

6.PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL

6.1 Concepto

Las prácticas desleales son conductas realizadas por empresas productoras situadas en el extranjero al vender determinadas mercancías a importadores ubicados en el territorio nacional en condiciones de discriminación de precios, es decir, a un precio de exportación inferior a su valor normal en el caso del dumping, o bien con el beneficio que otorga un gobierno extranjero, sus organismos públicos o mixtos, o sus entidades, directa o indirectamente, a los productores, transformadores, comercializadores o exportadores de mercancías, para fortalecer inequitativamente su posición competitiva internacional. Sus efectos causan daño a la producción nacional de mercancías idénticas o similares a las de importación.

6.2 El dumping y el subsidio

El dumping es una práctica desleal del comercio internacional que consiste en que un producto sea introducido en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor en el país de origen, en el curso de operaciones comerciales normales. A partir de esta definición, es necesario explicar cada uno de los conceptos que la integran, a saber: precio de exportación, valor normal y operaciones comerciales normales.

El precio de exportación es el efectivamente pagado o a ser pagado en una venta, comercio o intercambio, relacionados con la entrada del producto en México. La comparación entre el precio de exportación y el valor normal, debe ser equitativa, por lo que los precios se deben comparar en un mismo nivel comercial, preferentemente en el nivel ex-fábrica y sobre operaciones realizadas en fechas lo más próximas posibles. Cuando fuera necesario, pueden realizarse promedios ponderados o aplicar técnicas de muestreo, o también se pueden practicar ajustes que contemplen las diferencias en las condiciones generales de la venta, como, por ejemplo, en el tratamiento tributario, en la tasa de cambio, en diferencias físicas del producto, en descuentos por cantidad, en diferencias en la financiación de la venta y en la provisión de garantías y de asistencia técnica.

Ahora bien, ¿qué entendemos por “valor normal”? Se denomina valor normal al precio pagado, o por ser pagado, por un producto similar al importado, cuando éste es vendido en el mercado interno del país de origen o de exportación, en el curso de operaciones comerciales normales. Y una venta ha sido hecha en el curso de operaciones comerciales normales cuando concurren alguna de las siguientes situaciones:

a) Cuando el precio no esté afectado por la existencia de relaciones societarias, entre las empresas vendedora y compradora, que permitan presuponer la existencia de un precio de transferencia que pueda ser distinto del establecido en una operación entre partes independientes.

b) Cuando se trate de ventas realizadas a precios que no estén debajo de los costos de producción, variables y fijos, durante períodos mayores a seis meses, de modo que se puedan recuperar todos los costos dentro de un plazo razonable.

Cuando no se puede considerar que una transacción haya sido realizada en el curso de operaciones comerciales normales, se puede utilizar como sustituto del valor normal el precio al que el país exportador le vende a un tercer país, distinto a México, o se puede utilizar también el método de reconstrucción de valor. Éste consiste en reconstruir el precio sobre la base de los costos de producción más la porción correspondiente al producto de los gastos de administración, comercialización y generales de la empresa, al que se adiciona una ganancia normal para la actividad correspondiente.

El dumping no debe ser confundido con el subsidio, que se configura cuando se dan alguna de estas dos situaciones:

a) Un país exportador o un organismo público de un país exportador está efectuando una contribución financiera a un productor, de modo tal que le representa un beneficio que le permite exportar a un precio menor.

b) Un gobierno induce a una entidad privada a proveer esos beneficios a los productores exportadores.

Las diferencias entre el dumping y el subsidio radican en que mientras el dumping parte de una decisión de una empresa, la subvención, tienen su origen en una decisión de gobierno, la que puede estar motivada por diversas razones.

6.3 Daño ala Producción nacional y la relación causal

El dumping con el que entran los productos del exterior, puede llegar a dañar a la industria nacional productora de un bien similar al que ingresa. Entonces, si se llegaran a probar estos tres extremos, es decir, la existencia de dumping, de daño y de relación de causalidad entre estos dos elementos, los productores nacionales tienen a su alcance un mecanismo de resguardo: lograr que se impongan derechos antidumping a los productos que ingresan en tales condiciones.

