



PAUTA 104

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

Arbitraje & ADR

Pauta 104: Arbitraje & ADR

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

ABRIL 2023

Consejo Editorial

Presidente

Claus Von Wobeser

Vicepresidentes

Alberto Espinosa Desigaud

Federico Bernaldo de Quirós

Nelly Molina Peralta

Directora General

Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo

Responsable de Pauta: Laura Altamirano López

Gerentes de Comisiones y Grupos de Trabajo

Bianca Palazuelos Bard

Luz María Morales Uribe

Gerente de Eventos

Abigail Blanco Rojano

Coordinadora de Atención a Socios y Membresías

Paulina Orozco Marsh

Coordinador de Comunicación

Creador de Formato Electrónico: Miguel Iván Jorge Sánchez

ICC México Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C: Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción sin el permiso escrito de ICC México. Título de la publicación: «ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.» Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2022-011114105400-203 Especie: DIFUSIÓN VÍA RED DE CÓMPUTO. Género: Difusiones periódicas Domicilio de la publicación y del distribuidor: PRADO SUR 274 001 LOMAS DE CHAPULTEPEC MIGUEL HIDALGO CP: 11000 CIUDAD DE MÉXICO, MEXICO Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Título: ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.

Disclaimer: Las opiniones, contenido, creencias y puntos de vista expresados por los diversos autores de PAUTA, no reflejan necesariamente las opiniones, creencias y puntos de vista de ICC México o su equipo. Los autores son responsables del contenido, gramática y ortografía de cada uno de sus artículos.

Género: Difusiones Periódicas

Especie: Difusión vía red de computo

Carta del Presidente de la International Chamber of Commerce México

Pauta 104: Arbitraje & ADR

En los últimos años el arbitraje y la mediación han tenido un avance significativo, por lo que cada vez es más frecuente que las partes pacten medios alternativos de solución a los conflictos como mecanismo para resolver eventuales disputas en contratos públicos y privados, por la rapidez, simplicidad, libertad, neutralidad y confidencialidad de los procesos de arbitraje, que pueden llegar a ser significativamente más rápidos que en las sedes judiciales.

En esta edición de Pauta, la International Chamber of Commerce México (ICC México), pone al servicio de la comunidad empresarial la experiencia y conocimientos de nuestros socios, especialistas en arbitraje y quienes exponen diversos ángulos de este y otros medios alternativos de solución. Queremos destacar algunos ensayos que lograron mención especial en el XXXIII Diplomado de Arbitraje de ICC, entre éstos el titulado “Arbitraje de Conciencia frente a la deshumanización de la Justicia”, donde el autor explica que el status quo post-pandemia ha acelerado la transición digital y la adopción de la Inteligencia Artificial en el arbitraje. Aunque se vislumbra aún lejano y extraordinario el escenario en que el ser humano deje de ser parte toral del procedimiento arbitral, el avance tecnológico y la adopción de la inteligencia artificial es inminente y será cada vez más cotidiano, ahí recae la importancia de reivindicar al arbitraje de conciencia, que es el único que podrá ser propio del ser humano.



En el ensayo “Las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y su aplicación por los tribunales nacionales en casos de conflictos de intereses no revelados por los árbitros, en el contexto de procedimientos de anulación y solicitudes de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales”, el autor presenta una exhaustiva revisión de casos sobre el uso de las directrices de la International Bar Association (IBA), la principal organización internacional de profesionales del derecho, colegios de abogados y sociedades de derecho, por tribunales nacionales de Alemania, Austria, Brasil, Canadá, Colombia, Francia, Perú, Portugal y Reino Unido en casos de conflictos de intereses no revelados por los árbitros.

El autor considera que una aplicación más amplia y estricta de las directrices de la IBA por parte de los tribunales nacionales podría ayudar a resolver situaciones indeseables e injustas en las que exista un conflicto de intereses no revelado oportunamente y ayudaría a generar más confianza en los árbitros y en el arbitraje mismo.

En el análisis “El derecho humano a acceder a los medios alternativos de solución de controversias como parte del acceso a la justicia” se comenta la

reforma del 18 de junio de 2018 al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que eleva a rango constitucional el acceso a la justicia no jurisdiccional.

Con ello, México ha sido un país pionero en el reconocimiento de que el fin último de estos mecanismos es garantizar el derecho de acceso a la justicia, llegando al punto de reconocer la existencia de un derecho autónomo a acceder a estos medios alternativos de solución de controversias y otorgarle rango constitucional que es protegido por el andamiaje constitucional y convencional de derechos humanos.

El arbitraje internacional hoy en día ha evolucionado de tal manera que se ha vuelto muy complejo y, por consecuencia, ha incrementado su costo.

En el ensayo “Financiamiento por tercero” se explica el mecanismo por el cual, si una de las partes carece de recursos, pueda acudir a un tercero financiador (TPF) ajeno a la controversia que se expone, mediante un contrato, con una de las partes al resultado final en un procedimiento arbitral, fondeando los gastos del arbitraje, con la posibilidad de obtener el monto invertido más un rendimiento y que, en caso de que no sea exitosa

la parte a la cual le invirtió, pierde la inversión realizada. La existencia de un tercero financiador en un procedimiento es un mecanismo que incrementa el acceso a la justicia, sin embargo, siempre debe de recargarse a la transparencia. Otro ensayo de gran interés, titulado “Moneda y arbitraje. Del franco francés a criptomonedas, pasando por dólar y real brasileño”, da cuenta que la moneda es clave en el arbitraje, dado que es un servicio que tiene un coste, y muchas veces las decisiones que ponen fin al problema fijan una cantidad a pagar mediante importes en monedas concretas. En el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, los honorarios de árbitros y gastos administrativos se han hecho en dólares y a pesar de que trató de introducirse el Euro en algunos estados de la Unión Europea, se mantuvo el dólar como moneda de pago. Queda claro que los costes, honorarios y tasas del arbitraje puede ir en una moneda, y en otra o en varias, se puede dictar el laudo.

En estas páginas el lector hallará el texto “Lean Justice”, cuyo autor señala que el pensamiento lean, inspirado en el modelo de Toyota, puede ser implementado en cualquier actividad y expone su aplicación a la justicia. Este pensamiento, en términos generales, implica detectar desperdicios para eliminarlos, buscar continuamente un proceso más eficiente y ofrecer un producto que satisfaga las expectativas del usuario mejorándolo constantemente.

La propuesta es que el pensamiento lean pueda ser aplicado a la justicia, y aún más claramente a los diversos métodos que permiten acceder a ella en caso de conflicto buscar continuamente un proceso más ágil y flexible, mejorando aquellos pasos que aporten valor, apoyándonos en la

autonomía de la voluntad de las partes y en los principios de flexibilidad y eficiencia de los ADR.

En otro texto de gran interés, “Arbitraje y compliance: indicios de corrupción en la inversión y la no ejecución de laudos arbitrales internacionales” se analizan las implicaciones de la posibilidad de anulación de un laudo internacional por sospechas de corrupción para los inversionistas en materia de compliance. Se describen tres casos en los que se anuló un laudo en Francia por temas de corrupción y se enlistan recomendaciones para que los inversionistas eviten una anulación por temas de compliance.

Otro de los ensayos revisa el estado de la discusión en torno a la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje (*iura novit arbiter*), es decir-

si un tribunal arbitral tiene facultad para resolver con base en hechos o argumentos distintos a aquellos que expusieron las partes y si ello pudiera actualizar una causal de nulidad del laudo.

Se sugiere a los inversionistas implementar programas de cumplimiento robustos que permitan mitigar riesgos de corrupción y demostrar que el inversionista contaba con mecanismos eficientes de análisis de riesgo, monitoreo, supervisión e implementación de sus políticas anticorrupción

En el ensayo titulado “Navegando las revueltas aguas de las medidas cautelares judiciales en México, en apoyo al arbitraje comercial internacional” se explica que a pesar de que el arbitraje es un mecanismo eficaz de resolución de controversias, su independencia se ve constantemente amenazada por la necesidad de intervención judicial, misma que puede darse antes, durante o después de tramitarse el procedimiento arbitral.

Finalmente, se analizan las controversias fiscales internacionales en el artículo “Posición actual de México ante el arbitraje tributario internacional”, donde se explica la

importancia de la adhesión de México a la Convención Multilateral, un paso muy importante para la actualización y modernización de los tratados para evitar la doble tributación celebrados por nuestro país.

Esperamos que los artículos y análisis de nuestros socios que se presentan en esta edición sean de gran interés y contribuyan a avanzar hacia el perfeccionamiento de los principios del arbitraje y medios alternativos de solución a conflictos, que son altamente valorados por las empresas comerciales.

Un saludo afectuoso

Claus von Wobeser



ÍNDICE

3

Carta del Presidente de ICC México

Claus Von Wobeser

8

Conoce a nuestros escritores

¿Quiénes son?

14

Laudos en los Sectores Regulados: entre la nulidad y la ejecución

Hugo Hernández García

22

Navegando las revueltas aguas de las medidas cautelares judiciales en México en apoyo al arbitraje comercial internacional

Juan Francisco Vázquez Lavista
Mauricio Contró Rodríguez

33

Las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional

Marlon Meza Salas

64

El Arbitraje de Conciencia frente a la deshumanización de la Justicia

Ricardo Siqueiros Dávila

74

Financiamiento por terceros

Pedro Manzano Otero

84

El derecho humano a acceder a los medios alternativos de solución de controversias como parte del acceso a la justicia

Isolda Vela Fuentes

93

Moneda y arbitraje De franco francés a criptomonedas, pasando por dólar y real brasileño.

Jordi Sellares

102

Posición actual de México ante el Arbitraje Tributario Internacional

José Rodríguez Márquez

108

Lean Justice

Carlos Martínez F. Tripp

122

El principio iura novit arbiter en el arbitraje comercial

Rodrigo Barradas Muñiz
Jorge Vázquez Chávez

139

Arbitraje y Compliance

Marco Portillo Díaz
Guillermo Parra Arteaga



GT GreenbergTraurig



Hugo E. Hernández García

Hugo E. Hernández García es Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana y Master en Derecho de los Sectores Regulados por la Universidad Carlos III de Madrid; enfoca su práctica en derecho regulatorio, litigio, arbitraje y otros medios alternativos de solución de controversias, actualmente es asociado senior en la firma Greenberg Traurig, S.C.

Marlón M. Meza Salas

Abogado por la Universidad Católica del Táchira y LL.M. en International Legal Studies, AUWCL. Cuenta con un Programa Certificado en Arbitraje Comercial Internacional por la AUWCL y un reciente Diplomado por la Escuela Libre de Derecho e ICC México. Ha sido practicante del arbitraje internacional por varios años, y actualmente se desempeña como Commercial Legal Counsel en Baker Hughes, Houston, Texas.



