

# FITZMAURICE & DEMERGIAN

*An Expense Sharing Association - Not a Partnership or Joint Endeavor*

## **Attorneys At Law**

### **SOUTH BAY OFFICE**

1061 TIERRA DEL REY, SUITE 204  
CHULA VISTA, CALIFORNIA 91910-7880  
PHONE: (619) 591-1000 FAX: (619) 591-1010

JACK F. FITZMAURICE, ESQ.

### **SAN DIEGO OFFICE**

DAVID K. DEMERGIAN, ESQ.  
550 WEST "C" STREET, SUITE 1690  
SAN DIEGO, CALIFORNIA 92101-3540

FROM THE DESK OF  
JACK F. FITZMAURICE, ESQ.  
Email: fitz01@earthlink.net

Tijuana, Baja California  
Noviembre, 2009

*Ponente:*

*Dr. Jack F. Fitzmaurice\**

## **CROSS-BORDER ARBITRATION BETWEEN THE CALIFORNIAS: MYTH OR REALITY? A PRACTICAL EXAMINATION**

The Baja California-California border region is a hotbed of economic activity demonstrated by the fact that more than Seven Billion Dollars (\$7,000,000,000 USD) in goods cross the border annually. Such activity is the consequence of literally thousands of transactions per month. The volume of international transactions, some involving millions of dollars, generate,

## **EL ARBITRAJE TRANSFRONTERIZO ENTRE LAS CALIFORNIAS: ¿MITO O REALIDAD? UN ANÁLISIS PRACTICO**

La región fronteriza de Baja California y California es un hervidero de actividad económica demostrado por los más de siete mil millones de dólares (\$7,000,000,000 M.A.), que en bienes, cruzan la frontera anualmente. Esta actividad es la consecuencia de miles de transacciones por mes. El volumen de las transacciones internacionales, algunas por millones de dólares,

---

\* Arbitro acreditado por la Asociación Americana de Arbitraje; Autor, La Resolución de Conflictos Comerciales a Nivel Internacional, Revista Jurídica de Baja California, octubre, 1996; Ponencia, Aspectos Prácticos del Arbitraje Internacional, Seminario Nacional de DIPC, 2002; Ponencia, Resumen de Comentarios sobre Aspectos prácticos del arbitraje, Revista de La Academia de Derecho Internacional Privado y Comparado, Abril, 2003.

one would expect, many international legal disputes of the sort commercial arbitrations are designed to resolve. The expectation is correct and the disputes do arise. Any expectation, however, that such commercial disputes would generally be resolved by cross-border arbitration within the region is in error. The question thus presented is: why not?

///  
///

The Mexican United States has long been a signatory of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, commonly referred to as the New York Convention; it having been ratified on April 14, 1971 and entered into force July 13, 1971. The same is true for the United States as of the end of 1970. Moreover, Mexico has enacted the United Nations Commission on International Trade Model Law as Title Four of the Federal Commercial Code commencing at Article 1415<sup>1</sup>.

///  
///  
///

Before addressing the present status of cross-border arbitration of commercial disputes, it is sensible to examine the legal predicates for arbitral resolution of commercial disputes within the Mexican body of law. In fact the Mexican United States has long enacted laws supportive of

generarían, sería de esperar, muchas de las controversias jurídicas internacionales para el cual está diseñado a resolver el arbitraje de tipo comercial. La expectativa es correcta y las controversias si se originan. Sin embargo, cualquier perspectiva, de que este tipo de controversias comerciales son resueltas en general, mediante el arbitraje transfronterizo dentro de la región, es un error. La pregunta es: ¿por qué no?

Los Estados Unidos Mexicanos es signatario de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, comúnmente conocida como la Convención de Nueva York; siendo esta ratificada el 14 de Abril de 1971 y entrando en vigor el 13 de Julio de 1971. De igual forma los Estados Unidos de America a finales de 1970. Asimismo, México ha promulgado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su Título Cuarto del Código de Comercio comenzando en su artículo 1415<sup>1</sup>.

Antes de abordar la situación actual del arbitraje transfronterizo de controversias comerciales, es conveniente analizar los preceptos legales para la resolución de controversias comerciales por arbitraje dentro de las leyes Mexicanas. En efecto, los Estados Unidos

alternative dispute resolution. As early as 1941 the LEY DE CAMARAS DE COMERCIO Y DE LAS DE INDUSTRIA then in vigor provided, at Articulo V, that the Chambers of Commerce ("CANACOs") throughout the nation were vested with the power to conduct arbitrations in private and to issue binding written decisions<sup>2</sup>.