El daño

Conforme el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)[1], el que junto con la ley 24.425, y los decretos 766/94 y 1326/98 constituyen el marco legal de las investigaciones que persiguen la imposición de derechos antidumping, “daño” es tanto un daño importante existente o una amenaza de daño real e inminente, como también un retraso sensible en la creación de una rama de la producción nacional. No cualquier daño es suficiente para justificar la imposición de medidas: según el Acuerdo la determinación de daño deberá estar fundamentada en

hechos e información objetiva y no en meras conjeturas o posibilidades remotas, por lo que se deberá realizar un examen minucioso de:

a) el volumen de las importaciones con dumping o subvención y su impacto sobre los precios de un producto similar en el mercado interno, y

b) los efectos consiguientes de esas importaciones sobre los productores locales de un producto similar.

A efectos de determinar si existe daño, el Acuerdo establece la necesidad de analizar una serie de indicadores de daño, que son: precios internos; disminución real y potencial de las ventas; existencias; producción; empleo; salarios; capacidad instalada; utilización de la capacidad instalada; crecimiento; productividad; participación en el mercado; efectos negativos sobre flujo de caja; utilidades; rendimiento de las inversiones; inversión y capacidad para reunir capital. Según el propio Acuerdo, “esta enumeración no es exhaustiva, y ninguno de estos factores aisladamente ni varios de ellos juntos bastarán necesariamente para obtener una orientación decisiva”.

Autoridades de aplicación

En el orden nacional son autoridades de aplicación de la normativa señalada, la Secretaría de Economía (SE) organismos que le corresponde el análisis de la existencia de dumping, mientras que la Unidad de Practicas al Comercio Internacional (UPCI) es la autoridad encargada de la investigación en materia de determinación del daño causado a la producción nacional por importaciones en condiciones de competencia desleal.

Un derecho antidumping sólo puede establecerse luego de efectuada una investigación en la que se compruebe la existencia de los tres elementos precedentemente señalados, es decir, el dumping, el daño y la relación de causalidad, y en la que se hubiera dado a las partes intervinientes-productores nacionales, extranjeros e importadores, amplio derecho de defender sus intereses a través de una investigación minuciosa en la que se hubiera verificado la información proporcionada y resguardado la confidencialidad de los datos suministrados por las empresas.

El procedimiento

El procedimiento comienza con la presentación de la solicitud de investigación, efectuada por la rama de la producción nacional que se considere afectada por el supuesto dumping, la que debe acreditar su personería jurídica y presentar evidencias suficientes de la existencia de dumping y de daño, así como de la relación de causalidad entre ambos. A tal efecto, se ha previsto el llenado de determinados formularios e instrucciones prescriptos por las autoridades de aplicación. La petición debe ser presentada ante la SE y existe la posibilidad de que los interesados realicen consultas previas a la presentación, dirigiéndose a la SE por temas relacionados con la existencia de dumping y a la UPCI, por cuestiones relativas a la prueba del daño.

Una vez recibida la petición, tanto la SE como la UPCI analizan la inexistencia de errores u omisiones, resolviendo acerca de su admisibilidad. Si la solicitud es aceptada, la UPCI remite un informe a la SE acerca de la existencia de un producto similar nacional, y la SE, a partir de la fecha de recepción de este informe, se expide acerca de la representatividad del solicitante.

A partir de la recepción por parte de la SE del informe acerca de la existencia de un producto similar nacional, se pone en marcha el procedimiento tendiente a la apertura de la investigación. Este procedimiento consiste en que ambos organismos, en el ámbito de sus respectivas competencias y exclusivamente sobre la base de información proporcionada por los peticionantes y por fuentes oficiales examinen la exactitud y pertinencia de las pruebas presentadas, para determinar si son suficientes para justificar la iniciación de una investigación e informen, dentro de los treinta y cinco días hábiles, al Secretario de Economía

Efectuados estos informes, la UPCI debe elaborar, en un plazo máximo de tres días, el informe de Relación de Causalidad, el que se eleva al Secretario de Comercio.

A su vez, la SE, una vez recibida la copia del informe de Relación de Causalidad y en un plazo de cinco días hábiles, eleva al Secretario de Economía, su recomendación acerca de la apertura de la investigación.