Ricardo A. Siqueiros Dávila

Abogado por la Universidad Autónoma de Chihuahua (UACH). De 2020 a 2021 fue seleccionado por la SRE como Delegado Juvenil de México para las Naciones Unidas (ONU). En 2022 fungió como miembro del Panel Internacional de Jueces del Premio por la Libertad (Prix Liberté) en Normandía, Francia. Actualmente se desempeña como Secretario Privado del Rector de la UAC.





Juan Francisco Vázquez Lavista

Abogado especializado en resolución de disputas en materia civil y mercantil, con más de dieciocho años de experiencia representando compañías y personas físicas en litigios complejos, incluyendo litigios transfronterizos y arbitrajes nacionales e internacionales. Ha impartido cátedra de Derecho Procesal Civil y Mercantil en la Escuela Libre de Derecho y Arbitraje Comercial Internacional en la Universidad Panamericana.

**Baker
McKenzie.**



Mauricio Contró Rodríguez

La práctica profesional de Mauricio se enfoca en la resolución de controversias en contextos nacionales e internacionales. Tiene experiencia ante tribunales arbitrales y estatales, así como participación en litigios complejos, arbitraje comercial internacional y procedimientos de concursos mercantiles.



**Baker
McKenzie.**





Pedro Manzano Otero

Pedro es socio de La Nao Consulting, basado en las oficinas de Ciudad de México. El actúa como asesor legal de empresas mexicanas y extranjeras, enfocándose en asuntos de arbitraje, derecho corporativo y derecho marítimo. Pedro tiene experiencia en arbitraje internacional y ha sido abogado de clientes o ha actuado como secretario administrativo de tribunales arbitrales en arbitrajes en relación con disputas en una gama muy variada de sectores e industrias.



Isolda María Vela Fuentes

Egresada de la Escuela Libre de Derecho cuya práctica se enfoca en la utilización de medios alternativos de Solución de Controversias para la resolución de casos en Materia de Derechos Humanos.



Jordi Sellares

Licenciado en Derecho por la Universitat de Barcelona (UB)(1984-1989). Máster en Relaciones Internacionales por la University of Cambridge (1990-1991). Doctor en Derecho por la UB (2002). Desde 1991, profesor asociado de Derecho Internacional Público en la UB y en la Facultad de Derecho de ESADE. Bufete Torredemer, hoy consulado honorario de Eslovaquia (Enero 1992-julio 1993). Desde entonces trabaja en el Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, ahora como Secretario General, compaginándolo con la docencia en la UB y en ESADE.





BRM BUFETE
RODRÍGUEZ MÁRQUEZ



Antonio Rodríguez Márquez

Socio Fundador de Bufete Rodríguez Márquez, S.C. Es Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, donde obtuvo mención honorífica y la medalla Gabino Barreda. Además, cuenta con el Grado de Doctor de la Academia Mexicana de Derecho Internacional y Condecoración de la Orden Mexicana del Derecho, la Cultura y la Paz. Por más de 25 años ha actuado como árbitro único, árbitro presidente, co-árbitro, mediador y/o abogado de parte, en más de 75 controversias nacionales e internacionales.

Carlos F. Martínez Tripp

Es Licenciado en Derecho por la UP; Master en Asesoría Jurídica de Empresas por el IE; Maestro en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías por la UP; y Master en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid. Mediador privado certificado, abogado y profesor, fundador de Verkko®.



VON WOBESER



Jorge Vázquez Chávez

Jorge Vázquez Chávez es licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, de donde se graduó con mención honorífica. Actualmente, es asociado en el área de solución de controversias de Von Wobeser y Sierra, S.C., y se especializa en arbitraje comercial, así como litigio mercantil, administrativo y constitucional.



VON WOBESER



Rodrigo Barradas Muñiz

Rodrigo Barradas Muñiz es abogado por la Escuela Libre de Derecho y maestro en derecho por Harvard Law School. Está autorizado para ejercer como abogado en México y en Nueva York. Actualmente, es asociado senior en el área de solución de controversias de Von Wobeser y Sierra, S.C., y su práctica se enfoca en arbitraje comercial, así como litigio mercantil, administrativo y constitucional.

Guillermo E. Parra Arteaga

Guillermo Enrique Parra Arteaga, es estudiante en la Facultad de Derecho de la UNAM. Trabaja como pasante en Ritch Mueller y es miembro del Programa de Excelencia Académica de la UNAM.



RITCH
MUELLER



RITCH
MUELLER



Marco Portillo Díaz

Marco Portillo Díaz, es egresado de Derecho del ITAM y de Relaciones Internacionales en el Colegio de México y Maestro en Derecho por la Universidad de California en Berkeley. Trabaja como asociado Senior en Ritch Mueller y Nicolau, S.C. y está certificado como Compliance and Ethics Professional por la Compliance Certification Board de EEUU.



¡Inscríbete!

Congreso Internacional: Un siglo de Arbitraje ICC

100
años

Ciudad de México: Hotel Four Seasons

Jueves 6 de julio de 2023



¡Click aquí para conocer más sobre el evento!

Laudos en los Sectores Regulados: entre la nulidad y la ejecución

Escrito por: Hugo E. Hernández García



GT GreenbergTraurig

I. Introducción

La finalidad del orden público radica principalmente en tutelar los derechos de la colectividad para evitar que se le prive de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiera un daño que de otra forma no resentiría; por su parte, los sectores regulados son áreas económicas estratégicas que derivado de su alto impacto, riesgo sistémico y/o tendencia al monopolio, requieren de una especial instrumentación normativa para proteger a la colectividad ante tales riesgos; pero qué sucede cuándo un laudo arbitral se dicta en un sector regulado y tiende a abonar a estos riesgos que la regulación intenta mitigar, ¿se podría interpretar que se le está privando a la colectividad de un beneficio o se le está infiriendo un daño? ¿Se debe declarar su nulidad para proteger el orden público?

Pensemos, por ejemplo, en un laudo que declara la terminación anticipada de un contrato de transporte de gas natural que impide la conclusión de la construcción y operación de un ducto en una región del país en donde las condiciones del clima son extremas y no hay acceso a energía eléctrica, el laudo evitará que una gran parte de la población no tenga acceso al servicio; o el caso en el que un laudo condene a un banco a pagar cantidades estratosféricas a ciertos acreedores, lo que vuelve inviable su operación y haga impagables los depósitos a los clientes; o el escenario en que un laudo tenga como efecto incrementar el poder de mercado del agente económico preponderante en el mismo, ¿existe justificación para anular el laudo con el objetivo de proteger el interés social?

En este trabajo se expondrá esta problemática y discusión que, lejos de tener la intención de proponer una única solución o dar una sola respuesta, podría dar pauta a un análisis más profundo al respecto y pueda delimitarse claramente los casos en los que puede o no puede anularse un laudo vinculado con los sectores regulados.



La resolución que dicta un tribunal arbitral que decide y pone fin a un litigio en un arbitraje conforme a las normas de derecho elegidas por las partes se le denomina laudo y, derivado de la falta

de imperio de un tribunal arbitral e independientemente del país en el que fue dictado, se requiere que ante su incumplimiento en México intervengan los tribunales judiciales competentes para reconocerlos y, en su caso, ejecutarlos. Lo anterior, se realiza a través de un juicio especial sobre nulidad o reconocimiento y ejecución de laudos comerciales, conforme a los artículos 1470 a 1476 del Código de Comercio ("CC"); no obstante, existen causas tasadas por las cuales un tribunal judicial se puede negar al reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral o incluso anularlo.

Una de estas causales se verifica cuando se estima que el laudo arbitral respectivo es contrario al orden público, conforme a lo dispuesto por los artículos 1457, fracción II y 1462, fracción II; sin embargo, aunque -como se ha dicho- las causales referidas son tasadas, el concepto de orden público no deja de ser indeterminado bajo el sistema jurídico mexicano y su interpretación o aplicación muchas veces presenta retos o incertidumbre para los operadores jurídicos.

Tal como han reconocido los tribunales nacionales, el orden público es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser precisado y valorado dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso concreto, toda vez que es la expresión de un valor que persigue un cierto grado de armonía social y de eficacia del derecho pero que no está delimitado. En todo caso, este es voluble y se delinea por las circunstancias de modo, tiempo y lugar que prevalezcan en el momento de valorizar o analizarlo, por lo que no puede tener un alcance genérico y anticipado que pueda usarse para dar una misma solución en los casos que de tiempo en tiempo se presenten¹.

En esa medida, una actividad que pudiera ser considerada como violatoria o transgresora del orden público en el siglo XV, puede que ya no lo

sea en tiempos actuales; así también una actividad contraria al orden público en Corea del Norte, es probable que no lo sea en un país occidental. Este concepto lo define el contexto en que se analiza un caso concreto².

En México, esta dinámica entre el reconocimiento/ejecución de los laudos o su anulabilidad con respecto al orden público ha sido abordado en distintas ocasiones, quizá las más importantes fueron en sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 131/2009 resuelto en sesión del veintisiete de mayo de dos mil nueve, en donde se definió la estructura procesal del arbitraje; el amparo en revisión 755/2011 resuelto en sesión del trece de junio de dos mil doce que interpretó el artículo 1457 CC que contiene las causales de anulabilidad del laudo; y el amparo directo 71/2014 resuelto el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis en donde se ahondó en el análisis concreto de la causal de nulidad por contravención al orden público. En efecto, en estos precedentes, se ha estimado que el artículo 1457 del CC establece dos grandes clases de supuestos por los que se puede anular un laudo: la fracción I se refiere a aquellas causas en las que debe existir petición de parte para que judicialmente se declare la nulidad de un laudo, las cuales deben ser probadas por quien afirma que se verificaron;

¹ Tesis de Jurisprudencia número I.4o.A. J/3 K (11a.) con registro digital 2024639 del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de rubro "ORDEN PÚBLICO. ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE DEBE SER PRECISADO Y VALORADO DEPENDIENDO DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE CADA CASO CONCRETO" que aparece en el Libro 13, mayo de 2022, tomo IV, página 4325 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

² Véase, por ejemplo, el caso COMMISSA v PEMEX (Case 13-4022, document 222-1, 08/02/2016 United States Court of Appeals for the Second Circuit), cuya discusión versó sobre la nulidad de un laudo declarada en México por contravención a disposiciones de orden público, que no se sostuvo en los Estados Unidos de América porque "the nullification of the award offends basic standards of justice in the United States".

en cambio, en la fracción II, se contienen aquellas causas que habilitan al juez para anular de manera oficiosa el laudo, es decir, no requieren de una carga probatoria al respecto.

