técnica (ciencias aplicadas) para cualquier ámbito de actividad empresarial.

Observaciones: Un hecho, realidad o dato es información obtenible y verificable siguiendo los estándares profesionales que en cada caso sean de

aplicación. *fact finding* constituye el proceso de alcanzar la objetividad demostrable y también determinar la incertidumbre objetiva y potencial, es decir, los elementos fuera de control directo y objetivable científicamente.

El objetivo del *fact finding* es establecer mecanismos que eviten que las partes interesadas tomen decisiones contradictorias o erróneas sobre la base de datos bien contradictorios, bien interpretados subjetivamente y para ello contratan conjuntamente los servicios de peritos/consultores al mismo tiempo que establecen una comisión o grupo conjunto que evalúa los datos con la ayuda de un facilitador si fuese necesario.

Otras Clasificaciones de *Adr*

a) Para Rafael Illescas Ortiz

Sistema de Resolución Especializada de Instrumentos Documentarios [501]

"Se trata de un mecanismo especializado para resolver las disputas que surgen en el marco de los créditos documentarios y las garantías independientes, que no pueden considerarse como un procedimiento arbitral, por lo que tampoco será considerado como laudo arbitral la decisión a menos que las partes acuerden darle un carácter vinculante." [502]

b) Para Luis Enrique Graham Tapia

"*Summary Jury Trial*. Estriba en que el papel del asesor neutral es sustituido por un jurado. El jurado esta compuesto por personas no necesariamente abogados que pronunciarán su decisión en relación con la controversia planteada. Con el objeto de asegurar el mejor desempeño del jurado, usualmente sus miembros no son informados de que su decisión puede ser rechazada por las partes. Los miembros del jurado suponen que su decisión será obligatoria para las partes.

[501] La ICC crea en 1997 (*Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise),* han sido recientemente revisadas con efecto desde el 15 de marzo de 2002.
[502] ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme,* p. 488

Formula de A (reparte) y B (elige). Una de las partes realiza el plan de reparto; así, que da un bloque 1 y otro bloque 2: La otra parte será la que tenga el derecho de hacer una elección. De esta manera, el que reparte tiene que ceñirse a un reparto lo más equitativo posible; de lo contrario, la otra parte tomará para sí la opción más ventajosa… esto tendrá un carácter de obligatorio para las partes.

Arbitraje de Oferta Final. Cada parte presenta una propuesta al tribunal arbitral. El tribunal dictará el laudo con base sola y estrictamente en una de las dos propuestas. El laudo no podrá contener una cantidad que no sea alguna de las que hayan propuesto las partes. Por medio de esta fórmula las partes se ven en la necesidad de acercar entre sí sus pretensiones." [503]

c) Para Marco Gerardo Monroy Cabra

"*Private Trials*. Este método es una combinación entre juicio público y el arbitramento. Se asemeja al arbitramento en que las partes acuerdan previamente que se someterán a este método de solución si llegara a surgir una disputa. El procedimiento de decisión está a cargo de jueces retirados que aplican leyes sustanciales y se conducen por entidades no gubernamentales.

Trial by Referee. Este método surgió de la opción que tiene el juez de remitir el caso a un árbitro, quien decide sólo lo que el juez le refiere en un documento llamado orden de referencia, la cual, a su vez, puede ser tan específica y limitada como lo considere el juez." [504]

Los *Adr* hoy en día, son métodos, muchos de ellos no sofisticados, y más bien sencillos y flexibles, tienden a soluciones eminentemente equitativas; las sociedades donde por educación y por humanismo, son proclives a la solución pacífica de conflictos, son bien aceptados y rehúsan entablar prolongados y costosos juicios ante

[503] GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *Op. cit*., Ver Nota 389, (*El Arbitraje Comercial*), pp. 24 - 26
[504] MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Op. cit*., Ver Nota 296, pp. 98, 99, 104

instancias judiciales estatales; esto es una muestra, de evolución del desarrollo del ser humano, han abandonado ancestrales formas de lucha incivilizada.

Comunidades que observen y apliquen estos *Adr* habrán forjado una gran cultura para la paz social, la comunicación y el diálogo.

4.4. Organización y Depuración de aspectos procesales para una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje comercial internacional

Como se había advertido al inicio de este capítulo, para este apartado en concreto, se enunciarían aspectos de corte procesal, donde se informará de cada uno de ellos, los marco conceptuales, dogmáticos y normativos, sin proporcionar más dato alguno, ya que los análisis y aportaciones serán vertidos en el último capítulo, como propuestas, para que sean abordados en la audiencia preliminar o en audiencias complementarias en el procedimiento de arbitraje comercial internacional.

Se ha identificado un conjunto importante de temáticas, que deben ser tratadas en la audiencia en comento; si se desea conseguir un procedimiento arbitral continuo y sin obstáculos e intermitencias, será pues menester realizar su correspondiente estudio, esto, como una forma preventiva.

Algunas de estas temáticas, que señalaré son ampliamente conocidas, para ser aplicables en la citada audiencia preliminar, pero lo que no esta definido, en muchas ocasiones son sus alcances y consecuencias; otros aspectos procesales, son innovadores, y me parece que amerita su inclusión en dicha audiencia previa; por otra parte, hay otras medidas de orden procesal que deben en un momento oportuno ser determinadas y ejecutadas para el buen funcionamiento y desarrollo arbitral de su proceso. Por todo lo anterior, se espera continuar perfeccionando esta institución arbitral procesal, ¿Cómo? Vía prevención y depuración.

La obviedad y la expresión tácita de estos elementos en comento, son enemigos del saneamiento, la certeza y seguridad jurídica en un proceso arbitral.

4.4.1. Aspectos dirigidos a Personas (Compromitentes)

4.4.1.1. Orientación Preliminar

a) Marco Dogmático

Cuando se trate de un arbitraje *ad hoc*, sea el árbitro, o bien, si es un arbitraje institucional, sea la Secretaría, quienes orienten a las partes (tal vez inexpertas en estos temas) oportunamente e informen: el estado actual de circunstancias; los términos del expediente que se esta formado; como se llevaría el procedimiento arbitral (etapas y plazos); trazar toda la ruta crítica del arbitraje y puntualizar los términos del convenio de arbitraje.

Por lo anterior, creo que un árbitro experimentado, recomendaría a los compromitentes que en esta etapa preliminar, fuesen informados sobre estos aspectos introductorios del arbitraje; será el mejor momento, para comenzar a dimensionar los alcances y efectos de un arbitraje, además permitir, definir y acordar aquellos elementos procesales omitidos, ambiguos o inexactos del acuerdo de arbitraje.

Esta orientación preliminar, no es ociosa, ni desvirtúa la naturaleza jurídica del arbitraje internacional, por el contrario, informar a los interesados de la tramitación y del desarrollo del procedimiento de arbitraje, es una clara señal de previsibilidad.

En las Notas de la UNCITRAL sobre la Organización del Proceso de Arbitraje, en su preámbulo, puede inferirse y reafirmarse, que las imprevisiones en un proceso arbitral no sólo pueden primar en arbitrajes *ad hoc*, lo cual hace suponer, que también en los procedimientos de arbitraje institucional.

En base a esto, la orientación preliminar, puede reportar beneficios, y construir procesos previsibles y seguros, jurídicamente hablando.

Se han pronunciado expertos así… el conocimiento del expediente como presupuesto para que resulte fructífera la audiencia preliminar: “El juez como los letrados, tengan un acabado conocimiento del expediente. El juez debe intervenir activamente en la audiencia preliminar, y el conocimiento del expediente le permitirá aclarar junto con las partes y los profesionales los hechos litigiosos, la prueba que resulta pertinente y conducente, y desarrollar, en general, las demás actividades

previstas; debe tenerse en cuenta que a los efectos de la fijación de los hechos tienen gran importancia el conocimiento que el juez posea en ese momento, sea sobre el derecho o sobre los hechos alegados.

Pero las actividades propias de la audiencia preliminar exigen también que los abogados conozcan el expediente, porque ello les permite evaluar la conveniencia o no de las fórmulas conciliatorias, como también definir, en su caso, qué hechos están reconocidos, cuales controvertidos, cuáles pruebas son pertinentes, cuáles conducentes.

Loutayf Ranea cita de Etcheverry de Quintabani, es esencial para un manejo exitoso de la audiencia preliminar que el juez, previo a su elaboración, efectúe una atenta y prolija lectura del expediente. Ya cuenta con los hechos expuestos, los coincidentes y los divergentes, las pruebas ofrecidas por ambos contendientes, y con esta aproximación temprana a los autos puede advertir, y consecuentemente, sanear, todos los defectos, errores y omisiones de procedimiento, aligerando así la contienda." [505]

4.4.1.2. Las Medidas Disciplinarias

a) Marco Conceptual

Apercibimiento: "Corrección disciplinaria, verbal o escrita, en la que la autoridad o el superior señala una actitud indebida, excita a proceder en forma y previene, más o menos expresamente, que la insistencia en la falta o la repetición acarreará una sanción mayor." [506]

Amonestación: "Requerimiento o apercibimiento judicial. La prevención judicial que se hace a una persona para que se abstenga de hacer algo." [507]

[505] LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Op. cit*., Ver Nota 179, pp. 9 - 10
[506] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Apercibimiento,** p. 36
[507] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 46, **Voz: Amonestación,** (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), p. 83

Separar de la Causa: En el desarrollo de un procedimiento, si alguna de las partes o un tercero, proceden a ocasionar serios problemas en el orden del proceso respectivo, por tanto se le aparta, hasta en tanto corrija o guarde la debida compostura a su proceder.

Suspender la Causa: Cuando una de las partes o ambas, muestren una exacerbada oposición, rivalidad u hostilidad en su comportamiento en un proceso jurisdiccional, la autoridad superior puede tomar la decisión de suspender el proceso hasta en tanto cese la causa que motiva la suspensión de la fase procesal.

Multa: "Pena pecuniaria que se impone por una falta delictiva, administrativa o de policía o por incumplimiento contractual." [508]

Cláusula Penal: "La puesta a veces por las partes en sus contratos, estableciendo una sanción para aquella que no cumpla lo estipulado." [509]

b) Marco Dogmático

"Un buen juez habla por sus sentencias, un buen árbitro habla por el cumplimiento que las partes hagan de sus requerimientos o resoluciones. Si bien, la normativa procesal pone en sus manos algunas herramientas sancionatorias, las mismas no son fáciles de aplicar.

La exigencia de que las partes estipulen la multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

Son habituales en algunos reglamentos de instituciones arbitrales algunas sanciones adicionales en especial contra la parte que obstruye deliberadamente el avance del proceso. Es preciso tener presente que normalmente nos olvidamos, que pesa con mayor intensidad sobre la parte demandada, la carga adicional de que su actuación en procedimientos arbitrales, no puede ser obstruccionista.

---

[508] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Multa,** p. 260
[509] *Ibidem,* **Voz: Cláusula Penal,** p. 72

Si así fuera y su propósito se trasluciera en actitudes que trasunten dificultar que el laudo pueda ser dictado como indica el reglamento y de esta manera frustrar el arbitraje, lo que evidenciaría es su intención de privar a las partes el derecho que puedan tener acerca de un laudo que afirme sus derechos patrimoniales, que también tienen protección constitucional." [510]

"La normativa no establece que los árbitros tengan facultades disciplinarias sobre las partes. El silencio de la ley puede interpretarse de dos modos contradictorios: o se dan por implícitos tales poderes o, al no expresarse no existen.

No hay duda de que los árbitros deben de tener los poderes indispensables para arbitrar:

Es indudable que los árbitros disponen de un poder disciplinario, aunque éste no se halle establecido en forma expresa. Si por ejemplo, una parte molesta con la intención de perturbar en una audiencia, tienen los árbitros poderes suficientes para hacerla retirar. No pueden ellos, sin embargo, dirigirse directamente ante las autoridades que detentan la fuerza pública.

Si se presenta un documento para su reconocimiento y la parte que aparece firmándolo se niega a concurrir a las citaciones. El árbitro puede proceder contra la voluntad de la parte opositora y dar por reconocido el documento.

Si las partes tienen la obligación legal de presentar libros de comercio y se oponen a ello, ¿Qué puede decidir el árbitro? Los árbitros se dirigirán a la judicatura para que haga efectiva la medida indispensable, como lo hubiera podido hacer el juez, por sí mismo, en causa de la propia competencia.

Creemos que los árbitros tienen las mismas facultades… que se otorgan a los jueces, a no ser que se pacté algo en contrario en el compromiso." [511]

[510] NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina,* pp. 104 - 105
[511] OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ DE ARÉCHEGA, Mercedes, *El Arbitraje en Uruguay,* p. 57

"Las partes deberán actuar en el litigio con buena fe y no ejercer abusivamente los derechos y para ello deben ceñirse estrictamente a las normas de procedimientos establecidos en el contrato arbitral o en el determinado por los árbitros.

Los tribunales arbitrales también están facultados para sancionar en resolución fundada las faltas o incorrecciones que los litigantes, y sus abogados o procuradores cometan en el juicio arbitral, ya sea en el diligenciamiento de sus mandatos y ordenes, con motivo del ejercicio de sus funciones, contra su autoridad o dignidad, contra el respeto debido a los funcionarios del tribunal, a los otros litigantes, sus representantes o protrocinantes. También podrán mandar a testar en los escritos presentados las palabras o frases ofensivas o indecorosas, y excluirán de las audiencias a quienes les perturben en su comportamiento incorrecto." [512]

"En el transcurso de un procedimiento de arbitraje, el o los árbitros podrán inferir que se ha violado una norma o ley. En tales casos, el o los árbitros podrán remitir la causa a la organización autónoma para que se tome una medida disciplinaria. También podrá efectuarse una remisión para la toma de medidas disciplinarias si una firma de un miembro o de una persona vinculada se niega a cumplir una orden de generación de documentos o de comparecencia librada por los árbitros." [513]

"Resulta conveniente incorporar una cláusula penal por incumplimiento del convenio arbitral, en sustitución o con independencia del derecho a pedirse formalización o su ejecución.

Hay amplias facultades que se les otorga a las partes para que establezcan las condiciones que estimen más convenientes, la cláusula penal es potestativa, pero su incorporación es aconsejable para disuadir el incumplimiento del convenio arbitral.

La cláusula penal puede ser de dos clases: una sustitutiva del derecho a pedir la ejecución del laudo, evaluándose los daños y perjuicios que el incumplimiento

[512] FILÁRTIGA LACROIX, Carlos A., et al., *El Arbitraje en Paraguay,* p. 73
[513] Guía para Árbitros, por la Asociación Estadounidense de Agentes del Mercado Bursátil (NASD) p. 16

lleva, y otra, con independencia del derecho a pedir la ejecución del laudo, en cuyo caso la cláusula penal juega un papel sancionador." [514]

c) Marco Normativo

Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio, de la Paz, Bolivia

Artículo 27, Fracción IV De las Facultades del Tribunal Arbitral: Podrá apercibir, amonestar, separar de la causa y aplicar multas a las partes y a sus asesores, apoderados o representantes, cuando con su accionar, obstaculicen la marcha normal de las actuaciones, presenten peticiones manifiestamente improcedentes, reiteren o cuestionen aquellas ya resueltas, incurran deliberadamente en demoras injustificadas o no presten la colaboración exigida por el tribunal arbitral.

Código de Procedimiento Civil de Paraguay

Artículo 803 En el contrato podrán las partes convenir sobre las multas que serán imponibles a la que fuese remisa en el cumplimiento de los actos a su cargo para la integración del tribunal arbitral o no cumpla o desacate sus órdenes durante la sustanciación de la causa.

4.4.1.3. Protesta y Juramento

a) Marco Conceptual

Protesta: Del latín *protestatio – onis.* "Es la testificación espontánea que se hace para adquirir o conservar un derecho o salvaguardar un daño que pueda sobrevenir. La protesta de decir verdad, respecto de los testigos, es declarar con verdad acerca de algún hecho o circunstancia." [515]

Juramento: Del latín *iuramentum.* "Declaración solemne que realiza una persona ante autoridad judicial o administrativa, en la que en nombre de Dios, el honor o algún otro valor moral o jurídico, afirma que su dicho es verdadero." [516]

[514] MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 244 - 245
[515] MEDINA LIMA, Ignacio, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano,* t IV, **Voz: Protesta de Decir Verdad,** p. 3118
[516] SAID, Alberto, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Juramento,** p. 150

b) Marco Normativo

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, (CIADI), Revisión del Reglamento y Reglas del CIADI, de 1984

Reglas de Arbitraje, Regla 35 Declaración de testigos y peritos:

Cada testigo hará la siguiente declaración antes de que se interrogue: *Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que diré la verdad, toda la verdad y sólo la verdad.*

Cada perito hará la siguiente declaración antes que haga cualquier otra aseveración: *Declaro solemnemente, por mi honor y conciencia, que lo que manifestaré estará de acuerdo con lo que sinceramente creo.*

Reglamento Interior de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

Artículo 24 Las partes, los testigos, los peritos y los demás auxiliares acreditados deberán declarar bajo protesta ante el tribunal arbitral.

Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional de Lima, Perú

Artículo 24 Inciso d) Ya sea elección de una de las partes o decisión del tribunal, el testimonio de los testigos podrá presentarse por escrito mediante declaraciones firmadas, declaraciones juradas o en otra forma, en cuyo caso el tribunal podrá supeditar la admisibilidad del testimonio a la disponibilidad de los testigos para presentar un testimonio oral.

Reglamento de la London Court of Internacional Arbitration (LCIA)

Artículo 20 Inciso 20.3. Salvo disposición en contrario del tribunal arbitral, un testigo podrá deponer por escrito, bien por medio de declaración escrita y firmada, bien mediante declaración jurada.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santo Domingo

Artículo 42 Celebración de Audiencias.

…

4. Los testigos presentarán juramento en la forma prevista en el derecho común.
5. Las declaraciones de los testigos pueden presentarse por escrito siempre y cuando se hagan constar bajo juramento en acto auténtico.

4.4.1.4. Inactividad de las Partes

a) Marco Dogmático

"Se plantea la posibilidad de que las partes puedan permanecer inactivas, puede deberse a: que el objeto de la controversia se encuentre o no delimitado y el convenio arbitral se deduce escueta e imprecisa." [517]

"Inactividad voluntaria de las partes: pues la inactividad puede ser el resultado de causas de suspensión motivadas por circunstancias de hecho o de derecho… por la instancia, ausencia de consentimiento…" [518]

"La inactividad de cualquiera de las partes, no cabe duda que no se le impide al árbitro pronunciar un laudo sobre la cuestión de fondo sujeta a convenio arbitral.

No cabe duda que si se trata de una inactividad material de ambas partes ello obligaría al árbitro o árbitros a archivar las actuaciones… es el caso que después de notificada a las partes la aceptación del arbitraje por el árbitro y la apertura de alegaciones por cada una de ellas dejan transcurrir el plazo preclusivo para alegar." [519]

b) Marco Normativo

Reglamento de Arbitraje de la Corte Española

Artículo 37 La inactividad de las partes en cualquier momento del procedimiento arbitral no interrumpirá el arbitraje ni impedirá que se dicte el laudo ni lo privará de eficacia.

[517] MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El Arbitraje como Solución de Conflictos en Propiedad Intelectual,* p. 179
[518] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Juez. Sus Deberes y Facultades,* p. 71
[519] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Derecho de Arbitraje Español,* pp. 345 - 346

4.4.1.5. Renuncia al Derecho a Objetar

a) Marco Conceptual

Objetar: "Oponer reparo a una opinión o designio; proponer una razón contraria a lo que se ha dicho o intentado." [520]

Renuncia del Derecho de Objetar: "Consiste en que una parte no puede alegar irregularidades del procedimiento, si no las hizo valer en tiempo, cuando pudo hacerlo. La falta de objeción oportuna de la parte afectada, da lugar a asumir que tenía conocimiento que se había dejado de cumplir algún requisito, pero decidió no hacer valer su derecho, por lo que en el futuro no puede alegarlo legítimamente." [521]

b) Marco Dogmático

"Las partes en el arbitraje tienen derecho a objetar cualquier irregularidad del procedimiento, en caso de que llegue a presentarse… si el tribunal arbitral ignoró alguna disposición aplicable al procedimiento o si el tribunal no se integró conforme a lo previsto en el acuerdo de arbitraje. La parte afectada debe objetar la irregularidad tan pronto como tenga conocimiento de ésta, ya que de lo contrario se considera que ha renunciado a su derecho a hacerlo. Por esta razón, no se puede presentar una objeción después de que se haya iniciado un procedimiento ante los tribunales judiciales, con el propósito de atacar el laudo, si dicha objeción no se hizo valer en el arbitraje." [522]

c) Marco Normativo

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 33 Renuncia. Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del tribunal arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del tribunal arbitral o con el desarrollo del proceso ha desistido de su derecho a objetar.

---

[520] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 46, **Voz: Objetar,** (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), p. 584
[521] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, p. 277
[522] *Idem*.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM)

Artículo 41 Renuncia. Si una parte, sin expresar su objeción sin demora, prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición de estas Reglas, de cualquier otra regla aplicable al procedimiento, alguna orden del Tribunal Arbitral o algún requisito del acuerdo de arbitraje, se entenderá que ha convalidado el procedimiento, perdiendo cualquier derecho a impugnar.

Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, de Costa Rica (Ley núm. 7727)

Artículo 56 Considérase que renuncia al derecho de objetar la parte que sigue adelante con el arbitraje a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la Ley sin expresar su objeción a tal incumplimiento.

Ley de Arbitraje, No. 67/95, de Guatemala

Artículo 7 Si una parte prosigue el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley, y de que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora justificada o, si se prevé un plazo para hacerlo y no lo hace dentro de ese plazo, se entenderá renunciando su derecho a impugnar.

La parte que no haya ejercido su derecho de impugnar conforme al párrafo anterior, no podrá solicitar posteriormente la anulación del laudo fundado en ese motivo.

Ley de Arbitraje, No. 23, de 1996, del Derecho Inglés

Artículo 73.1. La Pérdida del derecho a invocar ciertas quejas. Una parte del arbitraje que comparezca o proceda a comparecer sin invocar inmediatamente, en el plazo correspondiente:
a) La falta de competencia del tribunal arbitral.
b) La inobservancia de las normas aplicables a la instrucción del proceso.
c) La violación del convenio arbitral.
d) La existencia de cualquier otro vicio que concierna al tribunal arbitral o al procedimiento.

Pierde el derecho a invocar con posterioridad estas quejas ante el juez o los árbitros, salvo que pruebe que en el momento en el que compareció o procedió a comparecer los ignoraba o no pudo tener legítimamente conocimiento de ellos.

Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Artículo 25 Se considerará que una parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición de las reglas, o requisito conforme a las reglas sin expresar su objeción por escrito a tal incumplimiento, renuncia a su derecho de objetar.

Reglamento de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Guatemala (CENAC)

Artículo 54 Prescripción del Derecho a Objetar. Se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente reglamento,

sin expresar dentro del plazo de tres días a partir de que tenga conocimiento del mismo su objeción a tal incumplimiento, renunciará a su derecho de objetar.

4.4.1.6. Representación, Patrocinador o Asesor

a) Marco Conceptual

Representación: "Es la facultad de una persona para celebrar a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico, de manera que sus efectos se producen directamente en la persona y patrimonio del representado." [523] (LOZANO ALARCÓN, Gerardo)

Procurador: "Genéricamente, gestor o agente de un asunto o negocio. | Apoderado, representante. | Mandatario. | Quien con facultad recibida de otro actúa en su nombre. | El que, habilitado legalmente, se presenta en juicio en nombre y representación de una de las partes." [524]

Asesor: "El que ilustra o aconseja a persona lega en una determinada materia." [525]

b) Marco Dogmático

Para Gerardo Lozano Alarcón, señala que existen dos tipos de representación:

"Representación para celebrar un acuerdo de arbitraje: En los sistemas jurídicos de tradición civil, el contrato de mandato es por lo general el acto jurídico que da lugar a la representación. La clase de facultades que requiere el representante para celebrar el acuerdo de arbitraje a nombre y por cuenta de otro, lo determina el derecho aplicable de cada parte.

Representación en el procedimiento arbitral: El arbitraje es un procedimiento privado entre las partes y el tribunal arbitral, por ello el tribunal goza de facultades discrecionales respecto a las formalidades legales de la representación de las partes en el procedimiento. La regla general es que las partes estén representadas por un

[523] *Ibidem*, **Voz: Representación,** p. 282
[524] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, Ibidem, **Voz: Procurador,** p. 322
[525] *Ibidem*, **Voz: Asesor,** p. 40

abogado o grupo de abogados, que no necesariamente son las mismas personas que actuaron como representantes de las partes en a celebración del acuerdo de arbitraje.

En la práctica es muy común que las partes presenten sus escritos iniciales de demanda y contestación acreditando la personalidad de su representante legal mediante poder notarial." [526]

c) Marco Normativo

Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio, de la Paz, Bolivia

Artículo 18 Las partes actuaran directamente o a través de sus representantes. Igualmente, podrán obtener la asistencia y patrocinio de abogados.

Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA)

Artículo 18.1 Cualquier parte del arbitraje podrá estar representada por abogado o por cualesquiera otros representantes.

Artículo 18.2 El tribunal arbitral, en cualquier estadio procedimental, podrá solicitar de las partes la acreditación de la representación otorgada a sus representantes en la forma que aquél estime oportuna.

Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Artículo 13 Las partes podrán estar representadas por personas de su elección, cualquiera que sea, en particular, su nacionalidad o profesión. Los nombres, direcciones, números de teléfono, fax, correo electrónico u otras referencias con fines de comunicación de los representantes deberán ser comunicados al centro.

Cada parte se asegurará de que sus representantes tengan suficiente tiempo disponible para permitir que el arbitraje se realice con rapidez y eficacia.

Las partes podrán también ser asesoradas por personas de su elección.

[526] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.) *Op. cit*., Ver Nota 333, p. 282

Ley sobre la Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, (Ley núm. 7727) de Costa Rica

Artículo 45 Las partes deberán estar representadas o asesoradas por abogados, a quienes podrá otorgarse un poder especial en los mismos términos y condiciones que rigen para un poder especial judicial.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM)

Artículo 27 Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. El tribunal arbitral tendrá por representantes de las partes aquellas personas nombradas por ellas mediante escrito presentado al secretario general o al tribunal arbitral, según sea el caso.

Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje (CIAC)

Artículo 4 Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. Deberán comunicarse por escrito a la otra parte los nombres y las direcciones de estas personas; esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o asesoramiento.

Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Artículo 12 Cualquier parte podrá ser representada en el arbitraje. Los nombres, direcciones y números de teléfonos de tales representantes serán comunicados por escrito a las otras partes y a la administradora. Una vez que el tribunal ha sido formado, las partes o sus representantes podrán comunicarse por escrito directamente con el tribunal.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Artículo 4 Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. Deberán comunicarse por escrito a la otra parte los nombres y direcciones de estas personas; esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento.

Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional de Lima, Perú

Artículo 7 Las partes podrán estar representadas por personas de su elección, debidamente acreditadas, cualquiera que sea su nacionalidad o profesión, pudiendo ser abogado de las partes…

4.4.1.7. Comunicaciones *ex parte*

a) Marco Conceptual

Comunicaciones *ex parte:* "Se da una comunicación *ex parte* dentro del procedimiento arbitral cuando un árbitro o el tribunal arbitral tiene una conversación,

interacción o intercambio de información respecto al procedimiento o al fondo del asunto, de manera oral o escrita, con una parte, sin que la otra parte se entere, participe o tenga la oportunidad de argumentar en contrario." [527] (OGARRIO KALB, Jorge)

b) Marco Dogmático

"Las comunicaciones *ex parte*, entre el árbitro y la parte, deben evitarse. Son impropias. Inclusive, podrían ser la base para una recusación o demanda de nulidad o no reconocimiento." [528]

Para Jorge Ogarrio Kalb "En el arbitraje comercial las comunicaciones privadas o *ex parte* están estrictamente prohibidas en virtud de que atentan contra el principio de imparcialidad procesal, al permitir el contacto unilateral de una de las partes con el tribunal, en donde dicho contacto podría influenciar peligrosamente la balanza a la hora de acordarse la decisión final.

El que los árbitros tengan comunicaciones privadas con las partes sobre cuestiones relativas al fondo de la controversia viola la regla de trato igual entre las partes y plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Los árbitros tienen el deber de conducir el procedimiento con integridad y neutralidad, por lo que las partes y sus representantes tienen la obligación de abstenerse de iniciar alguna conversación o contacto con los miembros del tribunal arbitral que verse sobre el fondo del asunto, excepto que sean realizadas en alguna audiencia en la que concurran ambas partes o que ambas hayan sido notificadas de ésta, o que las comunicaciones escritas sean enviadas a la contraparte.

Si bien es cierto que pareciera que las comunicaciones *ex parte* son fáciles de evitar por parte de los árbitros, hay muchas ocasiones en las que de manera inesperada las partes o sus representantes tratan de tener ese tipo de comunicaciones, por lo que los árbitros deben de estar en todo momento concientes del potencial daño que se puede causar al procedimiento, por lo que tiene que evitarlas a toda costa.

---

[527] *Ibidem*, p. 100
[528] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 208

Si independientemente de que los árbitros tomen las precauciones necesarias para evitar comunicaciones *ex parte,* éstas se llegaren a dar, lo apropiado es que el contenido íntegro y textual de dichas comunicaciones se haga del conocimiento inmediato de la otra parte y que conste en el expediente, lo anterior a efecto de preservar la neutralidad y la imparcialidad debida en todo procedimiento arbitral, así como para eliminar cualquier duda sobre alguna posible conducta indebida por parte del tribunal arbitral que pudiera dar lugar a la nulidad del laudo.

Los procedimientos arbitrales y las audiencias tienen que ser y parecer justas. El estricto cumplimiento de la regla que prohíbe las comunicaciones *ex parte* y la actitud preactiva de los árbitros para evitar dichas situaciones ayuda a garantizar que el procedimiento arbitral y la audiencia queden libres de inequidad procesal, tanto de hecho como en apariencia. La regla es muy clara y no deja lugar a dudas; simplemente un árbitro no puede tener comunicaciones con una parte o su representante sin que la otra parte esté presente o debidamente enterada." [529]

c) Marco Normativo

Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Artículo 7.2. Ninguna parte ni nadie actuando en nombre de la misma tendrá ninguna comunicación unilateral respecto al caso con ningún árbitro.

Código de Ética para Árbitros en Litigios Comerciales

Canon III

El árbitro evitará indecoro o apariencia impropia en su comunicación con las partes.

a) Si un acuerdo de las partes o las reglas del arbitraje aplicables se refieren a ese acuerdo y establecen la manera o contenido de las comunicaciones entre el árbitro y las partes, el árbitro seguirá esos procedimientos pese a cualquier previsión contraria.

b) Salvo disposición en contrario de las reglas de arbitraje aplicables, en un convenio interpartes los árbitros no discutirán un caso con una parte en ausencia de otra, a no ser que se dé alguna de las circunstancias siguientes:

i. Pueden darse discusiones con una parte referidas a tales cuestiones, como fijar el tiempo y lugar de audiencias o hacer otros arreglos para conducir los procedimientos. Sin embargo, el árbitro informará rápidamente a las otras partes de la discusión y no emitirá una resolución final sobre la materia discutida antes de dar a cada parte ausente la oportunidad de expresar sus puntos de vista.

[529] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.) *Op. cit*., Ver Nota 333, pp. 100 - 101

ii. Si una parte no está presente en la audiencia después de habérsele notificado, el árbitro podrá discutir el caso con cualquier parte que se halle presente.
iii. Si todas las partes lo piden o consienten, tal discusión podrá tener lugar.

c) Salvo disposición en contrario de las reglas de arbitraje aplicables o de un acuerdo interpartes, siempre que se comunique por escrito con una parte, el árbitro enviará simultáneamente copia de la comunicación a las partes restantes. Si recibe comunicación por escrito sobre el caso de una parte que no a mandó a las otras, él mismo a dirigirá.

4.4.2. Aspectos dirigidos a Cosas (Materiales)

4.4.2.1. Depósito de Bienes

a) Marco Conceptual

Depósito: "Acción o efecto de depositar. | Entrega de una cosa, para ser custodiada y devuelta." [530]

Depositario: "Es la persona que recibe una cosa en depósito con cargo de devolverla cuando el depositante lo requiera." [531]

Depositante: "Quien entrega una cosa en depósito, para custodia o guarda temporal de la misma, y con obligación para el que la recibe de devolverla al vencer el plazo convenido o cuando la reclame el depositante." [532]

b) Marco Dogmático

Clasificación del Depósito: "Existen diversas clases de depósito, según sea su naturaleza jurídica de la cosa depositada: de cosas muebles, de cosas fungibles, de alhajas o dinero, de títulos o documentos, de créditos litigiosos, de bienes inmuebles, de fincas rústicas o urbanas, de empresas industriales o comerciales." [533]

[530] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Depósito,** p. 118
[531] LOJERO BARRERA, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Depositario Judicial,** p. 94
[532] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Depositante,** p. 118
[533] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 46, **Voz: Depositario Judicial,** (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), p. 235

c) Marco Normativo

Reglamento Interior de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

Artículo 33 El árbitro podrá decretar el depósito de los bienes litigiosos y tomar las medidas legales conducentes al cumplimiento del laudo.

4.4.2.2. Protección y Garantías de Bienes en Litigio

a) Marco Conceptual

Almacenaje: "Derecho que se paga por conservar las cosas en depósito o almacén, sea público o particular." [534]

Arrendamiento: "El contrato en que una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y por un precio cierto." [535]

Bienes: "Aquellas cosas de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan. | Cuantas cosas pueden ser de utilidad para el hombre. Las que componen la hacienda, el caudal o la riqueza de las personas." [536]

Fianza: "Toda obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero." [537]

Garantía: "Afianzamiento, fianza. | Prenda. | Caución. | Obligación del garante. | Cosa dada en garantía. | Seguridad o protección frene a un peligro o contra un riesgo." [538]

[534] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Almacenaje,** p. 31
[535] *Ibidem*, **Voz: Arrendamiento de Cosas,** p. 38
[536] *Ibidem*, **Voz: Bienes,** p. 50
[537] *Ibidem*, **Voz: Fianza,** p. 168
[538] *Ibidem,* **Voz: Garantía,** p. 178

Venta: "Convenio por el cual una parte (vendedor) se compromete a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho a otra persona (comprador) que ha de pagar el precio ajustado." [539]

Uso: "Acción o efecto de servirse de una cosa; de emplearla o utilizarla." [540]

b) Marco Normativo

Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA)

Artículo 25.1 El tribunal arbitral, a solicitud de una de las partes, estará facultado para:

a) Ordenar a una parte que garantice mediante fianza, respecto de la demanda o contrademanda (Reconvención), por medio de depósito de aval bancario o cualquier otro modo oportuno.

b) Decretar la conservación, el almacenamiento, la venta o cualquier otra forma de disposición de cualquier propiedad bajo el control de las partes.

Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje (CIAC)

Artículo 26 Medidas provisionales de protección.
1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, tales como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.
2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Artículo 26 A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto del litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes perecederos.

[539] GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Op. cit*., Ver Nota 25, **Voz: Venta,** p. 928
[540] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Uso,** p. 395

4.4.3. Aspectos dirigidos al Procedimiento

4.4.3.1. Ampliación o Enmiendas a la Demanda/Contestación

a) Marco Conceptual

Enmienda: "Corrección. | Rectificación de un escrito. | Propuesta de un cambio en un texto oficial." [541]

Aclaración: "Acción y efecto de aclarar o explicar." [542]

Modificar: "Cambiar una cosa sin alterar su naturaleza misma. | Determinar o cambiar el sentido. | Cambiar, transformarse." [543]

Ampliación de Demanda: "Es la posibilidad de que existe dentro de los procedimientos arbitrales de modificar el escrito de demanda o de introducir nuevas demandas." [544]

b) Marco Dogmático

"La demanda no constituye la instancia última en la que el demandante debe presentar todas sus pretensiones, bajo pena de precluir su derecho.

Las razones para que el tribunal considere que no corresponde permitir modificación, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias.

Se hace la aclaración de que una demanda no podrá modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje." [545]

---

[541] GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Op. cit*., Ver Nota 25, **Voz: Enmienda,** p. 301
[542] *Ibidem*, p. 8, **Voz: Aclaración.**
[543] *Ibidem,* p. 560, **Voz: Modificar.**
[544] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Ampliación de la Demanda,** p. 13
[545] *Ibidem*, pp. 13 - 14

c) Marco Normativo

Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje (CIAC)

Artículo 20 Modificación de la Demanda o de la Contestación. En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualquiera otra circunstancia.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 19 Nuevas demandas. Una vez firmada el Acta de Misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconvencionales, que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del tribunal arbitral, el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de la Paz, Bolivia

Artículo 30 Ampliación de la Demanda y Contestación. Las partes podrán modificar o ampliar la demanda o la contestación hasta un día antes de la apertura del término de prueba.

Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Artículo 44 Salvo acuerdo en contrario entre las partes, cualquiera de las partes podrá enmendar o completar su demanda, reconvención, contestación o excepción de compensación durante las actuaciones, a menos que el tribunal considere inapropiado permitir esa gestión habida cuenta de su naturaleza o de la demora que ello supone.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Artículo 20 En el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse de tal manera, que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)

Artículo 4 En el curso de las actuaciones arbitrales, cualquiera de las partes podrá modificar o complementar su demanda, contestación o reconvención, a menos que el tribunal arbitral no considere

apropiado permitir esa modificación en razón de la demora que ello pudiere ocasionar, el perjuicio que pudiese causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Una demanda o reconvención no podrá modificarse cuando la modificación que se realice saga del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje.

4.4.3.2. Alegatos Complementarios

a) Marco Conceptual

Alegatos: Del latín *allegatio.* "Es la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo en las diversas instancias del proceso." [546]

Alegaciones Complementarias: "Las alegaciones complementarias son aquellos actos de las partes a través de los cuales éstas proceden a fijar definitivamente los datos o argumentos previamente aducidos en sus escritos iniciales, o a añadir otros nuevos, como consecuencia de la aparición de hechos nuevos o de las alegaciones formuladas de contrario." [547]

b) Marco Dogmático

Naturaleza Jurídica

Guasp Delgado, señala que "Las alegaciones siempre sirven para completar las inicialmente expuestas en los primeros escritos… incorporar nuevos fundamentos fácticos o jurídicos a los inicialmente aportados." [548]

"Las partes deben incorporar sus principales alegaciones fácticas y jurídicas en sus respectivos escritos iniciales, de forma que en ellos se contengan los elementos básicos sobre los que debe versar el debate. Ahora bien, siempre existirán aspectos de la cuestión litigiosa que no se han abordado en las alegaciones iniciales: en unas ocasiones, porque se desconoce su existencia; en otras, porque se consideran

[546] FIX ZAMUDIO, Héctor, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano,* t I, **Voz: Alegatos,** p. 161
[547] BANACLOCHE PALAO, Julio, et al., *Op. cit*., Ver Nota 256, (*El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y La Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*), p. 298
[548] *Ibidem*, p. 299

irrelevantes en relación con lo que se está discutiendo; e incluso cabe que, aun admitiendo la relevancia de tales datos o consideraciones, se prefiriera no introducirlas para no desviar la atención del proceso hacia aspectos o cuestiones secundarios en relación con la cuestión principal.

Nada asegura que los hechos y argumentos expuestos en los escritos iniciales particularmente de la demanda se han formulado con el orden y claridad que requiere el precepto legal y resultan en todo caso deseables: siempre existe el riesgo de omisiones o contradicciones que, generalmente puestas de relieve con habilidad por la parte contraria habitualmente el demandado, generan incertidumbre y dificultan la adecuada comprensión de la correspondiente posición procesal.

En consecuencia, la posibilidad de que la demanda y la contestación carezcan de la exhaustividad, claridad y consistencia deseadas es lo que, ha justificado la existencia de un segundo momento procesal dirigido a permitir que ambas partes formulen nuevas alegaciones que, complementando a las anteriores, aclaren conceptos, resuelvan contradicciones y cubran las omisiones que se hayan podido producir." [549]

"El trámite se arraiga, tanto en la economía procesal (evitando errores o deficiencias que a la postre puedan invalidar el proceso o provocar incidentes posteriores) como en la búsqueda de la justicia en la decisión final (al permitir que se aporten cuantos datos sean relevantes para conseguir la mejor resolución posible).

El trámite resulta también evidente: conseguir que los términos del debate sean lo más claros posibles, de forma que las alegaciones y peticiones de las partes no adolezcan de oscuridades o incertidumbres que dificulten un eficaz desarrollo del proceso y una posterior resolución ajustada a la realidad puesta de manifiesto por las partes." [550]

[549] *Ibidem*, p. 300
[550] *Ibidem*, pp. 300 - 301

“Incorporar nuevas alegaciones fácticas o jurídicas: Debe analizarse si cabe formular en la audiencia previa al juicio nuevas alegaciones, esto es, aportar datos fácticos o jurídicos relativos al fondo del asunto que no se habían expuesto anteriormente con las alegaciones iniciales.

A la hora de presentar los fundamentos fácticos y jurídicos de su pretensión, el actor suele seleccionar qué elementos considera relevantes y cuáles prefiere no aportar, bien porque los desconoce, bien porque, aunque sabe de ellos, los considera intrascendentes, o bien porque, aun cuando pudiera tener interés para el litigio, su comprobación puede resultar difícil o costosa o, sencillamente, pueden hacer desviar la atención de sus más sólidos argumentos, introduciendo a veces un flanco débil en el conjunto de su posición.

Los criterios legales de admisibilidad:

La Compatibilidad: Hace referencia a que el nuevo dato fáctico o jurídico que se aporte en la audiencia previa no puede contradecir, sino completar, a los que sirvieron de fundamento de la propia pretensión. Se trata de ampliar las argumentaciones inicialmente esgrimidas, abordando aspectos total o parcialmente no tratados, y no de corregir los datos contenidos en la demanda, extrayendo del objeto del litigio hechos o fundamentos jurídicos que se adujeron inicialmente como sostenedores de la petición formulada al tribunal. Éste, pues, debe velar porque las nuevas alegaciones no impliquen una transformación sustancial de los hechos y fundamentos que sirvieron de base a la demanda.

La Necesidad: Es necesario que además justifiquen que éstas vienen exigidas bien por los hechos y argumentos expuestos por la parte contraria, bien por la aparición de hechos que no se conocían o no existían en el momento de formular los respectivos escritos iniciales de alegaciones.

Las partes pueden proceder a la formulación de alegaciones complementarias; pero al mismo tiempo les impone la carga de justificar qué posición de la parte contraria les ha motivado a presentar la nueva alegación, es decir, a concretar la razón

por la que proponen la incorporación de un nuevo dato al proceso. Si no se explica ese motivo, la aportación pretendida debería ser inadmitida.

La necesidad de formular nuevas alegaciones fácticas o jurídicas puede también provenir del hecho de haber conocido cualquiera de las partes con posterioridad a la presentación de sus respectivos escritos iniciales.

Incorporación de correcciones a las alegaciones inicialmente presentadas: Debe abordarse si a través de las alegaciones complementarias, cabe corregir, matizar, aclarar o concretar los ya expuestos en la demanda o en la contestación.

La exposición de los propios hechos y argumentos, por más que el litigante se esfuerce en alcanzar el orden y la claridad a que alude… puede incurrir en contradicciones, ambigüedades, omisiones o cualesquiera otras deficiencias generadoras de confusión.

Incorporación de peticiones nuevas de carácter complementario o accesorio: Cabe añadir nuevas peticiones a las iniciales planteadas en la demanda y la contestación… afirmativamente se autoriza dicha posibilidad, aunque quedan sometidas a diversas limitaciones y cautelas.

Cabe señalar, de añadir peticiones, no acciones ni pretensiones… lo único que se puede introducir es una nueva petición… dicha petición debe naturalmente deducirse de los hechos y fundamentos jurídicos expuestos previamente en las alegaciones iniciales, o en las complementarias. Las nuevas peticiones sean accesorias o complementarias.

El carácter accesorio o complementario que la nueva petición debe tener respecto de la original… su incorporación tardía al proceso no genere una desigualdad entre las partes, producida por la imposibilidad de que una de ellas se defienda ante la nueva petición.” [551]

Aportación de nuevas fuentes de prueba: “La aportación de nuevas fuentes de prueba forma parte de las actuaciones que los litigantes pueden realizar en la audiencia previa al juicio… las principales fuentes de prueba… deben realizarse junto

[551] *Ibidem*, pp. 304 - 312

con la demanda y contestación… se permite que pueda llevarse a cabo en la citada audiencia, siempre que la necesidad de aportar los documentos, instrumentos o informes relativos al fondo del asunto venga suscitada a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda… o que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones adicionales y hechos nuevos.

Aportación probatoria complementaria derivada de las alegaciones iniciales del demandado: Se permite presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda. | Documentos. Soportes en papel que incorporen la expresión escrita de un pensamiento humano… los de imágenes (dibujos, fotografías, croquis, mapas o similares) Medios. Son medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen. Instrumentos. Permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso (cintas de vídeo o de audio, disquetes informáticos, discos compactos, etc.) Dictámenes. Los periciales. Informes. Los elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados. Otros. Certificaciones y Notas Regístrales.” [552]

4.4.3.3. Prueba Anticipada

a) Marco Conceptual

Prueba Anticipada: “Consiste en practicar un medio de prueba antes del momento ordinariamente previsto por la ley. La fuente de prueba no va a estar disponible en ese momento generalmente establecido, antes de arriesgarse a perder la información que aquélla pudiera aportarse.