El Secretario de Economía, una vez recibidos los informes de ambos organismos, dentro del plazo de diez días hábiles, resuelve acerca de la procedencia o improcedencia de la apertura de investigación. En el primer caso, se publica la resolución de apertura en el Diario Oficial de la Federación (DOF)

Con posterioridad a la publicación de la resolución de inicio de la investigación en el DOF, la UPCI envían cuestionarios a todos los interesados, es decir, a la peticionante, a otros productores nacionales, a productores extranjeros y a importadores. Con las respuestas de estos formularios y la evidencia disponible, la UPCI efectúa un informe preliminar de existencia de dumping, mientras que la UPCI realiza una determinación preliminar de daño y un informe de relación de causalidad, a efectos de informar al Secretario de Economía .

- a) Si la investigación debe continuar, con la aplicación de medidas provisionales, cuyo presupuesto es evitar que se produzca un daño a la producción nacional durante la investigación;
- b) Si la investigación debe continuar, sin aplicación de medidas preliminares;
- c) Si se debe cerrar la investigación, ante la inexistencia de dumping, daño o relación de causalidad.

Estos informes deben ser elevados por la al Secretario de Economía en un plazo máximo de cuatro meses a partir de la apertura de la investigación.

Durante el desarrollo de la investigación, se llevan a cabo audiencias públicas y privadas, reuniones con las partes y verificaciones de la información aportada.

La investigación debe completarse normalmente dentro de los doce meses siguientes a la fecha de su inicio. Este plazo puede prorrogarse a un máximo de dieciocho meses, cuando la complejidad del caso así lo requiera.

Las medidas tienen una duración máxima de cinco años, con revisiones anuales, y pueden aplicarse retroactivamente al período en que se hayan aplicado medidas provisionales, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la legislación vigente.

6.4 Las cuotas compensatorias

Conforme a la Ley de Comercio Exterior, el marco jurídico para las cuotas compensatorias es:

Artículo 62.- Corresponde a la Secretaría determinar las cuotas compensatorias, las cuales serán equivalentes, en el caso de discriminación de precios, a la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación; y en el caso de subvenciones, al monto del beneficio.

Las cuotas compensatorias podrán ser menores al margen de discriminación de precios o al monto de la subvención siempre y cuando sean suficientes para desalentar la importación de mercancías en condiciones de prácticas desleales de comercio internacional.

Artículo 63.- Las cuotas compensatorias serán consideradas como aprovechamientos en los términos del artículo 3. del Código Fiscal de la Federación.

Artículo 64.- La Secretaría calculará márgenes individuales de discriminación de precios o de subvenciones para aquellas productoras extranjeras que aporten la información suficiente para ello; dichos márgenes individuales servirán de base para la determinación de cuotas compensatorias específicas.

La Secretaría determinará una cuota compensatoria con base en el margen de discriminación de precios o de subvenciones más alto obtenido con base en los hechos de que se tenga conocimiento, en los siguientes casos:

- I. Cuando los productores no comparezcan en la investigación; o
- II. Cuando los productores no presenten la información requerida en tiempo y forma, entorpezcan significativamente la investigación, o presenten información o pruebas incompletas, incorrectas o que no provengan de sus registros contables, lo cual no permita la determinación de un margen individual de discriminación de precios o de subvenciones; o
- III. Cuando los productores no hayan realizado exportaciones del producto objeto de investigación durante el período investigado.

Se entenderá por los hechos de que se tenga conocimiento, los acreditados mediante las pruebas y datos aportados en tiempo y forma por las partes interesadas, sus coadyuvantes, así como por la información obtenida por la autoridad investigadora.

Artículo 65.- La Secretaría de Hacienda y Crédito Público procederá al cobro de las cuotas compensatorias provisionales y definitivas. Dicha dependencia podrá aceptar las garantías constituidas conforme al Código Fiscal de la Federación, tratándose de cuotas compensatorias provisionales.

Si en la resolución final se confirma la cuota compensatoria provisional, se requerirá el pago de dicha cuota o, en su defecto, se harán efectivas las garantías que se hubieren otorgado. Si en dicha resolución se modificó o revocó la cuota, se procederá a cancelar o modificar dichas garantías o, en su caso, a devolver, con los intereses correspondientes, las cantidades que se hubieren enterado por dicho concepto o la diferencia respectiva.