Así, la inobservancia al orden público se encuentra en la segunda categoría, según la cual un juez se limita a examinar (de oficio) si lo decidido viola o no el orden público mexicano, sin corregir o analizar la legalidad en cuanto al fondo de lo decidido en el laudo.

A raíz de los precedentes señalados, se ha concluido que el orden público es todo aquello que no es disponible para las partes del arbitraje ni para el árbitro³ y que tiende al arreglo o composición de la comunidad con la finalidad de satisfacer necesidades colectivas; de procurar un bienestar; o de impedir un mal a la población⁴.

Sin embargo, el análisis de este concepto si bien fue abordado a partir de la posibilidad de aplicarlo para anular un laudo, me parece que no ha sido analizado concretamente respecto al impacto que pudieran tener algunos laudos en abonar a los riesgos sistémicos de sectores regulados para determinar si debe existir deferencia judicial en ese aspecto o los tribunales deben intervenir para evitarle un daño a la sociedad. El intento más cercano fue con la sentencia del amparo directo 71/2014, sin embargo, no me parece que tenga este alcance, pues ahí se planteó medularmente la posible nulidad de un laudo dictado en una controversia derivada de un contrato de compromiso de capacidad de generación y compraventa de energía eléctrica entre la Comisión Federal de Electricidad y un particular en el cual se condenó a la ahora empresa productiva del Estado; CFE solicitó la nulidad del laudo argumentando, entre otros, la contravención al orden público

pues el laudo impactaba en la operación de la generación de energía eléctrica y, por ende, en decisiones de política pública; la Suprema Corte decidió que ello era insuficiente para declarar la nulidad del laudo pues toda decisión recaída en esa controversia habría tenido impacto en la prestación de ese servicio público o en los bienes públicos que representan las redes eléctricas del país, por lo que se debía privilegiar la libertad y decisión de las partes de sujetarse a un procedimiento arbitral para dirimir la controversia y, por ende, el reconocimiento y la ejecutabilidad del laudo. Sin embargo, en ese caso no se planteó, por ejemplo, que el laudo tuviera consecuencias a la competencia y libre concurrencia del sector abonando en el poder de mercado de un agente o generara desabasto de energía eléctrica, por lo que tampoco se analizó si es dable declarar o no la nulidad del laudo en estos casos.

En ese sentido, si bien el orden público como causal de nulidad de laudos sí ha sido analizado por nuestros tribunales - como es lógico - no ha sido posible agotar todos los escenarios en los que puede argumentarse, incluido el que se propone en el presente trabajo.



³ Así lo señaló la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 527/2011, aunque lo así manifestado bajo la teoría del precedente es considerada obiter dicta y no ratio decidendi, pues el asunto resuelto no versaba sobre esta situación en particular.

⁴ Amparo directo 71/2014 resuelto el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis por la Primera Sala de la SCJN.

III. Los sectores regulados

Los sectores regulados hacen referencia a los grandes servicios de interés general y sectores económicos estratégicos necesarios para la existencia y supervivencia de las comunidades en el mundo actual, como los transportes, la energía, las telecomunicaciones, el mercado de valores, el abastecimiento de agua, servicios sanitarios o de salud, entre otros⁵.

Así, el derecho regulatorio o de los sectores regulados busca garantizar que estas actividades se conduzcan de la manera más apropiada y eficiente posible en protección al interés social y orden público, pues su finalidad es regular los riesgos asociados con ellos; por ejemplo, en el área de las telecomunicaciones o de la energía que tienden al monopolio se regula para poder utilizar la infraestructura de las redes para que más personas, además del dueño de las mismas, tengan acceso a ellas y pueda generarse una dinámica de competencia, mientras que en el área sanitaria o financiera, la regulación busca evitar la afectación a la salud o economía de la población mediante reglas que limitan y protegen esas actividades.

Estas áreas intersecan entre lo público y lo privado, pues en su dinámica intervienen el Estado y los particulares en una importante medida, principalmente siendo en su mayoría servicios brindados por particulares pero dada su relevancia, observando la regulación impuesta por el Estado y sus dependencias o entes reguladores autónomos que buscan mitigar los riesgos asociados a las actividades respectivas, en ese sentido, son sujetos a principios de derecho administrativo y de derecho privado.

En México, la dinámica y normatividad de los sectores regulados tienen distintas facetas y modos de expresión; no ha podido establecerse un mismo modelo que pueda seguirse para todos ellos, por ejemplo, respecto de las telecomunicaciones y la competencia económica se ha adoptado un modelo de Estado regulador independiente del poder público de la administración central al crear órganos autónomos en el artículo 28 de la Constitución que gobiernan esos sectores especializados⁶; en cambio, con respecto al sector energético o al de los transportes, el modelo permanece adscrito a la administración pública federal⁷, lo cual en la esencia tiene una diferencia jurídica importante: el grado de control o intervención judicial que se permite que exista en cada uno.



En esa medida, el grado de intervención que pueden tener los tribunales en una controversia relacionada con sectores regulados oscila desde una completa deferencia judicial hasta un control estricto, dependiendo del grado de especialización que se requiera para su análisis, las facultades discrecionales del regulador, la restricción que conlleve el asunto a los derechos humanos, entre otras circunstancias. Así, los tribunales mexicanos se han inclinado por considerar que los actos regulatorios pueden ser sujetos de control judicial con distintos niveles de intensidad: estricto en ciertos supuestos donde existan restricciones a derechos humanos o se limite la actividad discrecional de tales actos y ordinario o laxo cuando el acto tenga que ver con facultades discrecionales o con conceptos estrictamente técnicos o especializados⁸.

⁵ Principios de Derecho Regulatorio, José Esteve Pardo. Ed. Marcial Pons. Madrid, España 2021. P. 25.

⁷ Artículos 33 y 36 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que le otorgan facultades, respectivamente, a la Secretaría de Energía y a la Secretaría de Infraestructura, Comunicaciones y Transportes para formular la política que ha de seguirse en esos sectores.

⁶ Tesis de Jurisprudencia número P./J. 46/2015 (10a.) con registro digital 2010881 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro "ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS" que aparece en el Libro 26, enero de 2016, tomo I, página 339 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

No obstante, el control judicial sobre actos no emitidos por los órganos reguladores pero que pueden impactar directamente en los sectores regulados y abonar a los riesgos que la regulación pretende mitigar no ha sido abordado. Mucho menos en el caso de los laudos que aunque son dictados por sujetos de derecho privado - y como es natural por la propia dinámica del derecho regulatorio - pueden ser altamente especializados y tener impacto sistemático en las áreas estratégicas

antes señaladas. Un primer acercamiento a esta problemática permitiría transpolar la aplicación de los criterios judiciales existentes antes referidos al ámbito arbitral; es decir, podría discutirse la posibilidad del control judicial de laudos que impacten en los sectores regulados (por la causal de nulidad de contravención al orden público), ya sea de forma estricta o laxa dependiendo del contexto de la propia controversia y consecuencia que pudiera generar el laudo.

IV. Los laudos en los sectores regulados

En virtud de lo antes expuesto, existe la interrogante respecto a si un laudo que impacte directamente sectores regulados como los de las telecomunicaciones, competencia económica, el sector energético o el bancario y financiero y que incrementa los riesgos sistémicos que la regulación de estas áreas estratégicas pretende evitar, podría ser declarado nulo por los tribunales nacionales ante una potencial afectación al orden público; o, en su caso, si tal impacto debe ser atendido y mitigado a través de la regulación que los propios órganos reguladores deben emitir en el sector específico.

La respuesta sencilla conforme a los lineamientos descritos en el amparo directo 71/2014 de la Suprema Corte sería que la determinación de la interrogante interpretativa respecto a que los efectos de un laudo pudieran desencadenar una cadena causal de impacto en la prestación de un servicio de interés público es insuficiente para declarar la nulidad de un laudo, por ende, aunque se pudiera tener un impacto en un riesgo sistémico de sectores regulados, este en todo caso existirá en menor o mayor medida en todas las controversias de un sector regulado y, en consecuencia, no puede intervenir el poder judicial anulando el laudo respectivo; ello incluso podría confirmarse si se toma en cuenta que los precedentes judiciales existentes en México buscan otorgar mayor deferencia judicial ante actos estrictamente técnicos o especializados de los sectores regulados. Adicionalmente, el control judicial del laudo por esta causa generaría también la discusión de si el Juez se está extralimitando en

sus facultades porque podría estar revisando el fondo del litigio cuando ello pertenece en esencia solo a los árbitros, extendiendo así la aplicación del concepto de orden público, lo que desborda el alcance de la acción de nulidad y merma el principio dispositivo natural del arbitraje⁹.

En esa medida, me parece que ha quedado superado el tema de que pueda existir control judicial de laudos en cuanto a los fundamentos y motivos que lo sostienen pues claramente eso es contrario no solo a la naturaleza dispositiva del arbitraje, sino también a los principios constitucionales en México, pues a raíz que se incorporó al artículo 17 Constitucional el derecho y libertad de los gobernados para instrumentar y utilizar mecanismos alternativos de solución de controversias se limitó de mayor forma el nivel de restricción y, por ende, de intervención que puede existir en este tipo de procedimientos, pues la limitación en el reconocimiento de lo decidido en un laudo sería también limitar la

⁸ Tesis número I.2o.A.E.27 A (10a.) con registro digital 2011679 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y Jurisdicción en Toda la República, de rubro "ÓRGANOS REGULADORES DEL ESTADO. ALCANCES DEL CONTROL JUDICIAL DE SUS ACTOS" que aparece en el Libro 30, mayo de 2016, tomo IV, página 2743 de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

⁹ Como también ha sido reconocido en otras latitudes, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional de España en la sentencia 46/2020 de 15 de junio de 2020. Recurso de Amparo 3130-2017.

libertad de las partes (y sus derechos fundamentales) respecto a que decidieron someter la controversia a un arbitraje. En definitiva, no es lícito anular un laudo arbitral, como máxima expresión de la voluntad de las partes, por el solo hecho de que las razones utilizadas por el árbitro sean a ojos del poder judicial erróneas o insuficientes¹¹.

Así, es claro que lo que los tribunales deben privilegiar en todo momento es el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales libre de injerencias arbitrarias o desbordadas; de manera que, aunque la interpretación en el reconocimiento de los laudos siempre se reduce a una ponderación sobre qué debe prevalecer entre la libertad de las personas para decidir cómo resolver sus controversias y el orden público, se debe dar prioridad a la libertad.