[552] *Ibidem*, pp. 318 - 320, 324, 326

Impedir que se pueda perder datos relevantes para la correcta reconstrucción de los hechos alegados." [553]

"Práctica de algún acto probatorio que, si se espera al momento procesal oportuno para su celebración, quizás no fuere posible: se está garantizando la realización de un acto procesal que debiera efectuarse posteriormente, en definitiva, es un acto del proceso futuro." [554]

Para Elena Martínez García, enuncia que "La prueba anticipada y su aseguramiento podrá ser solicitada al árbitro o en su defecto al órgano jurisdiccional del lugar sede del arbitraje." [555]

b) Marco Dogmático

"En la audiencia previa el tribunal puede acordar también los actos de prueba que deben practicarse de forma anticipada, puesto que ya desde entonces se puede prever cuáles de ellos no se van a poder realizar el día de celebración.

La voluntad de la ley es adelantar la práctica de cualquier medio de prueba que no quepa llevar a cabo en el juicio.

Las declaraciones testificales de sujetos que no puedan desplazarse… y los reconocimientos judiciales de inmuebles, o cualquier otra prueba que se piense que no va a poder realizar en unidad de acto en el momento del juicio, deban practicarse con anterioridad al mismo en una fecha que puede ser ya fijada.

La necesidad de realizar prueba anticipada puede hacer conveniente un retraso en la fecha de celebración del juicio, para evitar que al tiempo de llegar ésta aún resten actuaciones probatorias por practicar.

El requisito propio de la prueba anticipada, que exige un temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cos as, el acto no se va a poder realizar en el momento procesal generalmente previsto." [556]

---

[553] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 258, (*Las Diligencias Preliminares*), pp. 38 - 39
[554] ÁLVAREZ ALARCON, Arturo, *Op. cit*., Ver Nota 260, p. 58
[555] MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Op. cit*., Ver Nota 517, p. 174

c) Marco Normativo

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 23.1. Medidas Cautelares. Salvo acuerdo de las partes en contrario, el tribunal arbitral podrá, desde el momento en que se haya entregado el expediente, ordenar a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El tribunal arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite…

Ley General de Arbitraje, Perú

Artículo 79 Medida cautelar en sede judicial. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él.

… ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir a la otra parte el nombramiento del o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada…

Artículo 81 Medidas cautelares en sede judicial. En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste.

Los árbitros pueden exigir contracautela a quien solicita la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si su petición fuera declarada infundada en el laudo.

Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley núm. 7727) Costa Rica

Artículo 52 En cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá pedir a la autoridad competente las medidas cautelares que considere necesarias.

La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el proceso arbitral ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)

Artículo 23 Medidas provisionales de protección

1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias, inclusive medidas precautorias destinadas a la conservación de la propiedad.
2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

---

[556] BANACLOCHE PALAO, Julio, *Op. cit*., Ver Nota 256, (*El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y la Audiencia Previa al Juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*), pp. 357 - 358

3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigidas a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo.

4.4.3.4. El Comparendo

a) Marco Conceptual

Comparendo: "Orden de comparecer." [557]

"Resolución judicial por la cual se cita a un reo o demandado mandándole presentarse. | Orden de comparecencia." [558]

Comparecencia: "Del latín *comparesco – ere,* aparecer, comparecer. En sentido amplio, se llama comparecencia a cualquier presentación de una persona ante las autoridades judiciales para llevar una determinada actividad procesal." [559]

"Acción y efecto de comparecer; esto es, de presentarse ante alguna autoridad, acudiendo a su llamamiento, o para mostrarse parte en un asunto." [560]

b) Marco Normativo

Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional de Lima, Perú

Artículo 26 Citación a las partes a comparendo. El tribunal se encuentra facultado para citar a las partes a comparendo en cualquier momento antes del laudo, siempre que considere que ello contribuye a esclarecer la controversia, diferencia, desavenencia litigio o cuestiones que se hayan sometido a arbitraje.

4.4.3.5. Aceptación o Renuncia de Recursos contra el Laudo

a) Marco Conceptual

Impugnación: Del latín *impugno – are* que significa acción y efecto de atacar y tachar "Dentro del procedimiento se refiere a los medios que tienen por finalidad

[557] PALLARES, Eduardo, *Op. cit*., Ver Nota 46, **Voz: Comparendo,** (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*), p. 162
[558] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Comparendo,** p. 78
[559] DÍAZ SOSA, Jesús Enrique, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Comparecencia,** p. 65
[560] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Comparecencia,** p. 77

atacar una resolución judicial, un documento, una actuación, para obtener su revocación o anulación." [561]

Medios de Impugnación: "Son los actos procesales de las partes o de terceros que se promueven con la finalidad de que se revise una resolución o actuación procesal para que se corrija o anule. La revisión puede quedar a cargo del órgano jurisdiccional o de un superior jerárquico." [562]

b) Marco Normativo

Ley General de Arbitraje de Perú

Artículo 58 Recursos contra resoluciones. Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución.

Artículo 59 Recursos contra los laudos. Los laudos arbitrales son definitivos…

Artículo 60 Recurso de Apelación. Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta a de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.

El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo.

Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación.

Artículo 62 Disposiciones aplicables. Salvo disposición distinta de las partes o del reglamento arbitral, son de aplicación al recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral las siguientes reglas:

1. El recurso de apelación contra el laudo de derecho deberá interponerse ante los árbitros dentro de los 10 días siguientes de notificado el laudo arbitral.
2. El tribunal arbitral de segunda instancia estará conformado por tres miembros, elegidos de la misma forma como fueron designados los árbitros de primera instancia…
3. Constituido el tribunal arbitral de segunda instancia, su presidente oficiará al árbitro o al presidente del tribunal de primera instancia para la remisión del expediente dentro del plazo de cinco días de la notificación.
4. Recibido el expediente, se correrá traslado a las partes por cinco días para que exponga lo conveniente a su derecho.

[561] MOLINA GONZÁLEZ, Héctor, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Impugnación,** p. 137
[562] *Idem*.

5. Vencido el plazo a que se refiere el inciso precedente, el tribunal arbitral de segunda instancia deberá expedir el laudo definitivo dentro de los 15 días siguientes… el tribunal de segunda instancia resuelve por el sólo mérito de los autores y sin admitir medio probatorio alguno.
6. El tribunal arbitral de segunda instancia determinará los costos del arbitraje…

Código de Procedimiento Civil de Paraguay

Artículo 813 Recurribilidad. Contra las resoluciones de mero trámite podrá deducirse, dentro del tercer día, recurso de reposición, que se tramitará con traslado.

El laudo dictado por un tribunal arbitral unipersonal será siempre recurrible ante el tribunal de apelación en lo civil y comercial respectivo.

El laudo dictado por un tribunal arbitral pluripersonal será recurrible, salvo concesión expresa en contrato…

4.4.3.6. Mociones de Prórroga

a) Marco Conceptual

Moción: "Proposición que se hace en una asamblea." [563]

b) Marco Dogmático

"Los árbitros podrán, según su propio criterio, posponer cualquier audiencia o audiencias por su propia iniciativa o a pedido de una de las partes en el arbitraje.

Una de las partes podrá pedir que los árbitros posterguen una audiencia por muchos motivos como, por ejemplo, por la repentina incapacidad de una de las partes, abogado o testigo material cuya presencia sea necesaria. Al decidir si se concede o no una prórroga, los árbitros deberán evaluar lo siguiente: la ecuanimidad para las partes; el consentimiento u objeción de la otra parte; el mérito del pedido; las prórrogas previas; la carga asignada al panel; la capacidad para llevar a cabo una audiencia productiva." [564]

c) Marco Normativo

Manual de la Asociación Estadounidense de Agentes del Mercado Bursátil (NASD)

[563] GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Op. cit*., Ver Nota 25, **Voz: Moción,** p. 560

[564] Guía para Árbitros, por la Asociación Estadounidense de Agentes del Mercado Bursátil (NASD), *Op. cit*., Ver Nota 513, pp. 5 - 6

Si bien en el arbitraje es un proceso informal, existe una gran gama de temas que pueden ser objeto de mociones previas a la realización de una audiencia entre las cuales se incluyen las…de prórroga.

Ley Inglesa de Arbitraje, de 1996, Capítulo 23

12.1 Prorrogar los plazos. Cuando en una cláusula compromisoria se prevea que la acción o el derecho han de prescribir o que el demandante no podrá, en un cierto plazo, adoptar las medidas que pretenda:
2. Ambas partes del convenio arbitral pueden solicitar del juez la prórroga siempre y cuando se condicione aquella petición a la existencia de diferencias y al uso de todos los medios posibles en orden a la obtención de aquella prórroga en relación con el arbitraje.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 32 Modificación de plazos.
1…
2. La Corte podrá prorrogar de oficio cualquier plazo modificado en virtud de… si estima que ello es necesario para permitir al tribunal arbitral hacer frente a sus responsabilidades según el Reglamento.

Reglamento Interior de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO)

Artículo 44 Prórrogas. Con excepción del plazo para dictar el laudo, las partes pueden convenir en la prórroga de los demás.

Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA)

Artículo 22 Facultades adicionales del tribunal arbitral
…
b) Prorrogar o acortar cualquier plazo conferido por el convenio arbitral, por este Reglamento o por las diligencias de ordenación del tribunal arbitral para la instrucción del arbitraje.

4.4.3.7. Informaciones Complementarias

a) Marco Dogmático

"Trámite esencialmente atípico se puede aludir, en el ámbito de la práctica de la prueba, a las denominadas informaciones complementarias que el árbitro o árbitros pueden recabar…

En concreto, sería posible aludir a las informaciones complementarias del árbitro como mecanismo de asesoramiento. El ponente ANTÓN DE LA FUENTE en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAPM) de 13 de mayo de 1997

planteó… la hipótesis consistente en que el árbitro, en período de prueba, se asesore e informe de un tercero.

Lo que dice el Ponente ANTÓN DE LA FUENTE:

Nada impide que el árbitro designado por las partes sea asesorado por un técnico en la cuestión sometida a debate cuando aquél carezca de los conocimientos precisos exigidos por dicho medio probatorio pues al tomar esa decisión también esta utilizando su leal saber y entender y ello sin necesidad de tener que someterse al rigor legal de las leyes procedimentales. Ese asesoramiento no invalida la prueba practicada…" [565]

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (SAPM), del 14 de septiembre de 1990

"Se señala… Es preciso determinar si tales informaciones complementarias son verdaderas diligencias de prueba en las que se vulneraron el principio de audiencia e intervención de las partes… entendemos que de acuerdo con el propio convenio de las partes que las establece, no pueden entenderse como pruebas, en el sentido propio de las mismas, aunque ellas se refieran a la apreciación de hechos de influencia en el pleito en que sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos… y aunque tales informaciones hayan servido para formar el criterio del juzgador en algunos puntos…

…La Sala llega… a la misma conclusión de entender que las informaciones complementarias no constituyen verdaderas y propias diligencias de prueba y ello que de acuerdo con los propios términos del convenio…" [566]

4.4.4. Aspectos adicionales al Proceso

4.4.4.1. Calendario Procesal

a) Marco Conceptual

Calendario Procesal: "Resulta aconsejable establecer un calendario o agenda arbitral, donde se establezca los plazos pertinentes para el desarrollo de las diversas actuaciones en el arbitraje." [567]

Para Fernando del Castillo Elorza, "Es un instrumento que nos debe proporcionar mucho más que una agenda de pruebas y audiencias, o incluso de intercambio de escritos; el calendario procesal debiera ser la guía a la que se sujete el propósito del arbitraje: persuadir a los árbitros o dejarse persuadir por las partes, con

[565] LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de Diciembre,* p. 311
[566] LORCA NAVARRETE, Antonio María, et al., *Op. cit*., Ver Nota 519, (*Derecho de Arbitraje Español*), p. 353
[567] MUNNÉ CATARINA, Frederic, *Op. cit*., Ver Nota 344, p. 119

los escritos y probanzas significativos… recomienda estructurar un calendario procesal así: reglas de procedimiento, (las normas del procedimiento del lugar del arbitraje deben ser las aplicables); aspectos periféricos (debe prever la resolución, en la medida de lo posible, de temas tales como competencia, arbitrabilidad, etc.); inspección de documentos, (solicitar la inspección de documentos); intercambio de escritos, (preparar escritos, ofrecer pruebas); ofrecimiento de pruebas, (preparar pruebas y alegatos) y audiencias, (debe conocerse como conducirse en una audiencia, y la distribución equitativa del tiempo)." [568]

"La flexibilidad del procedimiento arbitral permite que el tribunal arbitral y las partes establezcan un calendario para la conducción del procedimiento, dependiendo de sus necesidades." [569]

"Hay reglamentos que exigen la preparación de un calendario procesal que señale las fechas en las cuales tendrán lugar los pasos procesales. Aun cuando un reglamento o un acuerdo de arbitraje no exija la preparación de un calendario procesal, esto es recomendable por su utilidad, la predecibilidad y facilidad que brinda el organizar para el futuro las etapas y tiempos del procedimiento. El calendario se hace constar en una orden procesal, por lo que constituye una resolución que debe acatarse. No obstante lo anterior, el calendario procesal puede ser modificado por los árbitros en caso de ser necesario." [570]

b) Marco Dogmático

"Se trata de una nueva disposición… con el fin de estimular la aceleración del proceso de arbitraje. Al exigir al tribunal arbitral que establezca un calendario provisional relacionado con la elaboración del acta de misión… obliga tanto a los

[568] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Calendario Procesal,** pp. 69 - 71
[569] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 386, (*Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*), p. 752
[570] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 237

árbitros como a las partes contemplar más que los pasos inmediatos del arbitraje y a centrarse concretamente en las necesidades del procedimiento en su conjunto.

Aunque en la etapa del acta de misión muchas veces es difícil anticipar todos los pasos del proceso de arbitraje (es posible que el tribunal arbitral aún no sepa si hay que escuchar testigos, si será necesario ordenar un *discovery* y de que tipo sería y si se requerirá la designación de un perito técnico, la preparación de un calendario provisional constituye una disciplina útil que debe alentar a las partes y a los árbitros a decidir los requerimientos de procedimiento pertinentes del caso con la mayor brevedad posible; durante esta preparación, el tribunal arbitral estará en una mejor posición para controlar el curso del procedimiento.

El calendario es meramente provisional y es modificable, según sea necesario, en el transcurso del arbitraje. Al hacer cualquier modificación, el tribunal arbitral debe consultar a las partes… ni el calendario original ni ninguna de las modificaciones posteriores debe tener una forma específica, salvo que estén por escrito, en un documento… a parte del acta de misión. Esto es razonable considerando que el calendario tiene un carácter provisional, debe ser flexible y está sujeto a cambios.

Al preparar el calendario, el tribunal arbitral debe prestar atención al requerimiento… que establece que el laudo final debe ser emitido en un plazo de seis meses. Por supuesto, esto no constituye una exigencia rígida, ya que el plazo puede prorrogarse, si es necesario, en virtud de que muchos arbitrajes no terminan de manera razonable y justa en un plazo tan reducido.

El calendario provisional, así como sus modificaciones, debe ser comunicado no solamente a las partes, sino también a la Corte, lo que sirve para seguir el cumplimiento por parte del tribunal arbitral del plazo de seis meses para el laudo… y la posible necesidad de conceder prórrogas.” [571]

[571] DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *Op. cit*., Ver Nota 322, pp. 301 - 302

c) Marco Normativo

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 18 Inciso 4, Al preparar el acta de misión, o en cuanto le sea posible luego de ello, el tribunal arbitral, previa consulta con las partes, deberá establecer en un documento separado el calendario provisional que pretenda seguir en la conducción del proceso arbitral, y lo comunicará tanto a la Corte como a las partes. Cualquier modificación posterior de dicho calendario deberá ser comunicada a la Corte y a las partes.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM)

Artículo 24

…

4. Una vez firmada o aprobada el Acta de Misión y previa consulta a las partes, el Tribunal Arbitral deberá preparar un calendario procesal provisional que notificará a las partes y al Secretario General. Cualquier modificación ulterior de dicho calendario procesal deberá notificarse al Secretario General y a las partes.

4.4.4.2. Acta de Misión

a) Marco Conceptual

Acta de Misión: "Es un documento elaborado por el tribunal arbitral y firmado por las partes, en una etapa inicial del procedimiento arbitral, que determina el marco general sobre el cual se desarrolla el procedimiento y puede llegar a fijar la materia controvertida o litis." [572] (GÓMEZ RUANO, Sofía)

b) Marco Dogmático

"Reglamentos arbitrales prevén la preparación de un acta de misión que contiene los pormenores del procedimiento, las pretensiones de las partes y los puntos a resolver por el tribunal arbitral.

Documento que enmarca el litigio canalizado la atención de las partes sobre los aspectos principales del asunto y resolver/reglamentar en forma anticipada ciertos aspectos particulares del procedimiento arbitral.

Los árbitros que preparan actas de misión como guías para llevar a cabo el procedimiento arbitral considerándolo útil en la medida en que cristaliza y esclarece

[572] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Acta de Misión,** p. 3

la misión del árbitro reduciendo la posibilidad de incongruencia o falta de exhaustividad del aludo.

Existe una función adicional del acta de misión que en la práctica resulta ser de gran utilidad: corregir vicios del acuerdo arbitral… puede utilizar el acta de misión para modificar el acuerdo arbitral inicial.

La naturaleza jurídica del acta de misión, es un verdadero acuerdo arbitral. El acta vincula a los árbitros y la violación de uno de sus términos puede acarrear la nulidad del laudo." [573]

"La elaboración de los términos de referencia previamente a la instrucción de la causa tiene numerosas ventajas de tipo técnico, psicológico y jurídico, permite estructurar y circunscribir el litigio, delimitar los intereses en juego, sirve para consignar definitivamente los puntos del acuerdo entre las partes sobre cuestiones como la ley aplicable al fondo, el idioma del arbitraje, el procedimiento en materia de pruebas y testimonios, así como a veces, ciertos puntos referentes al fondo del litigio; en fin, permite al tribunal arbitral verificar la *infra y la ultra petita* cuando se examine el aludo arbitral e impone así una disciplina a la vez al tribunal arbitral y a las partes.

Requisitos: los datos generales de las partes y de sus representantes; los datos generales de los árbitros; un resumen de las pretensiones de las partes y la definición de la controversia que se someta al arbitraje con expresión de sus circunstancias; el lugar y el idioma en que habrá de desarrollarse el arbitraje; la determinación de las reglas procesales aplicables al arbitraje; la determinación del derecho de fondo aplicable al arbitraje; la determinación de si el procedimiento se resolverá en equidad y cualquier otro aspecto que el tribunal y las partes consideren útil y conveniente para el perfecto desarrollo del procedimiento arbitral." [574]

[573] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), pp. 237 - 239
[574] RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Op. cit*., Ver Nota 295, p. 160

c) Marco Normativo

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 18, inciso 1, Tan pronto como reciba de la Secretaría el expediente, el tribunal arbitral elaborará, con base en los documentos o en presencia de las partes y teniendo en cuenta las últimas alegaciones de éstas, un documento que precise su misión. Dicho documento deberá contener particularmente:
- Nombre completo y calidad en que intervienen las partes.
- Dirección de las partes donde se podrá efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje.
- Una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y, en la medida de lo posible, la indicación de cualesquiera sumas reclamadas por vía de demanda principal o reconvencional.
- Una lista de los puntos litigiosos por resolver.
- Nombres y Apellidos completos, calidad y dirección de los árbitros.
- Sede del arbitraje.
- Precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento y, si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono.*

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM)

Artículo 24 Acta de Misión

1. Inmediatamente después de recibir el expediente, el Tribunal Arbitral deberá redactar, sobre la base de las promociones escritas de las partes, un acta que precise su misión. El Acta de Misión deberá contener, al menos, lo siguiente:

a. el nombre completo y calidad en que intervienen las partes;
b. el domicilio completo y datos de contacto complementarios (teléfono, fax y, de ser posible, correo electrónico) de las partes para efectos de notificaciones durante el arbitraje;
c. una exposición sucinta de las pretensiones de las partes incluyendo, en la medida de lo posible, la indicación de la suma reclamada;
d. una lista de los puntos litigiosos a resolver;
e. el nombre y domicilio completos de los árbitros así como la calidad en que intervienen;
f. el lugar del arbitraje; y
g. la indicación de las reglas aplicables tanto al procedimiento como al fondo y, en su caso, mención de los poderes de amigable componedor del árbitro.

4.4.4.3. Audiencias Complementarias a la Preliminar

a) Marco Conceptual

Audiencia: "Significa el acto de oír un juez o tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas. | Cada una de las sesiones de un tribunal." [575]

[575] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Audiencia,** p. 42

b) Marco Dogmático

"El carácter potestativo al contenido del convenio arbitral… de las menciones de los datos que dan contenido a la forma del convenio arbitral, estimamos conveniente que se haga figurar… e incluso si las partes no hubiesen pactado sobre determinados extremos, podrán complementar en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, al contenido del convenio arbitral." [576]

"…No impone reglas especiales sobre el contenido del convenio… facultativamente, las partes podrán en otro caso extenderse a la designación de los árbitros y a la designación de las reglas de procedimiento. Si las partes no hubieren pactado sobre estos extremos podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios, el contenido del convenio arbitral." [577]

"Las audiencias previas pueden realizarse en una sola reunión o un conjunto sucesivo de ellas, dependiendo de la complejidad del caso. Asimismo, no existe limitación alguna para que se hagan por correspondencia u otros medios de telecomunicación, como son el telex, llamadas telefónicas o correo electrónico. El lugar donde se pueden efectuar las reuniones puede ser el mismo lugar sede del arbitraje o alguno distinto. Tampoco existe limitación para celebrar dichas reuniones en cualquier etapa del procedimiento, aunque lo recomendable es que se celebren una vez que se haya integrado el tribunal arbitral y antes de que inicie propiamente el procedimiento.

Estas conferencias previas a las audiencias permiten aprovechar al máximo el beneficio de flexibilidad del procedimiento. Si no se lleva a cabo esta programación del procedimiento especialmente en los arbitrajes internacionales, se pueden originar equívocos, retrasos y mayores costos." [578]

---

[576] MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, pp. 243 - 245
[577] *Ibidem*, p. 673
[578] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ VALADEZ, Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 297, p. 113

c) Marco Normativo

Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo

Artículo 41 En Cualquier etapa del proceso, el tribunal arbitral podrá solicitar la comparecencia de las partes a fin de obtener cualquier información o propiciar un acuerdo entre ellas.

Directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias en el procedimiento arbitral de 1993. (A/CN.9/378/Add.2)

En su párrafo octavo, se estipula: Existe la práctica de celebrar, poco después de la constitución del tribunal arbitral, una reunión entre dicho tribunal y las partes con miras a aclarar y plantear las actuaciones posteriores. En esas reuniones se establecen acuerdos procesales adecuados o se adoptan decisiones para que las audiencias posteriores sean más eficaces y previsibles.

Proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral de 1994: Informe del Secretario General. (A/CN.9/396 y A/CN.9/396/Add.1).

En su párrafo trigésimo primero, se indica: En casos de arbitraje muy complejos, cabría celebrar más de una reunión preparatoria. Dado que los gastos y el tiempo requeridos son un grave obstáculo, la conveniencia de celebrar más de una reunión será benéfica al desarrollo del arbitraje internacional… Tal vez se haya planteado desde un principio más de una reunión o tal vez sea el desarrollo del proceso lo que decida al tribunal a convocar una reunión adicional. Al convocar a una reunión adicional se valorará si las partes han conseguido solventar aspectos anteriores y podría adoptarse medidas correctoras de ser preciso.

Código General del Proceso de Uruguay

Artículo 343 Audiencia Complementaria.
1. Si la prueba no hubiere podido diligenciarse en la audiencia preliminar, total o parcialmente, se citará a las partes para la audiencia complementaria de prueba en el más breve tiempo posible, considerando el que insumirán las diligencias que se hubieren dispuesto realizar fuera de la audiencia (inspecciones, pericias, informes y similares), a fin de que las mismas estén cumplidas en oportunidad de la audiencia complementaria.

4.4.4.4. Cláusula Escalonada

a) Marco Conceptual

Cláusula Escalonada: "Son aquellas que contemplan en etapas distintas más de un mecanismo para resolver una controversia." [579]

[579] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 152

"Es una disposición mediante la cual las partes someten una controversia presente o futura a un sistema mixto de solución de controversias, integrado por uno o varios Masc autocompositivos y agotados éstos, al arbitraje o a los tribunales del Estado, como método heterocompositivo." [580] (VON WOBESER HOEPFNER, Claus)

b) Marco Dogmático

Naturaleza Jurídica

"¿Es adecuado mencionar el recurso a los procedimientos de Solución Alternativa de Controversias (SAC) en un acuerdo de arbitraje, como condición preliminar para la puesta en marcha de un posible arbitraje? Con excepción de los contratos a gran escala o a largo plazo." [581]

Para Claus Von Wobeser Hoepfner "Establece que la solución de disputas procede a través de una secuencia de etapas, en la primera de ellas deben agotarse sucesivamente uno o varios métodos alternativos de solución de controversias, tales como: la negociación, decisiones a un nivel administrativo, conciliación o mediación, adjudicación de expertos neutrales o paneles de solución de controversias (*dispute review borrad),* La última etapa podrá ser el arbitraje o la remisión a los tribunales del Estado.

Una cláusula escalonada típica establece como primera etapa la negociación. Cuando las partes no logran solucionar la controversia mediante la negociación, dicha cláusula prevé la posibilidad de recurrir a la conciliación o mediación, involucrando a un tercero que pueda asistir a las partes en llegar a una transacción, mediante sesiones de controversias o peritajes técnicos. Lo anterior permite resolver cuestiones técnicas sin la dilación procesal de un juzgador que no esté familiarizado con los aspectos técnicos, y permite a las partes conservar una buena relación comercial.

---

[580] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Cláusula Escalonada,** p. 87

[581] CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL – CAM, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias, Op. cit*., Ver Nota 343, p. 165

Para evitar cláusulas problemáticas o patológicas… las partes deberán pactar un plazo (y determinar los Masc) y que terminado dicho plazo, éstas tendrán la libertad de acudir al arbitraje o a los tribunales estatales a resolver su controversia." [582]

"Es utilizada principalmente en contratos de tracto sucesivo, especialmente en los contratos en materia de construcción, en los cuales surgen temas de carácter técnico del alcance de la obra que impactan en el proyecto, los cuales necesitan soluciones rápidas para finalizar en tiempo la obra minimizando el impacto financiero de un retraso de la misma.

Como ejemplos de Cláusula Escalonada:

El contrato de construcción del Eurotúnel de Inglaterra – Francia en el Canal de la Mancha. (En dicho contrato se estipuló primero la solución de controversias por medio de un panel de expertos, y en última instancia por arbitraje)

En el proyecto de construcción para el Programa Central del Aeropuerto de Hong Kong. (Se implementó un sistema mixto de solución de controversias) (se cita de Fernando Estavillo: consiente en el sometimiento de la controversia para resolución por un ingeniero, mediación, adjudicación y arbitraje, estipulándose que no se podría instituir acción judicial alguna, sino hasta que fuesen agotadas las fases anteriores)." [583]

c) Marco Normativo

Guía del ADR de la Cámara de Comercio Internacional CCI

Artículo 5 tercer párrafo, inciso 5, Una Combinación de Técnicas de Solución:

Cabe la posibilidad de llevar a cabo un proceso ADR de la CCI utilizando una combinación de técnicas. Por ejemplo, puede utilizarse la técnica de la mediación y al mismo tiempo, solicitar al tercero una opinión sobre un punto específico en el curso de una mediación.

[582] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, pp. 87 - 88
[583] *Idem*.

Sea cual fuere la técnica elegida, la opinión del tercero carece de fuerza obligatoria para las partes. Sin embargo las partes pueden comprometerse a acatarla opinión, evaluación o recomendación del tercero.

4.4.4.5. Procesos Especiales

a) Marco Normativo

Por Documentos:

Reglamento de Arbitraje de la Cámara Argentina de Comercio y El Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC)

Artículo 31 A petición de las partes, el tribunal arbitral podrá prescindir de llevar a cabo la audiencia para la determinación de los puntos litigiosos y de adelantar el trámite probatorio y proceder a resolver las diferencias a partir de las pruebas documentales aportadas junto con la demanda y contestación.

Abreviados o Sumarios

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM)

Artículo 42 Procedimiento Abreviado.

1. Las partes podrán convenir la reducción de plazos previstos en estas Reglas. Dicho acuerdo tendrá que ser aprobado por el tribunal arbitral cuando ocurra después de su nombramiento…

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)

Artículo 39 1. Estos procedimientos sumarios se aplicarán cuando el monto de la demanda o reconvención no exceda de 50,000 dólares estadounidenses…

…Los procedimientos sumarios no serán aplicados, en ausencia de acuerdo de las partes, en los cuales no se especifique una reclamación monetaria.

2. Las partes aceptarán que las notificaciones del administrador se hagan por teléfono. Tales notificaciones hechas por el administrador serán confirmadas posteriormente por escrito a las partes…

3. El administrador designará a un sólo árbitro sin necesidad de sujetarse a las listas. A solicitud de cualquiera de las partes o por su propia iniciativa, el administrador podrá designar a una persona de nacionalidad distinta de la de las partes. Las partes notificarán por teléfono al administrador el nombramiento del árbitro, quien podrá ser recusado por las causas…

4. Las partes podrán estipular, mediante acuerdo por escrito, que renuncian a audiencias orales en casos expeditos. Si las partes no llegaren a un acuerdo sobre el procedimiento, el administrador determinará un procedimiento justo y equitativo.

5. El árbitro fijará fecha y el lugar de la audiencia. El administrador lo notificará a las partes por teléfono, al menos con 10 días de anticipación a la fecha de la audiencia. El administrador también notificará formalmente sobre la audiencia a las partes.

6. Normalmente, la audiencia deberá realizarse en un solo día. El árbitro, si se le demuestra causa justificada, podrá determinar una audiencia adicional, que tendrá lugar dentro de los 10 días.

7. A menos que exista otro acuerdo entre las partes, el laudo deberá dictarse dentro de los 30 días hábiles siguientes a la fecha del cierre de la audiencia.

4.4.4.6. Confidencialidad

a) Marco Conceptual

Confidencialidad: "Tanto por las normas éticas como por los reglamentos arbitrales, se tiene entendido que tanto el árbitro como la institución administradora tienen una obligación de confidencialidad… respecto de partes, sus abogados, testigos, peritos, y otros terceros que participen en el arbitraje." [584] (ZAMORA ETCHARREN, Rodrigo)

"Tanto el procedimiento como el laudo arbitral que pone fin al asunto y en general todos los documentos involucrados tienen el carácter de privados y se ajustan a reglas de estricta confidencialidad." [585]

b) Marco Dogmático

"La ausencia de estipulación expresa por las partes, será consecuencia de desproteger algún dato o información. Se presupone la confidencialidad del arbitraje, por determinación de las partes y por la misma naturaleza del mismo.

La esencia del arbitraje, parte esencialmente de asegurar la discreción en la solución de una controversia. Confidencialidad del arbitraje, del procedimiento, de las audiencias, de las pruebas, de la información divulgada durante el procedimiento arbitral con posterioridad a la emisión del laudo, del laudo, de los acuerdos." [586]

"La confidencialidad es uno de los atributos y características principales del arbitraje… los expedientes de los juicios arbitrales son llevados por el propio árbitro o por el actuario del juicio. A los expedientes tienen acceso solamente las partes y sus apoderados, además del árbitro y el actuario.

Este factor de reserva o confidencialidad es determinante para que las personas opten por el arbitraje cuando se trate de ventilar algún asunto controvertido que por sus características, conviene que se mantenga en un ámbito reservado. Frente a la confidencialidad, los árbitros tienen una gran responsabilidad y deben, ser

[584] *Ibidem*, **Voz: Confidencialidad,** p. 103
[585] RODRÍGUEZ GONZÁLEZ VALADEZ, Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 297, p. 58
[586] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), pp. 270, 278 - 285

prudentes y parcos en los comentarios que puedan formular ante terceros o en cuanto a dar a conocer que están sustanciando conflictos entre partes determinadas.

La reserva o confidencialidad de los juicios arbitrales dura tan sólo mientras los procesos están en marcha bajo la responsabilidad del árbitro porque una vez concluidos los juicios y con la sentencia firme, los expedientes deben ser remitidos al archivo judicial." [587]

c) Marco Normativo

Código de Ética para Árbitros en Litigios Comerciales [588]

Del Canon VI

Todo árbitro será fiel a la relación de confianza y confidencialidad inherente al cargo.

a) El árbitro está en una relación de confianza con las partes y no debe, en momento alguno, usar información confidencial obtenida durante el procedimiento arbitral para conseguir una ventaja, personal o para otros, o afectar adversamente el interés de un tercero.

b) A menos que las partes convengan otra cosa o que lo requieran las reglas aplicables o la ley, un árbitro guardará la confidencialidad de todas las materias relacionadas con los procedimientos de arbitraje y decisión.

c) …Resultará indebido que un árbitro informe a cualquier persona acerca de las deliberaciones de los árbitros.

Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Artículo 34 Información confidencial revelada durante el proceso por las partes o por los testigos no será divulgada por un árbitro o por la administradora. A menos que las partes acuerden de otra manera, o sea requerido por la ley aplicable, los miembros del tribunal y la administradora mantendrán confidenciales todos los asuntos relacionados con el arbitraje o el laudo.

Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA)

Artículo 30.1 Salvo acuerdo por escrito expreso en contrario de las partes, éstas, como principio general, se comprometen a mantener la confidencialidad de todos los laudos dictados en el curso del arbitraje, así como la de toda la documentación obrante en el procedimiento y la de cualquiera otros documentos presentados por otra parte litigante que no sean de dominio público, salvo y en la medida en que su revelación sea consecuencia de la solicitud de una parte en ejercicio de su legítimo derecho para perseguir o proteger cualquier derecho o ejecutar o recurrir cualquier laudo de buena fe ante un juzgado o competente o ante cualquier otra autoridad judicial.

[587] GARCÍA HUIDOBRO R. T. , Cristián, *El Arbitraje en Chile,* pp. 46 - 47

[588] *The Code Ethics for Arbitrators in Commercial Dispute*, se preparó en 1977, por un Comité formado por la Asociación Estadounidense de Arbitraje y la Asociación de la Barra Estadounidense.

Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Artículo 52 Se entenderá por información confidencial toda información que:

a) Este en posesión de una de las partes; no esté al alcance del público; sea de importancia comercial, financiera o industrial; y, sea considerada confidencial por la parte que la posea.

b) La parte que invoque el carácter confidencial de cualquier información que desee o que deba someter durante el procedimiento de arbitraje, incluyendo a un experto nombrado por el tribunal, deberá solicitar que esa información sea clasificada como confidencial mediante notificación al tribunal con copia a la otra parte. Sin divulgar lo sustancial de la información, la parte deberá indicar las razones por las que considera esa información.

c) El tribunal deberá decidir si la información ha de ser clasificada como confidencial y de tal naturaleza que la ausencia de medidas especiales de protección durante las actuaciones sería susceptible de cuasar un perjuicio grave a la parte que invoque el carácter confidencial de la información. Si el tribunal así lo decide, determinará en qué condiciones y a quién podrá divulgarse esa información confidencial en parte o en su totalidad y pedirá a la persona a quien se haya de divulgar esa información confidencial que firme un compromiso apropiado de no divulgación de la información confidencial.

d) En circunstancias excepcionales, por la naturaleza de la información confidencial, el tribunal, a solicitud de una de las partes o por iniciativa propia y previa consulta con las partes, podrá designar un asesor en la materia que determinará si la información ha de ser clasificada de esa manera, determinará en qué condiciones y a quién podrá divulgarse esa información confidencial en parte o en su totalidad. El asesor deberá firmar un compromiso apropiado de no divulgación de esa información.

Artículo 73 Confidencialidad de la existencia del arbitraje. A menos que sea necesario en relación con un recurso judicial relativo al arbitraje o un procedimiento de ejecución de un laudo, una parte no podrá divulgar unilateralmente a terceros información alguna relativa a la existencia del arbitraje, salvo se ve obligada por la ley o por una autoridad competente.

Artículo 74 Confidencialidad de la información divulgada durante el arbitraje. Se considerará como confidencial cualquier prueba documental o de otra índole presentada por una parte o un testigo en el arbitraje y, en la medida en que esa prueba contenga información que no sea del dominio público, ninguna parte cuyo acceso a esa información sea el resultado de su participación en el arbitraje utilizará o divulgará esa información a terceros bajo ningún concepto sin el consentimiento de las partes o por orden de un tribunal competente.

Artículo 75 Confidencialidad del laudo. “Las partes respetarán la confidencialidad del laudo y éste sólo podrá ser divulgado a terceros en la medida que las partes lo autoricen; caiga en el dominio público como resultado de un procedimiento ante un tribunal nacional u otra autoridad competente; y, deba ser divulgado para cumplir con un requisito legal impuesto a una parte o para establecer o proteger los derechos jurídicos de una parte frente a terceros.

Artículo 76 Mantenimiento de la confidencialidad por el Centro y el Árbitro. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Centro y el Árbitro mantendrán el carácter confidencial del arbitraje, del laudo y, en la medida en que contenga información que no pertenezca al dominio público, de cualquier prueba documental o de otra índole divulgada durante el arbitraje, a menos que lo exija una acción judicial en relación con el laudo o que lo imponga la ley.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 20.7 Instrucción de la causa. El tribunal arbitral podrá tomar medidas destinadas a proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Artículo 32.5 Formas y efectos del laudo: Podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de las partes.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial de las Américas (CAMCA)

Artículo 36 La información confidencial revelada durante el procedimiento por las partes o por los testigos no deberá ser divulgada por el árbitro o por el administrador. A menos que exista un acuerdo diferente entre las partes, o sea requerido por la ley aplicable, los miembros del tribunal y el administrador deberán mantener confidencialidad sobre todas las materias relacionadas con el arbitraje o con el laudo.

Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio

Artículo 46 Confidencialidad de la existencia del arbitraje
1. A menos que sea necesario en relación con un recurso judicial concerniente al arbitraje o un procedimiento de ejecución de un laudo, una parte no podrá divulgar unilateralmente a terceros información alguna relativa a la existencia del arbitraje, salvo si se ve obligada por la ley o por una autoridad competente.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, una parte podrá divulgar a un tercero los nombres de las partes en el arbitraje y la reparación solicitada, a efecto de satisfacer cualquier obligación de buena fe y equidad contraída con un tercero.

Artículo 47 Confidencialidad de la información divulgada durante el arbitraje
1. Se considera como confidencial cualquier prueba presentada por una parte o por un testigo en el arbitraje y, en la medida que esa prueba contenga información que no sea del dominio público, ninguna parte cuyo acceso a esa información sea el resultado de su participación en el arbitraje utilizará o divulgará esa información a terceros, bajo ningún concepto, sin el consentimiento de las partes o por orden de un tribunal competente.
2. A efectos del presente artículo, no se considerará como un tercero el testigo designado por una de las partes. En la medida que se autorice a un testigo el acceso a pruebas o a otra información obtenida en el arbitraje para preparar su testimonio, la parte que designe a ese testigo se responsabilizará de que el testigo mantenga el mismo grado de confidencialidad que se exige a esa parte.

Artículo 48 Confidencialidad del laudo. Las partes respetaran la confidencialidad del laudo y éste sólo podrá ser divulgado a terceros en la medida en que:
a) Las partes lo autoricen.
b) Caiga en el dominio público como resultado de un procedimiento ante un tribunal nacional u otra autoridad competente.
c) Deba ser divulgado para cumplir con un requisito legal impuesto a una parte o para establecer o proteger los derechos jurídicos de una parte frente a terceros.

Artículo 49 Mantenimiento de la confidencialidad por el Centro y el Árbitro.
1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Centro y e Árbitro mantendrán e carácter confidencial del arbitraje, del laudo y, en la medida en que contenga información que no pertenezca al dominio público, de cualquier prueba divulgada durante el arbitraje, a menos que lo exija una acción judicial en relación con el laudo o que lo imponga a ley.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral1, el centro podrá incluir información relativa al arbitraje en anales de jurisprudencia o en toda estadística gomal que aparezca en publicaciones relativas a sus actividades, siempre que dicha información no permita la identificación de las partes ni de las particularidades de la controversia.

4.4.4.7. Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje, información, documentación y peritajes que provengan de otros procedimientos MASC

a) Marco Normativo

Reglamento *Adr* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 7 Disposiciones Generales.
…
2. Salvo que sea exigido por el derecho aplicable y a falta de acuerdo en contrario entre las partes, ninguna de ellas podrá presentar como elemento de prueba en un proceso judicial o arbitral o cualquier otro proceso similar:
a) Cualquier documento, declaración o comunicación presentada por otra parte o por el tercero en el proceso *Adr,* salvo que dicho documento, declaración o comunicación pueda obtenerse de forma independiente por la parte que esté interesada en presentarla en un proceso judicial, arbitral o cualquier otro proceso similar.
b) Cualquier opinión o sugerencia expresada por cualquiera de las partes durante el proceso *Adr* relativa a una posible resolución de la desavenencia.
c) Cualquier reconocimiento realizado durante el proceso *Adr.*
d) Cualquier opinión expresada o propuesta hecha por el tercero.
e) El hecho de que una de las partes haya manifestado, durante el proceso *Adr*, su disposición de aceptar una propuesta de transacción.

Guía del *Adr* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 7 Disposiciones Generales. …que una parte no puede aportar, en relación a un proceso ADR, como elemento de prueba durante un proceso judicial, arbitral o similar…

4.4.4.8. Conservación y/o destrucción de documentos del proceso arbitral

a) Marco Normativo

Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional de Lima, Perú

Artículo 39 …Los documentos, contratos y originales serán devueltos a los interesados si éstos los reclaman. Si no fuera así, la precitada documentación podrá ser destruida transcurrido el plazo de tres años, contados desde la fecha de conclusión del proceso arbitral. Se dejará constancia de la entrega y se sacarán y archivarán las copias de los documentos que el Centro considere necesarios, a costa del solicitante.

Reglamento de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid

Artículo 27 Finalizado el expediente arbitral, la conservación y custodia del mismo corresponden a la Corte de Arbitraje.

Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona

Artículo 22 La conservación y custodia del expediente arbitral, una vez dictado el laudo, corresponderán al TAB.

Ley General de Arbitraje de Perú

Artículo 57 Conservación de las actuaciones. El expediente del proceso arbitral se conserva en los archivos del Notario que lo protocolice. Los Notarios sólo pueden expedir testimonio o copias simples de la escritura de protocolización, o copias certificadas del expediente, a solicitud de los otorgantes del convenio arbitral o por mandato judicial.

Salvo lo dispuesto en el párrafo anterior, el expediente del proceso arbitral es conservado por la institución arbitral o, en su caso por el presidente del tribunal o por el árbitro único.

4.4.5. Apoyos Externos

4.4.5.1. Principio de Mínima Intervención

a) Marco Dogmático

En estricto sentido, se refiere a la intervención excepcional de un juez o tribunal estatal, para llevar a cabo alguna designación de personas (árbitros, peritos); leyes (normas, tratados o costumbres); o algún otro tipo de aspectos procesales (medidas cautelares, vistas, desahogo de pruebas, etc.,); siempre que ni las partes, ni los árbitros en su caso, logren llegar acuerdos, y se tiene que ceder a un tercero para su decisión.

En el arbitraje *ad hoc*, se puede hacer más notable, que los compromitentes y o los árbitros recurran en mayor número de ocasiones ante un juez, en demanda de un auxilio judicial. En cuanto al arbitraje institucional, es más factible que no se de esté tipo intervención.

En amplio sentido, se reconoce que el árbitro o tribunal arbitral carece de cierto *imperium,* y por tal motivo, sea requerido al Poder Judicial para que brinde su auxilio.

Por lo anterior, es indiscutiblemente el requerimiento del auxilio judicial, pero esta intervención además de ser mínima, no debe darse una presencia constante, de la autoridad judicial, ya que de cierta manera puede desvirtuar la naturaleza del arbitraje, y más propiamente del árbitro; además, la competencia del tribunal arbitral estaría muy mermada, y esto contraviene los términos del convenio de arbitraje. Quizás pudiera ser aprovechada esta circunstancia para cuando se dicte el laudo respectivo, solicitar su nulidad, debido a que no se cumplió las potestades asignadas a los árbitros o el juez excedió sus facultades.

b) Marco Normativo

Ley General de Arbitraje de Perú

Artículo 97 En los asuntos que se rijan por la presente sección no intervendrá ninguna autoridad o instancia del Poder Judicial, salvo en los casos que expresamente así lo disponga.

Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

Artículo 5 Alcance de la intervención del tribunal. En los asuntos que se rijan por la presente Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

Ley de Arbitraje de Guatemala

Artículo 8 En los asuntos que se rigen por la presente Ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que la Ley así lo disponga.

Código de Comercio de México

Artículo 1421 Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título no se requerirá intervención judicial.