Artículo 66.- Los importadores de una mercancía idéntica o similar a aquélla por la que deba pagarse una cuota compensatoria provisional o definitiva no estarán obligados a pagarla si prueban que el país de origen o procedencia es distinto al de las mercancías sujetas a cuota compensatoria.

Artículo 67.- Las cuotas compensatorias definitivas estarán vigentes durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar el daño a la rama de producción nacional.

Artículo 68.- Las cuotas compensatorias definitivas deberán revisarse anualmente a petición de parte o en cualquier tiempo de oficio por la Secretaría, al igual que las importaciones provenientes de productoras a quienes en la investigación no se les haya determinado un margen de discriminación de precios o de subvenciones positivo.

En todo caso, las resoluciones que declaren el inicio y la conclusión de la revisión deberán notificarse a las partes interesadas de que se tenga conocimiento y publicarse en el Diario Oficial de la Federación. En el procedimiento de revisión las partes interesadas tendrán participación y podrán asumir los compromisos a que se refiere el artículo 72 de esta Ley.

Las resoluciones correspondientes que confirmen, modifiquen o revoquen cuotas compensatorias definitivas tendrán también el carácter de resoluciones finales y se someterán previamente a la opinión de la Comisión.

La solicitante de una revisión deberá demostrar ante la Secretaría que el volumen de las exportaciones realizadas a México durante el período de revisión es representativo.

Artículo 69.- Cuando las cuotas compensatorias definitivas se hayan impuesto para contrarrestar la amenaza de daño causada por importaciones en condiciones de discriminación de precios o subvención, la revisión deberá incluir, en su caso, una evaluación de la inversión que sin la cuota compensatoria no hubiera sido factiblemente realizada. La cuota compensatoria podrá ser revocada por la Secretaría en caso de que la inversión proyectada no se haya efectuado.

Artículo 70.- Las cuotas compensatorias definitivas se eliminarán en un plazo de cinco años, contados a partir de su entrada en vigor, a menos que antes de concluir dicho plazo la Secretaría haya iniciado:

I. Un procedimiento de revisión anual a solicitud de parte interesada o de oficio, en el que se analice tanto la discriminación de precios o monto de las subvenciones, como el daño.

II. Un examen de vigencia de cuota compensatoria de oficio, para determinar si la supresión de la cuota compensatoria daría lugar a la continuación o repetición de la práctica desleal.

En caso de que no se haya iniciado alguno de estos procedimientos, la Secretaría deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación un aviso sobre la eliminación de dicha cuota, el cual deberá notificar a las partes interesadas de que tenga conocimiento.

Artículo 70 A.- La Secretaría publicará en el Diario Oficial de la Federación un aviso sobre la próxima expiración de la vigencia de cuotas compensatorias, al menos 45 días anteriores a su vencimiento, el cual se deberá notificar a los productores nacionales de que se tenga conocimiento.

Artículo 70 B.- Para que la Secretaría inicie de oficio un examen de vigencia de cuotas compensatorias, uno o varios productores deberán expresar por escrito a la Secretaría su interés de que se inicie dicho examen, y presentar una propuesta de período de examen de 6 meses a un año comprendido en el tiempo de vigencia de la cuota compensatoria, al menos 25 días antes del término de la vigencia de la misma.

Artículo 71.- No están sujetas al pago de cuota compensatoria o medida de salvaguarda, las siguientes mercancías:

I. Los equipajes de pasajeros en viajes internacionales;

II. Los menajes de casa pertenecientes a inmigrantes y a nacionales repatriados o deportados, que los mismos hayan usado durante su residencia en el extranjero;

III. Las que importen los residentes de la franja fronteriza para su consumo personal;

IV. Las que sean donadas para ser destinadas a fines culturales, de enseñanza, de investigación, de salud pública o de servicio social, que importen organismos públicos, así como personas morales no contribuyentes autorizadas para recibir donativos deducibles en el impuesto sobre la renta, siempre que formen parte de su patrimonio, previa autorización de la Secretaría, y

V. Las demás que autorice la Secretaría.

En los supuestos de las fracciones I a III se atenderá a lo previsto en la legislación aduanera.

6.5 Naturaleza jurídica

Papel del presidente de un tribunal arbitral

El éxito del arbitraje depende de una buena conducción y gran parte de la conducción del arbitraje recae en el presidente del tribunal arbitral. El artículo 38.2 del Reglamento de Arbitraje de CANACO establece que en lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral hubiese autorizado al presidente a hacerlo, éste puede decidir por sí solo, a reserva de una eventual revisión de sus coárbitros.