No obstante, sí debe tenerse en cuenta que esta libertad no es irrestricta y que las conclusiones apuntadas en algunos casos pudieran no ser definitivas porque estos argumentos se ponen en duda si el impacto negativo que tenga un laudo es evidente o, en palabras de la Corte, es “abiertamente injusto o incorrecto para la sociedad”¹², no en el fondo de lo decidido por supuesto, sino en el impacto o efectos que tiene el laudo sobre un sector regulado.

Qué sucedió, por ejemplo, con la crisis financiera de 2008 en donde el gobierno de los Estados Unidos de América tuvo que intervenir para evitar la quiebra y desaparición de instituciones financieras que, por su magnitud y relevancia en el mercado requerían ser salvadas porque, a final de cuentas, su quiebra no era solo un problema para el banco sino de todos los ahorradores,

sociedades e incluso el gobierno que dependían de la suficiencia económica de esas instituciones; la quiebra de ellas representaba también la de la sociedad.¹³ Guardando toda proporción, ¿podría suceder lo mismo si un laudo tuviera tal impacto que perjudicara a la sociedad?

Para mitigar estos riesgos o impactos, algunos Estados han optado por considerar como no arbitrables algunas actividades reguladas y con ello, proteger el interés público; China es uno de estos casos en donde aunque no existe una disposición legal que prohíba la arbitrabilidad de controversias entre privados que impacten en la competencia económica, los tribunales han resuelto que las disputas en esta materia no son arbitrables y, en todo caso, deben resolverse ante los tribunales o autoridades administrativas por su particular impacto en las políticas públicas del país.¹⁴ En contraste, los Estados Unidos y la Unión Europea en un principio no permitían arbitrar sobre las controversias privadas de esta materia y con base en importantes precedentes ahora lo permiten¹⁵, de lo cual se puede observar que la respuesta a nivel global está tendiendo a ser la apertura a la arbitrabilidad en sectores regulados.¹⁶

En México no existe impedimento para resolver en arbitraje las disputas relacionadas con sectores regulados e incluso es un medio que en años recientes se ha impulsado en mayor medida. Por ejemplo, en el sector eléctrico, el Manual de Solución de Controversias emitido por la Secretaría de Energía establece al arbitraje como un medio de defensa que los participantes del mercado, los transportistas o distribuidores y el Centro Nacional de Control de Energía pueden agotar;¹⁷

¹¹Límites de Control Jurisdiccional de los Laudos Arbitrales y Tutela Judicial Efectiva: La Anulación del Laudo no es una Segunda Instancia, Jesús María González García. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España 2021. P. 354.

¹²Sentencia dictada en el amparo directo 71/2014 resuelto el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis por la Primera Sala de la SCJN, párrafo 417.

¹³A diez años de la crisis financiera de 2008 ¿Qué hemos aprendido? Juan José Perojo. Deloitte México. Ciudad de México, 27 de noviembre de 2018.

¹⁴Huili v Shell (Supreme People's Court of the People's Republic of China, No. 47, 29 de Agosto 2019).

¹⁵Mitsubishi Motors Corp. V Soler Chrysler-Plymouth, Inc (1985) 105 S Ct 3346 de la Supreme Court of the United States; y Eco Swiss v Benetton Int'l Case No C-126/97 (1999) ECR I-3055 (ECJ).

¹⁶The arbitrability of antitrust disputes: a Chinese perspective, Qingxiu Bu, 2021, Journal of Antitrust Enforcement.

asimismo, la Ley Federal de Protección al Consumidor establece que la Procuraduría puede actuar como árbitro en las controversias que surjan entre consumidores y proveedores.¹⁸

De esa forma, considero que el impedir el arbitraje en sectores regulados desde mi punto de vista no es la solución apropiada para proteger el interés público ni es una que funcione bajo la legislación mexicana.

Me parece, entonces, que la mejor alternativa para sopesar el impacto de los laudos en sectores regulados y mitigar sus riesgos, no es su prohibición ex ante para impedir sujetar los asuntos a arbitraje ni ex post a través de control judicial estricto, sino que debe reducirse a la actuación del árbitro o tribunal arbitral que resuelve el caso para proteger precisamente la ejecutabilidad del laudo y con ello la protección al interés público.

En definitiva, la tarea de un árbitro en este tipo de controversias, desde mi óptica, debe desenvolverse principalmente en tres momentos cruciales: primero, al decidir formar parte de un arbitraje complejo relacionado con sectores regulados, en el cual el árbitro debe analizar si realmente cuenta con el conocimiento y elementos jurídico-técnicos necesarios y apropiados para resolver una controversia de esa índole; segundo, al momento de analizar las pruebas y argumentos rendidos en el arbitraje para actuar con mesura respecto de las pretensiones de las Partes e incluso, en los casos que sea posible, hacerse de pruebas o admitir aquellas que les ayuden a mejor proveer, incluso permitir la institución de amicus curiae en casos que así lo ameriten; y finalmente, en la elaboración del laudo, en donde se debe tener particular cuidado para proteger el interés público en asuntos que puedan conllevar riesgos importantes en el sector regulado respectivo y asegurar el reconocimiento y la ejecutabilidad del mismo.

Así, el Tribunal arbitral cuida el propio arbitraje y el laudo para evitar que un tribunal judicial tenga que intervenir al respecto; independientemente y sin obviar el hecho que los propios órganos encargados de la regulación del Estado de un sector específico podrían emitir actos o normatividad para tratar de reducir la asimetría o impactos sistémicos que un laudo pudiera generar. Si estas cuestiones se protegen se asegura que el laudo será reconocido en sede judicial y se garantiza el derecho a arbitrar las controversias en México.



¹⁸ Artículo 117 y siguientes de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

V. Conclusiones

Los laudos pueden ser declarados nulos por los tribunales nacionales si se estima que los mismos contravienen el orden público.

Se estima que el orden público se viola cuando se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra forma no resentiría.

Los laudos dictados en controversias que envuelvan los sectores regulados pueden abonar a los riesgos sistémicos que su regulación pretende evitar, por lo que se podría inferir un daño a la sociedad con su ejecución.

Los tribunales nacionales en México si bien tienen la facultad de analizar de oficio la no contravención al orden público con el dictado, reconocimiento y ejecución de laudos, este control judicial debe ser laxo en cuanto a la tecnicidad que implican las controversias de sectores regulados y solo se justificaría su nulidad ante una solución abiertamente injusta o incorrecta para la población.

Para evitar esta injerencia judicial en el arbitraje, es necesario que los árbitros redoblen esfuerzos en controversias relacionadas con sectores regulados para garantizar su ejecutabilidad y tengan especial cuidado al momento de decidir participar en un asunto de este tipo, en la valoración de las pruebas y en la formulación del laudo respectivo, con el fin de proteger no solo a la colectividad sino al propio derecho de arbitraje.

Bibliografía:

1. COMMISSA v PEMEX (Case 13-4022, document 222-1, 08/02/2016 United States Court of Appeals for the Second Circuit).
2. Amparo en Revisión 527/2011 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión de treinta de noviembre de dos mil once.
3. Amparo Directo 71/2014 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión de dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.
4. Principios de Derecho Regulatorio, José Esteve Pardo. Ed. Marcial Pons. Madrid, España, 2021.
5. Límites de Control Jurisdiccional de los Laudos Arbitrales y Tutela Judicial Efectiva: La Anulación del Laudo no es una Segunda Instancia, Jesús María González García. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, España, 2021.
6. A diez años de la crisis financiera de 2008 ¿Qué hemos aprendido? Juan José Perojo. Deloitte México. Ciudad de México, 27 de noviembre de 2018.
7. Huili v Shell, Supreme People's Court of the People's Republic of China, No. 47, 29 de Agosto 2019.
8. Mitsubishi Motors Corp. V Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 105 S Ct 3346 de la Supreme Court of the United States, 1985.
9. Eco Swiss v Benetton Int'l Case No C-126/97, ECR I-3055 (ECJ), 1999.
10. The arbitrability of antitrust disputes: a Chinese perspective, Qingxiu Bu, Journal of Antitrust Enforcement, 2021.

Navegando las revueltas aguas de las medidas cautelares judiciales en México, en apoyo al arbitraje comercial internacional.



¿Cuántas son y en qué momento se dictan? ¿Cómo y cuándo se solicitan? ¿Están limitadas? ¿Qué requisitos se necesitan satisfacer para su otorgamiento? Estas y algunas otras preguntas cruzan por la mente de los abogados que buscamos comprender la aplicabilidad de las medidas cautelares que se pueden obtener a través de un juez en México, en apoyo al arbitraje comercial internacional. El Libro Cuarto del Título Quinto del Código de Comercio es la normatividad principal que regula el arbitraje en México, pero la claridad en su redacción y sobre todo en su aplicación, no es precisamente su característica principal. La relevancia de esta figura jurídica es fundamental para la protección anticipada de los derechos de las personas físicas y morales y, por ello, también es crucial lograr entender su aplicación en el derecho mexicano.

A pesar de que el arbitraje es un mecanismo eficaz de resolución de controversias, su independencia se ve constantemente amenazada por la necesidad de intervención judicial, misma que puede darse antes, durante o después de tramitarse el procedimiento arbitral. Aspectos como el otorgamiento de medidas cautelares (antes o después de iniciado el arbitraje), el nombramiento de árbitros -



**Juan Francisco
Vázquez Lavista**



**Mauricio Contró
Rodríguez**

[Te compartimos esta liga para que puedas observar las referencias del artículo.](#)

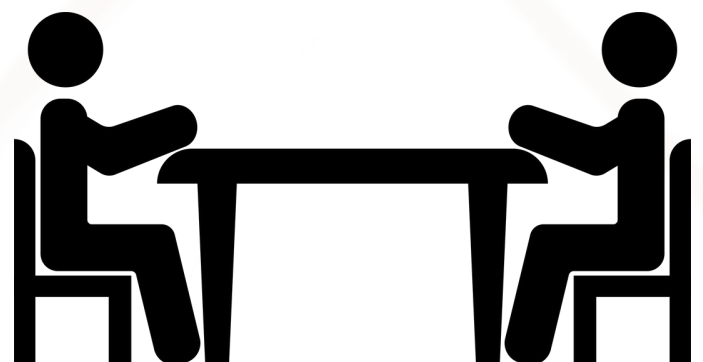
el monto de los honorarios de éstos, la asistencia en materia de pruebas, acciones de nulidad y la ejecución de laudos, son algunas de las figuras en las que un juez puede resolver con jurisdicción, cuestiones planteadas por alguna de las partes, así como para prestar el auxilio del poder coactivo del Estado, del cual se encuentran investidas las autoridades judiciales, a diferencia de los tribunales arbitrales que carecen de dicha potestad. El dictado y la implementación y/o ejecución de las medidas cautelares también requieren de la intervención judicial en ciertos casos y bajo ciertos requisitos que varían de una jurisdicción a otra, pero que, en esencia, permanecen similares. Gracias a la jurisdicción concurrente, los tribunales judiciales reúnen esas facultades, exista o no un acuerdo de arbitraje entre las partes en conflicto, lo cual es compatible con la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional.[1] Analizaremos por ello qué son y cómo se regulan las medidas cautelares en nuestra legislación; luego, desmenuzaremos sus elementos para entender qué pretendió realmente el

legislador al regularlas, y después examinaremos lo poco que han interpretado nuestras autoridades judiciales al respecto.