4.4.5.2. Auxilio Judicial

a) Marco Conceptual

Auxilio Judicial: "Del latín *auxilium,* ayuda; del latín *iudicialis, iudex,* juez, el que indica o dice el derecho. Ayuda o cooperación que están obligados a prestarse los

diferentes órganos jurisdiccionales con el fin de lograr una adecuada administración de justicia." [589]

b) Marco Dogmático

"Remisión de las partes al arbitraje: Se asegura que la voluntad y acuerdo de las partes de someter un asunto a arbitraje sean respetados. Impone al juzgador la obligación de remitir las partes al arbitraje, excepto cuando el acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, no existe para el juzgador remitir a las partes al arbitraje. [Correlación con el artículo 1424 del Código de Comercio de México]

Nombramiento de árbitros: La autoridad judicial puede intervenir, en el proceso de nombramiento del o los árbitros que compongan el tribunal arbitral. [Correlación con el artículo 1427, Fracción III, a) y b) del Código de Comercio de México]

Recusación, Remoción y Excusa de árbitros: La intervención de la autoridad judicial en lo relativo a recusación, remoción y excusa de los miembros del tribunal arbitral. [Correlación con los artículos 1429, Segundo Párrafo y 1430 del Código de Comercio de México]

Providencias precautorias: La presentación por una parte de una solicitud de medidas cautelares provisionales ante una autoridad judicial. Las medidas cautelares provisionales están referidas al criterio del juzgador y los hechos y pruebas. Algunos ejemplos: entrega de un bien a un tercero (depósito); preservar las pruebas del caso; venta de bienes perecederos; garantía de las costas; embargo precautorio; prohibición de cierta conducta de una de las partes. [Correlación con el artículo 1425 del Código de Comercio de México]

Revisión de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia: El tribunal arbitral es quien está facultado para decidir sobre su propia competencia… por lo que las partes en su caso solicitarán la revisión por una autoridad judicial sobre la

[589] MONDRAGÓN PEDRERO, Fabián, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Auxilio Judicial,** p. 49

competencia asumida por los árbitros. [Correlación con el artículo 1432, Tercer Párrafo del Código de Comercio de México]

Desahogo de pruebas: Está reconocida la intervención de una autoridad judicial en el desahogo de pruebas. [Correlación con el artículo 1444 del Código de Comercio de México]" [590] (ZAMORA ETCHARREN, Rodrigo)

Nulidad y Reconocimiento/Ejecución del Laudo: Se hace evidente la intervención también de una autoridad en temas como los citados. [Correlación con el artículo 1457 del Código de Comercio de México] y [Correlación con el artículo 1462 del Código de Comercio de México]

"Debido a la falta de potestad que tiene el árbitro y a la capacidad de limitar coactivamente los derechos, se permite el auxilio judicial cuando deba practicar pruebas que excedan de su autoridad o no puedan efectuarse por sí mismos." [591]

"Auxilios Jurisdiccionales Estatales: En el acuerdo arbitral: Los litigios sometidos a las autoridades judiciales, en la cual conste un acuerdo de solucionar un diferendo mediante el arbitraje, éste, debe remitir a las partes al arbitraje correspondiente. | En la designación de árbitros: Cuando las partes compromitentes no logren la designación de árbitros, ni una entidad arbitral, un juez puede coadyuvar en dicha elección y definición de los mismos. | En compeler al árbitro a realizar su función: Será una potestad que se le solicite a un órgano judicial para que requiera o exija a un árbitro o tribunal arbitral el cumplimiento de sus obligaciones sin tardanza y en los plazos convenidos, bajo apercibimientos u otra sanción. | En la revisión de la capacidad subjetiva del árbitro: Los órganos judiciales pueden declarar la existencia de un impedimento para que un árbitro funja como tal, o bien seguir las reglas sobre la recusación del árbitro que forme parte de un tribunal arbitral, trascendiendo a su sustitución en su caso.

[590] AZAR M., Cecilia, (Comp.), et al., *Manual de Arbitraje Comercial,* pp. 138, 140, 143, 145 - 146, 148
[591] MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *Op. cit*., Ver Nota 517, pp. 199 - 200

Actuación como tribunal *ad quem:* Cuando las partes compromitentes han acordado algún recurso o medio de impugnación contra algún acto o laudo, éste órgano jurisdiccional actuará como instancia de alzada. | En el reconocimiento y ejecución del laudo: De las resoluciones dictadas por el tribunal arbitral como el laudo, y ante la falta de *coertio*, una autoridad jurisdiccional debe hacer una revisión del fallo emitido, que al llevarse a cabo, procedería a su ejecución respectiva. | En medidas cautelares: El árbitro o tribunal arbitral, por disposición legal, puede pronunciarse sobre medidas para preservar el objeto del litigio, pero ante la falta de *imperium,* el tribunal arbitral o las partes pueden recurrir al órgano jurisdiccional competente para solicitar tales medidas. | Medios de apremio: Cuando las partes, testigos, peritos o cualquier otra persona, que no acate disposición, acuerdo u obligación, por la carencia de *imperium* del tribunal de arbitraje, una autoridad estatal judicial impondrá: multas, arrestos, comparecencias etc. | Competencia del tribunal arbitral: El Poder Judicial a petición de las partes, puede decretar la competencia o incompetencia asumida por un tribunal arbitral." [592]

"En el arbitraje puede conferir a los árbitros un amplio margen de actuación posibilitando comparencias, presentación de documentos o determinadas pruebas cumplimiento de medidas provisionales etc.

Los árbitros siempre carecerán del poder de coacción inherente a los jueces estando imposibilitados de imponer sanciones por desobediencia pues estas funciones no pueden ser delegadas por el Estado. Es cierto que los árbitros carecen del *imperium* propio de los jueces, pero esto no conlleva un obstáculo a su misión pues los propios sistemas arbitrales precisan la obligación para estos últimos de prestarles la debida asistencia.

No puede prescindirse, en efecto, de una eventual entrada del juez en la fase inmediatamente previa al inicio del procedimiento arbitral y, sobre todo, en su desarrollo.

[592] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, pp. 135 - 145

… se acude al juez de apoyo. Las partes y los árbitros pueden verse obligados a acudir a otra instancia… solicitando el auxilio judicial. A partir de aquí el juez debe evitar cualquier táctica dilatoria y por tanto ha de actuar con rapidez.

La colaboración estatal es necesaria para el éxito del procedimiento arbitral y no debe existir antagonismo alguno entre la esfera arbitral y la jurisdiccional, excepto cuando se dé un mal uso de las garantías que aseguran los tribunales, se intente desvirtuar cualquier cláusula que otorgue competencia a un árbitro o se practique una utilización del arbitraje que no responda a sus principios esenciales.

Debe tenerse presente que la injerencia total de los órdenes jurídicos estatales en la regulación del arbitraje es algo pernicioso, pero también lo es su prescindencia total; los jueces estatales se erigen en autoridades de apoyo o control.

El crecimiento de una cultura arbitral lleva implícito el desarrollo de una cultura paralela que favorezca la autonomía y preste el necesario apoyo al procedimiento arbitral en el seno de las jurisdicciones nacionales en el sentido de minimizar la inferencia y de maximizar el auxilio de los poderes jurisdiccionales de los Estados.

El arbitraje, como institución jurídica, únicamente pretende la mejor resolución de controversias mercantiles que surjan entre los operadores del tráfico comercial internacional; y en tal sentido requiere una intervención del poder judicial en grado necesario para garantizar la resolución pacífica de situaciones de conflicto jurídico que no puede resolver por si mismo.

Las relaciones entre arbitraje y jurisdicción estatal se ven marcadas por dos principios rectores: la eficacia del arbitraje como medio final y la seguridad jurídica de los participantes: intervención del juez en la designación y en la recusación de los árbitros; auxilio en la fase probatoria; justicia cautelar y ejecución del laudo arbitral.” [593]

[593] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 386, (*Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*), pp. 978 - 982

c) Marco Normativo

Ley General de Arbitraje de Perú

Artículo 40 El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrán pedir el auxilio judicial para la actuación de pruebas. Es competente el juez paz letrado o el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar la resolución.

Ley de Arbitraje de Guatemala

Artículo 34 Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas.
1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes, con la aprobación del tribunal arbitral, podrán pedir la asistencia de un tribunal competente para la práctica de pruebas.
2. El tribunal practicará bajo su exclusiva dirección, si así se le requiere, la prueba solicitada…

4.4.5.3. Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje

a) Marco Dogmático

"… A falta del acuerdo de las partes sobre el número de árbitros, la Corte decide, en función de las circunstancias específicas de litigio…

… El Reglamento de la CCI dispone: la Corte determina la sede del arbitraje a menos que las partes no lo hayan estipulado…

… En ocasiones, la ausencia de alguna mención podría completarse o sustituirse por procedimientos que involucran a un órgano de decisión externo (tribunales de justicia, autoridades de designación, órganos especiales)…

… También pueden ser llamados a interpretar el convenio, la institución de arbitraje…

… La sanción de nulidad de la cláusula oscura o insuficiente es solución tosca, aunque entendible. La intervención de una autoridad jurisdiccional como supletoria de la voluntad de las partes o de una de ellas es, en principio, elemento que debemos considerar como extraño a la institución arbitral…

… Las partes pueden dirigirse a un tercero para el nombramiento de los árbitros ordinarios, o en caso de falta de acuerdo sobre el tercer árbitro. Este tercero puede ser un simple particular, o una autoridad administrativa o judicial que puede intervenir por expresa voluntad de las partes o por disposición reglamentaria…

… La designación de árbitros por una autoridad exterior a las partes: el recurso a una autoridad de tipo profesional o corporativo…

… Las reglas de procedimiento pueden ser establecidas además por obra de autoridades exteriores a las partes, por el ejercicio de poderes delegados por ellas, o atribuidos por el reglamento o normativa aplicable al procedimiento…" [594]

b) Marco Normativo

Código de Comercio de México

Artículo 1417 Cuando una disposición del presente título:
1. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entrañara la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión…

Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

Artículo 2 Reglas de Interpretación.
…
d) Cuando una disposición de la presente Ley… deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión…

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional

Artículo 4 Organización del arbitraje
…
2. Si las partes han estipulado someter el arreglo de las posibles controversias entre ellas a un arbitraje ad hoc y si en un plazo de 30 días, desde la fecha de la notificación de la demanda de arbitraje al demandado, una de las partes omitiere el nombrar su árbitro, éste será designado, salvo que las partes hubieren previsto otra cosa en el acuerdo o compromiso arbitral, a petición de la otra parte, por el Presidente de la Cámara de Comercio competente del país en el cual tenga su residencia habitual o su sede social la parte omitente…

4.4.54. Intervención de un *expertise*

a) Marco Conceptual

expertise: "Intervención dirimente de un tercero en labor de completar, revisar o adaptar un contrato." [595]

[594] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op cit*., Ver Nota 119, pp. 670 - 672, 676, 726, 739, 750, 853
[595] *Ibidem*, p. 421

"En el mundo de los negocios cada vez se vuelve más frecuente la intervención de terceros expertos, con el fin de prevenir o solucionar conflictos de índole especializada, porque así lo han dispuesto las partes en el contrato o así lo determina obligatoriamente la ley.

Es común que la ley o el contrato delegan en un tercero experto en determinada ciencia, arte u oficio, ya sea para la prevención del conflicto, completando o interpretando el contrato o la solución de las diferencia ya surgidas entre diferentes partes." [596] (HERNÁN GIL, Jorge)

b) Marco Dogmático

De igual manera Jorge Hernán Gil establece que "El tercero que asumirá el papel de experto, perito…, sea una persona absolutamente idónea en el campo que se desempeña y que es materia de definición o resolución, goce de amplia credibilidad por su probidad y honestidad y que además, resulte totalmente independiente respecto a las partes.

La forma más simple y primaria de intervención del experto o perito se presenta cuando éste tiene como misión complementar el contrato, por que así lo han dispuesto expresamente las partes. Su intervención tiene origen sustantivo y constituye la ejecución de una cláusula contractual, y por tanto, equivale a una forma parcial de cumplimiento.

En esta tarea, el perito no entraña a definir propiamente un conflicto sino a determinar uno de los extremos contractuales necesarios para la debida ejecución y cumplimiento del contrato.

Se esta de acuerdo en que un aspecto eminentemente técnico sea definido por un perito, entrando a formar parte del contrato, su decisión o parecer, con efectos vinculantes para ambas, como cualquier otra cláusula contractual.

Cuando un tercero experto o perito cumple la tarea anotada… no resuelve un conflicto sino que lo está evitando.

---

[596] HERRERA MERCADO, Hernando y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (edits.) *Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación,* pp. 325 – 326

Este mecanismo de intermediación e intervención de un perito, con el fin de completar un contrato, es eminentemente voluntario y no puede ser impuesto, ni siquiera por la ley. Son las partes las que libremente acuerdan delegar en un experto la definición de un aspecto contractual, en el contrato mismo, al momento de su celebración y una vez se han establecido las demás obligaciones y derechos de cada una de ellas.

Cuando el experto complementa el contrato tampoco está resolviendo un conflicto interpartes; simplemente está dando cumplimiento y ejecución a una cláusula contractual y estableciendo otra obligación sustantiva previamente aceptada por ellas como vinculante…

El mandatario común no zanja litigios sino que perfecciona una convención, y su trabajo tiene la misma naturaleza que ésta; lo cual significa que su estimación apreciación/evaluación obliga a las partes, pero que la ejecución de la obligación resultante debe ser perseguida en justicia." [597]

Naturaleza Jurídica

Ante el cambio fundamental de circunstancias, se requiere la intervención de experto cuya misión sea reestructurar el contrato principal en cuanto a las obligaciones sustanciales. Experto que emite recomendaciones u opiniones técnicas y no jurídicas sobre algún problema derivado del contrato principal; no constituyen peritajes.

"Son procedimientos de expertos, se utilizan en controversias sobre aspectos técnicos y no jurídicos.

Una opinión experta es meta-jurídica y no vincula a los árbitros, pero puede tener un impacto enorme en la decisión de los árbitros que eventualmente tengan que ventilar la controversia.

…Este galicismo, es un procedimiento en el cual las partes pueden obtener una opinión experta antes de proceder con los puntos legales controvertidos…

[597] *Ibidem,* pp. 326, 327, 329

Puede suceder que el tribunal arbitral tenga que conocer de la controversia tiempo después y considere que la decisión del experto es el elemento probatorio contemporáneo a los hechos con más peso para dilucidar, no sólo el aspecto técnico de la controversia, sino por que no es un documento emitido por una parte. A su vez, pudiera ser de utilidad para valorar la conducta de las partes al momento en que los hechos ocurrieron.

Como recomendaciones son obligatorias como hechos (no como decisiones que pongan fin a una controversia) de tal manera que el tribunal arbitral que tenga que conocer la controversia que los involucre, no los ponga en tela de juicio y no requiera pruebas para hacer determinaciones fácticas al respecto." [598]

c) Marco Normativo

Rules for *Expertise*, 1 de Enero de 2003, de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Reglamento de Peritaje de la Cámara de Comercio Internacional

Capítulo I
Disposiciones Generales

Artículo 1 El Centro Internacional de Peritaje

1. El Centro Internacional de Peritaje (a continuación, el "Centro") es un centro de servicios de la Cámara de Comercio Internacional ("la CCI"). El Centro puede desempeñar una o varias de las funciones siguientes en el ámbito de los asuntos mercantiles nacionales o internacionales.

A) Propuesta de peritos. A petición de cualquier persona natural o jurídica o de cualquier tribunal (una "persona"), el Centro puede facilitar el nombre de uno o varios peritos en un campo de actividad determinado, de conformidad con el Capítulo II del presente Reglamento. La función del Centro se limita a proponer el nombre de uno o varios peritos. La persona que solicite una propuesta de peritos puede contactar directamente al o a los peritos propuestos, y, según el caso, acordar con este /estos perito(s) el alcance de su misión concreta y sus honorarios. No existe obligación de utilizar los servicios de un perito propuesto por el Centro. La propuesta de un perito puede ser de utilidad en numerosas situaciones. Una persona puede necesitar de un perito sea en el ámbito de sus actividades comerciales permanentes, sea en el de sus relaciones contractuales. Asimismo una de las partes en el arbitraje puede eventualmente desear obtener el nombre de un testigo perito. Un juez o un tribunal arbitral que hayan decidido nombrar un perito pueden solicitar al Centro que les presente una propuesta.

[598] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 155 – 156

Reglamento de Comprobación de Hechos (*Fact Finding Rules*) del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) 2006

Capítulo I
Iniciación del procedimiento

Artículo 1 La solicitud

(1) Cualquier Estado o nacional de un Estado que desee iniciar una investigación al amparo del Mecanismo Complementario con el objeto de que se examinen hechos y se informe sobre los mismos (denominada en adelante "procedimiento de comprobación de hechos") enviará a tal efecto una solicitud escrita al Secretariado, a la sede del Centro. La solicitud será redactada en un idioma oficial del Centro, llevará fecha y estará firmada por la parte solicitante o su representante debidamente autorizado.
(2) La solicitud puede hacerse conjuntamente por las partes en el procedimiento de comprobación de hechos.

4.4.5.5. Intervención de un *preárbitro*

a) Marco Conceptual

preárbitro: "El papel del preárbitro vendría atribuido a algunas autoridades en instancias internacionales que intervienen para completar una cláusula arbitral insuficiente, que no contiene los elementos de designación de los árbitros o sede del tribunal arbitral o la ley aplicable." [599]

b) Marco Dogmático

"Son aquellas autoridades corporativas, profesionales o incluso judiciales, que son llamadas por el acuerdo de las partes, o por los tratados en vigor, a completar la operación arbitral en los supuestos de cláusula insuficiente.

… Resulta forzado atribuir este carácter a estas instancias de carácter internacional o nacional, que actúan únicamente para fijar un elemento de la relación arbitral, sin formar parte de la misma.

En determinados campos de actividad, como la industria de la construcción, el director de la obra ejerce una especie de arbitraje previo en virtud de las funciones que desarrolla según el contrato de obra, y sin perjuicio del control que sobre sus

[599] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 735

decisiones asuma un tribunal arbitral propiamente dicho. Este es el tipo de arbitraje establecido por la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC)." [600]

4.4.5.6. Intervención de un *referé*

a) Marco Conceptual

referé: "Procedimiento mediante el cual pueden adoptarse medidas inmediatas al surgir problemas en una relación contractual. | Acudir en un lapso muy rápido, a un tercero facultado para tomar medidas precautorias con carácter de urgente, mismas que no pueden esperar a la emisión de un laudo." [601]

"Se considera como un árbitro referé o árbitro comisionado, para tomar decisiones de urgencia en el curso del procedimiento o relacionadas con especificaciones técnicas." [602]

b) Marco Dogmático

"El *réferi* no usurpa la jurisdicción del juez o árbitro competente para eventualmente resolver los puntos en controversia.

En presencia de un acuerdo que contemple la posibilidad de acudir al Reglamento *réferi* de la CCI, quien solicita la medida deberá presentar la solicitud de Réferi a la CCI. La contraparte debe contestar en un lapso de 8 días mediante el método más rápido de comunicación. En caso de que no exista acuerdo entre las partes sobre quién fungirá como *réferi*, el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI lo designará. El r*éferi* debe rendir su respuesta en un lapso de 30 días." [603]

"Permite a las partes obtener el nombramiento de un tercero que ordena las medidas provisionales urgentes requeridas en el marco de una controversia. El tercero

---

[600] *Idem*.
[601] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 156
[602] MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 737
[603] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. cit*., Ver Nota 312, (*Arbitraje*), p. 157

será elegido por las partes y, a falta de acuerdo, será nombrado por el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Las medidas que se ordenen obligarán a las partes hasta en tanto no haya una decisión de una autoridad judicial o arbitral." [604]

c) Marco Normativo

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, de París, Francia, preparó el 1 de Enero de 1990, un Reglamento de Procedimiento Precautorio Prearbitral: *ICC Rules for a Pre arbitral Referee Procedure*

Artículo 1 Definiciones.
1.1. Estas reglas tienen que ver con el procedimiento llamado el Procedimiento del Réferi Pre Arbitral que estipulan el inmediato nombramiento de una persona (el réferi) quien tiene el poder de dar ciertos mandatos antes de que el tribunal arbitral o la corte nacional competente para ocuparse del caso lo tome.

Artículo 2
2.1. Poderes del Réferi.
a) Ordenar algunas medidas conservatorias o algunas medidas de restauración que sean urgentemente necesarias para prevenir ya sea un daño inmediato o pérdida irreparable y también para salvaguardar cualquiera de los derechos o propiedad de alguna de las partes.
b) Ordenar a una parte hacer algún pago a cualquiera otra parte u otra persona a quien deba ser hecho.
c) Ordenar a una parte tomar cualquier medida que deba tomarse conforme al contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la gestión por una parte de la firma o entrega de un documento.
d) Ordenar cualesquiera medidas necesarias para preservar o establecer evidencia.

2.1.1. Estos poderes pueden ser modificados por el acuerdo por escrito entre las partes.

4.4.5.7. Intervención de un *neutral expert*

a) Marco Conceptual

neutral expert o Experto Neutral: "Es un experto, generalmente nombrado por acuerdo de las partes, que dará una opinión de los puntos sustanciales de la controversia. El reporte que entrega el experto neutral al juez y a las partes es dar una opinión habitualmente sobre aspectos técnicos (construcción, medicina, aspectos contables, tecnología) sobre los cuales las partes necesitan precisar sus posiciones. No se trata de una decisión obligatoria que las partes deberán acatar, sino una

[604] Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, *Servicios de Solución de Controversias,* p. 19

recomendación que emana de un experto en la materia de la controversia." [605] (AZAR MANZUR, Cecilia)

b) Marco Dogmático

Para Cecilia Azar Manzur "En la *early neutral evaluation* las partes presentan su caso ante uno o un grupo de expertos… retroalimentan inmediatamente del asunto… el equipo de evaluación analizan los posibles puntos de acuerdo e identifican las áreas que requieren de mayor estudio o complemento de información.

La naturaleza de los comentarios hechos por el neutral es valorativa y en tono de recomendación, no son decisiones vinculantes para las partes.

El objetivo de la evaluación neutral previa es dotar a las partes de una idea más clara de su caso e identificar los puntos que permiten acuerdo y los aspectos que merecen mayor estudio.

La evaluación neutral previa ofrece a las partes la posibilidad de contar con mayor información técnica o jurídica de su caso y así estar en posibilidad de tomar decisiones al respecto." [606]

c) Marco Normativo

Guía del *Adr* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 5 El Procedimiento.

… Las técnicas *Adr* susceptibles de ser utilizadas en el marco del Reglamento son las siguientes:
2. La evaluación de un tercero.

2. La Evaluación de un Tercero
Las partes pueden pedir a un tercero neutral una opinión o una evaluación no vinculante sobre uno o varios puntos, como:
i. Una cuestión de hecho.
ii. Una cuestión técnica de cualquier tipo.
iii. Una cuestión jurídica.
iv. Una cuestión relativa al examen jurídico de los hechos.
v. Una cuestión relativa a la interpretación de una disposición contractual.

[605] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.) *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Experto Neutral,** p. 155
[606] *Ibidem*, **Voz: Evaluación Neutral Previa,** p. 154

4.4.6. Aspectos dirigidos al árbitro o al centro que administra arbitraje

4.4.6.1. Exclusión de responsabilidad y renuncia a la acción de difamación

a) Marco Conceptual

Responsabilidad: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. | Deuda. | Deuda moral. | Cargo de conciencia por un error. | Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto conciente y voluntario." [607]

Responsabilidad del Árbitro: "Es la obligación de soportar la reacción del ordenamiento jurídico frente a un hecho dañoso, o la consecuencia de la violación de un deber jurídico de no dañar." [608] (ZAMORA ETCHARREN, Rodrigo)

Inmunidad del Árbitro: "Se entiende como libre de cualquier responsabilidad. En el contexto… se entiende como el principio bajo el cual el árbitro no puede ser atacado por la forma en que desarrolla sus funciones." [609] (ZAMORA ETCHARREN, Rodrigo)

b) Marco Dogmático

Para Rodrigo Zamora Etcharren "La responsabilidad dentro del arbitraje se suele corregir mediante la remoción del árbitro. El árbitro tiene derechos y obligaciones… por la naturaleza materialmente jurisdiccional de sus funciones, los árbitros no pueden ser declarados responsables de absolutamente todos los incumplimientos a sus obligaciones.

Cabe distinguir la responsabilidad de los árbitros:

Inmunidad Absoluta: Ésta es justificada como un medio de protección de la independencia de criterio y libertad de funciones del árbitro y de prevenir que la parte a quien no le favorezca una decisión o laudo lo demande (o amenace con demandarlo).

---

[607] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Responsabilidad,** p. 352
[608] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Responsabilidad del Árbitro,** p. 284
[609] *Ibidem*, **Voz: Inmunidad del Árbitro,** p. 173

Responsabilidad Calificada: Existen diferencias sobre cuál es el grado o umbral de esa responsabilidad. En algunos casos se considera que el árbitro sólo es responsable por actos dolosos (intencionales), en otros casos se indica que es responsable de actos culposos, esto es, por no realizar el esfuerzo que su misión exige. Y, en otros casos, se indica que es responsable de culpa grave, es decir, cuando exista una ausencia seria de tomar las medidas necesarias para lograr la emisión de un laudo ejecutable." [610]

"¿Debe un árbitro ser responsable por la forma en que cumple su misión? Diferentes judicaturas dan respuestas distintas… Inmunidad Absoluta y Responsabilidad Calificada.

Como ejemplo de inmunidad absoluta está Estados Unidos. Ejemplos de jurisdicciones donde existe la responsabilidad con algún matiz (inmunidad calificada) son Austria, Inglaterra, Alemania y Noruega. Ejemplos en donde son responsables son Francia, España y Suecia.

Podría cuestionarse los motivos detrás de desear brindar inmunidad. Después de todo, el árbitro como toda persona debe ser responsable por sus actos u omisiones ilícitas.

La justificación de la protección proviene del deseo de resguardar las actividades del árbitro. Se reconoce que el árbitro realiza una función jurisdiccional, aunque no sea judicial, y de existir la posibilidad de que la parte a quien no le favorece su decisión lo demande, su independencia de criterio y libertad de funciones se vería seriamente mermada.

No es porque se desee dar un privilegio, sino una herramienta de trabajo.

Como razonó el *House of Lords* inglés al equiparar los árbitros a jueces:

Es aceptado que los jueces… disfrutan de inmunidad absoluta de cualquier forma de acción civil que se entable en contra de ellos con respecto de cualquier cosa que digan o hagan durante un proceso. Ello no obedece a un deseo del derecho de tratarles con ternura sino al reconocimiento de la conveniencia que el orden público demanda a que tenga dicha inmunidad… que es vital para la

[610] *Ibidem*, **Voz: Responsabilidad del Árbitro,** p. 284

eficiente y rápida administración de justicia… dado que los árbitros están en buena medida en la misma situación que los jueces al realizar sus funciones, el derecho durante generaciones ha reconocido que el orden público requiere que ellos también cuenten con la misma inmunidad.

¿Debe de ser una inmunidad total? Considero que debe existir un límite. De los contrario, se blindaría conducta que debe evitarse… puede mermar la calidad de justicia brindada por el árbitro que, además de cumplir con su misión, tenga que contemplar otras consideraciones.

Para encontrar un justo medio en esta tensión puede echarse mano del papel contractual de los árbitros… el árbitro tiene dos facetas: la de prestador de servicios profesionales y la de juzgador. Postulo que, mientras que la faceta de juzgador puede justificar la existencia de la protección, la de prestador de servicios profesionales puede dar los elementos para deslindar el alcance.

… el árbitro debe ser responsable si por su dolo o culpa el laudo es inejecutable. Las dos hipótesis son distintas… mientras la primera (dolo) resulta de conducta intencional, la segunda (culpa o negligencia) no lo es; se genera por no realizar el esfuerzo que su misión exige.

Pero no solo debe existir culpa, debe ser grave… dado que la culpa consiste en no esforzarse lo suficiente, si el árbitro tomó medidas para incrementar la posibilidad de que el laudo sea válido, debe estar exento de culpa. Ello pues no existe dolo cuando el supuesto culpable prevea los resultados como posibles y desee que no se produzcan adoptando precauciones.

Determinación de responsabilidad del árbitro:

Nunca puede cuestionarse el fondo, sólo la forma en que se ejerció la misión. Ello quiere decir que, aunque el contenido de la decisión sea diametralmente opuesto a lo que dice el derecho aplicable, ello no pude ser causal de responsabilidad. Puede ser responsable por negligencia o culpa grave. Debe ser responsable por conducta dolosa.” [611]

[611] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura,* pp. 116 - 120

c) Marco Normativo

Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Artículo 35 Los miembros del tribunal y la administradora no serán responsables ante ninguna parte por ningún acto u omisión relacionada con el arbitraje conducido conforme a estas reglas, salvo que ellos sean responsables por las consecuencias de su agravio consciente y deliberado.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM)

Artículo 43 El CAM, su Consejo General y su Secretario General no serán responsables por acto u omisión alguno relacionado con un procedimiento arbitral conducido bajo sus auspicios.

Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA)

Artículo 31.1. Ningún miembro del LCIA (Presidente, Vicepresidente y Miembros Individuales), su Secretario en funciones, árbitro o perito del tribunal arbitral serán responsables ante ninguna parte de acto u omisión surgidos de un arbitraje instruido al amparo de este Reglamento, salvo que la parte afectada demuestre que dicho acto u omisión constituyen un acto ilegal, consciente y deliberadamente cometido por el organismo o persona que dicha parte estime responsable.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú

Artículo 42 Las partes renuncian a interponer cualquier, reclamo, acción, derecho o procedimiento, que puedan tener o adquirir en relación con los árbitros o con el CEARCO-PERÚ con respecto al laudo y a la aplicación del presente Reglamento.

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 34. Ni los árbitros, ni la Corte o sus miembros, ni la CCI o sus empleados, ni los comités nacionales de la CCI serán responsables, frente a persona alguna, de hechos, actos u omisiones relacionadas con el arbitraje.

Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de la Paz, Bolivia

Artículo 58 Las consecuencias que resulten del procedimiento arbitral contenidas en el laudo, cualesquiera fueran éstas, no alcanzarán la responsabilidad civil o penal del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio, ni de sus funcionarios administrativos.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de Costa Rica, de la Cámara de Comercio

Artículo 42 Los árbitros serán responsables por los daños y perjuicios que le pudieren causar a las partes o al Centro por incumplimiento de sus funciones, incluida la inobservancia inexcusable de los plazos estipulados en este reglamento. La Cámara de Comercio de Costa Rica no asume ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión y en ejercicio de sus funciones se

ocasionen a las partes o a terceros por los árbitros designados por ella o por terceros que los tomen de sus listas oficiales.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Ecuador

Artículo 20 La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros.

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)

Artículo 37 Los miembros del tribunal y el administrador no serán responsables ante ninguna de las partes por algún acto u omisión relacionada con algún arbitraje conducido bajo las presentes reglas, salvo que aquéllos puedan ser responsables por las consecuencias de un mal causado conciente y deliberadamente.

Renuncia a la Acción de Difamación

Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Artículo 78 Las partes y, al aceptar su nombramiento, el árbitro convienen en que cualquier declaración o comentario escrito u oral formulado o utilizado por ellos o sus representantes durante la fase preparatoria del arbitraje o en el transcurso del mismo no deberá ser invocado con el objeto de entablar o apoyar cualquier acción por difamación oral o escrita o cualquier otra querella de esa naturaleza, y que se podrá invocar el presente artículo para oponerse a toda acción de este tipo.

Ley Inglesa de Arbitraje, de 1996, Capítulo 23

29.1 El árbitro no contrae responsabilidad alguna por los actos realizados o por los que haya omitido realizar salvo prueba de mala fe por su parte.

4.4.6.2. Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en Arbitraje

a) Marco Conceptual

Impedimento: "Del latín *impedimentum* que significa obstáculo, dificultad, estorbo, entorpecer, impedir. El requisito indispensable que la ley exige de un juzgador es la imparcialidad consistiendo ésta en el equilibrio que debe mantener para conocer y decidir un caso de manera objetiva; es decir, sin que influyan en su ánimo

circunstancias personales que lo inclinen a favor o en contra de alguna de las partes." [612]

Inhabilitación: "Acción o efecto de de inhabilitar o incapacitar. Declaración de que alguien no puede, por causas naturales, morales, o de otra índole, desempeñar un cargo, realizar un acto jurídico o proceder en otra esfera de la vida jurídica. | Pena que imposibilita para el ejercicio de determinados cargos o para el de determinados derechos." [613]

b) Marco Normativo

Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, de Costa Rica, (Ley núm. 7727)

Artículo 16 Salvo pacto en contrario de las partes, el conciliador o mediador extrajudicial queda inhabilitado para participar como tercero neutral (testigo, perito) en cualquier proceso posterior, judicial o arbitral, relacionado con la desavenencia.

Reglamento de Conciliación de la (CNUDMI)

Artículo 19 Las partes y el conciliador se comprometen a que el conciliador no actúe como árbitro, representante ni asesor de una parte en ningún procedimiento arbitral o judicial relativo a una controversia que hubiere sido objeto del procedimiento conciliatorio.

Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC)

Artículo 72 El conciliador queda inhabilitado para actuar en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con la desavenencia objeto de la conciliación, ya sea como árbitro, ya sea como apoderado o asesor de alguna de las partes. Asimismo, las partes se comprometen a no citar al conciliador como testigo en dichos procesos.

Reglamento *Adr* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 7 Disposiciones Generales.

3. Salvo acuerdo escrito en contrario de todas las partes, un tercero no podrá actuar, ni haber actuado, en calidad de juez, árbitro, experto, representante o consejero de una de las partes en un proceso judicial, arbitral o similar, en relación con a misma desavenencia objeto del proceso *Adr*.

[612] MOLINA GONZÁLEZ, Héctor, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Impedimento,** p. 136
[613] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit.,*Ver Nota 45, **Voz: Inhabilitación,** p. 205

4. El tercero no podrá declarar en ningún otro proceso judicial, arbitral o similar en relación con cualquier aspecto del proceso *Adr*, salvo acuerdo escrito en contrario de todas las partes o que sea exigido por el derecho aplicable.

Guía *Adr* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Artículo 7 Disposiciones generales.

3. El tercero puede actuar como juez, árbitro, experto o representante de una de las partes en otro proceso relacionado con la desavenencia sometida al proceso *Adr* de la CCI. Esta posibilidad queda permitida solamente a condición de todas las partes expresen su consentimiento por escrito. En caso contrario, no es posible.

4. Prohíbe al tercero actuar como testigo en cualquier otro proceso relacionado con la desavenencia sometida al proceso *Adr*, salvo acuerdo en contrario de todas las partes o por estar obligadas a ello en virtud del derecho aplicable.

4.4.6.3. Imposibilidad de que el árbitro sea perito

a) Marco Conceptual

Perito: "Es quien, en virtud de los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos que posee, asiste a las partes o al tribunal arbitral sobre aspectos particulares de la controversia sometida al arbitraje." [614]

"Especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio." [615]

"Del latín *peritus,* que significa sabio, experimentado hábil. Es la persona que poseyendo conocimientos especiales auxilia al juzgador sobre los hechos controvertidos, relacionados con su especialidad, saber o experiencia; también se concibe el perito como la persona con conocimientos especializados en alguna rama del saber, arte y oficio, que ilustra al juzgador respecto al hecho controvertido en el proceso." [616]

b) Marco Dogmático

Para Elena Martínez García "Este plus de especialización… lo puede ofrecer la persona del árbitro que tiene la condición de especialista-técnico sobre el objeto de

[614] FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 333, **Voz: Perito,** p. 235
[615] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Perito,** p. 303
[616] POLANCO BRAGA, Elías, *Diccionario de Derecho Procesal,* **Voz: Perito,** p. 193

pericia, en la práctica, de modo que podrá interpretar el documento por él mismo y decidir sobre su validez, resultando así la práctica de la pericial una prueba inútil porque el sentido de ésta se adquiere cuando faltan estos conocimientos sobre ciertos hechos o máximas de experiencia.

Tal afirmación nos hace pensar que carece de esa naturaleza probatoria; simplemente se trataría de una verificación por parte del árbitro de unos hechos que aportan las partes y sobre los que él puede emitir su valoración gracias a su especialización en la materia.

Sin embargo no se trata ésta de una postura garantista, si observamos la posibilidad de que durante un arbitraje cambie la persona del árbitro elegido como especialista en la materia, lo que supondría en principio, la repetición de la práctica de esta prueba. La especialización en todo caso, será muy útil a la hora de valorar la prueba, pues sabrá cómo concluir respecto al dictamen del experto, pero, efectivamente, tal repetición se haría necesaria para poder informar al árbitro sustituto y para valorar e interpretar el sentido técnico de la fuente de prueba.

En conclusión, ese conocimiento privado del árbitro no es prueba pericial sino que formará parte de sus máximas de experiencia que le serán, por supuesto, muy útiles a la hora de valorar una prueba." [617]

4.4.6.4. Delegación de Facultades

a) Marco Conceptual

Delegación: "Acción y efecto de delegar. | Otorgamiento de representación. | Concesión de mandato. | Cesión de atribuciones." [618]

b) Marco Normativo

Ley General de Arbitraje de Perú

Artículo 38 El tribunal arbitral puede delegar facultades en uno o más de sus miembros para la realización de determinados actos del proceso.

[617] BARONA VILAR, Silvia, (Coord.), *Op. cit*., Ver Nota 382, (*Comentarios a la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*), p. 1096
[618] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Op. cit*., Ver Nota 45, **Voz: Delegación,** p. 114

4.4.7. Aspectos normativos aplicables

4.4.7.1. El *Soft Law*

Traducción Inglés – Español

Soft "flexible o blando." [619]

Law "Derecho, Ley." [620]

a) Marco Conceptual

"En sentido amplio, son normas reguladoras del comercio internacional que incluyen una serie de elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar las decisiones y proposiciones jurídicas.

En sentido estricto, sería el conjunto normativo que carece de fuerza vinculante y que, sin embargo, ejerce una influencia decisiva en la voluntad de los operadores jurídicos a los que se dirigen en materias de carácter preferentemente dispositivo." [621]

b) Marco Dogmático

Naturaleza Jurídica

"El *soft law* es particularmente operativo en el derecho internacional público, y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc., sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro sino como referentes específicos en la actuación judicial." [622]

"El *soft law* propicia una directriz habilitante… a nuevas áreas de expansión del derecho. Procura la unificación del derecho… la lex mercatoria… hace que las

[619] ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Op. cit*., Ver Nota 416, **Voz: Soft,** p. 470
[620] *Ibidem*, **Voz: Law,** p. 313
[621] FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Ius Mercatorum,* p. 188
[622] *Idem.*

normas conflictuales se muestren inadecuadas para regular las complejas cuestiones suscitadas en el ámbito del comercio internacional." [623]

"Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del derecho del comercio internacional y gracias a la armonización conseguida a través de ellos cabe aspirar a la reducción de las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos y que a los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización." [624]

4.4.7.2. La *Lex Mercatoria*

a) Marco Conceptual

lex mercatoria: "Conjunto de reglas propias del comercio internacional elaboradas sin intervención de los Estados y que constituyen un método de solución a los conflictos de leyes." [625] (STAELENS GUILLOT, Patrick)

b) Marco Dogmático

Naturaleza Jurídica

"El importante desarrollo del comercio internacional del siglo XX reveló la inadecuación de las reglas del derecho internacional privado para resolver los litigios susceptibles de plantearse en esta materia… Las partes (comerciantes, bancos) elaboraron entonces, por medio de sus agrupaciones (Cámaras de Comercio o Asociaciones de Banqueros), reglas aplicables al comercio internacional." [626]

"Mediante este método… se describe una amplia serie de reglas emitidas por órganos privados en el ámbito internacional o por órganos gubernamentales… pero cuya característica principal es que se trata de reglas que las partes hacen suyas en

---

[623] FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Orientaciones del Derecho Internacional Privado en el Umbral del Siglo XXI,* p. 29
[624] FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 621, (*Ius Mercatorum*), p. 188
[625] GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, (Coord.) *Diccionario de Derecho Internacional,* **Voz: Lex Mercatoria,** p. 209
[626] *Idem*.

una relación jurídica y, por tanto, las convierten en obligatorias entre ellas, o bien, estas reglas son aceptadas por organizaciones de comerciantes o prestadores de servicios y las hacen obligatorias entre sus afiliados.

…al lado de las legislaciones nacionales y de los tratados internacionales en materia comercial, destacan las normas que, derivadas de las prácticas, usos y costumbres, han sido expedidas por los propios protagonistas: los comerciantes.

Los franceses Yvon Loussuarn y Jean Dennos Verdín: La costumbre establecida, desde el siglo XIX, por los comerciantes de una misma actividad profesional de agruparse en asociaciones nacionales e internacionales, ha contribuido a favorecer la adopción de usos comunes, introducidos en fórmulas tipo más tarde transcritas en los contratos tipo… son manifestaciones de origen no estatal." [627]

Se denomina Derecho Espontáneo del Comercio Internacional "Resolvía las cuestiones propias del comercio interlocal, pues la práctica de las grandes ferias había conducido a un derecho de carácter universal aplicable a las relaciones mercantiles y nacido de los usos comunes de los participantes en el comercio.

Surgen normas similares de ciudad a ciudad que dieron origen a un derecho formado por costumbres y prácticas de una clase social, la de los comerciantes, que existía en todas las ciudades, con la misma mentalidad y necesidades. Derecho uniforme para todos los comerciantes de distintas ciudades.

Se trata de un ordenamiento que abarca todo el estamento social de los comerciantes, incluyendo su organización profesional y sus privilegios especiales, que se proyectan en la existencia de una jurisdicción especial y en unos procedimientos particulares." [628]

"La *lex mercatoria* descansa en el rezago de los Estados y su importancia deriva del grado de admisibilidad y permisividad de éstos a la autonomía material de la contratación internacional, además nunca exenta del control.

[627] PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado,* (8ª ed.), pp. 140 - 141
[628] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 621, (*Ius Mercatorum*), pp. 28 - 29

Las reglas resultantes de las empresas que ejercen un fuerte protagonismo en el comercio transnacional pueden ser la secuela de una práctica comercial totalmente ajena a las políticas de los Estados.

Es innegable que la nueva *lex mercatoria,* enriquecida, perfeccionada y consolidada con sus usos y costumbres particulares, se proyecta hacia el futuro sustentado en un derecho espontáneo, autónomo y uniforme que tiende de manera natural a alejarse de las regulaciones estatales, intentando con este proceder dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional." [629]

4.4.7.3. Estipulaciones Particulares

a) Marco Dogmático

"Las reglas del procedimiento reguladoras del arbitraje comercial se derivan principalmente de la autonomía de la voluntad. Precisamente los compromitentes les dan vida.

Los compromitentes pactan en sus acuerdos de arbitraje que las eventuales controversias deberán resolverse conforme a reglas elegidas por ellos.

El valor de estas reglas se deriva, como decíase, de fuerza jurídica que les dan los compromitentes.

La autoridad de los compromitentes para fijar reglas se deriva de las normas jurídicas estatales que les permiten obrar en tal sentido. Esta posibilidad de convenir se ampara en la autonomía de la voluntad, reconocida en la ley que rige a las partes." [630]

[629] FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Op. cit*., Ver Nota 386, (*Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*), pp. 841 – 842
[630] SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Op. cit*., Ver Nota 313, pp. 32 - 33

4.4.7.4. Contratos Tipo

a) Marco Conceptual

Contratos Tipo: "Son condiciones generales pueden ser redactados por corporaciones profesionales-sectoriales." [631]

b) Marco Dogmático

"El tráfico mercantil internacional se desenvuelve, en la mayoría de los casos, a través de condiciones preestablecidas. Bien sea por imposición de las partes que detentan posiciones dominantes en el mercado… bien sea por la influencia de las empresas multinacionales, o bien, simplemente, por las características del tráfico mercantil… por acuerdos intercorporativos… por empresas de comercio exterior…

La técnica propia del contrato de adhesión permite un escaso margen de modalización y matización en las condiciones generales del contrato, incluida la cláusula compromisoria." [632]

4.4.7.5. Tratados/Convenciones Internacionales

a) Marco Normativo

Ley General de Arbitraje de Perú

Artículo 88 Aplicación de Tratados. Las disposiciones de la presente sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en la República.

Reglamento de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Guatemala (CENAC)

Artículo 59 Ley aplicable. El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes en el espacio o de derecho internacional privado aplicable.

[631] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 519
[632] *Ibidem*, pp. 519 - 520

Marco Normativo al apartado 4.4.7

Reglamento de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Guatemala (CENAC)

Artículo 61 Principios Generales. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá tomando en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos en materia de derecho privado (civiles o mercantiles) aplicables al caso.

Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC)

Artículo 48 … En todos los casos, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres pertinentes.

Código de Comercio de México, Título Cuarto, Capítulo VI

Artículo 1445 El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes… 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.

Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

Artículo 28 Normas aplicables al fondo del litigio.

…

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

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional

Artículo 7 Derecho Aplicable.

…

4. … los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.

Reglas de Arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Artículo 28 Leyes aplicables.

...

2. En arbitrajes que envuelvan la aplicación de contratos, el tribunal decidirá conforme a los términos del contrato y tomando en cuenta los usos del comercio aplicables al contrato.

Ley de Arbitraje de Guatemala

Artículo 36 Normas aplicables al fondo del litigio.

…

2. En el caso de que el arbitraje sea de carácter internacional, el tribunal arbitral podrá tener en cuenta las prácticas y principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación.

Para este capítulo se puede inferir que:

Cuando la cláusula compromisoria presenta cierto grado de patología, por su contenido irregular o inexacto, puede no permitir desplegar sus efectos jurídicos, y hacer fracasar su inicio, por un lado, o demorar en su convalidación.

Respecto del *discovery* en el arbitraje internacional, cuando este ha sido propuesto con antelación en el acuerdo de arbitraje, y no se ha cumplido, por los interesados, hay todavía hay un momento procesal oportuno, en el procedimiento arbitral, siendo en la audiencia previa, para su ejecución, en aras de arribar a un fallo factible y congruente.

Los medios alternativos como los *Masc* y *Adr* pueden previo acuerdo de las partes, buscar una solución concreta a su diferendo, de manera anticipada, al procedimiento de arbitraje internacional; no se debe constreñir a los interesados en métodos tradicionales como la conciliación y la mediación, se limita el campo de las posibilidades para la solución, hay diversas técnicas y formas de encontrar esas respuestas, sólo basta la anuencia, conocimiento, sensibilidad de los comerciantes en conflicto, para aceptar otras alternativas de solución.

La organización y depuración de un proceso arbitral internacional, presenta varias aristas, pluralidad de elementos y puntos de contacto, las partes domiciliadas en puntos geográficos distintos; es menester hasta cierto tiempo, planear audiencias, actuaciones, pruebas y vistas, para un ámbito internacional; ante esta complejidad, hay la opción de organizar y sanear este proceso; hoy no pueden quedar los destinos de un proceso al azar o al arbitrio de alguien, los intereses comerciales no deben quedar expuestos a estas incertidumbres.