2. Acta de misión

En términos del artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el tribunal arbitral debe elaborar, con base en los documentos de las partes y teniendo en cuenta las últimas alegaciones de éstas, un documento que precise su misión y en donde se fijen las pretensiones de las partes y los puntos litigiosos a resolver. Conforme al artículo 19 de dicho Reglamento, una vez firmada el acta de misión, las partes no pueden formular nuevas demandas, que estén fuera de los límites de ésta, salvo que el tribunal arbitral lo autorice. Así, el acta de misión fija la controversia y determina los puntos que el tribunal arbitral debe resolver, lo que no es un medio para que las partes modifiquen sus reclamaciones.

En su artículo 25, estipula que en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes puede 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 se pudiere causar a lo otra parte o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no puede modificarse de manera tal que la demanda modificada quede excluida del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje.

La inquietud planteada en este tópico surge por la diferencia que hay con el procedimiento judicial. La formación procesalista puede llevar a pensar que una cuestión debe resolverse tal cual se planteó en el acta de misión, sin embargo en materia de arbitraje esto no es así, puesto que se trata de un procedimiento flexible.

Es por la flexibilidad del arbitraje que, si después de intercambiar escritos las partes se dan cuenta de que algunos temas no están controvertidos, pueden modificar o replantear sus pretensiones.

3. Responsabilidad.

Varios reglamentos de arbitraje contienen disposiciones que establecen que los árbitros no son responsables para con las partes; la responsabilidad puede ser civil o penal, y la responsabilidad civil proveniente de dolo no es renunciante. La estipulación de que los árbitros no son responsables, se incluye en los reglamentos de arbitraje para evitar que la parte desfavorecida en el laudo, inicie acciones en contra de los árbitros. Por ejemplo, el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la CANACO establece que los árbitros, no son

responsables frente a persona alguna, de hecho, actos u omisiones relacionadas con el arbitraje.

Se mencionaron los siguientes casos en los que los árbitros podrían ser considerados responsables:

- (i) si el laudo es anulado por un defecto procesal atribuible al árbitro y este se niega a dictar un nuevo laudo, podría ser considerado responsable;
- (ii) si el árbitro renuncia al cargo sin causa justificada; (iii) si el árbitro actuó corruptamente.

La responsabilidad del árbitro no es por el resultado del laudo, contrario a los intereses de la parte perjudicada, sino por el deber que tiene de actuar correctamente. Un árbitro no puede ser demandado por una parte sólo porque el laudo no la favoreció.

4. Participación del árbitro en el procedimiento de nulidad.

Ya que la nulidad de éste lo perjudica. Sin embargo, otros consideran que el árbitro no tiene interés jurídico, por lo que no debe ser llamado a juicio.

En los casos en que el árbitro es llamado a juicio, debe ser muy cuidadoso en cuanto a su conducta procesal.

5. Discovery.

En el arbitraje no hay “discovery”; este es un término de derecho procesal del “common law” y el arbitraje se rige por sus propias normas procesales. Lo que puede haber en el arbitraje es la presentación o intercambio de documentos, a solicitud de la otra parte o del tribunal arbitral.

Es peligroso utilizar el término “discovery”, ya que tiene significados diferentes en las distintas legislaciones del “common law”, sin embargo, en general se entiende como la solicitud de documentos en poder de la otra parte. Además, los abogados de formación civilista no están familiarizados con el “discovery”. Por ello se recomienda que las partes y los árbitros se refieran a este procedimiento como la presentación de documentos en poder de la otra parte y que fijen las reglas conforme a las cuales se realizará, para evitar problemas prácticos. Incluso es mejor usar la expresión “intercambio de información.”

El tribunal arbitral puede exigir que las partes se intercambien información. El artículo 29.3 del Reglamento de CANACO, da poder a los árbitros para que en cualquier momento de las actuaciones, puedan ordenar que las partes presenten documentos u otras pruebas.

Al respecto se recordó que el arbitraje es un procedimiento flexible, que se ajusta a los requerimientos de las partes, por lo que éstas pueden determinar la forma más conveniente para llevarlo a cabo, lo que incluye la posibilidad de establecer un procedimiento de intercambio de documentos.