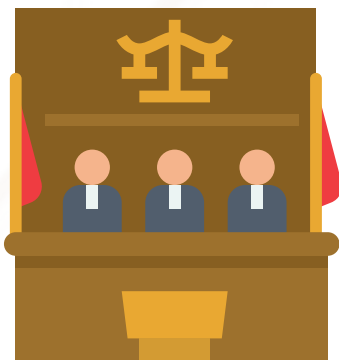
Medidas cautelares en la ley arbitral mexicana

Las medidas cautelares pueden ser un mecanismo eficaz para salvaguardar los derechos de las partes en arbitraje. Estas medidas tienen por objetivo preservar los derechos de los interesados -tanto sustantivos como procesales- mientras se espera la decisión de fondo del asunto en disputa. La parte interesada en su otorgamiento debe de especificar cuáles son los derechos que dichas medidas pretenden preservar.

Algunos teóricos internacionales han concluido que tales derechos: (i) deben estar relacionados con la disputa específica en el arbitraje; (ii) deben existir al momento de la solicitud; y (iii) no ser hipotéticos, ni pendientes de ser creados en el futuro.[2]



La experiencia internacional ha demostrado que puede ser mejor solicitar medidas cautelares a los tribunales arbitrales en lugar de pedirlos a los juzgados domésticos, porque los árbitros podrían estar ya familiarizados con los hechos de la disputa; tener los conocimientos jurídicos o técnicos especializados necesarios para resolver la solicitud; conocer el lenguaje de la controversia; proporcionar una alternativa neutral a los tribunales potencialmente hostiles; y estar en una mejor posición para garantizar la privacidad de los procedimientos.[3]



Además, las medidas cautelares ordenadas por un tribunal arbitral pueden abarcar muchas jurisdicciones, mientras que la eficacia de una orden judicial se limita a la jurisdicción territorial del tribunal que las emite. Esto también evita la necesidad de contratar abogados locales en múltiples jurisdicciones.[4]

Su regulación sustantiva

El Código de Comercio establece que 'Aun cuando exista un acuerdo de arbitraje las partes podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales'.[5] Desde esta disposición empieza la confusión, pues el legislador no estableció cuáles son las medidas que pueden dictarse, ni los requisitos necesarios, sino que genéricamente prescribe la existencia de ese derecho.

Evitaremos discutir la ratio legis de este precepto y de la inclusión de la ley arbitral en el mismo Código de Comercio (ya que bien pudo haberse creado una ley específica e independiente de dicho Código); no obstante, el hecho es que resulta ambigua la forma en que dicho artículo ha sido interpretado y materializado en nuestro ordenamiento legal. Si recordamos que la ley arbitral se encuentra dentro del Código de Comercio, la primera opción que puede ocurrirse a los litigantes, es la de acudir al mismo Código, a fin de buscar la regulación y requisitos sobre medidas cautelares (denominadas en el Capítulo XI "Providencias Precautorias).

La segunda opción sería pedir al juez que interprete esa disposición de manera amplia y determine motu proprio cuál es la medida más conveniente de implementar para salvaguardar los derechos del interesado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1478 del mismo Código de Comercio, que señala que "El juez gozará de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425.". Los litigantes también hemos encontrado un margen de incertidumbre en esta regulación, y cada quién lo ha tratado de interpretar y usar a su favor de la mejor forma, dependiendo del lado en el que se encuentre y del interés que le toque defender.

En el supuesto de pretender remitirnos al Código de Comercio para la regulación de las medidas cautelares, también denominadas providencias precautorias, el artículo 1168 (reformado en enero de 2014), establece con toda claridad que, en los juicios mercantiles, únicamente podrán dictarse como medidas precautorias las previstas en dicho Código, y que son dos: la radicación de persona y la retención de bienes. Solo esas dos opciones, en los supuestos y con las condiciones especificadas en ese mismo artículo, y reguladas hasta el artículo 1189 del mismo ordenamiento. Interesantemente, el artículo 1178 del mismo Código reconoce la importancia del elemento sorpresa, al determinar que para dictar una providencia precautoria no se citará a la persona contra quien ésta se pida (en el caso de que la solicitud sea hecha antes de iniciar el juicio), es decir, se debe conceder ex parte (sin derecho de audiencia de la contraparte, hasta su otorgamiento y notificación).

Tal discusión se puede considerar parcialmente zanjada, mediante la tesis de rubro "ARBITRAJE COMERCIAL. SU LEGISLACIÓN ES ESPECIALIZADA Y POR ENDE, EXCLUYENTE DE NORMAS GENERALES.",[6] misma que señala, en esencia, que las normas arbitrales son y deben considerarse como una regulación autónoma, especializada y de auto-contenido, es decir, independiente del resto de disposiciones de otros ordenamientos y del propio Código de Comercio, a pesar de que tales normas arbitrales están contenidas dentro de dicho ordenamiento mercantil.

Adicionalmente, los Plenos de Circuito emitieron la Jurisprudencia por Contradicción de Tesis, de rubro "MEDIDAS CAUTELARES O PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN LOS JUICIOS MERCANTILES. SON INHERENTES AL DERECHO A LA JURISDICCIÓN, POR LO QUE LA LIMITACIÓN DE SU OTORGAMIENTO DEBE ATENDER A UNA INTERPRETACIÓN FUNCIONAL Y CONFORME DEL ARTÍCULO 1168 DEL CÓDIGO DE COMERCIO CON LOS ARTÍCULOS 1o. Y 17 CONSTITUCIONALES."[7], en la cual se estableció que, acorde con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y de acceso a la impartición de justicia, el texto reformado del artículo 1168, primer párrafo, que establece: "En los juicios mercantiles únicamente podrán dictarse las medidas cautelares o providencias precautorias previstas en este Código y que son las siguientes: (...)", no debe interpretarse con un criterio de simple literalidad, pues resultaría ser prohibitivo frente al deber del juez ordinario de conservar subsistente la materia del juicio, lo que, desde luego, vulneraría los derechos fundamentales reconocidos por los instrumentos internacionales firmados

por el Estado Mexicano y por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con su artículo 1º.

Por lo tanto, no debe entenderse que el artículo 1168 restringe la posibilidad de que el juzgador, en cumplimiento de su función en relación con el otorgamiento y procedencia de las diferentes medidas cautelares, deba adaptarse a las circunstancias y necesidades de cada caso, pues tales medidas deben ser flexibles, incluso con posibilidad de modificación según se necesite en el procedimiento en que se emitan, debiendo fundarlas y motivarlas debidamente, así como en cuanto a las garantías que se exijan, a fin de evitar abusos de las partes que las soliciten.

Entramos entonces al segundo supuesto, respecto a que el juez tiene plena discreción para dictar las medidas cautelares necesarias, cuando se solicitan en apoyo al arbitraje. Así lo establece el Código de Comercio en el artículo 1478, que como vimos, señala que el juez goza de plena discreción en la adopción de las medidas cautelares provisionales en apoyo al arbitraje.

En atención a las reglas y principios generales del Derecho Mexicano, éste tendrá la obligación de fundar y motivar sus determinaciones. De ser el caso, queda mucha incertidumbre sobre el grado de discreción que se le concede al juzgador. ¿Puede éste, por ejemplo, ordenar a una institución bancaria a que realice cierto pago, sin antes haber escuchado a la parte perjudicada?, o ¿podría determinar el nombramiento de un depositario externo a una empresa para el resguardo de bienes o un interventor con cargo a la caja, sin antes haber ordenado una inscripción preventiva de embargo sobre esos mismos bienes? Dicho de otra forma, ¿deben los juzgadores respetar un orden en las medidas cautelares que dicten, o pueden éstos arbitrariamente decidir la que mejor convenga?

A través de criterios aislados emitidos por los más altos Tribunales de México, se ha ido acotando el concepto de la "plena discreción", para entender que la facultad de discrecionalidad que tienen los jueces para la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje, es para darle flexibilidad al proceso, más no significa subjetividad, ni arbitrariedad en la decisión del juez, tal y como señala la tesis de rubro "PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS CAUTELARES VINCULADAS AL ARBITRAJE. ESTÁ SUJETO A DISCRECIÓN AMPLIA DEL JUZGADOR." [8] Con lo anterior se limita el alcance de dicha facultad discrecional, por lo menos en cuanto al tipo de medidas que pueden dictar los jueces en México en estos casos, pues deben fundar y motivar su decisión (como cualquier otra resolución que emitan en su carácter de autoridades), pero también deben justificar mediante un razonamiento lógico y casuístico, su determinación en uno u otro sentido.

Más adelante comentaremos el escaso acervo jurisprudencial emitido por nuestros Tribunales al respecto; sin embargo, recordemos que en otros países que también han legislado con base en la Ley Modelo de la CNUDMI, las autoridades judiciales tienen suficiente discreción para implementar las medidas que más convengan para la preservación de los derechos amenazados. En nuestra opinión, debe prevalecer la facultad discrecional de los jueces para la adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje, más no debe confundirse con libertad absoluta o incluso arbitrariedad en su otorgamiento.

Su regulación adjetiva

Ahora bien, en cuanto al proceso que se debe seguir en México para la adopción e implementación de medidas cautelares provisionales en apoyo al arbitraje, también existe ambigüedad derivado de la labor legislativa y de la aplicación fáctica de las normas relativas en la práctica judicial. El Código de Comercio menciona que para la adopción de medidas cautelares provisionales debe seguir una especie de procedimiento especial abreviado, sumario, previsto en los artículos 1472 al 1476 (denominado "juicio especial sobre transacciones comerciales y arbitraje").[9]

De forma sintetizada, el proceso es el siguiente: presentación y admisión de demanda, emplazamiento a la(s) parte(s) demandada(s) (contra quien se dirige la medida cautelar), quince días para contestar la demanda, citación a audiencia de pruebas (en su caso), audiencia de alegatos, citación para oír sentencia y, finalmente, dictado de la misma. Los plazos previstos para este proceso permiten presumir que la solicitud de adopción de medidas

cautelares provisionales se debe resolver en un periodo breve (alrededor de dos meses como máximo), sin embargo, en nuestra experiencia, suelen ser procesos mucho más extensos, pues pueden presentarse múltiples cuestiones que entorpezcan el juicio especial, como cualquier otro procedimiento contradictorio.