///  
///  
///

In consequence the Camera Nacional de Comercio de la Ciudad de Mexico ("CANACO de Mexico"), for example, formulated an administrative system for the conduct of commercial arbitrations and, within that system, mechanisms for the credentialing and appointment of arbitrators. Moreover CANACO de Mexico formulated rules of procedure for the commencement and actual conduct of proceedings in arbitration.

In 1996 the LEY DE CAMARAS DE COMERCIO Y DE LAS DE LA INDUSTRIA was repealed and replaced by the LEY DE CAMARAS EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES<sup>3</sup> which updated and added clarification to the mandates of CANACO which encompass mediation and arbitration of national and international commercial disputes. It should be noted that while CANACO de Mexico has a well established arbitral system, the LEY DE CAMARAS EMPRESARIALES Y SUS

Mexicanos desde hace ya mucho tiempo ha promulgado leyes en apoyo a la resolución alternativa de conflictos. En 1941 la LEY DE CÁMARAS DE COMERCIO Y DE LAS DE INDUSTRIA entonces en vigor, en su Artículo V, establecía que las Cámaras de Comercio (ej. "CANACO") en todo el país estaban facultadas para realizar arbitrajes privados y emitir decisiones obligatorias por escrito<sup>2</sup>.

En consecuencia, la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México ("CANACO de México"), por ejemplo, formuló un sistema administrativo para el procedimiento de los arbitrajes comerciales y, dentro de ese sistema, los mecanismos para la acreditación y designación de los árbitros. Por otra parte CANACO de México formuló las reglas del procedimiento para el comienzo y el proceso de los procedimientos de arbitraje.

En 1996, la LEY DE CÁMARAS DE COMERCIO Y DE LAS DE LA INDUSTRIA fue abrogada y sustituida por la LEY DE CÁMARAS EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES<sup>3</sup> que actualizó y añadió una aclaración a las facultades de la CANACO, los cuales incluyeron la conciliación y el arbitraje de controversias comerciales nacionales e internacionales. Cabe señalar que mientras que la CANACO de México tiene un sistema de arbitraje establecido, la Ley CÁMARAS

CONFEDERACIONES, in fact authorizes the CANACOs in all locations in the Mexican United States to function as an administrative authority to manage arbitral proceedings, credential arbitrators and the like. They are not, however, compelled to do so and therein lies the difficulty.

///  
///

While, as noted above, the Mexican state is a signatory to the Uncitral Convention, has enacted the Uncitral Model Law with adjustments and has created a body of law permitting the Chambers of Commerce throughout the country to administer commercial arbitrations on an international as well as a national level, the devil is in the implementation.

The issue thus becomes whether an arbitration administrative system exists in the State of Baja California. Both CANACO de Tijuana and CANACO de Mexicali are empowered by the LEY DE CAMARAS EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES to create and operate an administrative authority to manage arbitration processes, including the credentialing and appointment of arbitrators. However, they have chosen not to do so. Absent the existence of such an administrative / appointive authority the conduct of arbitration proceedings is extremely difficult. In the

EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES, de hecho, autoriza a la CANACO en todas sus locaciones en los Estados Unidos Mexicanos, para actuar como una autoridad administrativa para gestionar los procedimientos arbitrales, con acreditación de árbitros, y similares. Sin embargo, no están obligadas a hacerlo, y de ahí radica la dificultad.

Si bien, como se señaló anteriormente, el Estado Mexicano es signatario de la Convención de la CNUDMI, ha promulgado la Ley Modelo de la CNUDMI con sus modificaciones y ha creado un cuerpo de ley que permite a las Cámaras de Comercio en todo el país conducir arbitrajes comerciales a nivel internacional, así como a nivel nacional, el problema está en la implementación.

La cuestión en si, es si un sistema de arbitraje administrativo existe en el Estado de Baja California. Tanto la CANACO de Tijuana como la CANACO de Mexicali están facultadas por la LEY DE CÁMARAS EMPRESARIALES Y SUS CONFEDERACIONES para crear y operar una autoridad administrativa para gestionar los procesos de arbitraje, incluyendo la acreditación y designación de los árbitros. Sin embargo, han optado por no hacerlo. Sin la existencia de dicha autoridad administrativa y/o acreditante, la gestión de los procedimientos de arbitraje es sumamente difícil.

first instance there is no entity to provide credentialed arbitrators. In the second instance there is no administrative authority to manage such mundane but critical tasks such as the handling of money, scheduling, supervision of conduct of arbitral proceedings and those other routine tasks which allow the arbitral process to function.