CAPÍTULO QUINTO
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA AUDIENCIA PRELIMINAR Y DE TEMAS CENTRALES Y COLATERALES PARA EL PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Sumario 5.1. Fundamento Legal de la Audiencia Preliminar en el Arbitraje Comercial Internacional. 5.1.1. Las Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral de 1996. 5.1.2. Descripción de Ejes Temáticos Centrales y Temáticas Colaterales para una Audiencia Preliminar. 5.1.3. Cuadros Informativos Comparativos. **5.2. Fundamentos legales indirectos para la instauración de una audiencia preliminar en arbitrajes privados institucionales y sectoriales internacionales.** 5.2.1. Preceptos Legales.

5.1. Fundamento Legal de la Audiencia Preliminar en el Arbitraje Comercial Internacional

5.1.1. Las Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral de 1996

Las Notas de la CNUDMI, son el principal referente legal, en esta materia, prima la audiencia preliminar y una serie de temáticas procesales que pueden ser abordadas en dicha audiencia.

Las Notas de la CNUDMI, establecen los requisitos, condiciones, plazos, objetivos y fines para la audiencia en comento; después de un arduo trabajo teórico-práctico-técnico, expertos presentan a este organismo internacional una normatividad, que servirá a comerciantes, árbitros e instituciones que administren arbitraje, para desarrollar una práctica arbitral óptima y viable.

Quienes crearon estas Notas, han justificado plenamente su importancia y el resultado que puede tener, ante cláusulas patológicas, falta de acuerdos entre partes, árbitros espectadores, y obstáculos procesales.

Los conflictos derivados del comercio internacional, suelen presentar una sofisticación, baste señalar, cuando existen diversos puntos de contacto, por citar el domicilio o establecimientos varios y distantes, establecer el foro para el arbitraje, las audiencias y vistas, el o los derechos aplicables, entre otros; cuando quedan perfectamente delimitados estos extremos, en el convenio arbitral o el curso del

proceso de arbitraje, posibilita su desarrollo, y cuando no sea posible delimitarlos, existe una gran problema ¿Hay solución a este respecto? Si, convocar a una audiencia preliminar para que conjuntamente árbitros y compromitentes, establezcan los acuerdos o los subsanen o corrijan.

Desde que inician las negociaciones para una operación comercial internacional, resulta difícil que en una cláusula compromisoria se concentre: previsión, planeación, organización y saneamiento de un procedimiento de arbitraje a futuro; ahora bien, si los compromitentes son lo suficientemente diligentes, ágiles y muestran destreza para sortear toda clase de eventualidades, el procedimiento de arbitraje, no correrá riesgos; de modo contrario las partes quedan expuestas a múltiples demoras, altos costos y un fallo nada viable.

Por eso la UNCITRAL tuvo a bien, crear estas Notas, no significando un simple mensaje de buena voluntad para los árbitros y particulares, tampoco es documento vinculante, pero si tiene propósitos firmes de orientar y guiar a los operadores y usuarios del arbitraje, a consolidar la previsión y organización del arbitraje, no tiene más cometidos, que los de garantizar un proceso apegado a principios y garantías procesales.

La audiencia preliminar resulta ser una extraordinaria oportunidad técnica para que de manera muy meticulosa pueda sanearse de nulidades, de vicios, de todas aquellas circunstancias que puedan irrumpir el orden normal de un arbitraje.

Las Notas en su parte introductoria, se indica que para organizar un proceso arbitral se requiere: que toda decisión que asuma los árbitros previamente debe ser consultada con las partes, y que todas esas consultas, puedan efectuarse en una reunión previa o en una o más audiencias complementarias, de manera presencial o a través de medios de telecomunicación o electrónicos.

5.1.2. Descripción de Ejes Temáticos Centrales y Temáticas Colaterales para una Audiencia Preliminar

La investigación parte sustancialmente de traer a la palestra 4 ejes temáticos centrales y 36 temas colaterales, que por su naturaleza jurídica, se han considerado que deben ser propuestos o cuando menos aclarados algunos de ellos, por los compromitentes, por los árbitros o por el tribunal arbitral, al seno de una audiencia preliminar o en varias audiencias complementarias; con esta propuesta, se pretende acrecentar el grado de certidumbre, seguridad y predicción para el procedimiento arbitral.

En este orden de ideas, será menester ahora indicar cual es su régimen legal respecto de estos ejes temáticos centrales y de las temáticas colaterales, para ello tomare en cuenta 5 ordenamientos de *ex profeso*, sobre arbitraje internacional, ubicándoles en estos cuerpos normativos, siendo:

El Código de Comercio de México, de 1890
Las Reglas de Arbitraje, del Centro de Arbitraje de México (CAM), de 1997
El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, de 1976
La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985
Las Notas de la UNCITRAL sobre la Organización del Proceso Arbitral 1996

A través de las siguientes gráficas, se proporcionará la temática, se señalará el ordenamiento normativo, el cual podría estar vinculado o no; esto facilitará la identificación e información de este régimen legal:

5.1.3. Cuadros Informativos Comparativos

Tabla 3. Ejes Temáticos Centrales.

Ejes Temáticos Centrales	**CCom.** [633] Arbitraje Ad Hoc	**RA-CAM**[634] Arbitraje Institucional
La Patología de la Cláusula Compromisoria	**X**	**X**
La resolución anticipada del conflicto a través de Masc o *Adr*, previamente al procedimiento de arbitraje comercial internacional	**X**	**X**
La Planificación y Ejecución del *discovery*	**X**	**X**
La Organización y Depuración de aspectos procesales en el arbitraje internacional	**&** **Art. 1435, 2do. Párrafo**	**√** **(Integral)**

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

[633] Código de Comercio de México, 1890
[634] Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, 1997

Tabla 4. Ejes Centrales.

Ejes Centrales	RA[635]	LMACI[636]	NOPA[637]
La Patología de la Cláusula Compromisoria	**X**	**X**	**&** **(Integral)**
La resolución anticipada del conflicto a través de Masc, previamente al arbitraje comercial internacional	**X**	**X**	**&** **Apartado 12, Inc. 47**
La Planificación del *discovery* en el procedimiento arbitral	**&** **Art. 24, Inc. 2 y 3**	**X**	**&** **Apartado 50**
La Organización y la Depuración de aspectos procesales en el arbitraje internacional	√ **Art. 15.1**	√ **Art. 19.2**	√ **(Integral)**

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

[635] Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, de 1976
[636] Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985
[637] Notas de la UNCITRAL sobre la Organización del Proceso Arbitral, 1996

Tabla 5. Temas Colaterales I.

Temas Colaterales	CCom.	RA-CAM	RA	LMACI	NOPA
Orientación Preliminar	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Medidas Disciplinarias	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Protesta y Juramento	**X**	**X**	**X**	**X**	**& Apartado 15, Inc. b), ii**
Inactividad de las Partes	**& Art. 1441 Inc, III**	**X**	**X**	**X**	**X**
Renuncia al Derecho de Objetar	**√ Art. 1420**	**√ Art. 41**	**X**	**√ Art. 4**	**X**
Representación, Patrocinio y Asesoramiento	**X**	**√ Art. 27**	**√ Art. 4**	**X**	**X**
Comunicaciones *ex parte*	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 6. Temas Colaterales II.

Temas Colaterales	CCom.	RA-CAM	RA	LMACI	NOPA
Depósito de Bienes	**X**	**X**	**√** **Art. 26, Inc 1**	**X**	**X**
Protección y Garantía de Bienes en el Litigio	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**

Notas	"**√**" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 7. Temas Colaterales III.

Temas Colaterales	CCom.	RA-CAM	RA	LMACI	NOPA
Ampliación y Enmienda a la Demanda/Contestación	√ **Art. 1439 Segundo Párrafo**	√ **Art. 25, Inc. 1**	√ **Art. 20**	√ **Art. 23, Inc. 2**	**X**
Alegatos Complementarios	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Prueba Anticipada	**&** **Art. 1425** √ **Art. 1433**	√ **Art. 30**	√ **Art. 26**	√ **Art. 9** **Art. 17**	**X**
El Comparendo	**&** **Art. 1436 Último Párrafo**	**&** **Art. 28, Inc. 1**	**&** **Art. 25, Inc. 1**	**X**	**X**
Aceptación o Renuncia de Recursos contra el Laudo	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Mociones de Prórroga	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Informaciones Complementarias	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 8. Temas Colaterales IV.

Temas Colaterales	CCom.	RA-CAM	RA	LMACI	NOPA
Calendario Procesal	**X**	**√ Art. 24, Inc. 4**	**X**	**X**	**& Apartado 9, Inc. 39**
Acta de Misión	**X**	**√ Art. 24, Inc. 1**	**X**	**X**	**X**
Audiencia Complementaria a la Preliminar	**& Art. 1436 Párrafo Segundo**	**& Art. 20, Inc. 2**	**X**	**& Art. 24, Inc. 1**	**& Apartado 3, Inc. 23**
Cláusula Escalonada	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Procesos Especiales	**X**	**√ Art. 42**	**X**	**X**	**X**
Confidencialidad	**X**	**X**	**X**	**X**	**√ Apartado 6**
Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje de información, documentos y peritajes que provengan de otros procedimientos Masc o *Adr*	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Conservación y Destrucción de Documentos del Proceso Arbitral	**X**	**X**	**X**	**X**	**& Apartado 19, Inc. 90**

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 9. Temas Colaterales V.

Temas Colaterales	CCom.	RA-CAM	RA	LMACI	NOPA
Principio de Mínima Intervención	√ **Art. 1421**	**X**	**X**	√ **Art. 5**	**X**
Auxilio Judicial	√ **Art. 1425** **Art. 1427, Fracc. 3, Inc a) y b)**	**X**	**X**	**&** **Art. 10, Fracc. 3, Inc. A) y b)** √ **Art. 27**	**X**
Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje	√ **Art. 1417, Inc. 1**	**X**	**X**	**X**	**X**
Intervención de un *expertise*	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Intervención de un Preárbitro	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Intervención de un *referé*	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Intervención de un *neutral expert*	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 10. Temas Colaterales VI.

Temas Colaterales	CCom.	RA-CAM	RA	LMACI	NOPA
Exclusión de Responsabilidad y Renuncia a la Difamación	**X**	√ **Art. 43**	**X**	**X**	**X**
Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en el Arbitraje	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
El Árbitro no podrá ostentar un carácter de Perito	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**
Delegación de Facultades	**X**	**X**	**X**	**X**	**X**

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "**&**" representa estar referido en menor medida el tema. "**x**" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

Tabla 11. Temas Colaterales VII.

Temas Colaterales	CCom.	RA-CAM	RA	LMACI	NOPA
El *Soft Law*	X	X	X	X	X
Lex Mercatoria	√ Art. 1445 Último Párrafo	√ Art. 23, Inc. 2	√ Art. 33, Inc 3	√ Art. 28, Inc, 4	X
Estipulaciones Particulares	√ Art. 1445 Último Párrafo	√ Art. 23, Inc. 2	√ Art. 33, Inc 3	√ Art. 28, Inc, 4	X
Contrato Tipo	X	X	X	X	X
Tratados/Convenciones Internacionales	X	X	X	X	X

Notas	"√" representa si estar previsto el tema. "&" representa estar referido en menor medida el tema. "x" representa no estar previsto el tema.

Fuente: Elaboración Propia.

Al efectuar un balance de qué temáticas centrales y de qué temáticas colaterales, se encuentran contenidas en estos ordenamientos citados, por lo que puede darse cuenta: hay algunos aspectos procesales que no se encuentran previstos; otros en cambio, medianamente están referidos (con alcances limitados), y muy pocos están previstos (pero requieren ser aclarados); por tanto, cabe hacer notar, que todas estas temáticas enunciadas y correlacionadas, servirían a un comerciante (exportador) mexicano cuando celebre además del contrato de contrato de compraventa, y más específicamente su cláusula compromisoria, con su contraparte extranjera; el fin de todo esto, es posesionar al mexicano en un plano de conocimiento, experiencia y,

garantizar con plena exactitud en su tránsito por el proceso arbitral, sea sin ignorancia o negligencia, y más bien muestre un grado de cultura y práctica arbitral, con la consecuente de no incurrir en estadios de inseguridad e incertidumbre para sus intereses. Se considera firmemente que ésta es una propuesta auténtica y genuina.

A partir de ahora, estas temáticas que se están sugiriendo para una audiencia preliminar, no deben ser ya, una imprevisión o un desconocimiento, para el mexicano o sus abogados o asesores; será en la reunión preliminar o en las audiencias complementarias, cuando los compromitentes o árbitros, propongan o hagan valer estos derechos/temas ya anunciados.

5.2. Fundamentos legales indirectos para la instauración de una audiencia preliminar en arbitrajes privados institucionales y sectoriales internacionales

Resulta importante hacer mención de algunos preceptos jurídico-normativos, sobre la implementación de una audiencia preliminar en procedimientos de arbitraje institucional o sectorial, lo que prueba, la necesidad de realizar consultas previas entre partes y árbitros, con el fin de organizar y sanear algunos aspectos procesales.

Ciertamente, no muchos de estos preceptos, indican que tipo de temáticas pueden ser abordadas, en el mejor de los casos se indicarán algunos; ante la falta de señalamiento de los temas, se deduce que el árbitro o tribunal arbitral, bajo esa dirección y amplias facultades de control del proceso arbitral, puede ser éste quien sugiera o proponga consultar importantes temas para el arbitraje con las partes.

5.2.1. Preceptos Legales

a) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) Revisión del Reglamento y Reglas del CIADI (modificados) Anexo AL, Doc. AC/84/7, 7 de septiembre de 1984

Capítulo III
Disposiciones Procesales Generales

Regla 20 Consulta Procesal Preliminar

1. Tan pronto como sea posible después de la constitución de un Tribunal, su presidente tratará de determinar el parecer de las partes con respecto a cuestiones procesales. A tal efecto podrá solicitar que las partes se entrevisten con él. En particular, averiguará sus puntos de vista sobre las siguientes materias:

a) El número de miembros del Tribunal necesario para constituir quórum en sus reuniones.
b) El idioma o los idiomas que han de utilizarse en el procedimiento.
c) El número y el orden de los escritos y los plazos dentro de los cuales se los debe presentar.
d) El número de copias que cada parte desea de los documentos presentados por la otra.
e) Exención del procedimiento escrito u oral.
f) La manera en que han de prorratearse las costas del procedimiento.
g) La manera en que se levantará acta de todas las audiencias.

2. En la sustanciación de las actuaciones el Tribunal aplicará cualquier acuerdo de las partes sobre cuestiones procesales.

Regla 21 Audiencia Preliminar

1. A solicitud del Secretario General o a discreción del Presidente del Tribunal, podrá celebrarse una audiencia preliminar entre el tribual y las partes para intercambiar información y estipular los hechos contestes a fin de que el procedimiento pueda conducirse con mayor expedición.
2. A solicitud de las partes, la audiencia preliminar entre el Tribunal y las partes, debidamente representadas por sus representantes autorizados, podrá celebrarse para considerar el objeto de la diferencia a fin de lograr un avenimiento.

b) Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

Artículo 16

...

2. El Tribunal, ejerciendo su discreción, llevará a acabo los procesos con la intención de expeditar la resolución de la disputa. Podrá conducir una conferencia preparatoria con las partes con el propósito de organizar, planificar y acordar procedimientos para expeditar los procesos subsiguientes.

c) Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional, de Perú, del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, Perú

Artículo 6

…La Secretaría General citará a los interesados a una audiencia para designar árbitros… En el acto, y sin perjuicio… la Secretaría General intentará la conciliación entre las partes.

Artículo 19

… El Tribunal podrá citar a las partes a una audiencia para fijar puntos controvertidos.

d) Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio, de la Paz, Bolivia

Artículo 25 Sesión Preparatoria de Arbitraje

I. El Centro de Conciliación y Arbitraje convocará a las partes a una reunión preparatoria del arbitraje para intercambiar información y convenir la constitución del Tribunal arbitral, a fin de que el procedimiento pueda conducirse con mayor expedición.

II. En dicha sesión preparatoria de arbitraje se intentará lograr el avenimiento de las partes respecto de la totalidad o algunas de las controversias mediante un procedimiento previo de conciliación.

e) Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de Costa Rica, de la Cámara de Comercio de Costa Rica

Artículo 29 Audiencia Preliminar

En la Audiencia Preliminar, el Tribunal deberá resolver los siguientes puntos:

1. Las objeciones referentes a su propia competencia, incluso sobre las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula arbitral…

f) Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI)

Artículo 47 El Tribunal podrá organizar, generalmente después de presentada la contestación de la demanda, una conferencia preparatoria con las partes a los efectos de organizar y planificar las actuaciones subsiguientes.

g) Reglamento de Arbitraje Acelerado de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI)

Artículo 41 El Tribunal podrá organizar, generalmente después de presentada la contestación de la demanda, una conferencia preparatoria con las partes a los efectos de organizar y planificar las actuaciones subsiguientes.

h) Manual del Árbitro, de la Nacional Association of Securities Dealers (Asociación Estadounidense de Agentes del Mercado Bursátil) NASD, 2002

Apartado. Conferencia Previa a la Audiencia.

El plantel controlará el cumplimiento con la norma y fijará una conferencia previa a la audiencia con el fin de resolver cuestiones pendientes. Una vez fijada la fecha de la conferencia previa a la audiencia, se nombrará a un miembro del plantel de la organización autónoma o a uno o más árbitros para que brinde su asistencia en la resolución de las cuestiones relacionadas con la presentación de pruebas o cualquier otro interrogante no resuelto.

Un árbitro nombrado para presidir una conferencia previa a la audiencia está autorizado por el Código Uniforme para actuar, en ese momento, en nombre de todo el panel en lo que se refiere a cursar

citaciones, ordenar comparecencias e instruir que se generen documentos e información, fijar fechas de entrega y librar cualquier otra orden que pueda ser de utilidad para aclarar el proceso y permitir que una de las partes pueda desarrollar plenamente su argumento.

i) Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) DOF 20 de Junio de 1994 [638]

Parte VI, Audiencia, Regla 66 de la Reunión Previa a la Audiencia

Inciso 1. El Panel podrá ordenar la celebración de una reunión previa a la audiencia. Corresponderá al Secretariado responsable notificarlo a todos los participantes.

Inciso 2. Cualquier participante podrá solicitar que el panel convoque una reunión previa a la audiencia mediante la presentación ante el Secretariado responsable de una solicitud escrita indicando los asuntos que propone tratar en la reunión.

Inciso 3. *El propósito de la reunión previa a la audiencia será facilitar el desarrollo expedito de la revisión ante el panel*. En ella se podrán tratar asuntos como:
i. La aclaración y simplificación de ciertos puntos;
ii. El procedimiento a seguir durante la audiencia;
iii. Los incidentes pendientes.

Inciso 4. Sin perjuicio de lo dispuesto por la regla 26 (b), la reunión previa a la audiencia podrá celebrarse mediante conferencia telefónica.

Inciso 5. Sin demora después de la reunión previa a la audiencia el panel dictará una orden con su decisión sobre los asuntos considerados en ella.

j) Reglas de Procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) DOF 20 de Junio de 1994 [639]

Parte III De la Audiencia.

Regla 46 El Comité podrá adoptar los procedimientos a seguir durante la impugnación extraordinaria y podrá, con tal propósito, ordenar la celebración de una reunión previa a la audiencia con el objeto de determinar asuntos tales como la presentación de pruebas y de alegatos orales.

k) Reglas Modelo de Procedimiento del Capítulo XX del TLCAN

Regla 14 Las reuniones de los paneles serán presididas por su presidente quien, por delegación de los miembros del panel; tendrá facultad para tomar decisiones administrativas y procesales.

Regla 21 El presidente fijará la fecha y hora de la audiencia en consulta a las partes involucradas, a los demás miembros del panel y a la sección responsable del secretariado.

[638] Panel de Revisión de Resoluciones Definitivas sobre Antidumping y Cuotas Compensatorias de una Autoridad Nacional (Referencia al Artículo 1904)
[639] Comité Tripartito de Jueces de Impugnación Extraordinaria (Referencia del Artículo 1904)

Regla 23 Previo consentimiento de las partes contendientes, el panel podrá celebrar audiencias adicionales.

l) Reglamento del Consejo Superior y Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, 1993, España

Comparencia Preliminar: "Iniciado el procedimiento arbitral mediante la demanda, la Secretaría de la Corte dará traslado a la otra parte y convocará a una audiencia. En ella las partes prestarán conformidad al arbitraje, fijando el número de árbitros, los proponen y determinan el tipo de procedimiento, escrito u oral.

La Corte establecerá las modalidades de procedimiento escrito o abreviado." [640]

"En el Reglamento del Consejo Superior y Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, en cuyo Artículo 17 contempla una comparecencia preliminar en la que se concede a las partes la facultad de decidir, entre otros extremos, el tipo de procedimiento, oral o escrito, por el que haya de desarrollarse el arbitraje.

Será un procedimiento escrito y otro abreviado, cuando concurran los siguientes supuestos: que la cuantía litigiosa no exceda de …. y que se aprecie, a juicio de la Corte, razones suficientes de urgencia que aconsejen seguir este procedimiento para evitar perjuicios de difícil o imposible reparación." [641]

m) Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao

Artículo 28 Reunión Previa. Dentro de los diez días siguientes a la aceptación de los/las Árbitros/as, éstos convocarán a las partes interesadas a una reunión para fijar de común acuerdo las particularidades del procedimiento, en cuanto a alegaciones y pruebas, concreción de las reclamaciones.

n) Reglamento de Procedimientos para la solución de controversias ante las Cámaras Arbitrales de Cereales y afines, 1998

Artículo 16 Facultades. Con base en los principios que surgen de los artículos 5 y 15, el Director del Procedimiento y el tribunal en su caso deberán evitar que se desnaturalice la amigable composición. A tal fin tendrá las facultades que surgen de las normas vigentes y del presente Reglamento y dispondrá de las más amplias facultades de dirección, que comprenden entre otras no enumeradas pero inherentes a la función las siguientes:

i. Impulsar el procedimiento.
ii. Resolver las cuestiones que se suscitaren durante el juicio arbitral.

[640] FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *Op. cit*., Ver Nota 303, p. 146
[641] CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Los Principios Procesales en el Arbitraje,* p. 179

iii. Prevenir actitudes de las partes reñidas con los principios de lealtad, buena fe y probidad.
iv. Señalar los defectos u omisiones de que adolezcan las presentaciones tendiendo a evitar nulidades.
v. Ordenar que se testen las frases ofensivas, injuriosas, o que no guarden el estilo respetuoso que debe primar en el proceso.
vi. Tomar medidas para evitar dilaciones innecesarias en el juicio.
vii. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos.
viii. Desestimar pruebas, planteos o cuestiones inadmisibles, innecesarias o que se aparten del tema a decidir.
ix. Disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes o de terceros.
x. Delegar en cualquiera de sus miembros, en funcionarios o empleados de la Cámara, o en terceros, el diligenciamiento de las medidas necesarias para el desarrollo del proceso.
xi. Requerir, cuando fuere necesario, la intervención de la autoridad judicial competente.

Art. 25 Citación a las Partes. En cualquier estado del proceso arbitral, el Director del Procedimiento, o el tribunal en su caso, podrán citar a las partes a audiencia a los fines de intentar una conciliación directa, ofrecerles la posibilidad de acordar someterse a la mediación, o requerirles las explicaciones o aclaraciones que pudiera necesitar.

o) Reglamento de Arbitraje de la Corte Vasca de Arbitraje

Artículo 27 Comparecencia de las Partes. El colegio arbitral podrá convocar a las partes a una comparecencia con el fin de tratar aquellas cuestiones que se consideren de importancia para el curso del arbitraje donde se les exhortará para que lleguen a un acuerdo sobre la controversia.

p) Reglamento de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC)

Artículo 30 Audiencia para determinación de los puntos del litigio

1. El Tribunal Arbitral, concluidas las notificaciones correspondientes de la demanda principal y la de reconvención y atendido el pago de la provisión para gastos y honorarios decretada por el Director de Procedimiento citará a las partes, a audiencia, con el propósito de que las mismas fijen de manera definitiva los puntos sobre los cuales deberán laudar los árbitros. En caso de falta de acuerdo o de inasistencia de las partes, se continuara con el trámite arbitral.
2. En caso de falta de acuerdo de las partes sobre la materia del arbitraje, los puntos serán fijados por el Tribunal Arbitral, teniendo en consideración los propuestos en la demanda y contestación y en la reconvención y su contestación, dado el caso.
3. En esta audiencia el Tribunal Arbitral y las partes organizarán, planificarán y acordarán los detalles de procedimiento necesarios para facilitar las etapas siguientes del proceso, teniendo en cuenta los plazos fijados en este reglamento. Si las partes no llegan a un acuerdo, decidirá el Tribunal Arbitral.

q) Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA)

Artículo 19 Audiencias.
19.2. El tribunal arbitral fijará una fecha, una hora y un lugar para las reuniones y audiencia del arbitraje, convocando a las partes con la suficiente antelación.

19.3. Con carácter previo a la celebración de la audiencia, el tribunal arbitral podrá remitir a las partes una lista de las cuestiones que deberán ser contestadas con especial atención.

r) Reglamento de Arbitraje Mecanismo Complementario del (CIADI)

Artículo 28 Consulta preliminar sobre cuestiones de procedimiento:
(1) Tan pronto como sea posible después de la constitución de un Tribunal, su presidente tratará de determinar el parecer de las partes con respecto a cuestiones de procedimiento. A tal efecto, el presidente del Tribunal podrá solicitar que las partes se entrevisten con él. De manera especial, él tratará de obtener el parecer de las partes acerca de lo siguiente:
(a) el número de miembros del Tribunal necesario para constituir quórum en sus sesiones;
(b) el idioma o idiomas que han de utilizarse en el procedimiento;
(c) el número y orden de las exposiciones y los plazos dentro de los cuales han de presentarse;
(d) el número de copias que cada parte desee de los instrumentos presentados por la otra;
(e) exención del procedimiento escrito u oral;
(f) la manera en que han de prorratearse las costas del procedimiento; y
(g) la manera en que se levantará acta de todas las audiencias.
(2) En la sustanciación de las actuaciones el Tribunal aplicará cualquier acuerdo de las partes sobre asuntos de procedimiento que no sea incompatible con ninguna de las disposiciones del Reglamento del Mecanismo Complementario y del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro.

Artículo 29 Audiencia Preliminar
(1) A solicitud del Secretario General o a discreción del presidente del Tribunal, podrá celebrarse una audiencia preliminar entre el Tribunal y las partes para intercambiar información y estipular los hechos no controvertidos a fin de que el procedimiento pueda conducirse con mayor expedición.
(2) A solicitud de las partes, la audiencia preliminar entre el Tribunal y las partes, debidamente representadas por sus representantes autorizados, podrá celebrarse para considerar el objeto de la diferencia a fin de lograr un avenimiento.

Después de exponer estos preceptos legales, se reafirma que la audiencia preliminar y las de orden complementario, importan mucho para el arbitraje, ya que a través de ellas se informa, se consulta, se avienen, se organiza y se planifica enteramente el proceso de referencia.

Nunca esta audiencia preliminar y las de orden complementario, serían contrarias al derecho procesal, a los principios procesales y a los intereses de los compromitentes; su coste/beneficio es positivo, ya que ante conflictos comerciales internacionales, no pueden las partes imponer sus caprichos o intereses personales, y será a través de estas audiencias en comento, el momento oportuno de poner orden, de planificar, de negociar y de sanear ese proceso de arbitraje.

Como puede apreciarse, la audiencia preliminar para el arbitraje comercial internacional, tiene su basamento en las notas emitidas por la UNCITRAL sobre la

organización del proceso de arbitraje; ningún otro ordenamiento internacional propone y expone sobre esta institución procesal; sus fines son claros, estimando que tienden al perfeccionamiento del arbitraje internacional.

Las notas de la UNCITRAL sobre el proceso de arbitraje, contiene minuciosamente aquellas temáticas sustanciales para prevenir, planear, organizar y depurar un procedimiento; cierto es, que son enunciativas y no limitativas, lo que me permite previo estudio y análisis proponer otras de igual importancia y para los mismos fines que se persiguen.

La complejidad en las relaciones comerciales internacionales, del contrato principal, de la cláusula compromisoria y del proceso arbitral internacional, son evidentes, y esto puesto a futuro, donde escapa una multiplicad de detalles procesales, resultará caótico y riesgoso, para los exportadores e importadores; por lo anterior hace incuestionable e impostergable un momento oportuno para dirimir esas omisiones, errores o insuficiencias, y traiga consigo el desarrollo de un proceso arbitral óptimo y planeado.

La sensibilidad, habilidad y destreza del árbitro o del tribunal arbitral en la conducción y dirección del proceso de arbitraje, serán el éxito de llegar a buen puerto, es decir, llegar a la emisión de un laudo congruente y ejecutable.

La audiencia preliminar hoy día me parece que esta sub-utilizada, los árbitros no importa la modalidad del arbitraje, es decir, si son *ad hoc* o institucionales, deben explotar los beneficios o ventajas que reporta esta audiencia en comento; sobre todo ante controversias comerciales complicadas.

CAPÍTULO SEXTO
LA AUDIENCIA PRELIMINAR: FACTOR DE PREVISIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN Y DEPURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Sumario 6.1. ¿Por qué hablar de previsibilidad en el procedimiento de arbitraje internacional? 6.2. ¿El status de un árbitro… actualmente lo faculta para instaurar una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje internacional? 6.2.1. Normativo. 6.2.2. Dogmático. 6.2.3. Máximas Procesales. 6.2.4. Deontología Arbitral. 6.2.4.1. Código de Ética para Árbitros en Litigios Comerciales. 6.2.4.2. Código de Ética de los Árbitros. 6.2.4.3. Código de Ética para Árbitros y Conciliadores. **6.3. Probar que los ejes temáticos centrales y temáticas colaterales propuestos, son un factor de previsibilidad para organizar y depurar el procedimiento de arbitraje comercial internacional, vía audiencia preliminar.** 6.3.1. Ejes Temáticos Centrales. 6.3.1.1. La Cláusula Compromisoria Patológica. 6.3.1.2. El *Discovery* en el Arbitraje Comercial Internacional. 6.3.1.3. La resolución anticipada del conflicto a través de Masc o *Adr*, previo al procedimiento de arbitraje comercial internacional. 6.3.2. Ejes Temáticos Colaterales. 6.3.2.1. Aspectos dirigidos a Personas (Compromitentes). 6.3.2.1.1. Orientación Preliminar. 6.3.2.1.2. Las Medidas Disciplinarias. 6.3.2.1.3. Protesta y Juramento. 6.3.2.1.4. Inactividad de las Partes. 6.3.2.1.5. Renuncia al Derecho a Objetar. 6.3.2.1.6. Representación, Patrocinio o Asesor. 6.3.2.1.7. Comunicaciones *ex parte.* 6.3.2.2. Aspectos dirigidos a Cosas (Materiales). 6.3.2.2.1. Depósito de Bienes. 6.3.2.2.2. Protección y Garantías de Bienes en Litigio. 6.3.2.3. Aspectos dirigidos al Procedimiento. 6.3.2.3.1. Ampliación, Aclaración y Enmienda a la Demanda/Contestación. 6.3.2.3.2. Alegatos Complementarios. 6.3.2.3.3. Prueba Anticipada. 6.3.2.3.4. El Comparendo. 6.3.2.3.5. Aceptación o Renuncia de Recursos Contra el Laudo. 6.3.2.3.6. Mociones de Prórroga. 6.3.2.3.7. Informaciones Complementarias. 6.3.2.4. Aspectos Adicionales al Procedimiento. 6.3.2.4.1. Calendario Procesal. 6.3.2.4.2. Acta de Misión. 6.3.2.4.3. Audiencia Complementaria a la Preliminar. 6.3.2.4.4. Cláusula Escalonada. 6.3.2.4.5. Procesos Especiales. 6.3.2.4.6. Confidencialidad. 6.3.2.4.7. Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje información, documentos y peritajes que provengan de otros procedimientos Masc o *Adr*. 6.3.2.4.8. Conservación y/o Destrucción de documentos del Proceso Arbitral. 6.3.2.5. Apoyos Externos. 6.3.2.5.1. Principio de Mínima Intervención. 6.3.2.5.2. Auxilio Judicial. 6.3.2.5.3. Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje. 6.3.2.5.4. Intervención de un *expertise.* 6.3.2.5.5. Intervención de un *prearbitro.* 6.3.2.5.6. Intervención de un *referé*. 6.3.2.5.7. Intervención de un *neutral expert.* 6.3.2.6. Aspectos dirigidos al árbitro o al centro que administra arbitraje. 6.3.2.6.1. Exclusión de responsabilidad y renuncia a la acción de difamación. 6.3.2.6.2. Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en arbitraje. 6.3.2.6.3. Imposibilidad de qué un árbitro sea perito. 6.3.2.6.4. Delegación de Facultades. 6.3.2.7. Aspectos Normativos Aplicables. **6.4. Propuestas de Orden Legislativo y Normativo.** 6.4.1. Para el Código de Comercio de México. 6.4.2. Para las Institucionales que Administran Arbitraje Internacional: Reglamentaciones Internas. 6.4.3. Promover una cultura de la audiencia preliminar en un concierto temático procesal arbitral. **6.5. Horizontes para el Arbitraje Comercial Internacional.** 6.5.1. Para el Árbitro: Activismo. 6.5.2. Para el Procedimiento: El Garantismo Procesal. 6.5.3. Para la Ciencia Jurídica Procesal: *prima facie* la Audiencia Preliminar.

En este capítulo final, se justificará amplia y detalladamente el porqué preponderar una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje; qué temáticas

serían abordadas en dicha audiencia; qué efectos procesales se pretenden conseguir esta audiencia; y se demostrará si efectivamente esta audiencia en cuestión, es un factor de previsibilidad en la organización y saneamiento del procedimiento de arbitraje.

Además se harán las aportaciones legislativas y normativas, y describir los horizontes que tomará el arbitraje en los próximos años, para la comunidad de los comerciantes.

6.1. ¿Por qué hablar de previsibilidad en el procedimiento de arbitraje internacional?

Partir de la distinción de términos:

¿Qué es Imprevisible? "Que no puede preverse." [642] ¿Qué es Imprevisión? "Falta de previsión." [643] ¿Qué es Previsibilidad? "Condición de previsible." [644] ¿Qué es Previsión? "Acción de prever, precaución. | Lo que se prevé. | Calidad de previsor, prudencia, precaución. | Calculo anticipado." [645]

La conjunción de estos términos en el arbitraje comercial internacional, suelen actualizarse por la acción u omisión de los propios compromitentes, o incluso por los mismos árbitros.

Los operadores del comercio internacional, cuya misión es producir, manufacturar, comercializar y distribuir mercaderías, es PREVISIBLE que por desconocimiento del derecho (o que sus abogados o asesores inexpertos en el arbitraje) pueden dejar de registrar todos aquellos derechos, obligaciones y términos del convenio de arbitraje de manera nítida, y en el contrato de compraventa internacional.

Resulta lógico pensar, que los hombres de negocios, por su actividad, deberían tener algún mínimo de conocimientos sobre aspectos contractuales, pero muchas

[642] GARCÍA PELAYOS Y GROSS, Ramón, *Op. cit*., Ver Nota 25, p. 436,
[643] *Idem.*
[644] *Ibidem*, p. 694
[645] *Idem*.

veces esto no es así, ya que las condiciones contractuales y las de la cláusula compromisoria, son muy técnicas y especializadas, que a la hora de formar el contrato y el acuerdo de arbitraje respectivo, los únicos llamados a cumplir con esta responsabilidad son el abogado o el asesor.

Para la conformación del convenio de arbitraje, es imprescindible que los abogados o asesores aporten su mejor experiencia y práctica al redactar este acuerdo, pero aún a estos profesionales les resulta IMPREVISIBLE establecer todas las condiciones a las que podría estar sujeto un proceso de arbitraje.

Es razonable pensar que un abogado o un asesor, justo cuando se este pactando todas las cláusulas del contrato en cuestión, y sobre todo, los términos del convenio de arbitraje, será muy difícil PREVEER en este estadio, todos los escenarios, todas las eventualidades y pormenores para un arbitraje a futuro. Incluso ni siquiera pudiera PREVEERSE la presencia del conflicto en sí.

Las diversas teorías y los diversos ordenamientos nacionales e internacionales sobre arbitraje, dictan que un convenio de arbitraje debe reportarse el mayor número de elementos procesales que haga viable a la postre un proceso de arbitraje; pensar de otra manera sería abandonar la PREVISIBILIDAD.

Los expertos en arbitraje, cuando advierten omisiones, errores e inexactitudes del acuerdo de arbitraje, sostienen que los árbitros no deben acceder a efectuar un proceso en esas condiciones, el grado de IMPREVISIÓN es muy alto, y los riesgos, muy tangibles.

Si la interpretación, el incumplimiento o el cambio fundamental de circunstancias en un contrato de compraventa, son IMPREVISIÓN; así mismo la falta de planeación y organización de un procedimiento, en el convenio de arbitraje, también es IMPREVISIÓN.

Ahora cabe cuestionarse ¿Puede subsanarse esa IMPREVISIÓN? ¿Cuál es el momento idóneo para reestablecer esa PREVISIÓN? ¿Cómo debe construirse esa PREVISIBILIDAD? en el procedimiento de arbitraje.

La respuesta a estas interrogantes, van a girar en torno a la implementación de una audiencia preliminar, programada posterior a la constitución del tribunal arbitral

y antes de la instrucción de la causa, en la cual, las partes y el tribunal arbitral se informen, consulten, acuerden, organicen y depuren aspectos y actuaciones arbitrales, esto con el fin de revertir los diversos riesgos de la IMPREVISIÓN y hacer establecer un estado de PREVISIBILIDAD en el marco del proceso de arbitraje.

El éxito de un arbitraje, no necesariamente depende de que se haya suscrito un convenio de arbitraje completo; más bien, será la virtud y visión de los árbitros para superar cualquier escollo u obstáculo superveniente, obviamente con la cooperación indiscutible de las partes.

Desde ahora, puede afirmarse que la audiencia preliminar es un catalizador, el cual cualificará el estado que guarde el contrato de compraventa, la cláusula compromisoria, la competencia del tribunal arbitral y del procedimiento.

Las reuniones preliminares o complementarias, presenciales o indirectas, dan a compromitentes y árbitros la oportunidad de discutir, planear y ejecutar todos aquellos actos y temas necesarios para el desarrollo de un arbitraje.

Históricamente la evolución del arbitraje, como un medio heterocompositivo en la solución de conflictos interpartes, cada vez se perfecciona, hasta el grado de tender a erradicar la IMPREVISIÓN, es decir, actuaciones sorprendentes y equívocas, que sólo producen retrasos y altos costos.

El actual régimen legal del arbitraje comercial internacional, ofrece certeza, seguridad y PREVISIBILIDAD.

Una audiencia preliminar debe prever y proveer todos aquellos mecanismos que tiendan hacer de un procedimiento de arbitraje, idóneo y hasta que se dicte el laudo.

Si no hay laudo arbitral, es que habrá trascendido la IMPREVISIÓN; en caso contrario, si se ha dictado un laudo arbitral, es que las partes y árbitros trabajaron arduamente para hacer reestablecer la PREVISIBILIDAD en el arbitraje.

Finalmente, los temáticas centrales y colaterales que propongo para una audiencia preliminar, no son incompatibles con el arbitraje, no contravienen la naturaleza de este instituto jurídico, no atentan el orden público, no ocasionan un

fraude a la ley, y más sin embargo, en mucho pueden ayudar a que las partes y los árbitros pasen de un estado de IMPREVISIBILIDAD a uno de PREVISIBILIDAD.

6.2. ¿El status de un árbitro … actualmente lo faculta para instaurar una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje internacional?

Al hablar del estatus del árbitro, es referirse concretamente a la misión, competencia y responsabilidad.

¿Este estatus es necesario? Sí, ya que el árbitro es quien puede ordenar e instituir un acto trascendente, como lo es una audiencia preliminar; y que en algún momento del proceso de arbitraje, deberá cualificar, organizar y depurar el procedimiento arbitral.

El estatus del árbitro en comento, debe estar sustentado en la *kompetenz-kompetenz*.

Este estatus puede devenir de 4 vertientes de índole normativo; dogmático; máximas procesales y de la deontología arbitral; las cuales perfectamente ilustrarían, demostrarían y confirmarían si la competencia de los árbitros, impulsa una audiencia preliminar, y adicionalmente, promueve una actividad procesal de ordenar, planear y sanear el procedimiento arbitral.

6.2.1. Normativo

Bajo esta vertiente permitirá, que por mandato de ley o de un orden normativo fije al árbitro una posición de hacer o no hacer, es decir, lo podría facultar a implementar, dirigir, controlar o ejecutar una acción u acto; de lo contrario un árbitro no puede extralimitarse de los mandamientos legales o dispositivos del convenio de arbitraje, ya que puede provocar a futuro que se nulifique el laudo.

a) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Artículo 15 Disposiciones Generales
1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento**,** el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado…

b) Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional

> **Artículo 19** Determinación del Procedimiento
> 1. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertenencia y el valor de las pruebas.

Como puede apreciarse existe una amplia competencia para actuar o desenvolverse por un árbitro o tribunal arbitral en el proceso respectivo, por tanto no puede pasarse por alto esta prescripción. En términos concretos, todo apunta a que el árbitro puede sin ningún obstáculo o limitante, llegar a instituir una audiencia preliminar en el arbitraje comercial internacional.

6.2.2. Dogmático

La doctrina a este respecto, ha señalado con criterios firmes sobre la manera en qué podría desenvolverse un árbitro, en el curso de un procedimiento de arbitraje.

Será de gran utilidad, valorar los siguientes lineamientos que han sido expuestos para el ámbito del quehacer de un juzgador, y que en nada difiere en su actuar de un árbitro.

Es acertado cuando Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Piero Calamandrei, indican la proyección que deben encausar los juzgadores ahora, "Entre el juez espectador y el juez dictador existe una distancia más que suficiente para erigir una figura intermedia del juez director del proceso…" [646]

Considero que si los jueces por mandato del Estado ejercen una actividad jurisdiccional, dirigen el proceso e imparten justicia, pienso que esta misma misión puede ser realizada por los mismos árbitros.

Con la competencia dada por los compromitentes, en la cláusula compromisoria, esta es suficiente para que el árbitro o tribunal arbitral encaren, no

[646] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Op. cit*., Ver Nota 518, (*El Juez. Sus Deberes y Facultades*), pp. 4 - 5

sólo la dirección de proceso, sino más aún instaurar todo aquello que posibilite al proceso en cuestión a su mejor desarrollo.

Como lo he mencionado, qué criterios jurídicos ilustran este contexto: a) "Deber: Es el imperativo jurídico que ordena una conducta positiva o negativa del juez, cuya omisión lo hará pasible de algún tipo de sanción o responsabilidad. (no hay una actividad volitiva del juez, pues imperativamente la ley determina su actuación.)

Existen Deberes Funcionales: Independencia; Imparcialidad; Lealtad; Ciencia; Diligencia y Decoro.

Deberes Procesales: Son los que le impone la ley en relación con la dirección, desenvolvimiento y resolución del proceso y con la ejecución de la pretensión litigiosa: de dirección; dirigir el proceso (objeto del pleito, pruebas y ejecución); dirigir el debate; presidir todo acto en que debe intervenir la autoridad judicial; vigilar para que durante la tramitación de la causa se procure la mayor celeridad y economía procesal; concentrar las diligencias procesales; acelerar el proceso; disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades; mantener la igualdad de las partes y procurar el avenimiento de las partes, con facultad de convocarlas.

b) La Facultad: Es la aptitud, poder o derecho para hacer alguna cosa u obrar en determinado sentido, cuyo ejercicio está encaminado al mejor desempeño de la función. (la ley posibilita la realización de la conducta, pero su efectivo ejercicio depende de la volición del juez.)

Son Facultades Ordenatorias: Tomar medidas para evitar la paralización del proceso (impulso procesal); habilitar días y horas inhábiles; suspender o interrumpir trámites (por fuerza mayor o causas graves); nombrar y admitir peritos; y determinar la privacidad de una audiencia.

Facultades en relación con los sujetos: Exigir la comprobación documental de la identidad personal de los comparecientes al proceso (partes, representantes, abogados, peritos, testigos, terceros); disponer la comparecencia personal de las

partes para intentar conciliación y disponer la comparecencia personal de testigos, peritos y terceros.

Facultades en relación al objeto del pleito: Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos (principio de autoridad judicial, facultado para adoptar todas las medidas que el juez estime conducentes para obtener el total esclarecimiento de la verdad de los hechos y esta facultad se relaciona con la medidas para mejor proveer)." [647]

Los deberes y facultades que son para un juzgador son razonables, congruentes, he imperativas; por sí sólo los deberes y facultades, están orientados al desenvolvimiento óptimo y adecuado de un proceso, pero más aún lograr que dicte un fallo y hacerlo ejecutable. Estas mismas intenciones, deberán primar también para un árbitro o tribunal arbitral, su función devienen de lo que ordena el derecho, de la voluntad de las partes y de los principios del proceso; por tal razón, todo hace suponer que el árbitro no tendría impedimento para habilitar una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje, siempre que el caso lo amerite.

6.2.3. Máximas Procesales

Hay principios procesales, que se encumbrarán como máximas y como un ideal, para que todo proceso cumpla con cierta función social.

a) Impulso de Oficio: "Queda en pie el problema de a quién debe atribuirse la fuerza para hacer que el proceso, una vez iniciado, avance superando momentos o trámites, fases, etapas y períodos. Desde el momento de su designación, el árbitro no sólo adquiere las obligaciones, derechos y responsabilidades propias de su cargo sino que… asume importantes facultades de dirección en el proceso arbitral. El impulso del árbitro responde a dos necesidades, activar la tramitación del procedimiento frente a la posible desidia de las partes y evitar lagunas procedimentales.