Adicionalmente, en el inter existe la posibilidad de que alguna de las partes ofrezca alguna prueba, o que el propio juez la mande recibir, para lo cual se debe abrir una dilación probatoria de diez días más. Si a eso le sumamos las complejidades naturales de nuestro sistema, como pueden ser los problemas de emplazamiento, posibles diferimientos de audiencias o saturación del calendario judicial, por solo mencionar unos ejemplos, la duración del proceso se extiende considerablemente (puede durar fácilmente entre seis y doce meses).

Las principales complicaciones y retos con los que nos enfrentamos con la tramitación de dicho juicio especial para la adopción de medidas cautelares provisionales en apoyo al arbitraje, son: (i) Por un lado, se pierde

el "elemento sorpresa" necesario para la adecuada implementación de las medidas cautelares al tener que emplazar a la contraparte y esperar su contestación, así como el resto de la substanciación del proceso, hasta el dictado de la sentencia; y (ii) Por otro lado, se atenta contra el sentido de urgencia que las medidas cautelares por lo general conllevan, derivado del principio de periculum in mora o peligro en la demora, que es un elemento y requisito que en la mayoría de los casos los jueces toman en cuenta para alcanzar el estándar legal del otorgamiento de medidas cautelares provisionales, para proteger los derechos que precisamente se buscan preservar con las medidas cautelares.

Derivado de lo anterior, cabe preguntarse: ¿Tiene caso o utilidad realmente solicitar una medida cautelar "urgente", siguiendo el procedimiento del juicio especial sumario que señala el Código de Comercio? ¿Hay alguna otra alternativa? ¿Puede el promovente solicitar al juez que le conceda la medida cautelar provisional "interina o provisionalmente" desde el inicio del proceso, ex parte, y después notificar a

a contraparte para respetar su garantía de audiencia, que conteste lo que a su derecho convenga y que se tramite el juicio especial con la medida otorgada?

De ese modo, podría no perderse el elemento sorpresa motivado por la urgencia y el peligro en la demora, confirmando el juez en su sentencia definitiva, si mantiene, modifica o revoca dicha medida cautelar. Lo anterior suena lógico, pero ¿no sería contrario a lo que señala el artículo 1470 fracción III del Código de Comercio? Pues conforme a tal norma, para la adopción de las medidas cautelares provisionales a que se refiere el artículo 1425, debe tramitarse necesariamente el procedimiento previsto en los artículos 1472 a 1476 (el juicio especial sumario).

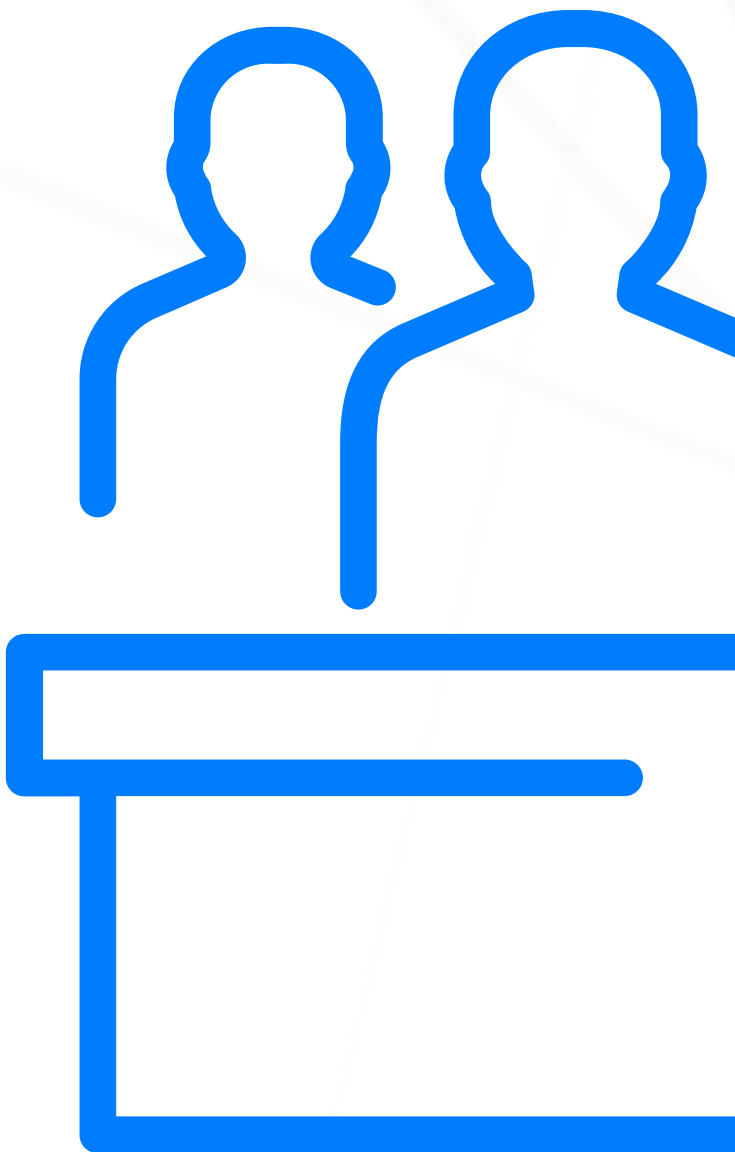


Recordemos que, para llegar al dictado de la sentencia en la que el juez resuelva la solicitud de adopción de medidas cautelares provisionales, el legislador previó un procedimiento contradictorio, cuyas normas son irrenunciables y de orden público, mismo que contiene, como mínimo, las etapas procesales antes descritas. Sin embargo, en la práctica, algunos jueces consideran que sí es viable conceder interinamente la medida cautelar ex parte desde el comienzo del juicio especial, reservando su otorgamiento definitivo, o bien su revocación o modificación, hasta que se emita la sentencia definitiva correspondiente.

Criterios jurisprudenciales

Habría resultado interesante poder analizar los criterios jurisprudenciales pronunciados por nuestras autoridades judiciales sobre el tema, pero, desafortunadamente, su pronunciamiento al respecto ha sido sorpresivamente escaso.

En cuanto al procedimiento que ha de seguirse, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha concluido que el juicio especial sumario previsto en el Código de Comercio debe de transitarse forzosamente y sin apartarse de él, pero la adopción de las medidas cautelares no deben esperar hasta la sentencia conclusiva del procedimiento.[10] En cuanto a las medidas que pueden dictar los jueces, el mismo Tribunal determinó que, aunque los juzgadores tienen amplias facultades, no tienen "carta blanca" para decidir subjetivamente lo que quieran, sino que deben sujetarse a estándares de racionalidad y coherencia.[11] Este criterio, al ser una tesis aislada, no es de observancia obligatoria, por lo que solo sirve como un criterio orientador.



Conclusiones

Las medidas cautelares son una figura preventiva de seguridad, de naturaleza provisional, con una temporalidad y eficacia limitadas y siempre sujeta al resultado de un proceso jurisdiccional principal (ya sea litigio judicial o arbitraje) donde se decidan en definitiva los derechos y obligaciones de la partes contendientes, concedida al solicitante para proteger sus derechos antes o durante un procedimiento legal.

En apoyo a los procedimientos arbitrales, conforme a Derecho Mexicano, los jueces pueden dictar medidas cautelares que incidan en los derechos y obligaciones de las partes de un arbitraje, antes o ya iniciado éste, así como hacer uso de la fuerza pública para hacer cumplir sus propios mandatos, así como los del tribunal arbitral y poder preservar la materia del procedimiento principal.

Si bien la experiencia internacional y la legislación mexicana indican que, en adición a los árbitros, los jueces también tienen la facultad y la plena discreción para dictar las medidas que consideren convenientes en apoyo a un arbitraje comercial internacional, éstas deben encontrarse debidamente fundadas y motivadas, según las circunstancias de cada caso.



Finalmente, aquél que busca el otorgamiento de una medida cautelar en apoyo al arbitraje, debe agotar el juicio especial y abreviado previsto en el Código de Comercio, aunque ello vaya en detrimento de la eficacia de la propia medida cautelar y se atente contra el elemento del peligro en la demora, pues queda a discreción de cada juez si concede la medida cautelar ex parte y de forma "interina o provisional" al solicitante desde el inicio del proceso, o hasta que emita una sentencia definitiva dentro del propio juicio especial, habiendo dado derecho de audiencia a la contraparte.

Además, al tener que seguirse conforme a la letra de los artículos del Código de Comercio el juicio especial para la adopción de medidas cautelares provisionales, se alerta a la contraparte sobre la medida que se busca obtener, lo cual es muy diferente en caso de tratarse de una providencia precautoria de las reguladas en el Capítulo XI del Código de Comercio (para cualquier tema litigioso mercantil, que no sea arbitraje), donde la medida sí puede ser otorgada por el juez, sin dar garantía de audiencia previamente a la parte contra la cual se dirige, pero con las limitaciones que regulan las dos providencias precautorias que prevé el propio Código de Comercio, y que seguirán siendo motivo de controversia en la práctica judicial, al quedar a criterio de los jueces la interpretación que deba darse a la literalidad del artículo 1168 y conforme a la Jurisprudencia de los Plenos de Circuito.

Te compartimos esta liga para que puedas observar las referencias del artículo.

Las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional y su aplicación por los tribunales nacionales en casos de conflictos de intereses no revelados por los árbitros, en el contexto de procedimientos de anulación y solicitudes de denegación de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ¹

Una sentencia emitida en 2017 por la Corte Suprema de Justicia de Colombia consideró la posibilidad de negar el reconocimiento de un laudo extranjero dictado en un arbitraje comercial internacional, debido a la supuesta omisión de uno de los árbitros en el deber de revelar hechos o circunstancias que darían lugar a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro. El alto tribunal revisó el asunto bajo una posible violación del orden público (internacional) colombiano, y sostuvo que este último concepto era muy restringido, que la falta de divulgación del árbitro por sí sola no era suficiente para invalidar el laudo, y que la parte que se oponía al reconocimiento debía acreditar la falta de independencia e imparcialidad del árbitro, lo cual no ocurrió, y por lo tanto concedió el reconocimiento solicitado del laudo. De una lectura de este caso y una breve revisión de otros precedentes de tribunales en diferentes países, parece que una conclusión preliminar es que los tribunales estatales parecen seguir una tendencia a negar las solicitudes de nulidad o conceder las solicitudes de recono-



**Escrito por:
Marlon M.
Meza Salas²**

cimiento y ejecución de laudos arbitrales, a pesar de que los árbitros hayan faltado al deber de revelación de conflictos de intereses.