6. Valoración de pruebas.

El artículo 1435 del Código de Comercio y el 30.6 del Reglamento de Arbitraje de CANACO establecen la facultad del tribunal arbitral para determinar la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas que presenten las partes. Es por esta facultad que el arbitraje se aparta de las reglas procesales comunes.

Por lo que hace a la prueba pericial, resulta conveniente consultar las “Recomendaciones para el Desahogo de la Prueba Pericial” elaboradas por la Comisión de Arbitraje de CANACO. Asimismo, se debe tomar en cuenta que los dictámenes periciales no deben ser dogmáticos, sino responder a las cuestiones planteadas por las partes y el tribunal arbitral.

7. Desahogo de la prueba testimonial.

Cada vez es más frecuente la presentación de declaraciones por escrito de los testigos, ya que agiliza y facilita el desahogo de la prueba, tanto para el tribunal arbitral como 1 Estas Recomendaciones pueden consultarse en la sección de recomendaciones de la página www.arbitrajecanaco.com.mx.

En especial es útil tratándose de testigos cuyo domicilio se encuentra en un lugar distinto a aquel en donde se llevará a cabo la audiencia.

Hay quienes consideran que las audiencias de desahogo garantizan la espontaneidad y permiten escuchar los hechos de voz de los testigos. Sin embargo, es muy común la presentación de declaraciones por escrito y se prefiere al examen directo en la audiencia. Esto es importante para quien tiene que hacer repreguntas. Si conoce la declaración escrita, puede prepararlas. Si no la conoce, debe reaccionar rápidamente; con lo que se encuentra en desventaja respecto de la parte que ofreció al testigo y que sabe sobre qué declarará. Si la declaración del testigo se presenta por escrito el tribunal arbitral y las partes tienen la posibilidad de leer y estudiar la declaración y determinar las preguntas que formularán en la audiencia.

Se comentó que el uso de la teleconferencia es cada vez más común para las declaraciones de los testigos con domicilio en el extranjero, ya que no es tan costoso y en varios casos se justifica. Aunque tiene ciertos problemas procesales y técnicos.

8. Desahogo de la prueba testimonial.

Los árbitros no tienen *imperium*, por lo que si el testigo no desahoga la prueba voluntariamente, los árbitros no pueden obligarlo. Sin embargo, conforme al artículo 1444 del Código de Comercio, se puede solicitar el auxilio de los tribunales judiciales para el desahogo de la prueba.

Se mencionó que en los trabajos preparatorios de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL se determinó que no era necesario “un triángulo”, en donde el tribunal arbitral solicitara el auxilio del juez del lugar del arbitraje, para que este a su vez solicitara el auxilio al juez del lugar del testigo, sino que el tribunal arbitral directamente puede solicitar el auxilio al juez del lugar del testigo.

En situaciones como esta es importante determinar quién tiene el control del testigo, la disponibilidad del traslado, la importancia del testimonio en relación con los hechos y si existen otros medios para obtener el testimonio.

9. Desahogo de la prueba testimonial.

En México en el arbitraje, no se toma protesta de decir verdad a los testigos, sino que el tribunal arbitral sólo exhorta al testigo a conducirse con verdad y honestidad.

Los tribunales judiciales toman protesta a los testigos porque son autoridades. Al no ser autoridades los árbitros, la protesta carece de sentido. Sin embargo, en el arbitraje el falso testimonio de un testigo puede dar lugar a responsabilidad en caso de que su testimonio conduzca a error y a una decisión equivocada del tribunal arbitral en el laudo.

10. Disposiciones de derecho.

El tribunal arbitral puede solicitarle a las partes que aleguen sobre un determinado tema. Pero esta facultad debe ejercerse con prudencia, ya que puede derivar en un trato desigual hacia las partes y afectar el derecho de defensa de la otra parte; o en una apariencia de trato desigual.

El tribunal arbitral debe conducirse con pericia y puede invocar precedentes que contribuyan a la resolución de la controversia. De igual forma el tribunal arbitral puede invocar resoluciones que fortalezcan su decisión y ello no se considera perjudicial para el derecho de defensa de las partes. Sin embargo, debe ser muy prudente, ya que si funda su resolución en cuestiones no discutidas durante el arbitraje,

1.1 Impugnación Jurídica

Características que debe reunir un árbitro.