[647] *Ibidem,* pp. 9, 12, 14, 19, 26, 44, 62, 63, 129, 239, 242, 251, 255, 269, 274

Se otorga al árbitro la potestad de determinar, en defecto de lo que dispongan las partes o los reglamentos arbitrales, el lugar e idioma en que tenga que desarrollarse el procedimiento; legítima al órgano arbitral para fijar a las partes plazos preclusivos para formular las alegaciones; practicar las pruebas que estimen pertinentes y admisibles. La inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo.

b) Desarrollo de la Actividad Procedimental: El contenido del convenio arbitral podrá extenderse a la determinación de las reglas de procedimiento… si las partes no hubieran pactado sobre estos extremos podrán completar, en cualquier momento, mediante acuerdos complementarios.

c) Determinación de las Reglas de Procedimiento en el Arbitraje: La determinación de las reglas de procedimiento pasa por el acuerdo que al respecto adopten las partes, y a falta de acuerdo, serán los árbitros los encargados de tomar las decisiones oportunas: que las partes hayan acordado todo lo referente a cada uno de los detalles del procedimiento, sin margen para la decisión de los árbitros; que las partes hayan convenido unas líneas generales procediendo los árbitros a colmar las eventuales lagunas y que las partes no hayan acordado nada en materia de procedimiento por lo que serán los propios árbitros quienes decidan las reglas a seguir.” [648]

El árbitro o el tribunal arbitral tiene a su cargo, dar el impulso necesario para el desarrollo de un procedimiento arbitral, en toda la extensión de la palabra; el éxito del mismo, no se deberá únicamente por los mandatos escritos legales o normativos, sino por la sensibilidad, el compromiso, la experiencia, práctica y profesionalismo de quien se desempeñe como juzgador en un arbitraje.

[648] CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Op. cit*., Ver Nota 641, pp. 97 – 98, 172, 174

6.2.4. Deontología Arbitral

No debe soslayarse los códigos de ética o conductales, porque estos contienen la cualificación y el grado del deber, la competencia y la responsabilidad de los árbitros en su proceder en el procedimiento de arbitraje.

En los códigos conductales no sólo están signadas las buenas intenciones, cualidades y actitudes de un árbitro; también quedan identificadas las habilidades, destrezas y la diligencia, pero aún más, sus sensibilidades y obligaciones en los procedimientos en comento.

Me referiré a tres códigos conductales para árbitros, los cuales pueden ser un buen referente y apoyar como hasta ahora, la premisa de que los árbitros o un tribunal arbitral podrán tomar la decisión de implementar una audiencia preliminar, en el arbitraje.

6.2.4.1. Código de Ética para Árbitros en Litigios Comerciales [649]

Canon I
Integridad y Limpieza del Proceso Arbitral

a) Los procesos limpios y justos para resolver litigios son indispensables en nuestra sociedad… para que el arbitraje comercial resulte eficaz, debe existir confianza pública en la integridad y limpieza del proceso. Por consiguiente, un árbitro tiene una responsabilidad con las partes y también con el proceso arbitral por sí mismo, y observará estándares de conducta rigorosos para que se conserven la integridad y limpieza del proceso…

Canon IV
El Árbitro conducirá justa y diligentemente los procedimientos

…
b) Un árbitro realizará con diligencia sus deberes y concluirá el caso tan rápidamente como las circunstancias lo permitan.
…
g) Cuando un árbitro resuelva que resulta necesaria información adicional a la presentada por las partes para decidir el caso, podrá formular preguntas, llamar a testigos y requerir documentos u otras evidencias.

[649] Código de Ética para Árbitros en Litigios Comerciales, por el Comité Especial de la Asociación Estadounidense de Arbitraje y la Asociación de la Barra Estadounidense de 1977.

6.2.4.2. Código de Ética de los Árbitros (E-Global *Adr* Tribunal).

…Cuando un árbitro acepta intervenir deberá tener, según su propio entendimiento, la capacidad para llevar a cabo la tarea encomendada con la competencia necesaria y de acuerdo con sus mejores aptitudes profesionales.

El árbitro deberá promover un desarrollo sereno y positivo del procedimiento arbitral. En particular deberá decidir sobre la fecha y manera de llevar a cabo la o las audiencias en forma tal que permita a ambas partes una plena participación, y un respeto pleno a los principios de igualdad entre las partes…

…Un árbitro deberá abstenerse de cualquier tipo de conducta obstructiva o intimidatorio con respecto a sus colegas, y evitará realizar cualquier acción que entorpezca la marcha del arbitraje hacia una pronta y correcta finalización…

6.2.4.3. Código de Ética para Árbitros y Conciliadores (Cámara de Comercio de Lima, Perú)

Artículo 2 Aceptación del nombramiento. El futuro… árbitro sólo aceptará su nombramiento si está plenamente convencido que podrá cumplir su tarea con imparcialidad… si está plenamente convencido que podrá resolver las cuestiones controvertidas o litigiosas… si es capaz de dedicar …al arbitraje el tiempo o la atención que las partes tienen derecho a exigir dentro de lo razonable…
…
Artículo 7 Deber de diligencia. Los árbitros deben dedicar el tiempo y la atención que las partes pueden exigir razonablemente, de acuerdo con las circunstancias del caso, orientando mejores esfuerzos a dirigir… el arbitraje de un modo tal que los costos no se eleven a una proporción irracional con respecto a los intereses en controversia o litigio.

Cabe precisar, que la misión de un árbitro, queda sustentada en un conjunto de elementos y circunstancias, como el perfil, preparación, habilidades, destrezas, experiencia, práctica, responsabilidad y alto sentido en el servicio que presta; los árbitros en un procedimiento de arbitraje, pueden llegar al éxito: por las amplias potestades de dirección de un proceso; por el imperativo de los árbitros al desarrollar el procedimiento en los mejores términos procesales; el control y la diligencia de los árbitros en los debates, actuaciones y audiencias; el árbitro estará investido de la *kompetenz–kompetenz*, ejercer jurisdicción y el *imperium* para dirigir un procedimiento e impartir y administrar justicia; la sensatez del árbitro, cobra importancia, para que con agudeza, ingenio, experiencia, determinación salve de escollos, dudas, vicios, nulidades e imprevistos al proceso de arbitraje.

Por lo anterior, me permite afirmar: *Que los árbitros no deben tener temores, miedos o negligencias, para ordenar e instaurar una audiencia preliminar, en el procedimiento de arbitraje justificadamente.*

6.3. Probar que los ejes temáticos centrales y temáticas colaterales propuestos, son un factor de previsibilidad para organizar y depurar el procedimiento de arbitraje comercial internacional, vía audiencia preliminar

Breve recuento, en el capítulo cuarto de esta tesis, se reporto aspectos conceptuales, dogmáticos y normativos acerca de cada una de estas temáticas, tanto, centrales como colaterales, como les ha denominado; hasta ahí, una basta información para su contextualización.

En el capítulo quinto, siguiendo este orden de ideas, se estableció el régimen legal de estos temas, deduciéndose que algunos de estos fundamentos jurídicos, los regulan, otros, en cambio están relativamente regidos por un ordenamiento, y finalmente no hay regla jurídica o normativa a otros aspectos.

Ahora en este capítulo sexto, será menester explicar y justificar como ya se ha dicho, que hay un cúmulo de elementos de corte procesal que deben ser considerados y propuestos para su respectivo estudio y análisis, ya que durante el desarrollo del arbitraje, seguramente habrá más de alguna de estás cuestiones que tendrán que ponerse en la palestra, y lo ideal es que este trabajo aporte preventivamente, para un mexicano cuando proponga o le propongan, este tipo de aspectos en comento, tenga el conocimiento, mida los alcances y efectos de los mismos.

Por eso, a partir de este momento propongo las temáticas que se abordarán particularmente, así como su teoría y justificación, respectivamente; para que los compromitentes, el árbitro o el tribunal arbitral, de estimarlo pertinente se planteen en una audiencia preliminar o en audiencias complementarias, en un procedimiento de arbitraje comercial internacional.

6.3.1. Ejes Temáticos Centrales

6.3.1.1. La Cláusula Compromisoria Patológica

INTRODUCCIÓN

Un convenio de arbitraje, bajo la modalidad de cláusula compromisoria será reconocido y eficaz, cuando esta reúna los principales elementos de existencia y los de validez.

Pero cuando una cláusula compromisoria presente ineficacia por patología en el contenido, en este acuerdo de arbitraje, será menester examinar todos sus elementos para desarrollar el arbitraje, los cuales tiendan a la eficacia, y no así a la inoperancia o nulidad.

TEORÍA

La cláusula compromisoria patológica por contenido, debe ser revisada en un momento *ex profeso*, para saber que grado de ella es convalidable o corregida, o no; permitiendo posteriormente, la implementación del arbitraje, en los términos del convenio de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

Ningún árbitro o tribunal arbitral, cuando adviertan patología en el convenio de arbitraje, podrían proceder a iniciar los preparativos del proceso de arbitraje, ya que dependerá en gran medida, de qué elementos expuestos en la cláusula compromisoria sean o no los adecuados o correctos, lo que quizás permita o no dar comienzo.

Aún con la *kompetenz* del árbitro, no le faculta para actuar unilateralmente y subsanar esa ineficacia, o salvar esas deficiencias, por lo que, contravendría si lo hiciere, la voluntad de las partes manifestada en el acuerdo de arbitraje.

Los árbitros o el tribunal arbitral tienen *kompetenz* para cualificar el nivel de eficacia de una cláusula compromisoria; pero si de tal revisión observa patología, debe considerarse lo siguiente:

Primero. Que quede claro, que la patología, no esta referida a los elementos de existencia del convenio de arbitraje, ya que por el tiempo en que fueran examinados y por el carácter y naturaleza de los mismos, no es lógico y congruente calificarlos.
Segundo. Los árbitros pueden cualificar aquellos elementos de validez, con el fin de dar prosecución al arbitraje.
Tercero. Del análisis que efectúen los árbitros a la cláusula compromisoria y detecten irregularidades en los elementos procesales, para la realización de un proceso arbitral; éstos deben:

En una fase propia, árbitros y compromitentes podrían subsanar inmediatamente la anormalidad de estos elementos en cuestión.

Igualmente árbitros y partes, serán quienes deban avocarse minuciosamente a eliminar cada error, inexactitud u omisión, del convenio de arbitraje; de ser necesario abogados o asesores podrán intervenir.

Sobre que elementos de orden procesal se trata:

Determinar:
- Tipo de arbitraje.
- Proceso de recusación y sustitución de árbitros.
- Proceso de reconvención.
- Sede del arbitraje.
- Funciones del árbitro.
- Medidas cautelares.
- El derecho aplicable: al proceso y al laudo
- El procedimiento: fases y plazos.
- El idioma: para actuaciones, documentos y pruebas.
- Las actuaciones o audiencias.
- Tipo de laudo.
- La complementación, interpretación o corrección del laudo.
- Servicios administrativos.
- Provisión de fondos.
- Confidencialidad.
- Comunicación de escritos entre las partes y árbitros.
- El uso de medios electrónicos.
- Negociar anticipadamente.
- Las pruebas documentales, materiales, de testigos y de peritos.
- Vistas.
- Recursos para impugnación.
- Audiencias complementarias.

Estos elementos son sólo enunciativos, incluso, los contenidos en las Notas de la UNCITRAL sobre la Organización del Proceso de Arbitraje.

Es razonable que al redactarse una cláusula compromisoria, es muy factible que haya omisión de algunos de estos elementos, algunos otros sean erróneos o inexactos; por tanto, debe procederse inmediatamente a detectarse y corregirse.

Ninguno de estos elementos puede quedar en esos términos; también es cierto que estos no pueden propiciar la nulidad o la inoperancia del proceso de arbitraje.

Una vez que ha sido corregida y modificada la patología de cada elemento de orden procesal, se habrá tenido un avance, despejando todo obstáculo que devenga del contenido de la cláusula compromisoria.

Ahora cabe cuestionarse ¿Cuál sería el mecanismo para efectuar una revisión minuciosa del convenio de arbitraje? Y ¿Cuando procedería efectuar una reevaluación de elementos patológicos vinculantes al proceso de arbitraje?

En relación al primer cuestionamiento, se propone una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje; varias líneas escritas anteriormente, dan cuenta de instaurar una audiencia de este tipo; y además contemplar, si el caso lo amerita, las audiencias complementarias, todo esto, durante el desenvolvimiento del proceso arbitral.

Respecto del segundo planteamiento, hay una serie de supuestos, para llevar tal revisión: cuando surja el conflicto; cuando se presente la solicitud para que intervenga árbitros independientes o de un centro que administre arbitraje; cuando se presente la demanda o la contestación; en el proceso de reconvención; cuando se esté constituyendo el tribunal de arbitraje; o, en el periodo probatorio.

Se considera pertinente realizarla tal examen, posterior a la constitución del tribunal arbitral y hasta antes de la instrucción de la causa.

El cumplimiento de ambas interrogantes, a la postre eliminará definitivamente esa ineficacia del contenido de la cláusula compromisoria patológica; y así, las fases del proceso, las actuaciones, audiencias, pruebas, vistas y el laudo, se estaría desarrollando de manera correcta, sin contratiempos ni obstáculos.

Finalmente, merece un comentario sobre la cláusula compromisoria patológica en el arbitraje institucional, por principio de cuentas, señalaré que difícilmente puede darse este supuesto, debido a que los centros que administran arbitraje, cuentan con

una cláusula tipo o modelo, la cual no requiere agregar o efectuar cambio alguno, sólo debe ser transcrita en sus términos, en el contrato en cuestión o en un documento por separado.

Este supuesto de la patología en el contenido del convenio de arbitraje modelo del propio centro, no se actualizará, y por tanto, la implementación de una audiencia preliminar, no tendría sentido, para este caso.

Hay reglamentos de centros de arbitraje, del ámbito nacional o internacional, que no prevén adoptar esta audiencia preliminar; tampoco existe una práctica muy asidua, pero ante circunstancias especiales, los árbitros podrían tomar la determinación de instaurarla; siempre con el fin de hacer previsible, seguro y adecuado el proceso arbitral.

No demérita, ni a la institución que administra arbitraje, ni a los árbitros que integran ese tribunal, que la instauración de una audiencia preliminar o de audiencias complementarias, logren subsanar patologías supervenientes, en el curso del arbitraje.

Bien saben los árbitros independientes y los árbitros institucionales, que ante una cláusula compromisoria ineficaz, no puede desarrollarse ninguna misión y función, pero será una responsabilidad de cumplir con el deber de apartar esa patología.

PROPUESTA

Por lo antes expuesto, se propone la implementación de una audiencia preliminar, con el objetivo específico de sanear todos aquellos elementos patológicos contenidos tanto en la cláusula compromisoria, como los que surjan en el desarrollo del procedimiento arbitral, vinculados al convenio de arbitraje.

6.3.1.2. El *Discovery* en el Arbitraje Comercial Internacional

INTRODUCCIÓN

Quienes han incluido una cláusula con el dispositivo del *discovery* en el contrato principal, o en una cláusula compromisoria, supone, que advierten el significado y la responsabilidad que deriva de esta institución jurídica de corte anglosajón.

Una vez que surge el conflicto y hasta el proceso arbitral, deberá existir un tiempo aceptable, bien saben los árbitros, que los compromitentes llevarán a cabo, una actividad intensa y recíproca, de descubrimiento de: información, datos, documentos, testimonios, objetos y peritajes, entre otros, con el fin de sustentar la veracidad de hechos, de pretensiones, o posiblemente iniciar las transacciones correspondientes, antes de recurrir al juicio.

TEORÍA

Que si por alguna razón o circunstancia de los compromitentes, aún no han efectuado el procedimiento de *discovery*, desde el surgimiento del conflicto hasta antes del período probatorio, en el arbitraje; los árbitros o el tribunal arbitral deberán hacer del conocimiento de las partes, que el dispositivo del *discovery*, no se puede renunciar, revocar u omitirse; por lo que, éste no se debe postergar más tiempo, y se debe ejecutar lo antes posible, para que posteriormente inicie el arbitraje respectivo.

JUSTIFICACIÓN

Considerar lo siguiente, cuando las partes pertenecen al mismo sistema jurídico anglosajón, y han pactado un procedimiento de *discovery* en el contrato principal o en un convenio de arbitraje, es una obligación y no una oposición para cumplir con ella.

Ahora bien, cuando los compromitentes están vinculados a sistemas jurídicos diversos, es muy probable que la parte que no sea anglosajón, por ignorancia o negligencia, reste interés o importancia a este procedimiento de descubrimiento.

Cabe precisar, que aún con el acuerdo expreso de ambas partes, no pueden eliminar este *discovery,* y mucho menos renunciar a éste, ya que lo mandata el propio sistema procesal; luego entonces, los compromitentes, deben avocarse pronto para organizar y ejecutar el procedimiento en comento.

Es imperativo, que el árbitro o el tribunal arbitral no permitan que se incumpla con dicha obligación, por lo que la actividad jurisdiccional de éstos, y la sustanciación de las actuaciones procesales, deberán esperar, hasta en tanto las partes hayan efectuado el descubrimiento.

Por la naturaleza del *discovery,* debemos saber que éste debe efectuarse en estadios con suma anticipación, previos al arbitraje, es decir, posterior al surgimiento del conflicto, antes de la solicitud del arbitraje o antes de la demanda/contestación. Los interesados deben proceder al descubrimiento, con el fin de determinar el objeto de la controversia, los hechos, pretensiones, excepciones y defensas; así mismo, posibilitar negociaciones para zanjar la controversia; o preparar el juicio respectivo.

A caso ¿Los árbitros o el tribunal arbitral estarán facultados para no instar a los compromitentes a cumplir con un procedimiento de descubrimiento previamente pactado? Y ¿Que consecuencias jurídicas podrían surgir por la no ejecución de un procedimiento de *discovery*?

En primer lugar, los árbitros no deben hacer que los compromitentes incumplan con los términos del convenio de arbitraje, si en él, esta previsto el referido *discovery.*

En segundo lugar, para los compromitentes precluye un derecho que tienen para ejercer ese descubrimiento, lo que se traduce en que ya no podrán afianzar sus posiciones de cara a una negociación o aún litigio.

Además, no es dable a una de las partes, cuando se dicte el laudo, solicitar la nulidad del mismo, si se opuso, se negó, ignoró o mostró franca rebeldía a la convocatoria del *discovery*.

En tercer lugar, los árbitros o el tribunal de arbitraje no deben convocar a los compromitentes para iniciar el proceso de arbitraje, si advierte, que esta pendiente por desahogar una cláusula con el *discovery.*

Si el árbitro o el tribunal arbitral, pasan por alto esta disposición, y declaran el inicio y consecución del procedimiento de arbitraje, sin que se haya sustanciado previamente lo concerniente al *discovery*, seguramente cuando éste dicte el laudo arbitral, y quien resulte condenado, y sea la persona que se opuso tajantemente al *discovery,* es muy probable, que solicite la nulidad del fallo en comento.

En este orden de cosas, no le procedería tal petición, ya que él incumplió con una obligación, como el *discovery*; claro está, que él argumentará qué si procede conceder la nulidad del laudo, debido a que los árbitros no respetaron esa voluntad de los compromitentes en el contrato o el convenio de arbitraje, donde se estipulaba aplicar el *discovery*.

¿Cuando sería oportuno hacer ejecutar un procedimiento de *discovery*?

Cuando tardíamente aún no se ha aplicado el procedimiento de descubrimiento, en atención a este planteamiento, puede considerarse como el último estadio procesalmente, previo a la etapa probatoria, y posterior a la constitución del tribunal arbitral.

Es en esa parte del proceso arbitral, cuando los árbitros deben convocar a las partes, e informarles concretamente que no proseguirán con las actuaciones, hasta en tanto, no se cumpla con lo concertado.

¿Cuál sería el mecanismo que haga implementar y organizar el *discovery*?

La audiencia preliminar, serviría para que compromitentes, y más exactamente sus abogados o asesores, sean quienes en primer término acepten el *discovery*, en segundo término, comiencen con la planeación y organización el procedimiento de descubrimiento en cuestión, y una vez hecho lo anterior, conjuntamente árbitros y partes, fijen los plazos para efectuarlo.

Cabe mencionar, que las partes no deben excederse en tiempo para su respectivo desahogo, ya que pondrían en riesgo a los árbitros, para no dictar el laudo, en el tiempo señalado por los compromitentes, y resulta obvio que los árbitros, no pretenden incurrir en dicha falta; ya que después, según el caso, se solicitaría la nulidad del laudo, por no cumplirse con lo estipulado en el convenio de arbitraje, y por no cumplirse con el proceso arbitral en tiempo, estos son los riesgos que evitaría un tribunal arbitral.

Dimensionar lo que exactamente debe planearse y organizarse del *discovery*:

Respecto de Testigos

Fijar la fecha, hora y el lugar para el desahogo de testimonios; fijar el plazo, número y tipo de testigos; determinar el tipo de interrogatorios, si se exige juramento, el idioma, traductores; fijar el mecanismo de grabación de video o taquígrafo; y determinar que diligencias se efectuaran en forma presencial o a través de un medio de telecomunicación o electrónico.

Respecto de Documentos

El *discovery* habrá de efectuarse sobre documentos determinados: fijar el tipo de información; ubicación de archivos e instituciones oficiales; solicitar: la apertura de archivos privados; la reserva de información y de documentación confidencial; determinar el plazo para la búsqueda de esta información.

El *discovery* se realizará sobre documentos no determinados: solicitar la apertura de archivos privados; indicar la ubicación de archivos privados de terceros; limitar los documentos confidenciales, y plazo para la búsqueda de esta información.

Respecto de Peritajes

Determinar: si se interroga a peritos; el plazo para el desahogo del peritaje, y el plazo para el análisis e interpretación de peritajes.

Respecto de Cosas

Determinar que objetos estarían sujetos a: inspección, depósito o confiscación; del plazo, gastos y condiciones para atender los anteriores aspectos.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, se establezca todos los pormenores del procedimiento de descubrimiento; así mismo, los tiempos para su desarrollo, y organizar sobre que aspectos se dirigirán los compromitentes para llevar a cabo el *discovery*.

El espacio temporal, sería el idóneo para ejecutar dicho procedimiento de descubrimiento, si antes no fue posible, o no se pudo efectuar; posteriormente en el período probatorio, de alegatos y resolutivo, ya no tiene sentido aplicarlo.

6.3.1.3. La resolución anticipada del conflicto a través de Masc o *Adr*, previo al procedimiento de arbitraje comercial internacional

INTRODUCCIÓN

Cuando se suscribe una cláusula compromisoria, la voluntad de las partes es inequívoca para someter un conflicto al arbitraje, como medio de solución.

Si bien es cierto, que este mecanismo heterocompositivo es el escogido por los compromitentes, a él deben ceñirse; pero nada impide a las mismas partes, incluso sus abogados o asesores, tercero neutral, o los árbitros, cualquiera de ellos, tomen la iniciativa, propongan o sugieran previo al juicio arbitral, una solución anticipada, con alguno de los mecanismos que comprenda los Masc o *Adr*.

TEORÍA

Desde el surgimiento del conflicto y hasta antes del período probatorio en el procedimiento arbitral, si los compromitentes no han considerado la posibilidad de buscar una solución anticipada al conflicto interpartes, se estima que hay una fase de *ex profeso*, en la cual los propios árbitros o el tribunal arbitral, previa valoración del caso, sugieran o propongan a las partes, que intenten una solución previa al período probatorio en el procedimiento arbitral, adoptando alguna modalidad acorde al conflicto, por los compromitentes.

JUSTIFICACIÓN

Sean árbitros independientes o institucionales, bajo los principios de flexibilidad, discrecionalidad y la *kompetenz-kompetenz,* puede facultarles ampliamente para ejercer buenos oficios, tendientes a que los compromitentes ponderen llegar a un arreglo pacífico y equitativo, previo a la etapa probatoria.

El prestigio y la calidad de un árbitro, no necesariamente se logra, porque haya cumplido a cabalidad con el convenio de arbitraje, o porque se cumplió con en el plazo estipulado, para dictar el laudo correspondiente.

Más bien, si los árbitros están sensibilizados en una cultura de justicia alternativa, sabrán como hacer que las partes en conflicto abandonen ideales

confrontacionales, y encausarlos a procesos negociadores, antes del inicio de la fase probatoria en el juicio arbitral.

¿Qué posición debe asumir un árbitro frente a los Masc o *Adr*?

Es preciso señalar, que por ningún motivo o circunstancia un árbitro, permita que le designen o lo invistan para desempeñar una función como conciliador, mediador o alguna otra forma, ni antes ni durante el proceso de arbitraje; ya que:

En primer lugar, no posee el conocimiento, experiencia y práctica de la técnica respecto de alguno de los mecanismos de Masc o de *Adr*; en segundo término, asumiendo un rol distinto al de árbitro, puede comprometer el equilibrio de igualdad, de imparcialidad, de neutralidad y de confidencialidad, si falla en su misión asignada, y después debe fungir como árbitro.

Lo que deben hacer los árbitros con rectitud, es orientar y conducir a los compromitentes, para que recurran a las instancias y con los expertos en las técnicas de Masc o *Adr*. Un proceder de esta naturaleza, es reconocerles profesionalismo, no mezquindad, y estarán prestos a que venga la solución del conflicto interpartes, a través de cualquier mecanismo lícito.

¿Cuál es el estado que gurda los Masc o *Adr* en el arbitraje internacional?

La UNCITRAL, a través de sus ordenamientos normativos, como el Reglamento de Arbitraje y la Ley Modelo de Arbitraje, no señalan nada a este respecto, es decir, que los árbitros o el tribunal de arbitraje, podrían proponer a los compromitentes antes del período probatorio, someter su diferendo a otro mecanismo pacífico; en cambio, las Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral, en su apartado 12 sobre la posibilidad de negociar una solución amigable, subtema 47, de manera muy sutil y con extremada precaución, se trata el tema así: "…El tribunal sólo debe sugerir con cautela la apertura de negociaciones…" parece que no se quiere, que los árbitros sean precursores de los Masc o *Adr*.

Esta posición es restrictiva al arbitraje; pareciera que se quiere procesos estáticos, acartonados y monopolizados por árbitros; además se advertiría que se

quiere árbitros espectadores o dictadores, es decir, árbitros temerosos de ir más allá, lo único que se busca es que el árbitro sólo evoque el tema en cuestión, no se le estaría facultado a otra cosa; asumir este tenor, en ningún momento contraviene el convenio arbitral, y no corre el riesgo de que lo recusen, o de que sea compelido a cumplir su función, o que le impugnen el laudo arbitral, vía nulidad.

Darse cuenta que un árbitro, que se oponga rotundamente tan sólo a enunciar a las partes, de recurrir a Masc o *Adr*, esta propiciando que el comercio internacional se frene por los conflictos interpartes, que las relaciones jurídico-comerciales terminen y los satisfactores (mercaderías) no lleguen a tiempo para su respectivo consumo.

¿Qué se espera de los Masc o *Adr* en el Arbitraje Internacional?

Partir de estos escenarios: ¿Los árbitros tendrían la encomienda para hacer perdurar el conflicto? ¿Hacer mantener las distancias de comunicación y de negociación entre compromitentes? ¿La función del árbitro sólo sería para corroborar, momentos emocionales que sufran las partes, como el encono, el odio o la rivalidad? ¿Es correcto que los árbitros nieguen la posibilidad a los compromitentes para encontrar una solución anticipada a su conflicto?

Si las respuestas a estos planteamientos, son en el sentido negativo, porque entonces, se le impide al árbitro o tribunal de arbitraje, mostrar un interés en el presente tema; ahora bien, se detenta jurisdicción y competencia, están llamados a dictar justicia, no sólo por mandato de ley o de un reglamento institucional; sino que además están llamados a reconciliar posiciones jurídicas, comerciales, contractuales, incluso a costa, de prescindir del mismo arbitraje.

¿Cuál sería el mecanismo y el plazo para hacer que un conflicto, encuentre una solución anticipada al proceso de arbitraje?

Se propone que en una audiencia preliminar, posterior a la constitución del tribunal arbitral y antes de la instrucción de la causa, el árbitro o tribunal arbitral, sea en esta fase, cuando hagan mención a los interesados, de que existe un conjunto

importante de medios autocompositivos, heterocompositivos y *sui generis* para buscar una solución al conflicto antes de la fase de pruebas.

Otra opción sería, que posterior a la audiencia preliminar y hasta la etapa de emisión del laudo, los compromitentes pueden aplicar uno o más mecanismos, se trata de agotar todo género de soluciones. Para ello, se utilizarían las audiencias complementarias.

PROPUESTA

Por lo anterior, sea en una audiencia preliminar o en audiencias complementarias, cuando los árbitros o el tribunal arbitral, previo estudio y análisis de la controversia, intuir la intención de los compromitentes su deseo de zanjar el conflicto, propongan… no que impongan… dar solución al conflicto antes del período probatorio o antes de que se diga el fallo arbitral, utilizando los diversos Masc o *Adr.*

6.3.2. Ejes Temáticos Colaterales

En el arbitraje internacional, debe revisarse, organizarse y depurarse aspectos procesales, a considerar:

6.3.2.1. Aspectos dirigidos a Personas (Compromitentes)

6.3.2.1.1. Orientación Preliminar

INTRODUCCIÓN

Los compromitentes en su calidad de comerciantes-exportadores, cuya actividad propiamente es la producción, manufactura e intercambio de mercaderías en el ámbito internacional; sobre términos contractuales y de comercio exterior, es muy posible que no conozcan mucho, o no estén muy familiarizados; y si a esto, aunamos el manejo, control y determinación de aspectos, sobre el arbitraje y cuestiones de orden procesal arbitral, tampoco podrán conocer e interpretarlos.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deben avocarse a informar y explicar a los compromitentes, en un momento *ex profeso* sobre el desarrollo y dirección que habrá de tomar el procedimiento de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

Se estima muy conveniente que los compromitentes, estén enterados:

Primero. Sobre la ruta crítica que habrá de tener el procedimiento de arbitraje.

Segundo. Sobre el desarrollo que habrá de tener cada actuación, diligencia, audiencia, prueba, vistas y período de alegatos.

Tercero. Sobre la formación de un expediente y la integración de documentos del procedimiento de arbitraje.

Cuarta. Incluso sobre el programa de actuaciones en el calendario procesal.

Quinta. No importa que los compromitentes estén asistidos de sus abogados o asesores, lo cierto es qué las partes deben estar plenamente informadas sobre el tenor de este tema.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros, sean quienes personal y directamente hagan del conocimiento a los compromitentes del:

Curso y desenvolvimiento del proceso arbitral; sobre la formación de un expediente, y de su respectiva consulta; sobre el programa preestablecido en el calendario procesal, en el que se fije las fases, plazos y diligencias a realizar.

Esta es una medida preventiva, esto ayudaría sustancialmente a que los árbitros logren tener el mejor puente de comunicación y diálogo con las partes, además de estar atentos a cualquier irregularidad que surja, para proceder a su saneamiento.

6.3.2.1.2. Medidas Disciplinarias

INTRODUCCIÓN

Durante el progreso del procedimiento arbitral los compromitentes deberán asumir una conducta de respeto, de diligencia, de cividad, y cuando esto no sea posible conservar, habrá medidas disciplinarias que aplicar, para hacer restablecer el orden y la cordura en los diversos trámites del arbitraje.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán informar a los compromitentes, en un momento de *ex profeso,* que el convenio de arbitraje, no tienen estipulado el tema en cuestión; de ser así, también los árbitros podrían anunciar, que los posibles ordenamientos legales o reglamentos institucionales, a que pudieran estar sujetos, no les faculta para tal efecto; y quizás en caso extremo, los códigos de ética, tampoco los vinculen a la aplicación de esas medidas disciplinarias. Por tanto, es hasta entonces, cuando los árbitros deben obtener la anuencia de las partes, y tomar los acuerdos necesarios, conjuntamente con las partes, para determinar o no, la aplicación de medidas disciplinarias, en el procedimiento arbitral.

JUSTIFICACIÓN

En una audiencia preliminar, sería adecuado:

Primero. Conocer si los árbitros están o no facultados, por los compromitentes o por el convenio de arbitraje, para ordenar medidas disciplinarias.

Segundo. Si fuera el caso, de estar habilitados para aplicar dichas medidas disciplinarias por los árbitros, debería ratificarse tal potestad, y asimismo, definir que medidas serían aplicables entre ellas: el apercibimiento; amonestación; separar de la causa; multa, entre otras.

Tercero. Establecer los supuestos en los que se aplicaría una medida disciplinaria: por no acatar una norma jurídica, por no respetar los acuerdos de la cláusula compromisoria, por no asistir a una audiencia, por mostrar un mal comportamiento, por obstrucción, por no comparecer, por no informar, por no colaborar. O se dejaría a

la discreción del árbitro, acorde a los actos de los compromitentes; todo esto debe ser clarificado en esta audiencia preliminar.

Cuarto. Hay árbitros que por su formación y práctica, no acostumbran ordenar medidas disciplinarias, lo cual sería prudente que en esta audiencia se conozca tal posición.

Quinto. De acuerdo con el punto anterior, se acordaría tener presente, que en caso de requerirse, aplicar una medida disciplinaria, se solicitará el auxilio de las autoridades judiciales, con el objeto de que ejecuten alguna de estas medidas.

Sexto. Para el caso de las cláusulas penales, los árbitros se avocarían a aplicar la sanción predeterminada por las partes en el convenio de arbitraje.

Séptimo. Debe haber un consenso, desde esta audiencia preliminar, el que no se permita a los compromitentes, se expresen mal, calumnien, difamen o prejuzguen el actuar del árbitro, por vía oral, escrita, o a través de medios de comunicación o medios electrónicos.

Octavo. También sería importante determinar en esta audiencia en comento, si las medidas disciplinarias serían extensivas a terceros, es decir, a testigos, peritos y terceros; también a abogados, patrocinadores y asesores; por tanto debe haber un pronunciamiento al respecto.

Noveno. Los árbitros deben poner en la palestra de la audiencia preliminar el tema de las medidas disciplinarias, ya que *extra petita* no pueden ordenarlas, y menos si no están respaldadas por el convenio de arbitraje.

PROPUESTA

Por lo anterior, sea en una audiencia preliminar donde se acuerde todos los términos para la fijación y aplicación de las medidas disciplinarias. Ciertamente ante conductas o actitudes contrarias de los compromitentes o de terceros, debe imperar el orden y permitir la prosecución del arbitraje.

6.3.2.1.3. Protesta y Juramento

INTRODUCCIÓN

Cuando se manifiesta algún hecho, circunstancia, derecho, información o dato, debe proceder hacerse una declaratoria por el interesado, para que lo expresado, sea considerado auténtico y veraz en lo que afirma o niega.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral, deberá tratar la temática sobre la emisión de la protesta o del juramento, en un etapa de *ex profeso,* que en caso de ser necesario, árbitros y partes, acuerden los términos y formalismos que deberán efectuarse en las distintas actuaciones, pruebas o cualquier otra diligencia, donde se requiera de estas manifestaciones.

JUSTIFICACIÓN

En una audiencia preliminar, será menester conocer:

Primero. Si los árbitros están facultados o no, por los compromitentes o por el convenio de arbitraje, por un ordenamiento legal local o reglamento institucional de arbitraje, que les ordene exigir el acto de protesta o de juramento.

Segundo. En el caso, de qué si estuvieran habilitados para ordenar los actos de la protesta o del juramento, los árbitros deberían verificar tal potestad, y al mismo tiempo delimitar que tipo de acto daría la veracidad y autenticidad al dicho de los interesados.

Tercero. Resultaría prudente, determinar conjuntamente entre árbitros y compromitentes que acto impera, si el de protesta o el del juramento, y a partir de aquí, establecer los requisitos, condiciones y supuestos, así como, la manera de dejar constancia de los mismos.

Cuarto. Sea el acto de protesta o del juramento, debe ser acordado, si se otorgarán verbal o por escrito, o a través de un medio electrónico.

Quinto. Conviene saber si estos actos, se extienden a testigos, a peritos, a terceros, a los abogados o asesores u otras personas.

Sexto. Empero, sería pertinente conocer como será la expresión que se manifestará, para el acto de la protesta o del juramento, es decir, si se requiere de una Biblia, Constitución; o invocación a Dios, al rey, o emperador, o la simple mención de: "Bajo protesta de decir verdad, que los datos, documentos o actos son ciertos, válidos o lícitos."

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, árbitros y compromitentes delimiten los pormenores en la manifestación del acto de la protesta o del juramento, aplicables a las diversas informaciones, declaraciones, hechos, derechos y diligencias, para justificar un nivel de veracidad y no falsedad en los mismos.

6.3.2.1.4. Inactividad de las Partes

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de un procedimiento de arbitraje, debe sustanciarse en tiempo y forma; de acuerdo a lo estipulado en el convenio de arbitraje, o conforme a lo programado en el calendario procesal; ahí se contiene los términos que habrán de agotar cada fase del proceso en cuestión; y con la misión de llegar hasta que se dicte el laudo arbitral.

Este compromiso debe ser asumido por los compromitentes, abandonando todo intento sin fundamento, de interrumpir la secuencia del arbitraje.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán informar y explicar a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* que para cumplir con lo pactado en el acuerdo de arbitraje, las partes deben abstenerse de propiciar una inactividad en las distintas fases del procedimiento en cuestión, lo cual ponga en riesgo la prosecución y misión del arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

Primero. Que los árbitros o el tribunal arbitral informen y expliquen personal y directamente, a los compromitentes, que bajo este principio fundamental, las partes deberán abstenerse de dos circunstancias:

a) No obstaculizar el desarrollo del procedimiento arbitral, y

b) No propiciar la inactividad en el proceso de arbitraje.

Segundo. Que los árbitros conforme a su *kompetenz* estarán atentos para que no se produzca ninguna inactividad por los compromitentes, y en tal caso, los árbitros indagarán y tratarán de apoyar a las partes, para que no se materialice tal inactividad.

Tercero. En una audiencia preliminar los árbitros por su experiencia y práctica, podrían mencionar a los compromitentes, en que supuestos deben inhibirse: por la falta de interés en el arbitraje, y menos en la solución del conflicto (quizás sólo se utilizó como un medio de dominación, presión o amenaza); que las partes no hayan

delimitado correctamente el objeto de la controversia; haber solicitado la suspensión del procedimiento arbitral, con el motivo de supuestas negociaciones para arribar a una transacción; quizás por haber propiciado un cambio fundamental de circunstancias del contrato, o de las obligaciones; quizás estén indecisos de proseguir o no con el procedimiento de arbitraje, por los elevados costos y las distancias, de las actuaciones y de las pruebas; que por alguna razón no se dictará el laudo arbitral en el plazo estipulado, las partes estimen ya no continuar con las actuaciones arbitrales; suspender el procedimiento arbitral por muto acuerdo; o cuando no queda claro la posición de los compromitentes, si se trata de una inactividad, renuncia o rebeldía.
Cuarto. Constatar en esta audiencia preliminar que la inactividad de las partes, surge por renuncia, novación, caducidad, extinción o inoperancia.

Si la inactividad deviene de circunstancias de orden procesal, que impidan el curso del proceso de arbitraje, en una audiencia preliminar o en una audiencia complementaria, conjuntamente árbitros y partes, podrían conocer los efectos que se producirían; para los compromitentes: no continuar el proceso; para los árbitros: declarar terminada su misión y archivar el expediente correspondiente.

Pero si esa inactividad deviene de claras intenciones de dilación, los árbitros deben informar a los interesados que esas conductas o esa inactividad intencional, no impedirá la interrupción del arbitraje, y mucho menos que los árbitros dicten su laudo. Este tipo de inactividad, habrá de combatirse y hacerse hincapié a las partes, en su no incursión.

PROPUESTA

Resulta positivo que en una audiencia preliminar, los árbitros exhorten a los compromitentes a mostrar un comportamiento que no coadyuven ni a la obstaculización en el desarrollo del procedimiento arbitral, ni propiciar inactividad en cada fase del arbitraje, ni dilación alguna, que irrumpa con lo pactado en el convenio de arbitraje.

6.3.2.1.5. Renuncia al Derecho a Objetar

INTRODUCCIÓN

Los compromitentes durante el procedimiento arbitral, cuando adviertan alguna situación contraria al convenio de arbitraje, algún ordenamiento legal o reglamento de arbitraje, o garantía procesal, las partes deben inmediatamente impugnar, o poner del conocimiento al tribunal arbitral sobre alguna irregularidad cometida, por éstos, o la contraparte.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral en el ámbito de sus competencias en un momento *ex profeso,* deben informar o recordarles a los compromitentes que tienen el derecho de objetar, y que su omisión en el curso del procedimiento de arbitraje, se entendería renunciando a ese derecho.

JUSTIFICACIÓN

Cabe precisar que este derecho procesal, esta previsto en los ordenamientos estatales y reglamentos institucionales en materia de arbitraje internacional, por lo que compromitentes, abogados o asesores, están enterados, no sólo de su existencia y sino también de los efectos que se pueden producir.

Traer a la palestra el tema en cuestión, en una audiencia preliminar, tiene sentido, ya que se pretende recordar y reafirmar el derecho de objetar que tienen las partes, e informar que su inacción de objetar es preclusivo.

Se requiere precisar del derecho de objetar en una audiencia preliminar:

Primero. Establecer si hay condiciones de tiempo y forma para anunciar una objeción.
Segundo. Determinar si la objeción será vía oral o escrita, o si se permitiría transferirla por un medio de telecomunicación o electrónico.
Tercero. Debe confirmarse que los alcances del derecho de objetar se extiende a: documentos; personas (testigos, peritos o terceros, secretario); cosas (bienes: muebles

o inmuebles); actos procesales (constitución del tribunal, alegatos, actuaciones, audiencias, fases procesales, vistas) y dispositivos normativos (leyes, reglamentos, tratados internacionales).

PROPUESTA

Se propone que los árbitros en una audiencia preliminar, invoquen a los compromitentes el ejercicio del derecho de objetar, esto se convierte en una medida preventiva, para impugnar cualquier irregularidad procesal en tiempo.

6.3.2.1.6. Representación, Patrocinio y Asesoramiento

INTRODUCCIÓN

Ciertamente los compromitentes durante el curso del arbitraje, pueden delegar en representantes, patrocinadores o asesores, el manejo total o parcial del procedimiento en cuestión.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán informar a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* en el desarrollo del procedimiento de arbitraje, pueden estar representadas, patrocinadas o asesoradas, cumpliéndose con algunas condiciones previamente.

JUSTIFICACIÓN

Los ordenamientos legales y reglamentos sobre arbitraje internacional, regulan puntualmente que los compromitentes, podrán estar representados, patrocinados o asesorados, en el arbitraje; pero estos cuerpos normativos en ocasiones, no son muy explícitos para fijar requisitos y condiciones para tal efecto.

Es pertinente, que en una audiencia preliminar, se fijen estos extremos:

Primero. Deberá exigirse la entrega de poderes notariales; que estén traducidos, legalizados o apostillados y que tengan una vigencia específica; los poderes en cuestión, deben indicar el tiempo de su intervención; así como, en que actuaciones, audiencias y vistas pueden estar presentes.

Segundo. Debe solicitarse a las partes o directamente a los representantes, patrocinadores o asesores, sus datos de identificación; e informar sobre los cambios o sustituciones.

Tercero. Se exigirá que los representantes, patrocinadores y asesores, efectúen el acto de protesta o de juramento respecto de su función.

Finalmente, quizás se piense que este tema, esta de más, o que resulta obvio, o en el mejor de los casos reiterativo; para un abogado, sí lo es, en un plano local; pero cuando se trata de un litigio y de un proceso de arbitraje comercial internacional, cambia esa óptica, no debe conducirse con obviedades, o situaciones sobre entendidas, de seguir las reglas generales del derecho y del derecho procesal del foro, es una gran equivocación, una falta evidentemente de conocimiento de la naturaleza del tema en el arbitraje comercial internacional.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros señalen a los compromitentes, que hay aspectos que deben ser acordados conjuntamente, sobre el tema de los representantes, patrocinadores o asesores, de la identidad, potestad y función que desempeñarán en una fase, actuación o vista en el arbitraje.

6.3.2.1.7. Comunicaciones *ex partes*

INTRODUCCIÓN

La relación jurídica arbitral entre árbitros y compromitentes, tiene su fundamento en el convenio de arbitraje; las comunicaciones oficiales y formales, habrán de darse siempre en un plano de igualdad, y respetando, recíprocamente entre particulares y árbitros.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán informar a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* que por ningún motivo o circunstancia propicien comunicaciones o contactos con los propios árbitros, de manera unilateral sobre cuestiones del proceso arbitral.

JUSTIFICACIÓN

Concurrir a una audiencia preliminar, para sólo escuchar una prohibición, sería una perdida de tiempo; bajo otra expectativa, resulta una extraordinaria oportunidad para que árbitros y compromitentes, estén enterados y tomen acuerdos afines a este particular; quien proceda a efectuar comunicaciones *ex parte,* le podría costar gravemente: a los árbitros, su reputación, prestigio, y sobre todo su neutralidad; y al compromitente, perder el litigio, u obtener un laudo arbitral adverso.

Que dicho sea de paso, siempre estará latente la nulidad del fallo arbitral, por esta circunstancia.

En una audiencia preliminar, deben tratarse estos extremos:

Primero. Queda terminantemente prohibido establecer cualquier comunicación, contacto o interacción, personal o indirecta, oral o escrita, presencial o a través de cualquier medio de telecomunicación o electrónico, para tratar aspectos sobre el objeto de la controversia, del procedimiento arbitral, o sobre el fondo de la misma.