En efecto, a primera vista, las decisiones consultadas parecen encontrar excusas válidas para justificar la falta de revelación por parte del árbitro de hechos o circunstancias que en mayor o menor medida podrían haber suscitado dudas razonables sobre su independencia e imparcialidad; o las decisiones de los tribunales tienden a responsabilizar a la parte afectada por no haber sido lo suficientemente diligente en descubrir los hechos no divulgados por los árbitros (para recusarlos oportunamente); o las decisiones tienden a argumentar que la

**“No existe una forma correcta de hacer una cosa incorrecta”
(Séneca).³**

omisión no fue significativa o trascendental, o que no influyó en el resultado porque el laudo fue aprobado por unanimidad de todos los árbitros del panel; o los tribunales tienden a exigir un umbral de prueba bastante alto, argumentando que la mera falta de divulgación es insuficiente y que se requiere prueba objetiva de la parcialidad y falta de independencia del árbitro, por mencionar solo algunas de las razones comúnmente utilizadas para pronunciarse sobre la validez de los laudos, a pesar de la existencia de algún conflicto de intereses no revelado por algún árbitro.

Lo anterior despertó mi interés por profundizar en el tema y me hizo preguntarme si el deber de revelación de los árbitros en los arbitrajes internacionales constituía un verdadero “deber”, cuando la práctica parece demostrar que los árbitros pueden incumplir tal “deber” sin mayores consecuencias.

Por ejemplo, argumentar que la mera falta de divulgación no es suficiente para alegar que existían dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro, incluso si los hechos o circunstancias omitidos son graves, y en su lugar exigir prueba de la falta de independencia e imparcialidad, me ha hecho preguntarme sobre cómo se puede probar esta falta de independencia e imparcialidad: ¿Son la independencia e imparcialidad parámetros objetivos susceptibles de demostración, o son más bien supuestos subjetivos imposibles de demostrar, o cuya manifestación y exteriorización puede ser muy difícil de probar?

Además, aunque prácticamente todas las reglas de arbitraje, tanto institucionales (e.g., las Reglas de Arbitraje de la CCI⁴, o de la LCIA)⁵, como las aplicables a arbitrajes ad hoc (e.g., las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI)⁶, y las leyes nacionales aplicables al arbitraje comercial

internacional, requieren que los árbitros sean independientes e imparciales y que deben revelar hechos y circunstancias relevantes que podrían dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Sin embargo, esas mismas normas dicen muy poco sobre el alcance de esa obligación y el estándar para las revelaciones que deben hacer los árbitros.

Dada esa falta de regulación, las Directrices de la IBA⁷ sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (en lo sucesivo las “Directrices de la IBA”) resultan de gran utilidad, ya que buscan complementar ese umbral y contemplan circunstancias específicas que podrían dar lugar a “dudas justificadas” sobre la independencia o imparcialidad del árbitro, a través de cuatro listas no exhaustivas de acuerdo a la gravedad del conflicto de interés: Verde, Naranja, Roja Renunciable y Roja Irrenunciable.

A pesar de su utilidad, existe poca información sobre la aplicación de las Directrices de la IBA por parte de los tribunales nacionales al resolver solicitudes de anulación de laudos arbitrales, o solicitudes de denegación de su reconocimiento y ejecución, cuando existe (o ha sido alegado) un conflicto de intereses no revelado por un árbitro.

Es por ello que, a través de una revisión detallada de la literatura jurídica existente sobre el tema y del mayor número de sentencias de diferentes países que fue posible localizar, en este ensayo buscamos dar respuesta a algunas de las preguntas anteriores.

Conceptualización de los términos independencia e imparcialidad aplicados al arbitraje internacional

2.1) Atributos esenciales de la administración de justicia.

El acceso a la justicia es un derecho humano, por lo que toda persona tiene derecho a una audiencia justa y pública ante un tribunal independiente e imparcial. Este principio, anunciado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que aparece consagrado en diversos tratados y pactos internacionales así como en las Constituciones modernas y legislaturas nacionales, se originó en relación con los tribunales de justicia como uno de sus atributos necesarios. Sin embargo, el mismo principio de ser juzgado de manera independiente e imparcial también es aplicable al arbitraje, ya que, además de los jueces, los árbitros asumen una función jurisdiccional al resolver las controversias.

Por lo tanto, con el objetivo de asegurar que los árbitros sean considerados capaces de resolver las disputas de una manera justa, neutral y desinteresada, la mayoría de los reglamentos y legislaciones de arbitraje, códigos de conducta para árbitros y otros instrumentos similares tienden a incluir referencias a uno o ambos términos del arte: independencia e imparcialidad. Un requisito fundamental del arbitraje en general, ya sea doméstico o internacional, comercial, de inversión o de cualquier otra índole, es que los árbitros sean y permanezcan independientes e imparciales. En resumen, en el arbitraje internacional que hoy nos ocupa, el acceso a la justicia solo es posible mediante el acceso a un tribunal independiente e imparcial, por lo que es un principio fundamental en el arbitraje internacional que todo árbitro debe ser y permanecer independiente e imparcial respecto a las partes y las disputas.

2.2) Independencia e imparcialidad: ¿Conceptos absolutos?

Podría decirse que son conceptos absolutos en el sentido de que, o se es completamente independiente e imparcial, o no se es completamente independiente e imparcial; de lo contrario, se llegaría al mismo absurdo que afirmar que una mujer «está un poco embarazada»⁹.

Con anterioridad el autor se ha pronunciado en un sentido similar al analizar la corrupción de algún miembro de un tribunal arbitral como motivo para la anulación de un laudo conforme al Convenio del CIADI¹⁰, cuestionando a quienes afirman que la corrupción debe haber influido en la decisión del árbitro:

"No compartimos tal aseveración, porque en esta materia creemos que no caben posiciones intermedias: el árbitro es imparcial o no lo es. Para poder saber cuánto pudo haber incidido la corrupción o soborno en la actuación del árbitro, tendríamos que poder entrar a la mente y pensamientos del árbitro, lo que es imposible".¹¹

Sin embargo, también se ha sostenido que ningún árbitro –como cualquier ser humano– puede ser, en términos absolutos, independiente e imparcial, ya que todo individuo tiene ciertas predisposiciones naturales como consecuencia de factores tales como la educación, el país de origen, la cultura o la religión, y transmite ideas y opiniones basadas en su educación y experiencia moral, cultural y profesional, y que lo que se requiere para emitir un juicio u opinión –independiente e imparcial– en una disputa, es la capacidad para considerar y evaluar los méritos de cada caso sin basarse en factores que no se relacionen con esos méritos.¹²

No obstante, creemos –como Bishop– que esa predisposición de las personas, incluidos los árbitros, no contraría el requerimiento de independencia e imparcialidad:

“[E]l abogado debe buscar un árbitro que esté predispuesto a su caso, alguien del mismo país o sistema legal, de la misma cultura en caso de arbitrajes internacionales, de la misma industria, alguien involucrado en el área del derecho que es objeto de la disputa. Siempre que [el árbitro] no haya hecho pronunciamientos previos específicos sobre el caso en disputa... [E]sta característica no contradice el requisito de independencia e imparcialidad ya que una predisposición general no es incompatible con tal requisito”.¹³

Lo que si podemos afirmar entonces es que la independencia e imparcialidad son garantías absolutas y necesarias en la adjudicación de toda disputa, para que se pueda materializar el derecho a un juicio justo que la Declaración Universal de Derechos Humanos, como la mayoría de las Constituciones y legislaciones nacionales, y normas arbitrales, persiguen garantizar. Sin independencia e imparcialidad no es posible un juicio justo en ninguna disputa y en ningún ámbito: local o internacional, judicial o arbitral.

2.2) Independencia e imparcialidad: ¿Conceptos absolutos?

Los términos independencia e imparcialidad suelen usarse en la práctica arbitral como equivalentes e intercambiables. Sin embargo, aunque se trata de conceptos relacionados son conceptos distintos, como suele ser reconocido en la doctrina y en la jurisprudencia (incluidos muchos precedentes arbitrales), aunque también se suele reconocer que no siempre es fácil percibir con precisión la distinción.¹⁴ Aún más, aunque la mayoría de las normas sobre arbitraje requieren que los árbitros sean independientes e imparciales, prácticamente ninguna de dichas normas se detiene a explicar qué debe entenderse por independencia o imparcialidad, o en cuáles casos estamos en presencia o ausencia de una u otra.

La independencia es unánimemente vista como un concepto objetivo, como una cuestión de hecho¹⁵, que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia¹⁶, apreciable a partir de las relaciones de las partes con el árbitro¹⁷, o la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin interferencia de terceros¹⁸:

“En general, la independencia se refiere al requisito de que «no exista una relación de dependencia actual o pasada entre las partes y los árbitros que pueda o al menos parezca afectar la libertad de juicio del árbitro»”.¹⁹

En cambio, la imparcialidad es unánimemente vista como un concepto necesariamente subjetivo, referido a una actitud o un estado mental del árbitro, de ausencia de prejuicios con respecto a la litis concreta que debe ser juzgada, no tener un criterio anticipado que impida juzgar, la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular:

“La imparcialidad, en general, se refiere al requisito de que los árbitros no favorezcan a una de las partes ni estén predispuestos con respecto a los asuntos en disputa”.

Sobre las diferencias entre independencia e imparcialidad Gary Born afirma:

“Los autores han dedicado un esfuerzo considerable a las discusiones sobre las posibles diferencias entre «independencia» e «imparcialidad». A menudo se sugiere que la independencia significa que no existen relaciones o conexiones externas inaceptables entre un árbitro y una parte o su abogado (como relaciones financieras, profesionales, laborales o personales), mientras que la imparcialidad significa que un árbitro es subjetivamente imparcial y no predispuesto a una de las partes. Como un comentario describe a los dos conceptos: «[e]n general, la imparcialidad significa que un árbitro no favorecerá a una parte más que a otra, mientras que la independencia requiere que el árbitro permanezca libre del control de cualquiera de las partes»”.

2.4) ¿Cómo probar la falta de independencia e imparcialidad?