En el arbitraje un elemento muy importante, si no es que el más importante, es el árbitro, por ello, las partes deben aprovechar el derecho que tienen para designarlo.

Dependiendo del reglamento de arbitraje que las partes hayan acordado, tienen mayor o menor participación en la designación de los árbitros. Conforme al Reglamento de Arbitraje de la CANACO, las partes gozan de gran participación en la designación del árbitro, ello obedece a que la Comisión de Arbitraje de CANACO considera que las partes, mejor que nadie, conocen las características de la controversia y por tanto al árbitro que requieren para solucionarla.

Para designar al árbitro, las partes deben considerar varios aspectos, como: que tenga experiencia en la materia, que sea independiente e imparcial, que sea una persona honesta y que se le tenga confianza. Se consideró que un aspecto primordial es la honestidad, ya que si el árbitro es honesto será independiente e imparcial y tendrá la experiencia necesaria para resolver la controversia, de lo contrario, no aceptaría el cargo.

Se hizo referencia al documento de “Recomendaciones para la Selección del Árbitro” elaborado por la Comisión de Arbitraje de CANACO, el cual se sugiere que las partes tomen en consideración al momento de designar al árbitro.

No sólo abogados pueden desempeñarse como árbitros. Lo que se busca en el arbitraje es que quien resuelva la controversia sea experto en la material, por lo que puede o no ser un abogado.

12. Designación de un árbitro. Información sobre el asunto.

El candidato a ser designado como árbitro debe conocer en qué consiste la controversia, ya que de lo contrario, podría darse el caso de que no aceptara la designación, por ejemplo por falta de disponibilidad, de experiencia o por algún conflicto de interés. La consulta que se hace al candidato a árbitro es muy importante y muy delicada. Lo que debe hacer el candidato a ser designado como árbitro es escuchar y si lo requiere, hacer preguntas generales, pero nunca expresar su opinión sobre la controversia.

Confidencialidad.

Deben atenderse las circunstancias de cada caso. Hay casos en los que no se considera que se viola la confidencialidad, por ejemplo al solicitar la ejecución o la nulidad del laudo, al hacer valer los derechos derivados del laudo o para demostrar que una parte de la controversia ya se resolvió.

La confidencialidad se presume, se considera inherente al arbitraje, pero más que confidencial, el arbitraje es privado. En realidad no hay nada en el arbitraje que *per se* lo haga confidencial, salvo lo que las partes pacten. El artículo 5 del Reglamento de Arbitraje de la CANACO establece que salvo acuerdo en contrario de las partes, las actuaciones arbitrales son confidenciales.

Otra cosa es invocar jurisprudencia arbitral. Puede convenir a las partes invoquen jurisprudencia arbitral al presentar su caso, ya que sirve para fundamentar sus reclamaciones y al tribunal arbitral le sirve para orientar su criterio.

Arbitrabilidad.

En un arbitraje hay varias leyes involucradas: la del lugar del arbitraje, la del fondo de la controversia y la del lugar donde se solicita el reconocimiento y la ejecución o la nulidad del laudo.

Son arbitrables las materias en las que las partes tienen derechos disponibles. Hay materias que no son arbitrables, como por ejemplo el estado civil de las personas. En UNCITRAL2 se ha visto que no es fácil determinarla y que hay una gran diversidad de criterios. Es un tema que está en evolución y actualmente más materias están siendo consideradas como arbitrables, es el caso de la propiedad intelectual y de la competencia económica, cuando se refieren a derechos y obligaciones de las partes.

Existe la propuesta de que el Grupo de Arbitraje de UNCITRAL, estudie la arbitrabilidad de disputas sobre el gobierno corporativo de las sociedades y sobre propiedad industrial e intelectual.

Facultades para comprometer en árbitros.

Esa cláusula es válida. En materia de arbitraje mercantil, el Título IV del Libro V del Código de Comercio regula exhaustivamente el acuerdo de arbitraje y prevé sus requisitos, entre los que no se encuentra que el poder del representante legal deba incluir facultades para comprometer en árbitros.