Segundo. Las consecuencias jurídicas que pueden devenir de las comunicaciones *ex parte*: para el árbitro: ser recusado; además atentaría los principios de igualdad; neutralidad; independencia y confidencialidad.

Para el compromitente: se deja en estado de indefensión.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar árbitros y compromitentes asuman acuerdos y compromisos: los árbitros exhortarían a los compromitentes, y éstos, a su vez, lo hagan extensivo a sus representantes, abogados o asesores, terceros, o cualquier otra persona vinculada a las partes, para que se abstengan de dirigirse, comunicarse o interactuar con los árbitros que forman el tribunal, para tratar cuestiones del arbitraje.

Por su parte, los compromitentes pueden acordar, que los árbitros eviten propiciar, intentar o concertar, con los compromitentes, sus representantes, abogados o asesores, terceros, o cualquier persona que guarde relación con los partes, para que se comuniquen, informe aspectos relacionados con el proceso de arbitraje.

6.3.2.2. Aspectos dirigidos a Cosas (Materiales)

6.3.2.2.1. Depósito de Bienes

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de un procedimiento de arbitraje, pueden darse circunstancias sobre el destino que se dé a bienes objeto de la controversia; para asegurar su preservación, hace necesario depositarlos; los cuales se requieren que estén íntegros al momento de un fallo.

TEORÍA

Los árbitros deben informar a los compromitentes, qué cómo medida preventiva, cuando adviertan en el curso del procedimiento arbitral, algún riesgo de pérdida o deterioro de bienes directos del litigio, inmediatamente den cuenta al tribunal arbitral, para que este acuerde el depósito de los mismos, además de establecerse en un momento *ex profeso* las condiciones para tal efecto.

JUSTIFICACIÓN

Puede pensarse, que el tema sobre el depósito de bienes, es ocioso, que sólo bastaría que los interesados, den seguimiento a los preceptos legales, del derecho local o de la *lex loci arbitris,* y no habría más que tratar.

Que pasaría si los compromitentes determinan sujetar el tema del depósito, a reglas distintas a las de un foro, luego entonces, ya no es tan ocioso tratar este supuesto.

Quizás esos posibles derechos aplicables, no se encuentre regulado los extremos del depósito, por eso resultaría aconsejable que en una audiencia preliminar, o en su defecto en audiencias complementarias, se abordaren los siguientes aspectos:

Primero. Determinar el derecho o el dispositivo jurídico aplicable al tema del depósito de bienes.

Segundo. Señalar el tipo de bien a depositar: muebles; fincas (urbanas o rurales); empresas; valores; dinero; títulos; documentos; créditos u otros objetos de valor.

Tercero. Precisar que objetos derivados de patentes, marcas y secretos industriales, quedarían excluidos de este depósito.

Cuarto. Establecer quien fungirá como depositario (persona física o una empresa); indicando el lugar, duración y condiciones para ese depósito; así como el papel del depositario: custodiar; administrar; conservar; proteger; mantenimiento; vender; destruir o arrendar.

Quinto. Acordar los siguientes gastos: custodiar; conservar; proteger; mantenimiento; destruir y el cambio de lugar del depósito e informar sobre los cambios de depositario.

PROPUESTA

En una audiencia preliminar o en audiencias complementarias, los compromitentes deben informar al tribunal de arbitraje, sobre los riesgos que corren los bienes objeto del litigio, y que requieren de un depósito inmediatamente, con el fin de preservarlos.

6.3.2.2.2. Protección y Garantía de Bienes en el Litigio

INTRODUCCIÓN

Se pretende que existan estipulaciones que previamente establezcan pormenores, sobre la protección y formas de garantía respecto de bienes del litigio, para que llegado el momento, no se demore en fijar el tema en cuestión.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deben informar a los compromitentes, que en un momento *ex profeso,* se pronuncien y acuerden con anticipación algunas medidas sobre la protección y garantía de bienes en el litigio, siempre que no haya sido pactado el tema en el convenio de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

Si los compromitentes no han establecido condición alguna sobre el tema en comento, en el convenio de arbitraje, es muy aceptable que los árbitros bajo su potestad, pregunten directamente a los interesados y se aproximen a contar con algunas directrices que más adelante, les fueren necesarias aplicar al caso concreto, de la protección y garantía de bienes en el litigio.

Sería importante que en una audiencia preliminar, árbitros y compromitentes delimitarán los fines, condiciones y plazos, para tal prevención; igualmente, se mencionará sobre algunas formas de garantía que pueden ser otorgadas por la partes; se requiere saber, quien podría estar a cargo de tal protección, y si quien protege el bien en cuestión, se le asigna una misión especial para tal efecto, y los bienes objeto de tal protección; cuidar que los bienes deben estar preservados, y prestos para las inspecciones y peritajes necesarios.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros sugieran a los compromitentes, se pronuncien y tomen acuerdos previos sobre la protección y garantía de bienes en el litigio.

6.3.2.3. Aspectos dirigidos al Procedimiento

6.3.2.3.1. Ampliación, Aclaración y Enmienda a la Demanda/Contestación

INTRODUCCIÓN

Tratándose de relaciones jurídico-comerciales internacionales, estas suelen ser complejas, y con alto grado de sofisticación; todo hace suponer que el contrato en cuestión, el convenio de arbitraje y los principales escritos de la demanda y de la contestación, deben poseer una exacta estructura y descripción de hechos, derechos, pretensiones, y en ocasiones es intrincada su naturaleza; por tal razón se hace necesario su correspondiente variación.

TEORÍA

En un momento *ex profeso* los compromitentes deben conocer que, tendrán la ocasión para que respecto de sus escritos iniciales de demanda y la contestación, se efectúen enmiendas, aclaraciones, adiciones o modificaciones, siempre que no se varié el objeto de la controversia.

JUSTIFICACIÓN

Resulta comprensible desde que se celebra el contrato de compraventa internacional de mercaderías, la cláusula compromisoria, la solicitud o petición a los árbitros (independientes o institucionales), la demanda, la contestación, la reconvención, existe una buena cantidad de datos, información, hechos, derechos, obligaciones, pretensiones, alegatos y argumentos, que por el tiempo en que fueron expuestos, o por el cambio de circunstancias, hacen imprescindible corregir o modificar los términos descritos, principalmente de la demanda y de la contestación, también entendiéndose que esas variaciones no deberán alterar el objeto principal de la controversia.

Los compromitentes actuarán de buena fe; pero es de humanos errar, es claro que los abogados o asesores, por presiones, tensiones, exceso de trabajo, problemas en los negocios, talvez no hayan registrado con nitidez, algún dato, información, posición, pretensión, alegato u otras circunstancias que estén revestidas de

ambigüedad e inexactitud, por lo que, es impostergable hacer las aclaraciones o modificaciones pertinentes, a la demanda y contestación, ya que dependerá en buena medida, de que las pretensiones de las partes sean precisas, y para que los árbitros estén en posibilidad de dictar justicia sobre las mismas.

Cuando se efectúe la ampliación o enmienda a la demanda o a la contestación, evidentemente compromitentes, abogados o asesores, entenderán, que esto impactará sustancialmente, en el cambio de las pretensiones, en las reclamaciones, sobre las reparaciones, calendario procesal, pruebas, medidas cautelares y en los alegatos, por lo que deben proceder con cautela y no de mala fe.

Cabe recordar, que los árbitros deben informar a los compromitentes que cuando efectúen cambios o correcciones a la demanda y contestación a la misma, no pretendan *extra petita,* cambiar la naturaleza de la controversia inicial, es decir, desvirtuarla, porque afectarán gravemente los términos del convenio de arbitraje, la competencia de los árbitros, las pretensiones litigiosas, y se daría incluso por terminado el proceso.

Por otra parte, es importante señalar que en diversas leyes o reglamentos de arbitraje, se prescribe el derecho de los compromitentes, para enmendar y modificar sus escritos de demanda y contestación a la misma, y no cambiar el sentido del objeto de la controversia, esto ya está dicho, lo interesante del asunto es comunicárselos en la audiencia preliminar, cuyo efecto es preventivo, para no truncar la secuencia del proceso en cuestión.

En una audiencia preliminar debería considerarse:

Primero. Si los árbitros están dispuestos o no, a aceptar enmiendas o modificaciones; por otra parte, salvo que una ley o reglamento lo prohíba, los árbitros estarían dispuestos aceptar tales adiciones o modificaciones.

Segundo. Si las enmiendas, aclaraciones, adiciones o modificaciones, no son las adecuadas, o sufren cambios continuos, la cualificación hecha por los árbitros, serán en esos términos; y no será responsabilidad de éstos, cuando se juzgue que la jurisdicción no fue acertada, ya que no dio justicia sobre las pretensiones expuestas. Solicitándose para ello la nulidad del laudo respectivo.

PROPUESTA

En la audiencia preliminar, los árbitros informarán a los compromitentes que tendrán inmejorable ocasión para aclarar o enmendar los escritos iniciales de demanda y de la contestación, sólo el límite que tendrán los interesados es en no cambiar el objeto de la controversia.

6.3.2.3.2. Alegatos Complementarios

INTRODUCCIÓN

Ante ambigüedades e inexactitudes en la demanda o la contestación, no pueden imperar así, resulta inadecuado pronunciar justicia por parte de los árbitros, y por tanto, hace necesario reportar aquellos alegatos, qué den nitidez al criterio de juzgadores árbitros.

TEORÍA

En un momento *ex profeso* los árbitros deben informar a los compromitentes, que cuando tomen la determinación de enmendar, aclarar, adicionar o modificar sus escritos de demanda y de la contestación a la misma, por alguna circunstancia o factor, estén en el entendido de que habrá que proporcionar y expresar nuevos alegatos, si a sus intereses conviene.

JUSTIFICACIÓN

Los alegatos complementarios surgen principalmente, del objeto de la controversia y de las pretensiones de las partes, esto puede motivar ajustes, a la realidad imperante del conflicto.

Cuando surgen nuevos elementos fácticos y jurídicos, se requiere replantear los alegatos ya conocidos, para encausar el proceso en los términos pactados; los conceptos, hechos, fundamentos legales y pretensiones deben ser exhaustivos completos y congruentes.

Cuando se reporten alegatos complementarios se persigue elevar la precisión del objeto del conflicto, de los debates, y que el procedimiento no adolezca de oscuridades o incertidumbres.

Cuando se presenten alegatos complementarios, sirvan a los árbitros para contextualizar mejor el conflicto y su posible solución, nunca tendrían como fin ahondar en más dudas, dilaciones, contradicciones, y más aún confundir o distraer a éstos.

Precisar que los fines de los alegatos complementarios: no tienden a sustituir ni acciones ni excepciones y puede variar el tema probatorio.

Finalmente, los árbitros deberán tener el cuidado de que los alegatos complementarios no tiendan a tergiversar el origen de la controversia.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, sea un momento oportuno para que abogados o asesores expresen alegatos complementarios, si se justifican en ese estadio; si esto es así, los árbitros podrán impartir una justicia congruente.

6.3.2.3.3. Prueba Anticipada

INTRODUCCIÓN

Cuando una de las partes en conflicto, advierte la necesidad de que se aplique una medida anticipatoria, respecto de personas o cosas, está puede ser exigida al órgano arbitral en cualquier momento, con la limitante, de que sea hasta antes de la emisión del laudo.

TEORÍA

Desde el surgimiento del conflicto, y hasta la constitución del tribunal de arbitraje, si los compromitentes no han requerido de una prueba anticipada, pero en caso de ser necesario, en un momento *ex profeso,* puede ser solicitada, o en su defecto, se pueden establecer algunas reglas en este tema.

JUSTIFICACIÓN

Cuando no se ha hecho uso de una prueba anticipada, desde el surgimiento del conflicto, hasta la constitución del tribunal de arbitraje, pero si a partir de este momento y antes del período probatorio, se requiere, esta puede ser aplicada; y en caso negativo, se aprovecha este tiempo de la audiencia preliminar establecer algunos extremos de esta prueba anticipada.

Esta prueba, requiere ser justificada y garantizada, cuando respecto de su contraparte, asuma una actitud de: evadirse, ausentarse por trabajo, estudio o negocios, o verse afectado en su salud; o dilapidar, enajenar o desviar a otro fin, objetos vinculados con el conflicto.

Si el convenio de arbitraje no contiene mayor disposición sobre este tema, en una audiencia preliminar, compromitentes y árbitros puedan establecer:

Primero. Que los árbitros en un tiempo muy breve valoren la solicitud, dicte la medida, e intervenga con gran diligencia y efectividad.

Segundo. Se defina las formas de garantía respecto de la medida que se pretende implementar, con el fin de responder de los daños o perjuicios que se ocasionen.

Tercero. En el caso de que un árbitro no muestre interés en el tema en cuestión, la parte que lo requiera, recurra al auxilio de una autoridad judicial, para ese efecto.
Cuarto. Se establezcan algunas medidas sobre la protección y depósitos de bienes del litigio.
Quinto. Los árbitros permitan que un *referé,* intervenga en el tema, si así se ha estipulado en el acuerdo de arbitraje.

Finalmente la práctica de la prueba anticipada, no constituye un medio de dilación y menos un artificio, para que las partes hagan distraer o demorar la causa arbitral; por el contrario, es un instrumento procesal útil, ya que evitará que medios de prueba no sean desahogados, o se pierda cierta información u objetos, lo cual, limitará al árbitro al cuantificar la veracidad de lo alegado y probado, y esto repercutirá en el laudo arbitral.

PROPUESTA

En una audiencia preliminar los compromitentes pueden solicitar pruebas anticipatorias, en caso de ser necesario; en caso contrario, aprovechar ese estadio para que de no haber establecido disposición sobre este aspecto, en el convenio de arbitraje, se den algunas directrices para su implementación en desarrollo del procedimiento del arbitraje.

6.3.2.3.4. El Comparendo

INTRODUCCIÓN

Los árbitros en algún momento del procedimiento pueden requerir de los compromitentes, para esclarecer algún punto de la controversia o diferendo; o clarificar un dato, información, identificar una persona (tercero) o identificar un bien.

TEORÍA

El tribunal arbitral deberá informar en un momento *ex profeso,* a las partes que cuando se estime necesario o urgente, solicitarán la comparecencia de los compromitentes para esclarecer aspectos relacionados con la controversia, con alguna actuación o diligencia arbitral, de manera presencial o indirectamente a través de un medio de telecomunicación o electrónico.

JUSTIFICACIÓN

Los árbitros deben justificar ampliamente la comparecencia de los compromitentes, durante el procedimiento de arbitraje, para ello debería delimitarse:

Primero. Fijar la modalidad si es presencial o a través de un medio tecnológico.

Segundo. Indicar el lugar, duración y fecha para el comparendo.

Tercero. En caso de que el comparendo es presencial, determinar si el compromitente, puede estar asistido del abogado o asesor.

Cuarto. Señalar las condiciones para que el comparendo pudiera efectuarse a través de una videoconferencia (por cuestiones de distancia).

Quinto. Establecer las condiciones para dejar constancia de tal comparecencia.

Sexto. Determinar si la falta de asistencia a una comparencia, traerá aparejada algún tipo de sanción.

PROPUESTA

En la audiencia preliminar el tribunal arbitral puede requerir la asistencia de las partes, con el objeto de comprobación o aclaración de cierta información, relacionada con la controversia.

6.3.2.3.5. Aceptación o Renuncia de Recursos contra el Laudo

INTRODUCCIÓN

Es dable a las partes, que ante violaciones fundamentales o procesales durante el arbitraje, se haga valer en tiempo y forma el medio de impugnación adecuado contra el laudo, pretendiendo restablecer garantías legales.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral en un momento *ex profeso,* deberán preguntar a los compromitentes, si aceptan o renuncian a la aplicación de recursos contra el laudo arbitral distinto al de nulidad, debido a que no hay un pronunciamiento al respecto, en el convenio de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

¿Por qué traer a la palestra el tema de los recursos contra el laudo arbitral en una audiencia preliminar?

Porque en ocasiones los compromitentes suelen complicar la situación, decidiendo la aplicación de último momento, respecto del laudo, recurso de distinta naturaleza, con requisitos y condiciones especiales.

Por lo anterior, cabe precisar:

Primero. Ante la falta de disposición en el convenio de arbitraje, debería determinarse la modalidad del recurso o medio de impugnación a futuro.

Segundo. El tribunal arbitral previamente debería conocer, el sentir de las partes, en cuanto a su intención de someter, el futuro laudo arbitral a un medio de impugnación distinto al de nulidad, esto trae consigo que se prepare la documentación y el laudo consecuentemente, para dirigirlo o entregarlo a otro órgano o autoridad.

Tercero. En caso que decidan las partes someter el laudo a un recurso diferente al de nulidad, saber si ese otro medio les obliga a intervenir en la resolución; es decir, deben estar preparados, y establecer las medidas, para el caso de que los compromitentes, soliciten que éstos u otros árbitros intervengan y funjan como tribunal *ad quem* para resolver lo conducente.

Por otra parte, árbitros y compromitentes deben determinar estos extremos: las partes fijen el tipo de recurso; quien conocerá y se avocará a ese recurso, una instancia: judicial, arbitral, corporativa o sectorial; si los árbitros independientes o los de un centro que administre arbitraje, pueden constituirse como tribunal de alzada; si quien funja como tribunal de 2ª instancia, debe tener condiciones específicas para desempeñar esta encomienda; quizás sea prudente que las partes se aproximen a enunciar algunas de estas condiciones: número de árbitros, establecer el plazo para interponer ese recurso, delimitar la duración del procedimiento del recurso, señalar reglas sobre la notificación, indicar requisitos y documentos, que deben contener los escritos del recurso, el plazo para que se dicte el laudo, en 2ª instancia; que derecho o reglamento de arbitraje, será aplicable para regular el procedimiento de este recurso; los costos y erogaciones, con motivo de la implementación de un recurso en 2ª instancia; fijar los honorarios de los árbitros en 2ª instancia; señalar el formato de la resolución que se emitirá y expresar las reglas sobre la protección y conservación de este expediente.

Los árbitros deben informar a los compromitentes en una audiencia preliminar:

Que no procede interponer un recurso contra un laudo arbitral en conciencia; que esta instancia del recurso, no es una nueva oportunidad para aportar o desahogar medios de prueba; señalar que la resolución que se dicte del recurso, no queda sujeta a impugnación y que el recurso de nulidad, es irrenunciable.

¿Por qué en una audiencia preliminar hay que fijar condiciones sobre el recurso que se aplicará para impugnar un laudo arbitral?

Porque es una medida oportuna y preventiva; será imprescindible anticipar algunos requisitos y condiciones al tema en comento; los árbitros deben saber si su misión se extiende, o termina de acuerdo a lo pactado.

Generalmente leyes, reglamentos institucionales u otras normatividades, no exigen que las partes establezcan un régimen de recursos de impugnación, al que habrán de sujetarse, pero pudiera anticiparse esta información.

Además, de no aproximarse a fijar un mínimo de reglas al respecto, y se quisieran establecer, hasta el momento de requerirlo, basándose en la *lex loci arbitris* o del derecho en general, no es correcto y viable, debido a que si las partes no aceptan que esos derechos rijan el tema, los árbitros no pueden *extra petita* faltar a los términos del convenio de arbitraje o contravenir la voluntad de las partes, vale más, que en esta audiencia preliminar sean las propias partes quienes vayan decidiendo el contexto del tema de los recursos contra el laudo arbitral, diverso al de nulidad.

Finalmente, es importante destacar, que en esta misma audiencia quede debida constancia sobre la renuncia o no, que hagan las partes de impugnar o no el laudo arbitral; lo anterior, es para evitar que la parte que no le resulto favorable el fallo, intente sorprender y pretender hacer valer recurso, cuando ya hay un previo acuerdo de renuncia.

PROPUESTA

En la audiencia preliminar, conjuntamente árbitros y compromitentes establezcan las condiciones normativas, operativas y de organización en materia de recursos contra el laudo arbitral distinto al de nulidad.

6.3.2.3.6. Mociones de Prórroga

INTRODUCCIÓN

El procedimiento arbitral, puede éste desarrollarse de manera óptima, cuando se cumpla irrestrictamente con lo prescrito en el convenio de arbitraje; pero habrá circunstancias fortuitas en árbitros o partes, que impida cumplir con los términos del acuerdo arbitral.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral conjuntamente con los compromitentes, en un momento *ex profeso,* pueden acordar lo concerniente a las mociones de prórroga durante el procedimiento de arbitraje, ya sea de oficio o a petición de parte, pueden estas solicitarse. Siempre que no haya estipulación en el convenio de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

En los casos de fuerza mayor, cambio de circunstancias y cuestiones supervenientes, los árbitros de oficio o a petición de parte, accedan a suspender, interrumpir o cesar temporalmente, una actuación, audiencia o vista, por motivo de incapacidad en árbitros o partes.

Por lo anterior, la presencia de imprevistos o eventualidades, en el curso de un procedimiento de arbitraje, es factible, por tanto, árbitros y partes, deberán estar atentos a estas circunstancias.

¿Qué medidas correspondería acordar de manera mediata e inmediata sobre las mociones de prórroga en una audiencia preliminar?

Medidas Mediatas: establecer los márgenes de tiempo que se concederían para una prórroga; indicar la nueva sede para una actuación, audiencia o vista y fijar que garantía se exigiría para responder a daños y perjuicios.

Medidas Inmediatas: reestructurar el calendario procesal, si ya existía; aplicar una prueba anticipada, y quizás modificar el plazo para dictar el laudo arbitral.

¿Qué otros motivos pueden prorrogar el curso del proceso de arbitraje?

La negociaciones interpartes; identificar a terceros, que puedan aportar datos o información básica; obtener documentos o peritajes útiles a la causa del proceso arbitral y la incapacidad sobrevenida a las partes, a un testigo, o perito.

Cuando se solicitan las mociones de prórroga, es evidente que limitarán la expedites y el desarrollo del proceso arbitral, debido a circunstancias no necesariamente imputables ni a árbitros ni a compromitentes; por lo que la demora no es de mala fe o intencional.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, los árbitros conjuntamente con los compromitentes, acuerden lo concerniente a las mociones de prórroga durante el arbitraje.

6.3.2.3.7. Informaciones Complementarias

INTRODUCCIÓN

Cuando se aporta en el proceso de arbitraje, pretensiones, excepciones argumentos, pruebas, alegatos o cualquier otra posición de las partes en conflicto, puede quedar una duda sobre algún término, institución, dato o símbolo, relacionado con la controversia; por tanto hace necesario que un experto se pronuncie sobre su significación, que sin ser peritaje, ni prueba para mejor proveer, los árbitros, despejan una falta de conocimiento sobre un aspecto concreto.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán informar a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* que ante la complejidad técnica o científica, derivada del objeto de la controversia o de las pruebas ya desahogadas, estarán facultados para consultar estrictamente a expertos en la materia en cuestión, sin que se trate de peritaje ni pruebas para mejor proveer.

JUSTIFICACIÓN

En muchas ocasiones el objeto de la litis, o de los medios de prueba ya aportados, presentan una considerable tecnicidad o cientificidad, y que aspectos muy concretos y precisos, no quedan claros al conocimiento de los árbitros, por lo que deben despejar esa duda, confusión, imprecisión, o nulo conocimiento; no necesariamente esas consultas a expertos, debe entenderse que están solicitando un peritaje, ni que reforzarán evidentemente los juicios o criterios de los árbitros, para dictar el laudo; por el contrario, se enfatiza, esas consultas no son para que el árbitro sustente su fallo, sólo meramente despejar una duda.

¿Por que no se solicita ese dato a las partes?

Primero, porque los interesados no tienen el conocimiento técnico o científico, pero tampoco se les esta pidiendo que reporten un dictamen para tal efecto. Tampoco

se les esta insinuando que presenten pruebas para mejor proveer, no es el caso, ni es la intención.

Esas consultas, son simples datos que se desea saber: significación, existencia, verosimilitud y operatividad, pero que no repercuten en el fondo de la litis, tampoco complementan o sustituyen en sentido estricto una prueba.

Las consultas pueden dirigirse a campos diversos: técnicos, científicos, tecnológicos, económicos, artísticos, contables, de construcción, en salud o financieros, o del tema de la controversia.

Preponderar en este tema, no las diligencias para mejor proveer, sino resaltar la competencia que ostentan los árbitros, para obtener información complementaria, de terceros.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros, informen a los compromitentes, que harán consultas a expertos, ante la complejidad de un aspecto concreto, relacionado con el arbitraje.

6.3.2.4. Aspectos Adicionales al Procedimiento

6.3.2.4.1. Calendario Procesal

INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos legales estaduales o los reglamentos arbitrales, marcan el orden y estructura del procedimiento que habrá de seguir un arbitraje, específicas etapas y plazos precisos. Es muy positivo que tratándose de arbitrajes internacionales, se elabore un programa operativo, que indique la planeación y previsión del futuro proceso arbitral.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán proponer a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* la formulación de un calendario procesal, esto, con el fin de garantizar un orden y la prosecución del proceso arbitral sin retrasos ni obstáculos; siempre que no haya disposición en el convenio de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

Este calendario procesal, será entendido como una guía, agenda o ruta crítica del proceso arbitral, y sobre el cual habrá de trabajar el árbitro; esto es necesario, ante arbitrajes comerciales internacionales, que por sus características, distancias, y costumbres, hace imperativo saber la participación que tendrán los árbitros y de las mimas partes, en cada fase, actuación, audiencia y vista.

Cabe precisar que este calendario procesal, no es el convenio de arbitraje ni el acta de misión, estos instrumentos son muy diferentes, al tema en cuestión.

Cabe puntualizar que hay normatividades o reglamentos institucionales que prevén, que las partes formen un calendario procesal, pero también hay otros que no lo exigen.

Cuando se celebre una audiencia preliminar, debería aprovecharse para fijar: los diversos plazos en el proceso de arbitraje; cuales serán las fases, actuaciones y vistas; establecer la aplicación de Masc o *Adr* previos al arbitraje; determinar la aplicación del *discovery*; establecer los plazos y el tipo de pruebas a desahogar y

establecer el plazo para dictar el laudo arbitral, sólo que no este nada de esto preestablecido en el convenio de arbitraje.

Los calendarios procesales, tendrán el carácter provisional y flexible, el cual pueda ser modificado por las partes, según el cambio de circunstancias o aspectos supervenientes.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar árbitros y compromitentes, diseñen un calendario procesal, acorde a las características del arbitraje y a los requerimientos de las partes; se pretende con esto, arribar a un laudo ejecutable.

6.3.2.4.2. Acta de Misión

INTRODUCCIÓN

Los términos de referencia, como suele denominarse también, cumple con un objetivo específico, hacer que los compromitentes aporten elementos significativos para la implementación del arbitraje institucional, ya que el convenio tipo, no contiene dato alguno, a este respecto.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral, deberán informar a los compromitentes, que el acta de misión no es un instrumento, en estricto sentido, que permita ordenar, organizar y sanear aspectos de orden procesal del arbitraje internacional; si las partes lo requieren, tendrá que solicitar una audiencia *ex profeso*, donde se determinen todos esos extremos.

JUSTIFICACIÓN

En el arbitraje institucional, es común que los centros exijan a los compromitentes cumplan con el deber de adherirse a los términos de un acta de misión, el objetivo que se persigue, será determinar elementos necesarios para la implementación formal del procedimiento de arbitraje, ya que, ni en la cláusula compromisoria, ni en la solicitud a la institución arbitral, ni en la demanda ni en la contestación a la misma, suelen establecerse todas las condiciones necesarias; por tanto, el acta de misión si cumple con esa función, y no así, para organizar o depurar aspectos procesales del procedimiento de arbitraje, presentes o supervenientes.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros informen con toda precisión a los compromitentes, que un acta de misión, no será el instrumento más adecuado para fijar los extremos de la planeación, previsión, organizar y saneamiento del arbitraje, pero que en esta audiencia puede establecerse.

6.3.2.4.3. Audiencias Complementarias a la Preliminar

INTRODUCCIÓN

La institución arbitral se perfecciona constantemente, para ello, la implementación de una o varias audiencias, posterior a la preliminar y hasta antes de que se dicte el laudo, pueden convocar las partes principalmente, para que temas o problemas no previstos o supervenientes, sean tratados en estas audiencias en comento, y con ello permita seguir dando expedites al arbitraje.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deben informar a los compromitentes, que a partir de la celebración de una audiencia preliminar y hasta antes de dictarse el laudo arbitral, en caso de surgir un aspecto de orden procesal que requiera de algún pronunciamiento, de organización o de saneamiento, las partes pueden solicitar la convocatoria de una o varias audiencias complementarias para tal efecto.

JUSTIFICACIÓN

Resulta comprensible que en una audiencia preliminar, se abordaría el mayor número de temáticas o problemáticas, que requieran una atención especial; lo cierto es que habrá otros tantos aspectos procesales imprevistos o supervenientes, que igualmente necesiten ser abordados, pero en otro momento.

En la audiencia preliminar árbitros y partes, definan aspectos de las audiencias complementarias:

Primero. Establecer las posibles sedes para las futuras audiencias, si fueran presenciales.

Segundo. Determinar si la intervención de las partes es directa o a través de representantes.

Tercero. Establecer si la audiencia complementaria, sería por vía telefónica o a través de medios de telecomunicación o electrónicos.

Cuarto. Indicar los posibles costos, que habrían de erogarse.

Quinto. Fijar el formato para dejar constancia una vez que se efectúen estas audiencias complementarias.
Sexto. Señalar el posible uso de traductores, estenógrafos o intérpretes.

La CANACO de México, en su sección de arbitrajes, señala que en la práctica internacional se acostumbra citar a conferencias complementarias vía telefónica, en la que árbitros y partes, pueden abordar aquellos temas procesales, administrativos y financieros, organizar los temas, además de tomarse los acuerdos, desde sus lugares de origen, sin la necesidad de desplazarse, dándose con ello un ahorro de tiempo y se reducen costos.

Hoy día, la tecnología del Internet, ha coadyuvado perfectamente en estos quehaceres, y es que a través de videoconferencias o correo electrónico, es como también pueden árbitros y compromitentes, llevar este tipo de audiencias complementarias, cumpliendo con la misma función, como si fuera presencial.

PROPUESTA

Se propone que los árbitros en esta audiencia preliminar, den a conocer a los compromitentes, que en cualquier momento pueden estas, solicitar al tribunal de arbitraje la celebración de una o varias audiencias complementarias a la preliminar, siendo presenciales o a través de medios tecnológicos o electrónicos; para solventar alguna temática o problemática, que pueda obstaculizar alguna fase, actuación o vista arbitral.

6.3.2.4.4. Cláusula Escalonada

INTRODUCCIÓN

La autonomía de la voluntad de los compromitentes, permite que estipulen previo al arbitraje, otros mecanismos que den solución al conflicto; una vez agotada esta posición, de no obtenerse resultados positivos, y subsiste el objeto de la controversia, se retome los trámites del arbitraje.

TEORÍA

Si ha quedado estipulado en el convenio de arbitraje, cláusula escalonada, el árbitro o el tribunal arbitral podrían informar en un momento *ex profeso*, a los compromitentes, que no darán inicio al procedimiento de arbitraje, ya que hay previamente otros mecanismos de solución, que agotar, esto de conformidad con la cláusula antes referida.

JUSTIFICACIÓN

En la audiencia preliminar, resulta oportuno, que una vez que los árbitros han revisado los términos del acuerdo de arbitraje, y encuentren la existencia de una cláusula escalonada, de inmediato deben informar a los compromitentes, que por los efectos y alcances de esta cláusula, no permite el inicio del procedimiento arbitral, hasta en tanto, no se agote la misma.

En la audiencia preliminar, puede verificarse:

Primero. Confirmar por parte de los árbitros en no dar curso al proceso de arbitraje, mientras exista una cláusula escalonada.

Segundo. Salvo que las partes renuncien a esta cláusula escalonada, entonces los árbitros se avocarán a determinar su competencia, y dar inicio inmediato al arbitraje.

Tercero. Será indispensable para los árbitros conocer el plazo de duración de la cláusula escalonada; el exceso en los tiempos, puede ocasionar una interrupción del calendario procesal, o del plazo para dictar el laudo correspondiente.

Cuarto. Acordar, que los compromitentes entreguen a los árbitros, informe o documento en el que se haga constar, sobre el resultado obtenido de la aplicación de

esta cláusula escalonada, con el fin de saber si la controversia ha quedado resuelta o no, y saber si este tribunal de arbitraje tendría una intervención.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros informen a los compromitentes, que una cláusula escalonada se encuentra estipulada en el convenio de arbitraje, y por tanto no puede darse inicio al arbitraje consecuentemente. Además, puede ser muy positivo que en esta audiencia, se fijen algunos aspectos con relación al futuro arbitraje.

6.3.2.4.5. Procesos Especiales

INTRODUCCIÓN

La práctica del arbitraje internacional, se ha diversificado a tal grado, que su procedimiento puede darse bajo una modalidad por documentos o de manera abreviada, operando estos arbitrajes, conforme a principios de orden procesal.

TEORÍA

Si los compromitentes han dispuesto en el acuerdo de arbitraje, que la resolución de la controversia, se dé a través de un procedimiento especial por documentos o de manera abreviada, y no se fijaron mayores pormenores al respecto; luego entonces en un momento *ex profeso,* el árbitro o el tribunal arbitral solicitarán a las partes, establecer requisitos y acuerdos para este efecto.

JUSTIFICACIÓN

Árbitros y compromitentes en una audiencia preliminar tendrían que:

Primero. Tratándose del procedimiento especial por documentos, implica suprimir la fase de puntos litigiosos, se reduce significativamente la etapa probatoria y la de alegatos. Para sólo constreñir al árbitro a resolver con base en la demanda y contestación, y con los documentos aportados.

Segundo. Respecto del procedimiento especial abreviado, se reduce drásticamente los tiempos de cada fase, actuación, audiencia y vista. En todo momento se respeta el debido proceso, sólo que aquí, la celeridad, concentración y la expedites del procedimiento de arbitraje, se hace notar considerablemente.

Tercero. Debe establecerse: los plazos adecuados para el agotamiento del procedimiento seleccionado; fijar la manera de efectuar las notificaciones (teléfono); indicar el número de árbitros que intervendrán; señalar la forma de recusar; mencionar que la oralidad, será fundamental en este tipo de procedimiento; definir el plazo para dictar el laudo arbitral; si la controversia debe tener una cuantía especifica; y confirmar o no la impugnación del laudo derivado de estos procedimientos.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar se establezcan los pormenores para el desarrollo del procedimiento de arbitraje, apartando la forma tradicional y aplicando un formato especial, siendo por documentos o de forma abreviada.

6.3.2.4.6. Confidencialidad

INTRODUCCIÓN

En los arbitrajes internacionales, suele generarse una gran cantidad de datos, documentos y acuerdos, que al hacerse públicos, pueden mermar los intereses de los compromitentes, por tal razón deben ser resguardados y protegidos, a petición de las partes.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deben preguntar a los compromitentes en un momento *ex profeso,* cual sería el alcance del principio de la confidencialidad aplicable en el procedimiento de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

En el arbitraje institucional, los reglamentos, los códigos de ética, el propio centro, y sus árbitros, hacen preservar en toda su extensión, la confidencialidad en el procedimiento de arbitraje.

En cuanto al arbitraje *ad hoc*, los ordenamientos legales o normatividades son muy parcos sobre el tema en cuestión.

Lo cierto es que, todo árbitro debe hacer guardar la discreción de las actuaciones, pruebas y resultados, derivados de un proceso arbitral, eso es confidencialidad, y debe estimarse como un derecho de los compromitentes, y una obligación y responsabilidad para quien esta investido como árbitro.

Independientemente del arbitraje que se trate, se requiere que los compromitentes indiquen con precisión a los árbitros, que aspectos deben quedar reservados y en estricta confidencialidad, para que así se protejan los intereses y derechos de las partes en el litigio.

Por lo anterior, deben pronunciarse, en una audiencia preliminar los supuestos a los que se aplicará el secreto y sigilo respecto de: personas; documentos; cosas;

comunicaciones; aspectos del proceso arbitral; y aspectos sobre derechos de propiedad.

Cabe precisar, que la reserva de información, consistirá en que los árbitros y las partes, no divulguen o difundan, es decir, no hacerla de la opinión pública o de un sector específico; no vender esa información y no trasmitirla en medios de Internet.

Deben guardar la confidencialidad irrestrictamente los árbitros o el tribunal arbitral, el secretario, auxiliar y el notificador, el testigo y el perito y el representante, abogados y asesores.

Lo que es del dominio público, no hay reserva, guarda o confidencialidad.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los compromitentes manifiesten a los árbitros que supuestos deben quedar resguardados bajo el principio de la confidencialidad, en el proceso de arbitraje.

6.3.2.4.7. Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje información, documentos y peritajes que provengan de otros procedimientos Masc o *Adr*

INTRODUCCIÓN

Los compromitentes, abogados o asesores, pueden tomar la decisión de aportar toda una serie de documentos o información que provenga incluso de otros procedimientos autocompositivos, previamente efectuados; quizás para apoyar en el arbitraje sus dichos, pretensiones o defensas, y los consideren hasta como un fundamento.

Lo cierto es que ese tipo de documentación e información puede estar restringido conforme a ordenamientos legales, o bien tergiversar el equilibrio, igualdad y hasta la confidencialidad de los intereses de las partes en el arbitraje internacional.

TEORÍA

El árbitro o tribunal arbitral, deberán preguntar a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* si tienen planeado o no, proporcionar medios de prueba, informes, documentos, resoluciones y peritajes, que procedan de procesos autocompositivos Masc o *Adr*; debido a que en el convenio de arbitraje no hay mención alguna al tema en cuestión; o advertirles que la ley o reglamento de arbitraje internacional prohíbe tal circunstancia.

JUSTIFICACIÓN

Los árbitros en el ámbito su potestad, pueden cuestionar a los compromitentes, si tomarán la determinación de presentar información y documentación que proceda de otros procedimientos autocompositivos; la pertinencia de preguntar, se debe a que la naturaleza de esa información, documentación y dictámenes, fue presentada en un contexto distinto, en el que prevaleció de las partes, una auténtica manifestación de hechos, verdad histórica del conflicto, expresiones personales, objetivas, verosímiles, y que hubo hasta concesiones, lo anterior se robustece con principios axiológicos;

esto implica, que debe reservarse, y no ser expuesta por obvia razón, en un contexto heterocompositivo, ya que se mal utilizaría.

Cabe recordar, que la información, documentos y peritajes, que se pretendieran aportar en el procedimiento de arbitraje, seguramente habrán determinado las partes en su momento, ser protegidos por el principio de confidencialidad, y si esto es así, se refuerza la idea, de tal prohibición para presentarlos en el arbitraje internacional.

Por otra parte, si la ley estadual, los reglamentos institucionales y los códigos de ética, ordenan tal prohibición, para que los compromitentes no aporten al procedimiento arbitral, informes, documentos, opiniones, declaraciones, resoluciones y dictámenes, esto de cumplirse irrestrictamente, por parte de los árbitros.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros informen a los compromitentes, que por mandato de ley, de reglamento o de códigos de ética, impera la prohibición de aportar medios de prueba, informes, documentos, resoluciones y peritajes, en el arbitraje internacional.

6.3.2.4.8. Conservación y Destrucción de Documentos del Proceso Arbitral

INTRODUCCIÓN

En los procesos de arbitraje comercial internacional, suele generarse una gran cantidad de documentación, propiamente la del proceso y la que las partes aportan. Al final, para el arbitraje *ad hoc,* es indiscutible fijar reglas relativas a la conservación y destrucción. Documentos de suma importancia no pueden quedar expuestos al público, y máxime, si las partes en su momento declararon confidencialidad.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán preguntar a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* que medidas habrán de acordarse para la conservación, entrega de documentos y la destrucción del expediente derivado del proceso de arbitraje internacional *ad hoc.*

JUSTIFICACIÓN

En esta tesitura, por la naturaleza de este arbitraje, el árbitro, al no ser funcionario de Estado, y no depende de alguna institución privada, además, no contar con una sede oficial para el archivo y conservación del expediente y documentos anexos; es imperativo establecer reglas a este respecto.

Árbitros y compromitentes se pronuncien en una audiencia preliminar sobre este particular:

Primero. Señalar el lugar donde se concentraría el expediente y documentación anexa.

Segundo. Determinar quien efectuará un registro, control, custodia, conservación, y hasta la posible destrucción del expediente en cuestión.

Tercero. Establecer cuando se haría entrega de la documentación contenida en el expediente sea en original o en copias fotostáticas de: contratos, convenio de arbitraje, documentos base del litigio, acuerdos, peritajes y opiniones técnicas.

Cuarto. Convenir quien tendrá el encargo de tramitar, depositar, supervisar el expediente en cuestión.

Quinto. Acordar los gastos que se erogarían con motivo del depósito y la conservación.

Sexto. Establecer el plazo, en que habrá de conservarse un expediente arbitral.

Séptimo. Señalar que documentos no serán entregados y quedarán reservados en el expediente; así como, fijar que documentos son estrictamente confidenciales y no deben ser del dominio público.

Octavo. Convenir sobre la destrucción del expediente y documentos: el plazo para su destrucción; quien efectuará tal destrucción; quien garantizará que esa información y documentación verdaderamente se destruya y no sea sustraída con fines ilícitos, además quien elaborará la constancia de destrucción y quien deberá recibirla.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros conjuntamente con los compromitentes acuerden las medidas que habrán de ser consideradas para la conservación y destrucción de un expediente de un procedimiento de arbitraje.

6.3.2.5. Apoyos Externos

6.3.2.5.1. Principio de Mínima Intervención

INTRODUCCIÓN

Cuando hay la suscripción de un convenio de arbitraje, los particulares están renunciando a la justicia estadual, y a la intervención de jueces. Por tanto, la naturaleza jurídica del arbitraje, hace imperativo que intervenga sólo árbitros, seleccionados por las partes, y han confiando en ellos, para que administren la justicia rogada.

En casos especiales y cuando se justifique plenamente, se daría una mínima intervención, a otros personajes, para declarar un derecho, realizar una actuación o ejecutar una medida, de lo cual este impedido o carezca el árbitro.

TEORÍA

Los árbitros deben informar a los compromitentes, en un momento *ex profeso,* que durante el desarrollo del procedimiento de arbitraje, reconozcan la *kompetenz-kompetenz* para intervenir en cada etapa del arbitraje, quedando excluidos en primer término la intervención de autoridades o entidades ajenas al tribunal arbitral.

Sólo en caso excepcional, habría la intervención mínima de jueces u otros expertos, en la toma de decisiones o en la ejecución de un acto de orden procesal.

JUSTIFICACIÓN

En una audiencia preliminar los árbitros deben explicar a los compromitentes sobre los alcances y efectos de este principio de mínima intervención, ya que evidentemente, para ciertos aspectos procesales, la competencia de los árbitros está limitada por la *coertio* y la *executio*.

El principio de mínima intervención, estaría justificado: por el impedimento de un árbitro, por no lograr consensos con los particulares, por no estar habilitado para determinar o ejecutar algo, lo anterior, hace necesario la presencia de jueces o profesionales.

La audiencia preliminar, debe servir a los árbitros para exhortar a los compromitentes:

Primero. Para que se conduzcan con máxima comunicación, concertación, negociación, cooperación y lealtad; cumplir estrictamente los términos del convenio de arbitraje, y respetar la misión encomendada a los árbitros.

Segundo. Para que no propicien escenarios de disputas estériles o sin fundamento, de oposición y de rivalidad.

Tercero. Que la implementación de la mínima intervención, no sea una medida continua, desproporcional y hasta exacerbada, en la que se haga intervenir, autoridades judiciales o de otras instancias o sectores, con el único fin de interrumpir, obstaculizar, retardar el proceso en cuestión.

Este tipo de intervención debe ser cuidada y controlada. Tiene un carácter evidentemente intencional, que en nada beneficia al proceso de arbitraje.

Cuarto. Limitar la mínima intervención, no se habla de impedir o prohibir, sólo de reducir las intervenciones de terceros neutrales, lo anterior, es para no poner en riesgo el convenio de arbitraje, ni el curso del procedimiento arbitral, ni el plazo para dictar el laudo arbitral; por terceros sin escrúpulos, que influyan mezquinamente para desestabilizar o hagan que las partes abandonen o renuncien al arbitraje (deslealtad), los árbitros deben hacer primar siempre el convenio de arbitraje.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros expresen a los compromitentes, los alcances y efectos legales del principio de la mínima intervención en el procedimiento de arbitraje; por tanto, esta en manos de las partes, no hacer un uso excesivo o hasta exacerbado para que intervengan terceros neutrales en la toma de decisiones. Los árbitros harán que se respete íntegramente los términos del acuerdo de arbitraje.

6.3.2.5.2. Auxilio Judicial

INTRODUCCIÓN

El papel de los árbitros en un arbitraje será conocer y resolver una controversia; pero en específicas circunstancias del proceso, se encuentran impedidos o carecen de competencia, para cumplir su función, por tal motivo, jueces estatales deben realizar alguna actuación arbitral, por solicitud de los compromitentes o de los propios árbitros.

TEORÍA

Los árbitros en un momento *ex profeso,* deben informar a los compromitentes, que la competencia y el *imperium*, pueden estar limitados en ciertos aspectos, durante el desarrollo del procedimiento de arbitraje. Ante esta situación árbitros y partes, no pueden dejar inactivo el arbitraje, por tanto, debe hacerse intervenir según el caso, a jueces, que solventen aquellas necesidades como tomar acuerdos, decisiones, dictar medidas o ejecutar actos, siempre que no haya disposición en el convenio de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

En una audiencia preliminar, se debe precisar:

Primero. Que habrá el auxilio judicial: cuando las partes y los árbitros no logren llegar a un acuerdo sobre algún punto de orden procesal, respecto del arbitraje; cuando los árbitros no estén habilitados por el convenio de arbitraje; cuando esté impedido por razón de su imperio arbitral.