The net effect of this failure of implementation is that the Baja California business engaged in a cross-border commercial dispute is deprived of a convenient arbitral forum in the region. Accordingly, it will be compelled to initiate arbitration at Mexico City with all of the attendant additional expense for the transport of witnesses, and legal counsel to Mexico City as well as providing food and lodging for days.

///

The alternative, in circumstances where the dispute is with a United States company (the most common reality), is to initiate arbitration in Southern California where the American Arbitration Association maintains an administrative office as well as a panel of internationally credentialed arbitrators. This choice is fraught with difficulty. First, many of the witnesses would be Mexican witnesses who lack visas to

Primeramente porque no hay una entidad para proporcionar árbitros acreditados. Segundo, no existe una autoridad administrativa para gestionar las tareas ordinarias pero esenciales, tales como la administración del dinero, la organización, la supervisión del las actuaciones arbitrales así como las otras tareas de rutina que permiten que el proceso arbitral funcione.

El efecto de esta falta de implementación es que los comerciantes de Baja California que participen en un litigio transfronterizo comercial se ven privados de un tribunal de arbitraje conveniente en la región. En consecuencia, se verán obligados a iniciar el arbitraje en la Ciudad de México con todos los gastos adicionales consiguientes para el transporte de los testigos y los abogados a la Ciudad de México, así como el suministro de alimentos y alojamiento por varios días.

La alternativa, en circunstancias en que el conflicto es con una compañía de los Estados Unidos de America (la realidad más común), es iniciar el arbitraje en el sur de California, donde la Asociación Americana de Arbitraje tiene una oficina administrativa, así como un panel de árbitros internacionales acreditados. Esta opción está llena de dificultades. Primero, muchos de los testigos serían testigos

cross the border. Second, the U.S. arbitrator may have little familiarity with Mexican commercial law. Third, the Mexican disputant may well be compelled to employ translators and translate the various transaction documents into the English language - all in all, not an attractive alternative.

///  
///  
///

One must conclude that while an excellent body of international commercial law is extant in the Mexican United States and the CANACOs throughout the country are empowered to administrate domestic and international commercial arbitrations, the failure of CANACO de Tijuana and CANACO de Mexicali to implement the needed administrative processes, renders cross-border commercial dispute arbitration between the Californias a myth and not a reality. Until at least CANACO de Tijuana creates an arbitration administrative system, including the credentialing of arbitrators within the region, it will remain so.

///

Once CANACO Tijuana or CANACO Mexicali create an administrative and credential authority for the conduct of arbitrations, thought must be given to the language of an arbitration clause that addresses the more important

mexicanos que pueden carecer de visas para cruzar la frontera. Segundo, el árbitro estadounidense puede tener poca familiaridad con el derecho mercantil mexicano. Tercero, el litigante mexicano bien puede ser obligado a contratar traductores para traducir los documentos de las transacciones al idioma Inglés - en conjunto, no es una alternativa atractiva.

Se debe concluir que mientras existe un excelente compendio de derecho comercial internacional en los Estados Unidos Mexicanos y la CANACO esta facultada, en todo el país, para administrar arbitrajes comerciales nacionales e internacionales, la falta de la CANACO de Tijuana y de la CANACO de Mexicali en aplicar los procesos administrativa necesarios, hace el arbitraje transfronterizo de controversias comerciales entre las Californias un mito y no una realidad. Hasta en tanto la CANACO de Tijuana implemente un sistema administrativo de arbitraje, incluyendo la acreditación de los árbitros dentro de la región, esto seguirá siendo igual.

Una vez que la CANACO en Tijuana o la CANACO en Mexicali establezcan una autoridad administrativa y acredítate para conducir arbitrajes, hay que tomar en cuenta el lenguaje de una cláusula de arbitraje que contenga las cuestiones o

questions or issues that can arise in a cross-border dispute, an example of an arbitration clause useful in connection with transactions between the Californias, is the following:

### **Arbitration Clause**

In the event of any dispute arising between the parties relative to their obligations or performance hereunder, the dispute, including the amount of any damages suffered by any party, and any issue as to the arbitrability of such dispute, shall be settled to the exclusion of a court of law by binding arbitration in accord with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL Rules) then in effect. The National Chamber of Commerce domiciled in (City i.e. Tijuana) shall be the administering authority and shall appoint a single arbitrator. The decision of the arbitrator shall be final and binding upon the parties and their successors and assigns. Each party shall pay the expenses of its own witnesses including expert witnesses. All costs of the arbitration including, without limitation, the fees and expenses of the arbitrators, the cost of the record or transcript thereof, if any, administrative fees, attorneys fees of the parties and all other fees and costs shall be allocated to the

problemas más importantes que pueden surgir en una controversia transfronteriza, un ejemplo de una cláusula de arbitraje útil con relación a las transacciones entre las Californias, es la siguiente:

### **Cláusula de Arbitraje**

En caso de surgir alguna controversia entre las partes referente a sus obligaciones o al cumplimiento de este contrato, dicha controversia, incluyendo el monto de los daños ocasionados por cualquiera de las partes así como cualquier cuestión relativa a la facultad de someter la controversia al arbitraje, será resuelta mediante arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento del CNUDMI) vigentes, excluyendo la competencia de cualquier tribunal. La Cámara Nacional de Comercio con domicilio en la Ciudad de (Ciudad, ej. Tijuana) será la autoridad administrativa y nombrará a un solo árbitro. El laudo será definitivo y obligatorio entre las partes, sus sucesores y cesionarios. Todas las costas de arbitraje incluyendo, sin limitación, los honorarios y gastos de los árbitros, el costo de los documentos o copia de los mismos y si hubiese, gastos administrativos, honorarios de los abogados así

parties as determined by the arbitrator; it being the intention of the parties that the prevailing party in a proceeding hereunder be made whole with respect to its reasonable attorney's fees and expenses.

Notwithstanding anything to the contrary set forth in the UNCITRAL Rules, the parties agree as follows:

///

(a) That the place of arbitration shall be the City of (City i.e. Tijuana, Baja California, United States of Mexico;

(b) That the substantive law to be applied to the determinations of the arbitrator shall be the law of the State of Baja California;

(c) That the arbitration shall be conducted in the Spanish language. To the extent that a translator be required, the arbitrator may appoint one with the cost thereof to be shared by the parties;

///

(d) The oral testimony by witnesses shall be permitted;

(e) That any party may, if he or it so desires, present oral and/or documentary evidence from expert witnesses;

///

como cualquier otro gasto u honorario serán asignados a las partes según lo determine el árbitro; siendo la intención de las partes que la parte vencedora será restituida por los gastos y costas razonables incurridos.

Sin perjuicio de cualquier disposición en contrario establecida en el Reglamento de la CNUDMI, las partes acuerdan lo siguiente:

(a) Que el lugar del arbitraje será en la Ciudad de (Ciudad ej. Tijuana), Baja California, Estados Unidos Mexicanos;

(b) Que el derecho sustantivo que deberá aplicar el árbitro para sus decisiones será la ley del Estado de Baja California;

///

(c) Que el idioma en que se conducirá el arbitraje es el idioma español. Para el caso en que fuera necesario un traductor, el árbitro podrán designar a uno, cuyo costo será compartido por ambas partes;

(d) Que las testimoniales serán permitidas;

///

(e) Que cualquiera de las partes, si así lo desea, podrá presentar pruebas periciales testimoniales y/o documentales;



- |  |  |
|--|--|
| <p>(f) That contracts and agreements relevant to the dispute shall be admitted as evidence, held validly executed, and considered so long as their manner of execution would make them binding under the laws of the State of Baja California;</p> | <p>(f) Que los contratos y acuerdos relacionados a la controversia serán admitidos como prueba, mismos que se considerarán admisibles si la forma en que se celebraron se reconozca como obligatoria bajo las leyes del Estado de Baja California;</p> |
| <p>(g) That in determining liability, the arbitrator shall also determine the date or dates of harm or damage;</p>   | <p>(g) Que al determinar los daños ocasionados, el árbitro también determinarán la fecha o fechas en que estos ocurrieron;</p>   |
| <p>(h) That the amount of harm or damage shall be determined in United States Dollars as of the date or dates of harm or damage; and<br/>///</p>   | <p>(h) Que el valor de los daños y perjuicios deberá ser determinada en Dólares Estadounidenses a la fecha o fechas en que estos ocurrieron; y</p>   |
| <p>(i) That any award hereunder shall include interest thereon at a rate of ten percent 10% per annum from and after the date or dates of harm or damage until paid.</p>   | <p>(i) Que cualquier laudo deberá incluir intereses a una tasa del 10% anual, calculados desde la fecha o fechas en que los daños y perjuicios ocurrieron hasta el momento de su pago.</p>   |

---

<sup>1</sup> Libro Quinto, Título Cuarto, Artículo 1415, Código de Comercio

<sup>2</sup> Artículo 5 de la Ley de Cámaras de Comercio y de las de Industria, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 26 de Agosto de 1941, abrogada por la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 1 de Enero de 1997, posteriormente abrogada por sus reformas y adiciones el 20 de Enero de 2005.

<sup>3</sup> Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 1 de Enero de 1997, posteriormente abrogada por sus reformas y adiciones publicadas en el mismo diario con fecha 20 de Enero del 2005.