Según algunos, en materia civil (artículo 2587 del Código Civil), se requieren facultades para comprometer en árbitros. Otras opiniones fueron contrarias, ya que el artículo 2587 se refiere a los procuradores y se encuentra dentro del capítulo del mandato judicial. Luego es una disposición de excepción y de interpretación estricta, por lo que no puede aplicarse a todos los mandatarios.

Resulta absurdo requerir que quien celebra un contrato tenga facultades para comprometer en árbitros. El mundo opera de forma distinta en materia mercantil que 2 UNCITRAL son las siglas en inglés de United Nations Commission on International Trade Law, en español Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). en materia civil, sobre todo en materia internacional. Los grandes negocios están provistos de una gran liberalidad, por lo que no se deben imponer mayores requisitos para solucionar las controversias a través del arbitraje. Esto se recoge en el señalado Título IV del Libro V del Código de Comercio.

Debido a que el criterio anterior puede no ser compartido por los jueces, algunos consideraron que para evitar riesgos el poder puede incluir dichas facultades, pero no es necesario, además la práctica judicial es a favor del arbitraje. Por otra parte, es importante sentar el precedente de que no se requieren las facultades para comprometer en árbitros.

Tiene importancia si la cláusula se convino en el contrato, o antes de que haya surgido la disputa, o con posterioridad. Tratándose de una cláusula arbitral para resolver controversias futuras, las partes ya actuaron conforme al contrato, por lo que el cumplimiento voluntario ratifica el contrato y extingue la nulidad. De esta forma no se puede decir que quien celebró el contrato no tenía facultades, porque el contrato fue ratificado al ejecutarlo. Asimismo, la falta de facultades no puede usarse para defraudar expectativas legítimas de las partes.

Antes de 1958 el arbitraje se veía como una figura peligrosa, debía ser probada ante un juez, el compromiso debía ser otorgado ante notario, entre otros requisitos, lo cuales generaban incertidumbre. Por ello, en 1958 se establecieron requisitos mínimos, que son los previstos en la Convención de Nueva York y la legislación en materia de arbitraje tuvo un avance importante en este sentido. El cambio se dio por considerar que era necesario dar certeza al arbitraje.

Laudo : Nulidad, reconocimiento y ejecución.

Conforme a la legislación actual parece que hay que litigar la cuestión dos veces:

primero en el juicio de nulidad y después en el juicio de reconocimiento y ejecución del laudo. Esto hace que el juicio de nulidad se considere como una instancia antes del reconocimiento y la ejecución del laudo. Por esta razón, sería conveniente que la legislación incluyera que si una cuestión ya ha sido decidida en el juicio de nulidad, no puede alegarse en el juicio para solicitar el reconocimiento y la ejecución del laudo, precisamente porque ya se decidió. Asimismo, se propuso seguir una fórmula de acumulación para que la nulidad y la ejecución del laudo se resuelvan en el mismo juicio. Esta propuesta resultó muy interesante, sobre todo atendiendo al principio de economía procesal.

La causa de este problema está en que la ley mexicana en materia de arbitraje adoptó la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, que fue creada para el arbitraje comercial internacional, que supone que el lugar donde se demanda la nulidad del laudo (lugar del arbitraje) sería uno y otro lugar sería en donde se ejecuta el laudo. Lo que permite que un laudo sea ejecutado en un lugar, aunque la ejecución se haya denegado en otro lugar.

Para perfeccionar la ley mexicana convendría incluir algunas disposiciones procesales para evitar problemas como este; con el propósito de no alterar la Ley Modelo, las disposiciones podrían incluirse en un capítulo separado. Otra solución, que no requiere hacer cambios en la ley, consiste emitir criterios de interpretación jurisprudencial.

Actitud de los tribunales judiciales frente a los laudos.

La aceptación de los tribunales, respecto del arbitraje, es muy alta. Los jueces están familiarizados con el arbitraje y responden favorablemente cuando, conforme a la ley, se requiere su apoyo durante el procedimiento. Asimismo, han respondido correctamente cuando se les solicita la nulidad o la ejecución de los laudos.

Hace poco Telmex, al resultar vencido en un arbitraje, cuestionó la constitucionalidad del arbitraje, en concreto del artículo 1435 del Código de Comercio. La Suprema Corte negó el amparo a Telmex y decidió que el sistema del Código de Comercio respeta la Constitución.