Por lo anterior, los árbitros deberán externar a los compromitentes qué impedimentos tienen, para acordar, decidir y ejecutar medidas en materia arbitral; ante este escenario no puede quedar el procedimiento de arbitraje, en *stand by*, se requiere prosecución del procedimiento, no importando que se dé justificadamente la intervención de jueces.

Por otra parte, sean los árbitros o los propios compromitentes quienes soliciten directamente, el auxilio judicial, del lugar sede del proceso arbitral, para que se pronuncien sobre estos extremos comentados.

El auxilio judicial procederá en los siguientes supuestos:

Declarar la existencia y validez jurídica del contrato principal y del convenio de arbitraje; fijar la ley aplicable al convenio de arbitraje, al proceso y al laudo arbitral; establecer los procedimientos de nombramiento, recusación, remoción y sustitución de árbitros; delimitar la competencia de un árbitro o de un tribunal arbitral; aplicar medidas cautelares; compeler a que el árbitro cumpla con su función; desahogar pruebas; anular un laudo arbitral y denegar del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar árbitros y compromitentes, preventivamente establezcan los extremos del auxilio judicial, para el arbitraje comercial internacional.

6.3.2.5.3. Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje

INTRODUCCIÓN

Ante complejos arbitrajes internacionales, muchas veces los compromitentes, desean hacer intervenir a técnicos en arbitraje, para que aporten ideas, decidan o ejecuten medidas arbitrales. En este caso, los árbitros deben ser muy cuidadosos, para que estos expertos no se extralimiten en sus funciones, y hagan mermar la competencia de los mismos.

TEORÍA

Los compromitentes en un momento *ex profeso* deberán informar al árbitro o al tribunal arbitral, que hay una disposición en el convenio de arbitraje, o en su defecto harán saber de un acuerdo ulterior, para hacer intervenir de acuerdo a sus intereses, un experto de una corporación profesional, de un organismo sectorial o de un centro que administre arbitraje, para que decida sobre algún punto en concreto del procedimiento arbitral, cuando las partes y árbitros no logren acuerdos.

JUSTIFICACIÓN

En una audiencia preliminar, se clarifique:

Primero. Cuando árbitros y partes no lleguen a acuerdos sobre aspectos procesales; o que el árbitro este impedido por convenio de arbitraje; o no tenga competencia; las partes pueden decidir, en recurrir a expertos para tomen acuerdos, decidan, dicten o ejecuten medidas en torno al arbitraje, pertenecientes a una corporación profesional, organismo sectorial o un centro que administre arbitraje.

Se pretende que estos técnicos, se pronuncien: en sugerir la manera de resolver o destrabar algún problema concreto; indicar la manera de efectuar una actuación o vista; decidir el nombramiento, remoción o sustitución de un árbitro; sugerir algún plazo o prueba, determinar un idioma, un derecho o normatividad aplicable al arbitraje.

Segundo. Los árbitros deberán exigir a los compromitentes, intenten definir en que supuestos intervendrán estos terceros neutrales, ya que se pretende que no se extralimiten en la competencia de los árbitros.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar quede establecido sobre la intervención de estos expertos de estas entidades, en casos concretos del proceso de arbitraje; debiéndose cuidar en no extralimitarse los términos del convenio de arbitraje, sobre todo la competencia y funciones de los árbitros.

6.3.2.5.4. Intervención de un *expertise*

INTRODUCCIÓN

Los compromitentes, habrán acordado en el convenio de arbitraje, que cuando surja el conflicto interpartes, y previo al arbitraje, intervenga un *expertise,* cuya misión sería ajustar los términos del contrato principal. Si cumple satisfactoriamente con su labor, habrá evitado el conflicto y hasta el mismo arbitraje. En caso contrario, los árbitros, estarán atentos para iniciar la tramitación del arbitraje en comento.

TEORÍA

Cuando los compromitentes por diversos motivos o factores de estrategia, de distancia o de costos, las partes no han cumplido con lo pactado, de hacer intervenir un *expertise* posterior al conflicto, y hasta la constitución del tribunal arbitral, los árbitros advirtiendo la existencia de esta cláusula, deben informar a las partes, que no proseguirán, el procedimiento de arbitraje, y que en un momento *ex profeso* los interesados tendrían la obligación de recurrir al *expertise* para que cumpla con su labor.

Una vez hecho lo anterior, los compromitentes deberán informar a los árbitros, de los resultados obtenidos, en caso de que falle el *expertise,* los árbitros se avoquen de inmediato al convenio de arbitraje, y establezcan las medidas pertinentes para dar inicio al procedimiento de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

En el caso de que los compromitentes, tardíamente no han hecho intervenir a un *expertise,* tal y como esta estipulado en el convenio arbitral, la sugerencia de los árbitros podría ser que en una audiencia preliminar, se agote esta cláusula en comento.

Aunque previo a ese desahogo, es pertinente acordar árbitros y partes:

Primero. Fijar el plazo que se daría a un *expertise* para atender su función.

Segundo. Recordar que no se deben prolongar los tiempos, ya que existen términos muy precisos para el desarrollo del arbitraje.

Tercero. También puntualizar, que los árbitros no pasarán por alto la cláusula de intervención, de un *expertise,* sólo que ambas partes renuncien a tal compromiso.
Cuarto. Al final de la intervención de un *expertise,* las partes deben comprometerse a informar a los árbitros que éxitos se obtuvieron, o en caso contrario, los árbitros atenderían de inmediato el inicio formal del arbitraje.

Una observación final, en el caso de que los árbitros pasen por alto o haya un desacato por parte de los árbitros, a esta cláusula de *expertise,* la parte interesada a la postre solicitaría la nulidad del laudo arbitral, argumentando la falta de observancia del acuerdo de arbitraje.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, si las partes no han hecho intervenir a un *expertise,* sea este el momento oportuno para dar cumplimiento a esta cláusula del convenio de arbitraje.

6.3.2.5.5. Intervención de un *Preárbitro*

INTRODUCCIÓN

Los particulares, cuando suscriben un contrato, y máxime un convenio de arbitraje por abogados o asesores, pueden diseñar o reestructurar un acuerdo de arbitraje, que en muchas de las ocasiones, no hay tal acierto, y se detectan a la postre errores, omisiones o inexactitudes, por tal motivo, un convenio de arbitraje en esas circunstancias, complica la implementación del arbitraje. Por lo anterior, existen expertos que pueden cumplir con esa misión, la de adecuar o corregir el citado convenio.

TEORÍA

Los compromitentes deben informar a los árbitros o al tribunal arbitral, en un momento *ex profeso,* que el convenio de arbitraje, estipula que en caso, de que el acuerdo de arbitraje presente deficiencias, omisiones, ambigüedades o inexactitudes, las partes disponen que un preárbitro tenga a su cargo, que completar, corregir, actualizar o adaptar la cláusula compromisoria en cuestión.

JUSTIFICACIÓN

Cuando los compromitentes por diversas circunstancias no han cumplido con lo pactado, de hacer intervenir un preárbitro posterior al conflicto, y hasta la constitución del tribunal arbitral, los árbitros advirtiendo la existencia de este compromiso, señalarán a las partes, que no proseguirán el arbitraje, hasta en tanto, en una audiencia preliminar, los árbitros sugieran o los interesados opten, para que un preárbitro intervenga y cumpla con su función.

Una vez que acontezca lo anterior, los compromitentes estarán obligados a informar a los árbitros, del resultado que se obtuvo, para que así, inmediatamente el tribunal arbitral se avoque a los nuevos términos del convenio de arbitraje, y con el fin, de organizar y tomar las medidas necesarias para el inicio formal del procedimiento arbitral.

Resulta muy positivo, que previo al desahogo de esta cláusula, conjuntamente árbitros y partes fijen en una audiencia preliminar:

Primero. Fijar el plazo que se daría a un preárbitro para atender su misión.

Segundo. Recordar que no se deben prolongar los tiempos, ya que existen términos muy precisos para el desarrollo del arbitraje y dictar el laudo.

Tercero. Cabe puntualizar, que los árbitros no pasarán por alto la cláusula de intervención de un preárbitro, sólo que ambas partes renuncien a tal compromiso.

Cuarto. Al final de la intervención de un preárbitro, las partes deben comprometerse a informar a los árbitros sobre los nuevos ajustes hechos al convenio de arbitraje, para que así, éstos se avoquen de inmediato a organizar el arbitraje.

Por último, cabe precisar, que si los árbitros soslayan esta disposición de la intervención de un preárbitro, posteriormente habría consecuencias, como nulificar el laudo arbitral.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, si las partes no han hecho intervenir a un preárbitro, sea este el momento idóneo para dar cumplimiento a esta disposición del convenio de arbitraje, además de acordar otras condiciones.

6.3.2.5.6. Intervención de un *Referé*

INTRODUCCIÓN

Durante el desarrollo de los procedimientos de arbitraje, de acuerdo a su complejidad, pueden ocurrir eventualidades, casos fortuitos o cualquier contingencia en relación con los árbitros; lo cierto es que el proceso no puede suspenderse o tener un stand bay, por lo que habrá de intervenir un *referé,* el cual inmediatamente, y estará facultado para tomar medidas precautorias con carácter de urgente en el proceso arbitral.

TEORÍA

Los compromitentes deberán informar a los árbitros, en un momento *ex profeso,* que han estipulado en el convenio de arbitraje, que ante alguna eventualidad en la persona del árbitro, o no se encuentre al momento de las actuaciones arbitrales, desempeñando su labor, la cláusula compromisoria estatuye que un *referé,* tomará decisiones o medidas para solventar un acto o resolver algún problema (jurídico-técnico), en el momento que se requiera del arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

Si hasta el momento de la constitución del tribunal de arbitraje, y hasta antes del período probatorio, los compromitentes no han requerido de la intervención de un *referé*, sería muy pertinente que al celebrarse una audiencia preliminar, convocada por los árbitros o las partes, acuerden los siguientes puntos:

Primero. Que los árbitros tengan conocimiento de la intervención de un *referé.*

Segundo. Establecer que la intervención de un *referé* no podrá prolongarse más allá de un tiempo razonable, para no interferir con los plazos pactados en el convenio de arbitraje.

Tercero. Se acuerde, que la intervención de un *referé* tiene el cometido sólo en casos urgentes y con carácter inmediato sustituir a un árbitro en una actuación arbitral, o dictar un medica precautoria; sin atribuirle otras funciones o potestades.

Cuarto. Debe quedar claro a las partes que el papel de un *referé,* no es sustituir ni al tribunal arbitral, ni formar parte del mismo, menos aún, sustituir a un árbitro en particular.

Quinto. El resto de los árbitros que componen un tribunal arbitral, ante la intervención de un *referé,* no deben obstaculizar su función.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar árbitros y compromitentes, acuerden conjuntamente establecer algunos parámetros de tiempo y forma, para cuando se requiera de la intervención de un *referé*, en proceso de arbitraje.

6.3.2.5.7. Intervención de un *Neutral Expert*

INTRODUCCIÓN

Los procedimientos arbitrales internacionales, suelen ser muy técnicos, por lo que en ocasiones ni las propias partes, ni los abogados o asesores pueden pronunciarse sobre algún punto en concreto, por ser muy especializado; luego entonces, se hace necesario intervenga un experto neutral, que dilucide algún tema o problema relativo a la controversia o del proceso en sí.

TEORÍA

Los compromitentes informarán al árbitro o al tribunal arbitral, en un momento *ex profeso,* que en el convenio de arbitraje, se estableció, que cuando las partes lo requieran, solicitarán la intervención de un experto neutral, para que emita alguna recomendación técnica sobre algún aspecto de la controversia o del procedimiento arbitral.

JUSTIFICACIÓN

Si hasta el momento de la constitución del tribunal de arbitraje, los compromitentes no han requerido de la intervención de un experto neutral, sería muy oportuno que se convocase una audiencia preliminar, en la cual árbitros y partes, definan:

Primero. Los árbitros ratifiquen de las partes, si mantienen su intención de hacer intervenir a un experto neutral, o renuncian a tal posición.

Segundo. Establecer aproximadamente el tiempo que tendría este experto neutral, para que emita su opinión técnica, ya que deberá considerar, que no podrá prolongarse más allá de los plazos estipulados en el convenio de arbitraje.

Tercero. Determinarse si el procedimiento arbitral habría de suspenderse, hasta en tanto el experto neutral, cumpla con su función.

Cuarto. Se acuerde, que la intervención de un experto neutral, tiene el cometido sólo de emitir opiniones técnicas. Por tanto, no se le puede habilitar a otro fin.

Quinto. Debe quedar claro a las partes que el papel de un experto neutral, no deberá aceptar ningún cargo o potestad diversa a su naturaleza.

Sexto. Los árbitros que componen un tribunal arbitral, ante la intervención de un experto neutral, éstos no deben cuestionar u obstaculizar su función.

Séptimo. Árbitros y compromitentes, deben estar concientes, que ante las opiniones técnicas que emita el experto neutral, pudiera impactar, a grado tal de: ampliarse o modificarse la demanda y contestación; cambios en el calendario procesal; variar las condiciones para la celebración de actuaciones, audiencias y vistas; alteración de los medios de prueba y de alegatos; y quizás, se contemplen procesos de negociación o de transacción.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, conjuntamente árbitros y compromitentes delimiten algunos temas relacionados con la intervención del experto neutral, el objetivo sería no interfiera éste, ni en los tiempos ni en la labor del tribunal arbitral.

6.3.2.6. Aspectos dirigidos al árbitro o centro que administra arbitraje

6.3.2.6.1. Exclusión de Responsabilidad y Renuncia a la Difamación

INTRODUCCIÓN

Cuando los compromitentes signan un convenio de arbitraje, inequívocamente manifiestan cumplir a cabalidad los deberes y obligaciones que emanen del propio arbitraje y de su laudo. Asimismo, cuando las partes han seleccionado a los árbitros, y se conforma el tribunal arbitral correspondiente, asumen respeto, colaboración y lealtad; y no hay la intención injustificada de recusarlos.

Es dable a los compromitentes que ante la emisión del laudo arbitral, deben cumplirlo voluntariamente y aceptando sus términos, ya que así fue manifestado desde la suscripción del acuerdo de arbitraje.

No debe motivar ninguno de los compromitentes, para denostar, desprestigiar, la función y laudo creado por los árbitros; tampoco difamar sobre la justicia rogada.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral en un momento *ex profeso* deberán informar a los compromitentes y a sus representantes, que sus competencias priman, en función del convenio de arbitraje, por lo que habrán de abstenerse de imputar responsabilidad o difamación de su labor, de su status y de su laudo arbitral.

JUSTIFICACIÓN

Los árbitros de parte, y el árbitro dirimente, cuando son seleccionados para conformar el tribunal arbitral, cumplen con una misión, de juzgar y encontrar una solución al caso concreto; por tanto, no da derecho, a los compromitentes para que presionen, coaccionen, amenacen, o intimiden con demandarlos, sino responden a sus peticiones o intereses.

La doctrina internacional, hace énfasis, en respaldar y fortalecer una especie de inmunidad para los árbitros, ya que no sería congruente, dudar de los árbitros elegidos por ellas, y máxime cuando han cumplido con el convenio de arbitraje, el reglamento o ley aplicable.

No olvidar que los compromitentes, les conceden facultades especiales para actuar como árbitros y juzgadores; éstos representan una investidura suprema, y una jurisdicción excepcional a la solución del conflicto. Por tanto, no puede quedar a expensas de las partes, el descrédito, denigrar o degradar, prejuzgar o dudar de su función.

Es correcto, proteger la misión especializada de los árbitros, ante caprichos e infundíos, de los compromitentes, que en muchas de las veces, carentes de sentido y comprometen el buen juicio de los árbitros.

Es cierto que el arbitraje, como método heterocompositivo, produce un fallo de carácter de suma cero, es decir, uno gana y el otro pierde, ante esta posición, si las partes, buscaban un resultado equitativo, pues estas se equivocaron de medio o alternativa.

La justicia que imparten los árbitros, no puede estar acotada por los designios de los compromitentes, por ende, quedará para ellos sólo respetar el laudo arbitral.

Cosa muy diferente, cuando las partes adviertan, del árbitro o del tribunal arbitral, ciertas conductas, decisiones o procederes, que encuadren en el dolo o en la culpa, está claro, que los compromitentes podrán imputar esa responsabilidad (civil o penal) según el caso.

Cuando hay negligencia, ésta se orienta a la culpa, y cuando hay intención, se dá el dolo, unas y otras, son faltas que deben cualificarse y tomarse las decisiones pertinentes; siempre que queden debidamente fundadas y justificadas. De lo contrario, no es correcto denunciar responsabilidades de aquellos árbitros probos.

Por otra parte, respecto de los centros que administran arbitraje, señalaré que éstos, brindan un servicio de calidad a los usuarios, garantizando una solución adecuada a su controversia.

En sus reglamentos de arbitraje, se ha estipulado muy claramente, para los compromitentes, que la institución queda exenta de cualquier responsabilidad, que se

pretenda imputarle; ya que, quien administra justicia y emite el laudo es el árbitro y no el centro de arbitraje.

Ahora bien, los centros que administran arbitraje, han adoptado medidas muy drásticas para exigir a los árbitros que formen parte de sus listas o sean miembros arbitrales de la institución, para que declaren neutralidad, imparcialidad e independencia; incluso aún más, con apego a códigos de ética, se les indica que al aceptar sus cargos, actúen de manera correcta, con rectitud y probidad; esto con el fin, de evitarse, les atribuyan responsabilidad y les lleguen a difamar.

Por lo anterior, se sugiere que en una audiencia preliminar, árbitros y compromitentes acuerden:

Primero. Las partes se comprometen en no responsabilizar a los árbitros injustificadamente, por el fallo dado.

Segundo. Que tratándose del arbitraje institucional no responsabilizar al centro de arbitraje, y a su presidente, vicepresidente y empleados administrativos; a la Secretaría General; a la Corte de Arbitraje; al Consejo General Juntas Directivas; a los Comités Nacionales; a los árbitros y los peritos.

Tercero. Los compromitentes deliberadamente no deben interponer reclamos, acciones, procedimientos y recursos, contra los árbitros por su actuar o por su laudo; salvo, que sean responsables por actos u omisiones intencionales.

Cuarto. Tratándose de actos u omisiones negligentes, y por daños y perjuicios, los compromitentes deben atribuir responsabilidad legal, pero no proceder a su difamación contra la institución arbitral y mucho menos contra sus árbitros.

Quinto. Los compromitentes habrán de abstenerse de emitir difamación, bajo la modalidad de declaración, comentario, opinión oral o escrito; o realizar protesta en medios de telecomunicación o electrónicos, o a través de sus representantes, asesores o abogados.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar, árbitros y compromitentes delimiten los alcances y efectos de la responsabilidad y de la difamación, contra instituciones arbitrales y los propios árbitros.

6.3.2.6.2. Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en el Arbitraje

INTRODUCCIÓN

Los conciliadores y mediadores, son expertos en una técnica muy especializada, para la solución de conflictos. Es muy probable que los interesados en su momento les exigieran un cumplimiento irrestricto a su función encomendada; así mismo, respetar la neutralidad e independencia, y además, hacer que prime la cuestión de la confidencialidad; por todo lo expuesto, tomar parte estos conciliadores o mediadores en un proceso de arbitraje, rompe con la lógica jurídica y la congruencia procesal, ya que pone en riesgo los principios procesales y los intereses de los particulares.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral en un momento *ex profeso,* deben informar a los compromitentes, que la decisión que tomen las partes, acerca de hacer intervenir a conciliadores o mediadores en alguna forma o carácter, en el procedimiento de arbitraje, no es muy adecuado, ya que afecta el equilibrio e imparcialidad arbitral.

JUSTIFICACIÓN

Quienes han fungido como conciliadores o mediadores, deben asumir con ética, el no aceptar los llamados a intervenir en forma directa o indirectamente, en un proceso de arbitraje.

El estatus de los conciliadores y mediadores, y la privilegiada información y documentación que poseen, evidentemente hace muy atractivo a los compromitentes en conflicto, hacer que se presenten a declarar o dar un testimonio, o bien, entregar documentos o dictámenes, en el arbitraje; hacer esto, trae riesgos de parcializar las fuerzas entre las partes; además debe considerarse, que lo que llegarán a reportar los conciliadores y mediadores, puede influenciar seriamente en los criterios de los árbitros, al realizarse cualquier actuación, audiencia, pruebas o vistas, y favorecer a alguien o restarle merito o valor a alguna circunstancia.

Por otra parte, la intervención de conciliadores o mediadores por mínima que sea, expresa o tácita, atenta: la independencia, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y el secreto profesional, además de violar la ley, el reglamento, el tratado internacional o los códigos de ética.

Por lo anterior, se considera oportuno y como medida preventiva, que en una audiencia preliminar los árbitros enfaticen a los compromitentes, a que no hagan tomar parte, a conciliadores y mediadores en el procedimiento de arbitraje como: sea con el carácter de abogado, apoderado, representante, consejero o asesor; como testigo o perito; como *expertise, preárbitro, referé y como neutral expert.*

Finalmente, reafirmar que el tercero neutral (conciliador y mediador) agote y cumpla su mandato para el cual fue designado, y no utilice esa misma investidura para ser ejercida *sui generis* en el procedimiento de arbitraje comercial internacional.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros deben enterar a los compromitentes, que deben abstenerse de hacer intervenir a conciliadores o mediadores en el procedimiento de arbitraje, ya que las consecuencias legales y procesales pueden ser evidentes.

6.3.2.6.3. Imposibilidad de que el árbitro sea perito

INTRODUCCIÓN

Los árbitros están llamados a conocer, resolver un conflicto e impartir justicia. Si los compromitentes atribuyen a los árbitros otras potestades distintas como la de ser perito, contravienen el convenio de arbitraje, y se tergiversará la naturaleza de un árbitro.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán comunicar a los compromitentes en un momento *ex profeso*, que el cuerdo de arbitraje es muy claro, al delimitar las funciones, misiones y competencias que habrán de ejercer; por tanto, no hay razón o motivo, para que adquieran un rol distinto al de árbitro, y se les proponga que realicen un oficio, como el de perito.

JUSTIFICACIÓN

En muchas ocasiones, se escucha decir de los propios compromitentes, que cuando designan a los árbitros, es por que poseen ciertas cualidades y aptitudes, además de ser expertos en cierta área jurídica o no jurídica, por lo que hace, ser considerarlos hasta con una calidad de peritos.

Sobre este particular, cierto es qué el árbitro, posee conocimientos, técnica, experiencia y práctica, en un ámbito específico, puede ser muy positivo al momento de interpretar la controversia, las pretensiones o las pruebas, también, asimilar todo lo que se expone en el proceso; pero de ahí, a que la opinión vertida por éste árbitro sea una expresión de un perito, no es correcta, por dos motivos: la calidad de árbitro responde al mandato dado por los compromitentes, y no debe ostentar una calidad distinta a la inicialmente, como un perito.

Para ser perito, debe cumplirse con una instrucción o capacitación específica; esta especialización debe ser en una ciencia, arte u oficio y contar con una autorización estatal.

Por lo anterior, los árbitros pueden estar versados en algo, pero desempeñar u ostentar una calidad adicional, que sería la de perito, no es correcto, no es congruente y no sería recomendable.

El perfil del árbitro y del perito, responden a campos diversos, por ello no debe confundirse la participación de estos personajes en el proceso de arbitraje.

Ahora bien, si los compromitentes requerían de un árbitro-perito, entonces tenían que haber designado a un:

Árbitro de Calidad. "Atentos a establecer dictámenes u opiniones vinculantes sobre condiciones exclusivamente técnicas." [650]

Árbitro Técnico. "Expertos profesionales, generalmente no juristas… resolver cuestiones técnicas y no jurídicas, muy especializadas o cuestiones relacionadas… o bien como peritajes técnicos que se aportarán como medio de prueba al procedimiento de arbitraje." [651]

Si los compromitentes requerían de un profesional con esta calidad y perfil, pues evidentemente, erraron al seleccionar tanto la vía del arbitraje, como del experto.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros informen a los compromitentes, que no deben ejercer una función diversa a la de árbitro, que por lo cual fueron investidos. Debiendo todo árbitro renunciar a cualquier potestad que las partes les atribuyan, como en este caso, la de ser peritos.

[650] MERINO MERCHÁN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Op. cit*., Ver Nota 119, p. 737
[651] ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Op. cit*., Ver Nota 502, p. 488

6.3.2.6.4. Delegación de Facultades

INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional, es un mecanismo muy técnico y especializado, ciertamente los árbitros están llamados, por voluntad de las partes a conocer y resolver el conflicto, así como impartir justicia; ahora bien, dentro del proceso de arbitraje, habrá cierta actividad investigativa, por tanto debe considerarse que un auxiliar, sea encomendado a participar. Su función es ayudar a que cierta información de corte doctrinal, legal o jurisprudencial, se haga llegar oportunamente a los árbitros, los que darán el uso adecuado.

TEORÍA

El árbitro o el tribunal arbitral deberán informar en un momento *ex profeso* a los compromitentes, que de acuerdo con la complejidad de la controversia, se hace necesario que den su anuencia y autorización para que los árbitros *ad hoc*, deleguen en auxiliares, facultades específicas de investigación en materia doctrinal, normativa y jurisprudencial.

JUSTIFICACIÓN

El arbitraje internacional *ad hoc*, por su naturaleza suele ser intrincado, con una multiplicidad de elementos extranjeros, que estos a su vez, tendrían un vínculo directo con diversas reglas, normas, usos y costumbres, tratados, reglamentos, incluso jurisprudencia arbitral; en ocasiones se hace necesario que los árbitros cuenten con una persona que les auxilie en una labor investigativa netamente, y que recabe la información sustancial; sin tener ninguna otra participación directa o indirecta en el conflicto, en el procedimiento arbitral, y mucho menos en el laudo.

Cabe precisar, que no se habla de un secretario, ya que él tiene, asignadas otras potestades, y que no coinciden con las de este auxiliar en comento.

Se sugiere que al celebrarse una audiencia preliminar, conjuntamente árbitros y compromitentes, logren acuerdos:

Primero. Que los árbitros expliquen y justifiquen a los compromitentes la necesidad de contar con auxiliares, para una labor estrictamente investigativa y de recabar materiales de tipo doctrinal, normativa o jurisprudencial, respecto del procedimiento de arbitraje.

Segundo. Obtener la autorización de las partes, para realizar este tipo de designación.

Tercero. El nombramiento de estos auxiliares, será responsabilidad del árbitro o el tribunal arbitral.

Cuarto. Es dable que las partes, pudieran aproximarse a decir, el número de estos auxiliares, su nacionalidad, si son abogados o no y si cuentan con ciertos idiomas.

Quinto. Un auxiliar procederá: a no efectuar tareas diversas a las que fue comisionado; no desarrollará actividades de un secretario; no asistirá este auxiliar a los árbitros, ni directa o indirectamente en ninguna fase, actuación o audiencias del procedimiento arbitral; no ejercer alguna función propia de los árbitros; no podrá sustituir o usurpar la función de un árbitro; no podrá emitir opiniones, declaraciones, dictámenes de orden técnico, ni tampoco hacer propuestas de solución a los árbitros.

Sexto. A este auxiliar debe exigírsele: independencia, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad; que posea cierta preparación-práctica investigativa; deberá rendir protesta o juramento, respecto de su actividad encomendada.

Séptimo. Los árbitros o el tribunal arbitral serán responsables respecto de la función asignada a este auxiliar, y de su correspondiente remuneración.

Octavo. Los árbitros deben tener el cuidado, que esos auxiliares, no tengan la nacionalidad de las partes en conflicto, como medida preventiva.

Noveno. La función de este auxiliar sería recabar información nacional o internacional, sobre: doctrina; jurisprudencia; precedentes judiciales; leyes o normas nacionales; reglamentos institucionales; *soft law*: Códigos de Conducta, Conferencias Marítimas, Reglas Uniformes, Nomenclatura y Terminología Uniforme, Leyes Modelo y Guías Jurídicas; *lex mercatoria* (usos, prácticas y costumbres); contratos tipo; Códigos de Ética; normatividades de corporaciones profesionales o de

organismos sectoriales; Tratados/Convenciones internacionales: de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP); de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado; de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL); del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), publicaciones (guías, reportes, anuarios); entre otros.

Décimo. Será muy pertinente que en esta audiencia preliminar, quede claro a este auxiliar, que le esta terminantemente prohibido: sustraer documentos, fotostáticas o cualquier material, para diversos fines; preparar resúmenes, dossier, informes, memorandums o peritajes; así mismo, poner en riesgo documentos o información reservada; traducir o interpretar documentos o información.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los árbitros sugieran a los compromitentes, que den su anuencia para permitir que durante el procedimiento de arbitraje, auxiliares de este cuerpo arbitral, ayuden a realicen una específica misión investigativa, en el área doctrinal, legal o jurisprudencial.

6.3.2.7. Aspectos Normativos Aplicables

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la teoría y naturaleza del arbitraje comercial internacional, este no puede estar sujeto a la unicidad de una sola normatividad o derecho, más bien queda inmerso a una pluralidad de disposiciones de carácter legal, de *soft law,* convencional o de otro tipo, según lo decidan los compromitentes.

TEORÍA

Los compromitentes deberán informar en un momento *ex profeso* al árbitro o al tribunal arbitral, que han acordado la aplicación adicional o el cambio de ciertos medios normativos entre ellos, normatividades de *soft law*, *lex mercatoria*, Estipulaciones Particulares, Contratos Tipo y Tratados/Convenciones Internacionales, entre otros, para regir algunos aspectos de la controversia, del procedimiento o del laudo; independientemente de los derechos base consignados en el convenio de arbitraje.

JUSTIFICACIÓN

Las controversias en el ámbito del comercio internacional, suelen tener un número importante de puntos de contacto, que se vinculan a la vez, con diversas leyes o normatividades extranjeras; cuando se redactó la cláusula compromisoria, las partes, quizás no tenían contextualizado este tema, y por tanto, sólo se avocaron en designar ciertas normatividades aplicables al arbitraje; pero en el transcurso del procedimiento de arbitraje, se pudieron dar cuenta, que existen diversas circunstancias o aspectos que no contemplaron o que ni siquiera imaginaron, esto hace suponer que pueden corregir, modificar o adicionar normatividades aplicables al caso concreto.

Los árbitros, están sujetos para aplicar invariablemente todo el régimen legal contenido en el acuerdo de arbitraje, y aquél, que decidan los compromitentes, en una audiencia preliminar o en audiencias complementarias.

Los árbitros no deben soslayar el régimen normativo determinado por los compromitentes, ya que su consecuencia jurídica, sería que la parte impugne en su caso, el laudo arbitral, solicitando su nulidad, debido a que los árbitros no respetaron los términos del convenio de arbitraje.

Por otra parte, en la audiencia en comento, si los árbitros advierten errores o inexactitudes respecto de los derechos o reglas aplicables, éstos, diligentemente deben proceder a solicitar la aclaración o que las partes corrijan tal situación.

PROPUESTA

Se propone que en una audiencia preliminar los compromitentes informen a los árbitros sobre la aplicación, corrección o modificación de nuevas reglas, normas o derechos que serían aplicables, al aspecto procesal requerido. Variando o complementando a los ya señalados en el convenio de arbitraje.

6.4. Propuestas de Orden Legislativo y Normativo

Preponderar la celebración de una audiencia preliminar, en el procedimiento arbitral, no importando si es de carácter *ad hoc* o Institucional, este recurso procesal es útil e imprescindible, para aquel árbitro o tribunal arbitral, que deba organizar y depurar un conjunto de temáticas de orden procesal, durante el curso del arbitraje.

Ahora bien, hay que conducir todo este estudio y análisis jurídico (conceptual, dogmático y normativo) al nivel legislativo, reglamentario y de cultura; tiene mucho sentido hacer estos aportes a la ciencia jurídica. Propongo:

6.4.1. Para el Código de Comercio de México

Adiciones legislativas, al Título IV, en el Capítulo II, del Acuerdo de Arbitraje y en el Capítulo V de la Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales:

Para el Capítulo II, relativo al Acuerdo de Arbitraje, incorporar un artículo cuyo contenido este orientado a:

Que las partes directamente asistan a una audiencia preliminar, con el objetivo de cualificar, conjuntamente con los árbitros, los términos del convenio de arbitraje, y en caso de que se adviertan omisiones, ambigüedades o inexactitudes, de elementos procesales, se proceda en esta misma audiencia, a realizar un saneamiento de dichas condiciones; ya que sería, éste el momento procesal oportuno para hacer ese tipo de correcciones a la cláusula compromisoria.

Para el Capítulo V, referido a la Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales, se incorpore artículos que orienten a establecer:

Primero. Que a juicio de un árbitro o de un tribunal arbitral o a petición de los compromitentes, previo análisis del caso, se determine la implementación de una audiencia preliminar en un procedimiento de arbitraje comercial internacional.

Segundo. Una vez constituido el tribunal de arbitraje, y dada la contestación a la demanda, y en su caso, la reconvención, se procede a instaurar una audiencia preliminar.

Tercero. Cuando se convoque a una audiencia preliminar, debe notificarse a las partes con antelación y se asegure la asistencia a esta sesión en comento. Existiendo la permisión de estar asistidos por abogados o asesores.

Cuarto. El tribunal arbitral y las partes, conjuntamente deben fijar la fecha, el lugar, y la duración de la audiencia preliminar.

Quinto. En la audiencia preliminar los árbitros o el tribunal arbitral, tienen a su cargo la elaboración de una guía para esta reunión preliminar, el cual será presentado a los compromitentes, para su conocimiento y aprobación; en él, se establecerá exhaustivamente los tiempos y el orden de los temas a tratar; así también, debe ser acordado, que la asistencia de las partes sea presencial o en su defecto, fuera a través de medios de telecomunicación o electrónicos.

Sexto. Durante la celebración de la audiencia preliminar, siempre estará permitido el arreglo o transacción de las partes.

Séptimo. En dicha audiencia preliminar, puede lograrse el acuerdo, de que sean celebradas audiencias complementarias, en caso de ser necesario, y se justifiquen, en cualquier momento del proceso de arbitraje, pero hasta antes, de dictarse el laudo arbitral.

Octavo. Esta audiencia preliminar, debe poseer un carácter facultativo; desarrollada en los plazos más breves (pudiendo ser continua, aplazada o suspendida) y con el menor costo.

Noveno. Que esta audiencia preliminar, debe ser oral, concentrada, con inmediación, y con amplios poderes para que el árbitro o el tribunal arbitral, aborde y resuelva conjuntamente con los compromitentes, en el menor tiempo, aquellos problemas que pueden obstaculizar seriamente el curso del procedimiento de arbitraje.

Décimo. Que posterior a la celebración de una audiencia preliminar, se otorgue un tiempo prudente, con el objetivo de atender, organizar o desahogar todos aquellos acuerdos tomados y se deje constancia de lo acontecido.

Undécimo. En la audiencia preliminar puede seguirse esta ruta de temáticas a tratar:

Tabla 12. Supuestos a implementar en una
Audiencia Preliminar en Sede Mexicana.

Ejes Temáticos Centrales	Ejes Temáticos Colaterales
a) La Patología de una Cláusula Compromisoria. b) La resolución anticipada del conflicto a través de Masc o *Adr*, previo al procedimiento de arbitraje. c) Implementación del *discovery* en el arbitraje. d) La Organización y Depuración de aspectos procesales en el arbitraje internacional.	**a) Aspectos dirigidos a Personas (Compromitentes)** i. Orientación Preliminar ii. Medidas Disciplinarias iii. Protesta y Juramento iv. Inactividad de las partes v. Renuncia al Derecho a Objetar vi. Representación, Patrocinio y Asesoramiento vii. Comunicaciones *ex partes* **b) Aspectos dirigidos a Cosas (Materiales)** i. Depósito de Bienes ii. Protección y Garantía de Bienes en el Litigio **c) Aspectos dirigidos al Procedimiento** i. Ampliación y Enmienda a la Demanda/Contestación ii. Alegatos Complementarios iii. Prueba Anticipada iv. El Comparendo v. Aceptación o Renuncia de Recursos contra el Laudo vi. Mociones de Prórroga vii. Informaciones Complementarias **d) Aspectos Adicionales al Procedimiento** i. Calendario Procesal ii. Acta de Misión iii. Audiencias Complementarias a la Preliminar iv. Cláusula Escalonada v. Procesos Especiales vi. Confidencialidad vii. Prohibición de presentar en el proceso de arbitraje información, documentos y peritajes que provengan de otros procedimientos Masc o de *Adr* viii. Conservación y Destrucción de Documentos del Proceso Arbitral **e) Apoyos Externos** i. Principio de Mínima Intervención ii. Auxilio Judicial iii. Corporaciones Profesionales, Organismos Sectoriales y Centros de Arbitraje

	iv. Intervención de un *expertise* v. Intervención de un *preárbitro* vi. Intervención de un *referé* vii. Intervención de un *neutral expert* **f) Aspectos dirigidos al Árbitro o Centro que administra arbitraje** i. Exclusión de Responsabilidad y Renuncia a la Difamación ii. Inhabilitación de Conciliadores y Mediadores en el Arbitraje iii. El árbitro no podrá ostentar un carácter de perito iv. Delegación de Facultades **g) Aspectos Normativos Aplicables** i. El *soft law* ii. *lex mercatoria* iii. Estipulaciones Particulares iv. Contratos Tipo v. Tratados/Convenciones Internacionales

Fuente: Elaboración Propia.

Duodécimo. Cuando los compromitentes, y los árbitros no logren acordar alguno (os) de los puntos anteriores, según el caso, puede intervenir un tercero para su decisión, tales como una autoridad judicial; un corporativo profesional; un organismo sectorial o un centro de arbitraje.

Décimo Tercero. El árbitro o el tribunal arbitral, deben establecer aquellas sanciones que marquen las leyes o los reglamentos, por la inasistencia de los compromitentes a dicha audiencia preliminar o a las audiencias complementarias.

Décimo Cuarto. En caso extremo, el árbitro o el tribunal arbitral, tomarán la decisión de sobreseer la causa, registrar y archivar dicho expediente.

6.4.2. Para las Institucionales que Administran Arbitraje Internacional: Reglamentaciones Internas

El Presidente, el Vicepresidente, la Secretaría General, la Corte de Arbitraje, el Consejo General o Juntas Directivas, los Comités Nacionales, de los Centros que administran arbitraje, tendrán mucho que decir, aportar y decidir, para insertar en su Estatuto o en su Reglamento Interno, dispositivo, cláusula o artículo, que indique que ante las circunstancias y complejidad del litigio, los árbitros y compromitentes tomarán la decisión de instaurar una audiencia preliminar, con el fin de solventar eventualidades durante el curso del procedimiento de arbitraje.

El centro que administra arbitraje, provee un servicio y una gestión integral, a sus usuarios, brindando desde una cláusula modelo para acceder al arbitraje, hasta un reglamento exclusivo y especializado, lista de árbitros expertos, un proceso preestablecido y fallos arbitrales (revisados, imparciales y de extraordinaria calidad.

Ante este panorama, pareciera que las instituciones en cuestión, no requieren agregar nada a sus reglamentaciones internas; todo esta regulado, cuidado y controlado por sus órganos internos.

La demanda y la contestación a la misma, la cláusula compromisoria, el reglamento interno y el acta de misión, serían los soportes fundamentales, para hacer instaurar un proceso de arbitraje, sin lugar a dudas.

Ahora bien, cuando surja alguna cuestión de orden procesal, no prevista en los anteriores soportes, y se necesite su correspondiente acuerdo y organización, cabe cuestionarse ¿Cuándo? y ¿Cómo? solventar esos imprevistos o cuestiones supervenientes.

Por lo anterior, habría una doble opción:

Por iniciativa de los árbitros o del tribunal de arbitraje, ante las circunstancias que he manifestado, opten y propongan a los compromitentes una audiencia preliminar, con el fin de abordar esos aspectos sustanciales del proceso, que no fueron contemplados en una demanda o en la contestación, en el convenio de arbitraje, ni en el reglamento, ni en el acta de misión.

Cabe reflexionar ¿Respecto de esa iniciativa tomada por el árbitro, sería cuestionada o criticada? y ¿Si esa misma iniciativa fuere de las partes, estaría en contra de la política del centro de arbitraje y de su reglamento interno?, sólo dejarlo en la palestra.

O bien, en el mejor de los casos, los órganos competentes del centro de arbitraje, decidirán incorporar un dispositivo normativo, en el reglamento interno, que permita la celebración de una audiencia preliminar, y que fije los requisitos, condiciones y fines primordiales.

Por otra parte, en el otoño, del año de 2005, realice algunas consultas personalmente, en torno a mi tema de tesis, con los siguientes especialistas:

Dyalá Jiménez Figueres (Chile) Directora para América Latina, Servicios de Solución de Controversias de la CCI.

María Blanca Noodt Taquela (Argentina) Profesora de Derecho Internacional Privado, de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires.

Sara L. Feldstein de Cárdenas (Argentina) Profesora de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires.

James Whiklaw (Uruguay) Presidente de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay y Bolsa de Comercio de Montevideo.

Carolina Castellanos López (México) Secretaria General del Centro de Arbitraje de México (CAM)

A pregunta expresa, en el mismo sentido para todos: ¿Los árbitros o el tribunal arbitral de un centro de arbitraje, tendrían impedimento o tendrían prohibido,

para determinar la instauración una audiencia preliminar en el procedimiento de arbitraje, con el fin de solventar imprevistos o cuestiones supervenientes?

En breve síntesis, coinciden estos expertos:

"Aunque las instituciones arbitrales, muestren autodeterminación y suficiencia, y sus árbitros ostenten la mejor experiencia y práctica del arbitraje; los reglamentos internos de estos centros de arbitraje, no deben ser una atadura, ni una imposición, para que ante situaciones imprevistas, o cuestiones supervenientes trascendentales, sean abordadas en una audiencia preliminar; y más aún, los compromitentes y los árbitros son quienes tienen la última palabra y son los más indicados para pronunciarse a este respecto… de cómo resolver obstáculos inesperados.

No deben existir temores ni amenazas, para las instituciones arbitrales, por la instauración de una audiencia preliminar, nada impide, y nada menoscaba, si se tiene que convocar a las partes para organizar y depurar aspectos procesales.

Lo que deben cuidar los árbitros, no sólo es el prestigio de la institución arbitral, que ya está implícito, sino dictar un laudo arbitral viable y ejecutable.

No olvidar que la discrecionalidad y la dirección del proceso, posibilita al árbitro o tribunal arbitral, a realizar una audiencia de esta naturaleza, no hay duda."

Por lo anterior, hace necesario y quizás imprescindible, según las circunstancias del caso, habilitar formalmente una audiencia preliminar, y por que no, también hablar de audiencias complementarias, con los requisitos y condiciones que se necesiten.

El prestigio de la institución arbitral y el éxito de un laudo, no se logra únicamente por tener todo preestablecido, ordenado y en plazos. Se considera que ese prestigio y éxito se debe dirigir, cuando los árbitros o el tribunal arbitral utilicen los medios procesales que les permita, organizar y depurar aspectos sustanciales, del

procedimiento arbitral, y es que a través de esta audiencia preliminar y de audiencias complementarias se garantizaría la expedites de ese proceso.

En este orden de ideas, podría oponerse en este momento, la figura emblemática del acta de misión, valioso instrumento, que cumple con el siguiente papel: posterior a la constitución del tribunal de arbitraje, se presenta la demanda y la correspondiente contestación de ésta, o de la reconvención, aquí, las partes fijarán los hechos, pretensiones y sus fundamentos legales.

Es posible, que los compromitentes no hayan puesto mucha atención, para fijar elementos que tiendan a la puesta en marcha del arbitraje, aquí, el centro de arbitraje, prevé esta situación, solicitando de las partes, informen los siguientes datos:

Nombre completo y calidad en que intervienen las partes; dirección de las partes donde se podrá efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje; una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y, en la medida de lo posible, la indicación de cualesquiera sumas reclamadas por vía de demanda principal o reconvencional; una lista de los puntos litigiosos por resolver; nombres y apellidos completos, calidad y dirección de los árbitros; sede del arbitraje y precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento y, si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono.*

Estos términos corresponden exactamente al acta de misión.

Como puede apreciarse, sólo se exige aportar, o confirmar algunos datos necesarios para el arbitraje, pero sólo eso.

Nunca se menciona, que ante imprevistos o cuestiones supervenientes, el acta de misión, sirva a este respecto.

No puede negarse, que ante un arbitraje comercial internacional, no surjan circunstancias o problemas; el simple hecho de fijar una fecha, hora, lugar, sujetos a intervenir, objeto, como organizar, o como depurar algún tema x… se evidencia la necesidad de una reunión previa, presencial o no, pero que se requiere antes del inicio del periodo probatorio, para acordar todos esos extremos.

6.4.3. Promover una cultura de la audiencia preliminar en un concierto temático procesal arbitral

Los árbitros deben darse cuenta, que los convenios de arbitraje; las demandas y las contestaciones a la misma; las derivadas de la reconvención, las leyes nacionales, los reglamentos institucionales, los tratados internacionales, y las actas de misión, nunca proveerán directrices que tiendan a la implementación de una audiencia en comento.

Por ello, la UNCITRAL, ha dado un paso fundamental a este respecto, y es que en las Notas sobre la Organización del Proceso de Arbitraje, se determinó, que en tiempo y forma una Reunión, Conferencia o Audiencia Preliminar*,* permitiría organizar y depurar diversos temas/problemas de orden procesal del arbitraje.

En el presente trabajo de tesis, se hace una importante contribución académico-jurídica, al proponer que una audiencia preliminar tenga un cúmulo de temáticas de orden procesal, que requieren ser abordadas, para asegurar la marcha del procedimiento de arbitraje de manera adecuada.

Esta investigación, puede significar a la postre, para los nacionales mexicanos (comerciantes) y expertos en arbitraje, estar sabidos que hay diversas temáticas que no se deben soslayar, y más bien prever en un arbitraje comercial internacional.

A partir de ahora, no podría alegarse ignorancia o negligencia de que ciertas temáticas de orden procesal, podían ser expuestas en un momento *ex profeso,* se ha tenido el cuidado de proponer nuevas temáticas y de otras se requiere simplemente su aclaración o concertación.

Esta investigación hace primar indiscutiblemente la prevención y la planeación del proceso de arbitraje, para el caso mexicano.

6.5. Horizontes para el Arbitraje Comercial Internacional

Para concluir este trabajo de tesis, será importante traer a cuenta, algunas expresiones jurídicas, expuestas por ilustres procesalistas en esta ciencia; que al ser correlacionados con el arbitraje comercial internacional, permitirán dimensionar de manera real tres vértices en el arbitraje, el activismo de los árbitros, el garantismo en el proceso y que *prima facie* una audiencia preliminar en el proceso arbitral.

6.5.1. Para el Árbitro: Activismo

Roberto O. Berizonce, en su obra Derecho Procesal Civil Actual*,* expresa algunas reflexiones sobre el activismo de los jueces; nada impide tomarlas y dirigirlas a la figura del árbitro; pudiendo deducir ese activismo aludido, en el actuar y proceder de este personaje.

"En cada época transitan profundas y aceleradas transformaciones que abarcan tanto a la sociedad como al Estado, a los grupos y a los individuos. Donde la rapidez de los cambios y su consustancial fugacidad, generadoras de situaciones de crisis permanentes, exigen respuestas cada vez más perfeccionadas.

El mayor protagonismo que la comunidad espera de los jueces… es la toma de decisiones que interesen a la comunidad… y al bien común.

Ante la figura clásica del juez pasivo, se opone otra de juez activo… y aún todavía un juez activista.

El juez activista… empeñado con las vivencias comunitarias, actúa en función de servicio para interpretarlas, adaptarlas y aun perfeccionarlas en su aplicación para resolver los casos concretos.

La función judicial no puede apartarse de las transformaciones históricas y sociales; la realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes.

Un juez que asuma protagónicamente, activamente, el rol de conductor, director y autoridad, puede garantizar la satisfacción de los fines del proceso.

El juez encuentra amplias posibilidades, como garante, controlador y aun gestor de los derechos que pertenecen a la comunidad en su conjunto.

Si las partes son soberanas, como regla, en cuanto a la disponibilidad del derecho material, los jueces lo son respecto de la dirección, gobierno y ordenación del procedimiento.

El juez ha de estar dotado de poderes suficientes para encauzar la controversia, asegurando la igualdad de armas y el contradictorio… así, velar por la concurrencia de los presupuestos procesales, ordenar adecuadamente los actos procesales, desmalezar el trámite, impedir y subsanar nulidades, prevenir y sancionar conductas maliciosas y temerarias, vigilar para que se procure la mayor economía procesal.

Un juez atento y preocupado, diligente en el impulso oficioso del trámite y en cumplimiento de sus demás deberes, facilita el mejor rendimiento de la jurisdicción.

La misión del juez se transforma, entonces, para fincarse como verdadero árbitro económico, ajustador y reconductor del contenido del negocio jurídico, con el trasfondo de la equidad." [652]

Sin lugar a dudas, estas líneas refuerzan la idea, de que un particular, investido de árbitro, su misión estará sujeta a los términos irrestrictos del convenio de arbitraje, además de su *kompetenz-kompetenz,* le permitirá realizar un activismo, es decir, podrá organizar y depurar un proceso arbitral; puede ser conductor, director y autoridad en cada fase procesal y cada actuación; logrará la concreción de la justicia y de la equidad en cada caso; podrá ser garante, controlador y gestor de los derechos que pertenecen a la comunidad; siempre el árbitro estará presto para dirigir, gobernar y ordenar un arbitraje.

Esto, confirma que el árbitro, es activo y realiza un activismo, lo que supone que no sólo resuelve un conflicto y dicta justicia especializada.

[652] BERIZONCE, Roberto O., *Op. cit*., Ver Nota 181, pp. 362 - 364, 368, 372 - 375

6.5.2. Para el Procedimiento: El Garantismo Procesal

Osvaldo Alfredo Gozaíni, en su obra Problemas actuales del Derecho Procesal, expresa sustancial teoría en torno al garantismo procesal; de igual manera, nada impide tomar estas directrices y llevarlas al terreno del arbitraje internacional.

"En el debido proceso… a de resguardar: el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz; derecho a un proceso con todas las garantías de imparcialidad y justicia; derecho a la prueba y a los recursos, y la regularidad de la instancia; derecho de acceso a la justicia, como garantía para ser oído en cualquier circunstancia y derecho a ejecutar de inmediato lo resuelto.

A nadie se le puede privar del debido proceso adjetivo, lo que supone entablar un conflicto entre dos partes, en igualdad de condiciones y de oportunidades, frente a un tercero imparcial… y que resuelve la controversia.

Este juez que dirige el debate… entre las partes debe garantizar permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción, porque esta es la base del sistema.

El garantismo no significará… que un juez tenga muchos poderes… sea un juez que inexorablemente se alejará de la labor cognoscitiva de la causa que debe resolver. Se corren graves riesgos que ese juez poderoso imponga su voluntarismo sobre la racionalidad.

Queda claro que la racionalidad proviene del saber, no del poder y el desprecio por el conocimiento es hijo directo del poder, que tiende a sustituir los espacios cognoscitivos por espacios decisionistas de los magistrados.

Cita de Gelsi Bidart, el proceso es, ni más ni menos, un medio o instrumento de garantía, al servicio de todos los derechos invocados o alegados por un hombre cualquiera." [653]

[653] GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Problemas Actuales del Derecho Procesal,* pp. 24, 27 - 29, 30, 90, 91

Es fundamental destacar que el garantismo procesal, se logra cuando el árbitro o tribunal arbitral cumplan irrestrictamente los términos del convenio de arbitraje y los principios procesales, que se harán evidentes al momento del desarrollo del procedimiento de arbitraje.

Nunca un árbitro actuaría *extra petita* en el arbitraje; no impondría un protagonismo personal ni un voluntarismo; siempre estarán sujetos a la cláusula compromisoria, a la ley, el reglamento o el tratado internacional. Aquí se corrobra la racionalidad y no el poder del árbitro.

6.5.3. Para la Ciencia Jurídica Procesal: *prima facie* la Audiencia Preliminar

Augusto M. Morello, refiere en su obra *Avances Procesales,* sobre la audiencia preliminar en el proceso civil, por tanto, es valioso rescatar algunas ideas que por analogía, bien pueden estar vinculadas con la audiencia preliminar pero del proceso de arbitraje.

"Es el momento óptimo para que el epicentro de la audiencia preliminar se expanda a la íntegra conformación del proceso civil. Que dentro de la estructura moderna concentrada, oral y funcional del proceso por audiencias, se siente un criterio de apoyo de crucial proyección positiva consistente en un nuevo nivel en la información, en el cambio de mentalidad, hábitos y destrezas.

… tiene lugar el efectivo encuentro entre las partes y el juez… la audiencia preliminar, es un filtro que resuelve o elimina cuestiones preliminares, establece la legitimación de los contendientes, sanea de vicios al procedimiento, fija el objeto de la litis y programa los hechos controvertidos y la prueba conducente.

Es decir, que opera de control, de fijación, de admisión de hechos y prueba y delimita el contenido y lo conduce al buen fin de lo perseguido por las partes." [654]

[654] MORELLO, Augusto M., *Op. cit*., Ver Nota 182, pp. 163, 248 - 249

Estos designios que recoge Augusto M. Morello, no discrepan en gran medida de los que se pueden atribuir a la audiencia preliminar pero en el arbitraje internacional; coinciden en determinar el objeto, ponderar la conciliación, verificar los presupuestos procesales, establecer el orden de las pruebas, sanear de nulidades, es exactamente lo que acontecería en ambas audiencias preliminares.

La ciencia procesal dota y faculta al juez y al árbitro, cada uno en su ámbito, para ser directores y conductores del proceso; hacer preservar la garantía de audiencia y dictar la justicia rogada.

Para concluir este capítulo, debe puntualizarse que:

El proceso de arbitraje y su operatividad en estos tiempos es muy técnico y complejo, y máxime cuando es de índole internacional, por tanto los diversos supuestos de orden procesal que se proponen abordar en una audiencia preliminar, pueden coadyuvar perfectamente a ser más expedito su procedimiento.

Cuando el nacional mexicano, en su calidad de exportador, suscriba el contrato de compraventa internacional de mercaderías, así como el convenio de arbitraje, con su contraparte extranjera; y a iniciativa del importador, le proponga incluir en el acuerdo de arbitraje o dejar para una audiencia preliminar, ciertas temática de orden procesal, debe advertir al mexicano, y más propiamente a sus abogados o asesores, estar atentos en su momento, para saber como responder, o como dilucidar, esta situación.

En este orden de ideas, simplemente el nacional al tener conocimiento de estas temáticas que se proponen, le posesiona en una mejor expectativa, en el arbitraje internacional.

Esta teoría que se expone ahora, coloca a los comerciantes en un estadio para no argumentar ignorancia, imprevisión o desventajas; que hagan complicar su posición en el proceso respectivo.

CONCLUSIONES

Primera. Los conflictos y la conflictividad se hacen presentes en la sociedad y son inherentes del ser humano, se manifiestan cada día, y en cada momento de la vida; estos se acentúan de mayor manera, cuando se ven expuestos al menoscabo de intereses, valores, derechos o recursos.

La sociología, la psicología, la comunicología y la conflictología, dan cuenta de que este conflicto y esta conflictividad no deben ser eliminados o castigados, debe buscarse los conductos civilizados para gestionarlos y transformarlos, y de raíz resolverlos; de otra forma, cualquier vía autocompositiva o heterocompositiva, no sería adecuada, sus resultados serán pobres y nefastos; por eso la ciencia y las técnicas que tratan de los conflictos, están claros que harán primar en los adversarios, que se aparten de la fuerza irracional y que impere la palabra y la equidad.

Segunda. El conflicto y la conflictividad son manifestaciones comunes que pueden estar presentes en el tema del arbitraje comercial internacional, más específicamente cuando exportador e importador, incumplen sus obligaciones y responsabilidades contractuales, y las que deriven del convenio de arbitraje. Las conductas y procederes de cada uno de los compromitentes, muchas veces pueden apartarse de la racionalidad y la cividad, siempre estará latente para ambos, desacuerdos y hasta llegar al conflicto, siendo este de alta complejidad y gravedad a los intereses de las partes; por eso, en el arbitraje internacional, es un auténtico y veraz alternativa para resolver este tipo de conflicto y de conflictividad, sólo que los compromitentes asuman un gran compromiso, de aceptar íntegramente el proceso y el laudo arbitral.

El progreso del comercio internacional no puede estar supeditado en conflictos, conflictividad, procesos y laudos arbitrales. Es indiscutible que haya que restaurar inmediatamente las relaciones interpartes en esta materia.

Tercera. La ciencia procesal en los últimos tiempos, sigue perfeccionando y dotando al proceso, de aditamentos sumamente importantes, tales como: que el juzgador

ejerza amplias facultades de dirección del proceso; ponderar los principios de inmediación, concentración y oralidad; la revisión exhaustiva de los presupuestos procesales; promover el acuerdo o la negociación interpartes; instaurar una audiencia preliminar, cuyo fin sea restaurar las irregularidades o los obstáculos en el proceso; finalmente el proceso, retribuya a la sociedad la armonía, el respeto y la paz.

Cuarta. Franz Klein ya justificaba desde 1895 que el proceso y las controversias entre los particulares son males sociales relacionados con la pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad. Con base en esta premisa, los procesalistas continúan trabajando arduamente para depurar ese proceso, y sea el instrumento que dé seguridad a los integrantes de la sociedad para preservar sus derechos y bienes.

Quinta. El arbitraje comercial internacional, es por hoy el método heterocompositivo, por excelencia en la resolución de conflictos en comercio internacional; sus principios y dispositivos normativos sobre el proceso, la especialización de los árbitros, aseguran un trato de igualdad, de respeto a los derechos de defensa, manejo imparcial de la causa, y se brinda una técnica depurada para la solución del conflicto.

Sexta. El organismo internacional de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional), en el año de 1996, aprobó un documento denominado Notas para la Organización del Proceso Arbitral, el cual es un extraordinario referente normativo, para árbitros y comerciantes, ya que dispone, que a través de una Reunión, Conferencia o Audiencia Preliminar, sea organizado y saneado un listado enunciativo y no exhaustivo, de temas de orden procesal.

Séptima. La audiencia preliminar, es un valuarte, en el procedimiento de arbitraje internacional, en el cual se atenderá todo lo concerniente al conflicto, el contrato principal y el convenio de arbitraje.

Por otra parte, la complejidad, la multiplicidad elementos y de puntos de contacto de la controversia, no serán un impedimento para que el árbitro o un tribunal arbitral los aborden puntualmente en el arbitraje, y más propiamente en la audiencia en comento, permitiendo a este árbitro, poder obrar en planear, prevenir, organizar y sanear el procedimiento.

Posterior a la constitución del tribunal de arbitraje, y previo a la instrucción de la causa, si a juicio de los árbitros o a petición de las partes, podrá disponerse la celebración de una audiencia preliminar, siendo el momento procesal oportuno, para acordar, corregir, o modificar aquellos elementos sustanciales al desarrollo del arbitraje y al proceso mismo.

Incluso árbitros y compromitentes, según las circunstancias del caso, pueden a la postre acordar la celebración de audiencias pero de orden complementario, en atención a temas imprevistos o circunstancias supervenientes.

Octava. La implementación de la audiencia preliminar y de audiencias complementarias, no es exclusivo para arbitrajes *ad hoc*, pudiendo ser instaurada en arbitrajes de corte institucional, según las necesidades del caso.

Bajo este tenor, se propone una serie de temáticas que deben ser revisadas exhaustivamente por los árbitros o a petición de los compromitentes; entre ellas: la patología de una cláusula compromisoria; la resolución anticipada del conflicto a través de Masc o *Adr*, previo al procedimiento de arbitraje; el desarrollo y ejecución del *discovery* en el arbitraje, y la organización y depuración de aspectos procesales en el arbitraje.

Novena. La audiencia preliminar pretende revisar, organizar o sanear temáticas sobre los compromitentes; cosas; el procedimiento arbitral; apoyos externos; el árbitro o centros que administran arbitraje, y aspectos normativos; lo anterior es dar certeza y seguridad para que se dicte un laudo ejecutable.

Décima. La audiencia preliminar, es un factor de previsibilidad para ordenar, organizar y depurar aspectos procesales tangibles de un procedimiento de arbitraje internacional. El estudio y análisis de esta audiencia preliminar, esta orientado a que los mexicanos es sus convenios de arbitraje, tengan referentes, y dispositivos para enfrentar y afrontar cualquier problemática procesal, con su contraparte extranjera; esta aportación académica-jurídica, tiene la connotación de ilustrar, dar lineamientos, dar bases procesales y fortalecer la posición de mexicanos en los futuros litigios arbitrales.

La ignorancia y negligencia no son pretextos para la parte mexicana, por todo lo expuesto hasta ahora; a partir de este supuesto, en una audiencia preliminar, se evitará tergiversar la voluntad de los compromitentes hacia el arbitraje, no poner en riesgo este mecanismo heterocompositivo, no elevar costos, no demorar en su tramitación, y más bien, ser previsible y obtener el fallo necesario.

PROPUESTAS

Primera. Para el Arbitraje Comercial Internacional *ad hoc*, se proponen: Adiciones Legislativas, al Título IV, del Código de Comercio de México

Capítulo II
Del Acuerdo de Arbitraje

Artículo 1423 Bis. *Que las partes al momento de formar la cláusula compromisoria, indiquen los elementos procesales necesarios para implementar el procedimiento de arbitraje, así mismo hagan mención en su caso, de disposición que habilite el establecimiento de una Audiencia Preliminar antes del inicio de la etapa probatoria, la cual organice y depure aspectos procesales.*

Capítulo V
De la Sustanciación de las Actuaciones Arbitrales

Artículo 1434 Bis. *De la Audiencia Preliminar.*

1. A juicio del árbitro o del tribunal arbitral, o a instancia de parte, se implementará una Audiencia Preliminar.

2. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvención, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, convocará a las partes a una Audiencia Preliminar.

3. Los fines mediatos de la Audiencia Preliminar serían: a) Se examinará las cuestiones relativas a la legitimación procesal de las partes. b) El árbitro dispondrá de amplias facultades de dirección procesal, y examinará los presupuestos procesales: competencia, litispendencia y la cosa juzgada.

4. Los fines inmediatos de la Audiencia Preliminar, son: El tribunal arbitral conjuntamente con los compromitentes, se reunirán para: a) Intercambiar información. b) Tomar los acuerdos necesarios. c) Organizar y depurar aquellos aspectos procesales imprescindibles para la expedites del procedimiento arbitral.

5. Las temáticas objeto de esta Audiencia Preliminar, serán: a) Examinar y depurar aquel convenio de arbitraje ineficaz, cuando sus elementos sean convalidables. b) Promover los diversos mecanismos tradicionales o especializados que contribuyan a la solución del conflicto, previo al procedimiento de arbitraje. c) Precisar las condiciones para el intercambio de información, pruebas y archivos, que las partes

hayan estipulado en el convenio de arbitraje. d) Examen y resolución de las siguientes cuestiones procesales, según el caso:

i. Aspectos dirigidos a compromitentes: *orientación preliminar; medidas disciplinarias; protesta y juramento; inactividad de las partes; renuncia al derecho a objetar; representación, patrocinio y asesoramiento; comunicaciones ex partes.*

ii. Aspectos dirigidos a cosas: *depósito de bienes y protección y garantía de bienes en el litigio.*

iii. Aspectos dirigidos al procedimiento: *ampliación y enmienda a la demanda/contestación; alegatos complementarios; prueba anticipada; el comparendo; aceptación o renuncia de recursos contra el laudo; mociones de prórroga e informaciones complementarias.*

iv. Aspectos Adicionales al procedimiento: *calendario procesal; acta de misión; audiencias complementarias a la preliminar; cláusula escalonada; procesos especiales; confidencialidad; prohibición de presentar en el proceso de arbitraje información, documentos y peritajes que provengan de otros procedimientos Masc o de Adr y conservación y destrucción de documentos del proceso arbitral.*

v. Apoyos externos: *principio de mínima intervención; auxilio judicial; corporaciones profesionales, organismos sectoriales y centros de arbitraje; intervención de un expertise; intervención de un preárbitro; intervención de un referé e intervención de un neutral expert.*

vi. Aspectos dirigidos al árbitro o centros que administran arbitraje: *exclusión de responsabilidad y renuncia a la difamación; inhabilitación de conciliadores y mediadores en el arbitraje; el árbitro no podrá ostentar un carácter de perito y delegación de facultades.*

vii. Aspectos normativos aplicables: *el soft law; lex mercatoria; Estipulaciones Particulares; Contratos Tipo y Tratados/Convenciones Internacionales.*

Artículo 1434 Bis 1. *Condiciones para la implementación de una audiencia preliminar y audiencias complementarias.*

1. La audiencia preliminar, y las audiencias complementarias, serán facultativas.

2. El árbitro o el tribunal arbitral fijará fecha, hora y la sede para la celebración de la audiencia preliminar, la cual se dará en los plazos más breves, y de manera presencial, o a través de medios de telecomunicación o electrónicos.

3. Las partes, una vez notificadas, de la audiencia preliminar, podrán comparecer personalmente, o por representante con el poder correspondiente.

4. Si las partes o representantes no asistieren, sin causa justificada, se tomaran las medidas pertinentes del caso.

5. El árbitro o el tribunal arbitral establecerán un programa en el cual se abordarán aquellos puntos procesales.

6. La audiencia preliminar será concentrada, oral y privada, con la debida inmediación de los árbitros.

7. En casos excepcionales, a juicio de los árbitros podrán demorar, suspender o interrumpir una audiencia preliminar.

8. Una vez efectuados los fines mediatos e inmediatos de la audiencia preliminar, se establecerá un breve término, para que las partes puedan desahogar aquellos puntos acordados, y posteriormente dejar constancia de lo acontecido.

9. Si los compromitentes a través de la conciliación o cualquier otro mecanismo pacífico, logran un resultado a su conflicto, se levanta el acta y se homologue lo acordado.

10. Si los compromitentes no muestran interés y no colaboran para resolver el conflicto, y tampoco asisten a la audiencia preliminar, el árbitro tomará en consideración las circunstancias del caso, y podrá sobreseer la causa.

Segunda. *Para los centros que administran arbitraje, que a través de sus órganos internos, y de aquellas instituciones académicas y profesionales que deseen participar, conjuntamente con estos centros, propongan dispositivos normativos en sus reglamentos, para implementar la audiencia preliminar, con el objetivo de hacer real la expedites, la previsibilidad y el saneamiento procesal.*

Tercera. *Comerciantes, abogados, asesores, centros de arbitraje, comunidad académica, de profesionales y áreas sectoriales, por su experiencia y práctica en el arbitraje comercial internacional, promuevan una cultura del arbitraje, haciendo del conocimiento de sus fortalezas y ventajas, al usuario; reconocer la especialización de este mecanismo heterocompositivo en la resolución de conflictos del orden comercial; que los principios procesales en el arbitraje son aplicables irrestrictamente; que la audiencia preliminar y las audiencias complementarias en su caso, fortalecerán la técnica procesal del arbitraje; que la previsión, la imparcialidad y la irritualidad se garantizan en todo momento del proceso de arbitraje.*

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)* t I, Ed. UNAM-IIJ, 1992, México.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)* t II, Ed. UNAM-IIJ, 1992, México.

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2ª ed., Ed. Ediar, t I, 1963, Buenos Aires, Argentina.

ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2ª ed., Ed. Ediar, t VII, 1965, Buenos Aires, Argentina.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal,* Primera Parte, Ed. Rubinzal- Culzoni Editores, 1998, Buenos Aires, Argentina.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Segundo Curso de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Ed. Porrúa, 2000, México.

AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El Juicio Arbitral,* 5ª ed., Ed. Editorial Jurídica de Chile, 2008, Chile.

AZAR M., Cecilia, (Comp.), *Manual de Arbitraje Comercial,* Ed. Porrúa, 2004, México.

BARRIOS DE, Angelis, *Introducción al Estudio del Proceso,* Ed. Depalma, 1983, Argentina.

BENETTI SALGAR, Julio, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª ed., Ed. Temis, 2001, Bogotá, Colombia.

BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil Actual,* Ed. Abeledo- Perrot, 1999, La Plata, Argentina.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal,* 2ª ed., Ed. Harla, 1995, México.

CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, 2ª ed., Ed. Ad-Hoc, 2000, Buenos Aires, Argentina.

CARAM, María Elena, et al., *Mediación Diseño de una Práctica,* Ed. Histórica, 2006, Argentina.

CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* Ed. Harla, Vol. 5, 1997, México.

COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil,* 4ª ed., Ed. B de F, 2002, Buenos Aires, Argentina.

CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado,* Parte Especial, Ed. Oxford University Press, 1998, México.

DERAINS, Yves y SCHWARTZ, Eric A., *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Ed. Oxford University Press, 2001, México.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, t I, 10ª ed., Ed. Tecnos, 1994, Madrid, España.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El Arbitraje*, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, Buenos Aires, Argentina.

GARBERÍ LLOBREGAT, José, et al., *Los Procesos Civiles,* t 3, Ed. Bosch, 2001, Madrid, España.

GARCÍA FONCECA, Cándido, *Elementos de Comercio Exterior,* Ed. Trillas, 2004, México.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Derecho Procesal Civil,* 6ª ed., Ed. Oxford, 1998, México.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, 9ª ed., Ed. Harla, México, 1996.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje,* Ed. Porrúa, 2004, México.

GORJÓN GOMÉZ, Francisco J. y STEELE GARZA, José G., *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos,* Ed. Oxford, 2008, México.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. y SÁENZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia, *Métodos Alternos de Solución de Controversias,* 2ª Reimpresión, Ed. Compañía Editorial Continental, 2007, México.

GRAHAM, James A. y LEAL ISLA GARZA, Carlos, *Guía Práctica para el Arbitraje Internacional,* Ed. Lazcano Garza Editores, 2005, Monterrey, N. L., México.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *El Arbitraje Comercial*, Ed. Themis, 2000, México.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael y PERALES VISCASILLAS, Pilar, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme,* Ed. Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A., 2003, Madrid, España.

JUNCO VARGAS, José Roberto, *La Conciliación,* 5ª ed., Ed. Temis, 2007, Bogotá, Colombia.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, et. al., *Derecho de Arbitraje Español,* Ed. Dykinson, 1994, Madrid, España.

MERINO MERCHAN, José Fernando y CHILLÓN MEDINA, José María, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2ª ed., Ed. Civitas, 1991, Madrid, España.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos,* Ed. Oxford University Press, 1997, México.

MORELLO, Augusto M., *Avances Procesales,* Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, Buenos Aires, Argentina.

MORELLO, Augusto M., *El Proceso Civil Moderno,* Ed. Librería Editora Platense, 2001, La Plata, Argentina.

OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 9ª ed., Ed. Oxford, 2003, México.

OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 4ª ed., Ed. Oxford University Press, 1998, México.

PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Derecho de la Integración Económica,* Ed. Porrúa, 1998, México.

PALLARES, Eduardo, *Derecho Procesal Civil*, 11ª ed., Ed. Porrúa, 1985, México.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Othón y RODRÍGUEZ VILLA, Bertha Mary, *Manual Básico del Conciliador,* Ed. Vivir en paz (ONG.), 2003, México.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado,* 3ª ed., Ed. Harla, 1984, México.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho Internacional Privado,* 8ª ed., Ed. Oxford, 2003, México.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel (Comp.), *Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. Distribuciones Fontamara S.A., 2000, México.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado General de Sociología,* 19ª ed., Ed. Porrúa, 1982, México

RIVERA NEUTZE, Antonio Guillermo y GORDILLO RODRÍGUEZ, Rainer Armando, *Curso Práctico de Arbitraje Comercial Internacional,* Ed. EDIFOLSA, 2001, Guatemala.

ROCCO, Ugo, *Derecho Procesal Civil,* Vol. 1, Ed. Jurídica Universitaria, 2001, México.

ROCCO, Ugo, *Teoría General del Proceso Civil,* Ed. Porrúa, 1959, México.

RODRÍGUEZ GONZÁLES VALADEZ, Carlos, *México ante el Arbitraje Comercial Internacional*, Ed. Porrúa, 1999, México.

SANTOS BELANDRO, Rubén B., *Arbitraje Comercial Internacional*, 2ª ed., Ed. Pereznieto Editores, 1997, México.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, Ed. Pereznieto Editores, 1994, México.

SMITH, James Frank, (Comp.) *Derecho Constitucional Comparado México – Estados Unidos,* Ed. IIJ-UNAM, Tomo II, 1990, México.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso,* 2ª ed., Ed. Temis, 1999, Bogotá, Colombia.

ZAMORA SÁNCHEZ, Pedro, *Arbitraje en Instituciones Financieras*, Ed. Oxford University Press, 2002, México.

Monografías

ADAME GODDARD, Jorge, *Estudios sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías,* UNAM-IIJ, 1991, México.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El Juez. Sus Deberes y Facultades,* Ed. Depalma, 1982, Buenos Aires, Argentina.

ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, *Las Diligencias Preliminares del Proceso Civil,* Ed. Bosch, 1997, Barcelona, España.

BANACLOCHE PALAO, Julio, *Las Diligencias Preliminares,* Ed. Thomson Civitas, 2003, Madrid, España.

BANACLOCHE PALAO, Julio, et al, *El Tratamiento de las Cuestiones Procesales y la Audiencia Previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Ed. Thomson - Civitas, 2005, Navarra, España.

BARONA VILAR, Silvia, (Coordinador) *Comentarios a la Ley de Arbitraje (LEY 60/2003, DE 23 DE DICEIMBRE),* Ed. Thomson Civitas, 2004, Madrid, España.

BARONA VILAR, Silvia, *Solución Extrajurisdiccional de Conflictos,* Ed. Tirant lo Blanch, 1999, Valencia, España.

BERMAN, Harold J., *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente,* Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, México.

CENTRO DE COMERCIO INTERNACIONAL – CENTRO DE ARBITRAJE DE MÉXICO, *Arbitraje y Solución Alternativa de Controversias,* Ed. Themis, 2003, México.

COLERIO, Juan Pedro y ROJAS, Jorge A., *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar,* Ed. Rubinzal- Culzoni Editores, 1998, Buenos Aires, Argentina.

CRAIG, W. Laurence et al., *International Commercial Arbitration,* Ed. The Foundation Press, Inc., 1997, Westbury, New York, Estados Unidos.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María, *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, Ed. J.M. BOSCH EDITOR, 2000, Barcelona, España.

DE LA MADRID ANDRADE, Mario, *El Joint Venture,* Ed. Porrúa, 2005, México.

ENTELMAN, Remo F., *Teoría de Conflictos,* Ed. Gedisa, 2002, Barcelona, España.

ESTRADA SÁMANO, José Antonio, *Notas sobre Filosofía del Derecho,* Ed. Morevallado Editores, 2002, México.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *La Audiencia Previa. Consideraciones Teórico-Prácticas,* Ed. Civitas, 2000, Madrid, España.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Ius Mercatorum*, Ed. Consejo General del Notariado, 2003, España.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Le role des juridictions étatiques devant l´arbitrage commercial international,* Ed. Académie de Droit International, Tomo 290, 2002, Haya, Holanda.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina,* Ed. Iustel, 2008, Madrid, España.

FILÁRTIGA LACROIX, Carlos A., et al., *El Arbitraje en Paraguay*, Ed. Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio de Uruguay, 2000, Uruguay.

GARCÍA HUIDOBRO, Cristián, *El Arbitraje en Chile,* Ed. Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio de Uruguay, 2000, Uruguay.

GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco J., *El Régimen de las Medidas Cautelares en el Comercio Internacional,* Ed. McGraw Hill, 1996, Madrid, España.

GONZALO QUIROGA, Marta, (Coord.) et al, *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos: Perspectiva Multidisciplinar,* Ed. Dykinson, 2006, Madrid, España.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura,* Ed, Porrúa, 2007, México.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Problemas Actuales del Derecho Procesal,* Ed. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDAp), 2002, México.

GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, *La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos*, (CAM), S/Año, México.

GREIF, Jaime, (Coord.) et al., *Medidas Cautelares,* Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002, Buenos Aires, Argentina.

GUTIÉRREZ ALVIZ CONRADO, Faustino, *El Proceso Civil Antiguo y Nuevos Modelos de Enjuiciar,* Ed. Tirant lo Blanch, 2001, Valencia, España.

HERRERA MERCADO, Hernando y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio, *Temas Estructurales en torno al Arbitraje, la Conciliación y la Negociación,* Ed. Editorial Universidad del Rosario, 2007, Bogotá, Colombia.

LEÓN, José Luis, (Coordinador) *El Nuevo Sistema Internacional, una Visión desde México*, Ed. Fondo de Cultura Económica – Secretaría de Relaciones Exteriores, 1999, México.

LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de Diciembre,* Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004, San Sebastián, España.

MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El Arbitraje como Solución de Conflictos en Propiedad Intelectual*, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, Valencia, España.

MONTERO AROCA, Juan, *El Derecho Procesal en el Siglo XX,* Ed. Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, España.

MONTERO AROCA, Juan, *Los Principios Políticos de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: Los Poderes del Juez y la Oralidad.,* Ed. Tirant lo Blanch, 2001, Valencia, España.

MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El Arbitraje en la Ley 60/2003,* Ed. Ediciones Experiencia, 2004, Barcelona, España.

NOODT TAQUELA, María Blanca, *El Arbitraje en Argentina,* Ed. Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio de Uruguay, 2000, Uruguay.

OLIVERA GARCÍA, Ricardo y JIMÉNEZ DE ARECHEGA, Mercerdes, *El Arbitraje en Uruguay,* Ed. Centro de conciliación y Arbitraje, Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio de Uruguay, 2000, Uruguay.

PICAND ALBÓNICO, Eduardo, (Coord.), *Estudios de Arbitraje,* Ed. Editorial Jurídica de Chile, 2007, Chile.

RECASENS FICHES*,* Luis, *La Filosofía del Derecho en el Siglo XX,* Ed. Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Michoacán, 1996, México.

REDORTA, Joseph, *Cómo Analizar los Conflictos,* Ed. Paidós Ibérica, 2004, Barcelona, España.

REDORTA, Josep, *Emoción y Conflicto*, Ed. Paidós Ibérica, 2006, Barcelona, España.

REDORTA, Joseph, *El Poder y sus Conflictos o ¿quien puede más?,* Ed. Paidós Ibérica, 2005, Barcelona, España.

ROSAS BENÍTEZ, Alberto, *Orígenes y Derecho Antiguo,* Vol. 1 2ª Reimpresión, Ed. Editorial Gráfica Nueva, 2000, México.

SOTELO MUÑOZ, Helena y OTERO PARGA, Milagros, (Coords.), *Mediación y Solución de Conflictos,* Ed. Tecnos, 2007, Madrid, España.

VESCOVI, Enrique, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, 3ª ed., Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1999, Montevideo, Uruguay.

VINYAMATA CAMP, Eduart, *Conflictología. Curso de Resolución de Conflictos,* 2ª ed. Ed. Ariel, 2005, Barcelona, España.

VIVES CHILLIDA, Julio A, *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones,* Ed. McGraw Hill, 1998, Madrid, España.

WIELAND ALZAMORA, Hubert, *La Negociación Internacional: Bilateral y Multilateral,* 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, Asociación de Funcionarios del Servicio Diplomático del Perú, 2005, Perú.

Diccionarios/Enciclopedias

ALCARAZ VARÓ, Enrique y HUGHES, Brian, *Diccionario de Términos Jurídicos: Inglés – Español Español – Inglés,* 9ª Impresión, 2006, Barcelona, España.

ALVAR EZQUERRA, Manuel, *Diccionario General de la Lengua Española,* 2ª ed., Ed. SPES Editorial, Barcelona, España.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 13ª ed., Ed. Heliasta, 1998, Argentina.

Diccionario de Derecho Procesal, Ed. Oxford, 2000, México.

Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa y IIJ-UNAM, Tomo I, 1996, México.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Driskill, Tomo I, 1986, Argentina.

FLORES RUEDA, Cecilia, (Coord.) *Diccionario Enciclopédico de Arbitraje Comercial,* Ed. Themis, 2010, México.

GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón, *Diccionario Manual Ilustrado,* 10ª ed., Ed. Larousse, 1997, México.

GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, (Coord.) *Diccionario de Derecho Internacional,* Ed. Porrúa – UNAM, 2001, México.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa y el IIJ- UNAM, Tomo I (Año 1998), Tomo II (Año 2000), Tomo III (Año 2001), y Tomo IV (Año 2001), México.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 25ª ed., Ed. Porrúa, 1999, México.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, et al., *Diccionario Jurídico Temático de Derecho Internacional Privado,* Vol. 5, Ed. Oxford, 2002, México.

QUINTANA ADRIANO, Elvia Araceli (Coord.), *Diccionario de Derecho Mercantil,* Ed. Porrúa, 2001, México.

Hemerografía

BERMEJO, Patricia, *La Audiencia Preliminar en el Proceso Civil,* Revista del Colegio de Abogados de la Plata, No. 55, año XXXIV, Jul – Dic, 1994, La Plata, Argentina.

BUZAID, Alfredo, *Do Despacho Saneador,* Revista de Directo Processual Civil, Vol. 1, Ed. Saraiva S. A., Livreiros EditÔres, 1960, Sao Paulo, Brasil.

DREYZIN DE KLOR, Adriana, et al., *Arbitraje,* Ed. Zavalia, 2004, Buenos Aires, Argentina.

FAIREN GUILLÉN, Víctor, *Sugerencias Prácticas sobre el contenido de la Audiencia Preliminar,* Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXVIII, núms. 160 – 161 – 162, Ed. IIJ-UNAM, Jul. – Dic., 1988, México.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Orientaciones del Derecho Internacional Privado en el Umbral del Siglo XXI,* Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, AMDIPyC., Número Especial, 2000, México

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *La Institución del Discovery en el Arbitraje Comercial Internacional en México,* Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, No. 11, Ed. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C., 2002, México.

TREVIÑO, Julio César, *El Arbitraje Comercial Internacional de tipo Ad Hoc e Institucional y el Arbitraje CCI,* Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, No. 1, Ed. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C., 1996, México.

Multimedia

GÓMEZ RUANO, Sofía, *Cláusulas patológicas,* CD, del Centro de Arbitraje de México (CAM), 2005, México.

VEYTIA PALOMINO, Hernany, *Escarmiente con la experiencia ajena. 10 casos de cláusulas arbitrales patológicas,* CD, del Centro de Arbitraje de México CAM, México.

VEYTIA PALOMINO, Hernany, *Paneles y panelistas del capítulo XIX del TLCAN*, CD, Memoria del XX Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, 1996, Guadalajara, Jal., México.

Documento Legislativo (traducido)

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, tr., *Código Procesal Civil Alemán,* Ed. Universidad Jaime I de Castellón, 2005, España.

Tratados/Convenciones Internacionales

Protocolo de Ginebra sobre Cláusulas de Arbitraje, de 1923
Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1961
Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975
Convención de Naciones Unidas sobre los Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980

Legislativa

Alemania. Ley Alemana de Arbitraje de 22 de Diciembre de 1997
Argentina. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 24.573 (Decreto 1042/81)
Costa Rica. Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, (Ley núm. 7727)
Ecuador. Ley de Arbitraje y Mediación, de 1997, No. RO/145
España. La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000
Estados Unidos de América. Federal Rules of Civil Procedure
Guatemala. La Ley de Arbitraje, No. 67/95
Honduras. Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto No. 161-2000
Inglaterra. Ley Inglesa de Arbitraje, No. 23, de 1996
Paraguay. Código de Procedimiento Civil
Perú. El Código Procesal Civil, Resolución Ministerial Número 10-93-Jus, Promulgado 1993

Perú. Ley General de Arbitraje de 1996
Puerto Rico. Reglas de Procedimiento Civil
Uruguay. Código General del Proceso (Ley No. 15.982)
Uruguay. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988

Reglamentaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976
Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de1985
Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral de 1996
Reglamento de Conciliación de Naciones Unidas, de 1981

Documentos de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Directrices para la celebración de conferencias previas a las audiencias en el procedimiento arbitral de 1993. (A/CN.9/378/Add.2)

Proyecto de Directrices para las reuniones preparatorias del proceso arbitral de 1994: Informe del Secretario General. (A/CN.9/396 y A/CN.9/396/Add.1)

Informe de la CNUDMI sobre la labor realizada en su 29s período de sesiones de 28 de mayo a 14 de junio de 1996

Documentos Normativos Internacionales

Documentos de la Cámara de Comercio Internacional

ICC Rules for a Pre-Arbitral Referee Procedure, 1990

ICC Rules for Expertise 2003

ICC Rules for Documentary Instruments Dispute Resolution Expertise, 1997, revisadas el 15 de marzo de 2002

Reglamento *ADR* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) 2001

Guía del *ADR* de la de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) 2001

Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, *Servicios de Solución de Controversias,* 3ª ed., 2002, París, Francia

Reglamentaciones de Centros de Arbitraje

Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) de 1978

Reglamento y Reglas del CIADI (Revisión - Modificados) Anexo AL, Doc. AC/84/7, 7 de septiembre de 1984

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santo Domingo de 1987

Reglamento del Consejo Superior y Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Sevilla, 1993, España

Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) DOF 20 de Junio de 1994

Reglas de Procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) DOF 20 de Junio de 1994

Reglas de Arbitraje Comercial de la American Arbitration Association (AAA) de 1997

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de 1998

Reglamento de la London Court of International Arbitration (LCIA) de 1998

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de Costa Rica de la Cámara de Comercio de Costa Rica de 1998

Reglamento de Procedimientos para la solución de controversias ante las Cámaras Arbitrales de Cereales y afines, 1998

Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACCC), 2000

Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de La Paz, Bolivia de 2002

Reglamento de Comprobación de Hechos (*Fact Finding Rules*) del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) 2006

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA)

Reglamento de Arbitraje de la Corte Española

Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Reglamento de Arbitraje Acelerado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional, de Perú, del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, Perú

Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación Comercial del Perú

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de Costa Rica, de la Cámara de Comercio

Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Ecuador

Reglamento de Conciliación, Mediación y Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guatemala (CENAC)

Reglas de la Comisión de Arbitraje Internacional Económico y de Comercio de China (CIETAC)

Reglamento de Arbitraje de la Cámara Argentina de Comercio y El Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC)

Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional para el MERCOSUR, Bolsa de Comercio

Reglamento de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid

Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona

Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao

Reglamento de Arbitraje de la Corte Vasca de Arbitraje

Reglamento de Arbitraje Mecanismo Complementario del (CIADI)

Documentos Oficiales del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Reglas de Procedimiento del Artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) DOF 20 de Junio de 1994

Reglas de Procedimiento del Comité de Impugnación Extraordinaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) DOF 20 de Junio de 1994

Reglas Modelo de Procedimiento del Capítulo XX del TLCAN

Tratado de Libre Comercio de América del Norte 1994

Reglamentos de Centros de Arbitraje en México

Reglamento Interior de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) de 1970

Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México (CAM) de 1997

Códigos de Conducta para Árbitros

Código de Ética para Árbitros en Litigios Comerciales, por el Comité Especial de la Asociación Estadounidense de Arbitraje y la Asociación de la Barra Estadounidense de 1977 (The Code Ethics for Arbitrators in Commercial Dispute)

Guía para Árbitros, por la Asociación Estadounidense de Agentes del Mercado Bursátil (NASD) de 2002

Código de Ética para Árbitros y Conciliadores, Cámara de Comercio de Lima, Perú

Código de Ética de los Árbitros del E-Global ADR Tribunal

Documento Europeo

Libro Verde: Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos en el Ámbito del Derecho Civil y Mercantil, Comisión de las Comunidades Europeas, 2002

Lex Mercatoria

Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, de 1994

Documentos de Bancomex

Guía Básica del Exportador, 12ª ed., Ed. BANCOMEX, 2005, México

Guía Práctica para la Elaboración del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías, Ed. BANCOMEX, s/Año, México

Documento de la Canaco

Boletín Informativo, No. 1, 2ª Época, Enero 2007, México

Legislación de México

Legislación Federal

Código de Comercio
Ley de Propiedad Industrial, de 1991
Ley Federal de Derechos de Autor, de 1997

Legislación Local

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF)
Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán (CPCMICH)

Cibernética

BORGES, Marcos Alfonso, *La Justicia de Pequeñas causas en el Brasil,* p. 663, [En Línea] <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/836/35.pdf>

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El Despacho Saneador, cuestiones previas y condiciones procesales,* p. 611 [En línea] <http//www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/48/dtr/dtr2.pdf>

BUZAID, Alfredo, *Origen del Despacho Saneador,* [En Línea] <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_37/panteao.htm>

BUZAID, Alfredo, *Actualidad de un Viejo Procesalista: Paula Batista,* pp. 247 – 248, [En Línea], <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/1/drt/drt12.pdf>

CIPRIANI, Franco, *El Centenario del Reglamento de Klein,* [En Línea], 1995, Bari, Italia, <http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal/cipriani.htm>

FOUCHARD, Philippe, *Une initiative contestable de la CNUDMI A propos du projet de Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales*, [En Línea] <http://www.kluwerarbitration.com>

GRIFFIN, Peter R., *Recent trends in the conduct of international arbitration discovery procedures and witness hearings,* [En Línea]: 2003, <http://www.kluwerarbitratio/commentary/revue/2002/htm>

JOLOWICZ, J. A., *El procedimiento Civil en el Common Law. Aspectos de su evolución histórica en Inglaterra y en los Estados Unidos durante el siglo XX,* [En Línea] <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1017/5.pdf> p. 124

LOUTAYF RANEA, Roberto G., *La Audiencia Preliminar,* pp. 14 – 15, [En Línea], <http://www.astera.com.ar/files/prologs/doctrina0178.pdf.> 2005.

MASCIOTRA, Mario y CARELLI, Enrique Antonio, *Privatización de actividades jurisdiccionales en materia probatoria. El DISCOVERY: su implementación en nuestro medio,* [En Línea]: junio de 2001, <http://www.aaba/plenario.htm>

MORENO RESANO, Esteban, *La acepción de interlocutio en el Derecho Romano,* Revue internationale des droits de l'Antiquité, 50, 2003, pp. 249 – 286. Universidad de Zaragoza. Biblioteca Digital Hiberus. [En Línea] <http://www.grupohiberus.es/biblioteca/moreno1.pdf>

SANTANA DE ABREU, Leonardo, *Comentarios al Artículo 331 del CPC: Audiencia Preliminar,* [En Línea], <http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/00c0331.php>

SCALBERT, Huges, *Les clauses compromissoires pathologiques,* [En Línea]: 2003, <http://www.kluwerarbitratio/commentary/revue/1998/htm>

<http://www.aryme.com/aryme/esp/metodos_adr/ind>

La Mediación en México, ABA/USAID, <http://www.mediaciónenmexico.org.>

Teoría del Conflicto <http://www.wikipedia.org/wiki/Teor%C3%ADa_del _conflicto>

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

TABLAS

No.	Título	Págs.
1	Teoría de los Juegos.	8
2	Escenarios de Imprevisión.	237
3	Ejes Temáticos Centrales.	382
4	Ejes Centrales.	383
5	Temas Colaterales I	384
6	Temas Colaterales II	385
7	Temas Colaterales III	386
8	Temas Colaterales IV	387
9	Temas Colaterales V	388
10	Temas Colaterales VI	389
11	Temas Colaterales VII	390
12	Supuestos a implementar en una Audiencia Preliminar en Sede Mexicana.	500

FIGURAS

No.	Título	Pág.
1	Conflicto por Secuencia.	22