Dado que la independencia es un concepto objetivo y la imparcialidad es un concepto subjetivo, se suele afirmar que es más fácil decidir un caso de independencia (o falta de independencia) por ser susceptible de un “test objetivo”, ya que no tiene nada que ver con el estado mental de un árbitro sino que se refiere generalmente a cuestiones surgidas de la relación entre un árbitro y una de las partes, sea financiera o de otro tipo²⁶. En cambio, al ser la imparcialidad un concepto subjetivo, es “difícil de verificar”.²⁷

Pero, además, con sobrada razón se afirma también que tanto en el caso de la independencia como en el caso de la imparcialidad es fundamental determinar si existe un sesgo, pero un sesgo rara vez se puede probar²⁸, o, como se sostuvo en una decisión de los tribunales norteamericanos:

“El sesgo es siempre difícil y, sin duda, frecuentemente difícil de probar. A menos que el árbitro anuncie públicamente su parcialidad, lo que tendría que ser escuchado casualmente en un momento de admisión privada, es difícil imaginar cómo se podría obtener la prueba...”.²⁹

2.5) Apariencia (o falta de apariencia) de independencia e imparcialidad.

Los árbitros no solo deben ser independientes e imparciales, sino que además deben parecerlo. Algo similar afirmaba Maquiavelo en “El Príncipe”: “La mujer del Príncipe no sólo debe ser casta y pura... debe aparentarlo”, lo que González de Cossío nos dice que “sintetiza cómo deben conducirse los árbitros”. El mismo mensaje deriva de un antiguo proverbio romano: “No basta que la mujer del César sea honesta, también tiene que parecerlo”. El mensaje se aplica a situaciones en las que una persona cae bajo la sospecha de haber cometido algún acto, aunque no se haya comprobado la comisión del acto, e

incluso aunque no haya dudas respecto de su inocencia, y aún así su comportamiento debe dirigirse a disipar cualquier sospecha manteniendo la apariencia de buena conducta. El mismo mensaje, aplicado a adjudicadores (jueces o árbitros), sería algo así: los jueces y árbitros no solo deben ser honestos (o independientes o imparciales), sino que además deben ser percibidos como honestos (o independientes o imparciales).

El tema de la apariencia de independencia e imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje porque, como acertadamente afirma González de Cossío, el arbitraje se basa en la confianza. De tal manera que las apariencias son importantes para valorar si un tribunal es independiente e imparcial: “No solo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace, con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables”.

El arbitraje no solo se basa en la confianza de las partes en la persona del árbitro, sino que para conciliar (i) la libertad y autonomía de las partes al hacer la designación de los árbitros que eligen, y (ii) los deberes de independencia e imparcialidad de los árbitros designados, surge otro deber no menos importante que impregna toda la actividad del árbitro y que consiste en el deber de divulgación.

Es por eso que, conforme a la mayoría de las legislaciones nacionales, reglas de arbitraje y códigos de ética para árbitros emanados de diversas instituciones arbitrales, un árbitro no solo tiene que ser y mantenerse independiente e imparcial, sino que debe además revelar en todo momento cualesquiera hechos que puedan ser relevantes o que hagan surgir dudas sobre su independencia e imparcialidad. En tales casos se habla de la existencia de conflictos de intereses que podrían conllevar a que un árbitro decline su designación o deje de actuar si existen –o surgen posteriormente– dudas serias sobre su independencia e imparcialidad.

III. Control de la independencia e imparcialidad de los árbitros.

3.1) Antes y durante el procedimiento arbitral (obligación continua).

Las siguientes dos instituciones jurídicas, el deber de revelación o divulgación, y la recusación del árbitro, pueden verse como “vasos comunicantes, en el sentido de que una divulgación amplia puede reducir las posibilidades de recusación, y viceversa”.³⁴

Para algunos académicos, el deber de divulgación tiene un efecto depurativo actuando como un seguro de vida para el sistema arbitral³⁵, por lo que, para evitar incertidumbre, ineficiencia y una menor confianza en el proceso, el mejor medio para proteger el procedimiento arbitral internacional es contar con una mayor claridad respecto a las cuestiones que pueden conducir a la divulgación o descalificación.³⁶

a) Deber de revelación de los árbitros y posibilidad de inhibirse.

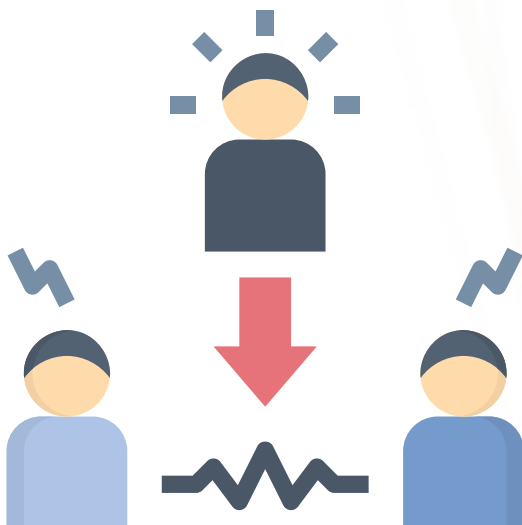
Como parte de la obligación inherente a todo árbitro de ser y mantenerse independiente e imparcial, encontramos el deber del árbitro de revelar a la institución arbitral (si se trata de un arbitraje institucional), a los otros miembros del tribunal arbitral (caso de haberlos), y a las propias partes, cualquier circunstancia que pudiera originar dudas sobre su independencia o imparcialidad. Se trata aquí de una garantía preventiva porque permite que el árbitro decline su nombramiento o renuncie en caso de existir motivos que lo justifiquen, evitando que el proceso arbitral avance viciado. Bajo este escenario el control deriva del propio árbitro, quien, en forma voluntaria, si considera

que alguna circunstancia revelada puede afectar su independencia o imparcialidad, decide abstenerse de participar en el proceso arbitral o renuncia a su designación.³⁷

El deber de revelar es una obligación permanente, porque los árbitros deben revelar posibles motivos de recusación a lo largo de todo el arbitraje, desde la preparación para ser nominado como árbitro, hasta que se dicte el laudo.

Por lo tanto, el deber de revelación no se satisface con la divulgación que lleva a cabo el árbitro al comienzo del arbitraje, sino que debe hacerlo durante todo el proceso, lo cual tiene relevancia para aquellos casos en que durante el proceso surgen hechos o circunstancias pasadas o presentes, que podrían generar dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

Los reglamentos de arbitraje suelen regular de manera expresa esta materia.³⁸ El deber de revelación es incluso relevante para futuras solicitudes de nulidad, como se muestra más adelante.



b) Recusación por las partes

El derecho a recusar a un árbitro es mencionado como un derecho procesal de las partes, un elemento crucial para garantizar una audiencia justa, que está claramente conectado con el debido proceso como punto de referencia.⁴⁰ En este caso el control deriva de una de las partes quien, por conocimiento previo que tenga del árbitro, o al presentarse la revelación de las circunstancias y tomar conciencia de ello, considera que el árbitro es inapropiado para conocer del proceso y lo objeta o recusa en función de circunstancias que puedan considerarse afectan la independencia e imparcialidad del árbitro.⁴¹ En algunos casos, las legislaciones nacionales o las reglas arbitrales aplicables pueden establecer una lista de motivos para la recusación, taxativos o no. En algunos casos las causales para recusar a jueces y árbitros son las mismas, en tanto que en otros casos se habla de una especie de causal genérica: cuando existan circunstancias que puedan generar en las partes dudas razonables acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro.⁴²

3.2) Después de concluido el procedimiento arbitral.

a) Las solicitudes de denegación del reconocimiento o ejecución del laudo.

Aunque un alto porcentaje de los laudos dictados en arbitrajes comerciales internacionales son cumplidos en forma voluntaria, los que no lo son quedan sujetos a procedimientos de reconocimiento y ejecución en la jurisdicción donde se busque hacer cumplir un laudo. Se trata de un paso posterior al proceso de arbitraje, que si no se pudiera cumplir haría inútil e ineficaz dicho proceso. Por ello, la Convención de Nueva York estableció unos motivos muy limitados para que los tribunales locales de los Estados contratantes puedan denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

b) Las solicitudes de anulación del laudo.

De otro lado, la Convención de Nueva York no regula la nulidad de los laudos ni establece los motivos para ello, lo que significa que dicha convención no crea obligaciones para los tribunales de la sede del arbitraje (considerada como jurisdicción primaria para anular un laudo), que se atenderán a las regulaciones locales vigentes, y cada país tiene la libertad de establecer los motivos que considere apropiados y con base en los cuales podría anularse un laudo arbitral dictado en su territorio. No obstante, en la práctica suele haber cierta similitud entre los motivos de anulación, sobre todo entre aquellos países que han adoptado total o parcialmente la Ley Modelo de la CNUDMI, que además coinciden con la lista de motivos contemplados por la Convención de Nueva York para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo.

c) ¿Bajo qué causales se podría solicitar la nulidad de un laudo, o se podría solicitar la denegación de su reconocimiento y ejecución?

Una vez concluido el proceso arbitral, la parte perdedora podría tanto solicitar la nulidad del laudo en la jurisdicción primaria, como oponerse al reconocimiento y ejecución del mismo solicitado en cualquier jurisdicción por la parte favorecida por el laudo. Asumiendo que existe un conflicto de interés de algún árbitro por alguna circunstancia que no fue oportunamente revelada a las partes, dado que no se trata de un motivo expresamente previsto ni en la Convención de Nueva York ni en la Ley Modelo de la CNUDMI, habría que enmarcar dicha situación en alguno de los motivos de anulación o para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo bajo tales instrumentos.

En tal sentido, y en vista de los precedentes que existen en la jurisprudencia mencionada más adelante y proveniente de diversos países, en teoría, cabría la posibilidad de invocar –al menos– los siguientes motivos:

1. Que la parte que solicita la anulación del laudo arbitral (Art. 34(2)(a)(ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI) o contra la cual se solicita la ejecución del laudo (Art.V(1)(b)) de la Convención de Nueva York), no pudo presentar su caso. El derecho a presentar el caso está vinculado al derecho a presentar una defensa, el derecho a un juicio justo, el debido proceso, en suma, el derecho a acceder a la justicia y ser oído por un tribunal independiente e imparcial (lo que aplica tanto tribunales estatales como tribunales arbitrales), lo que incluiría el derecho de la parte afectada a recusar al árbitro cuestionado a fin de poder contar con un tribunal arbitral verdaderamente independiente e imparcial. Por lo tanto, esta causal podría ser invocada por haber impedido un árbitro que la parte afectada presentara su caso ante un tribunal arbitral independiente e imparcial.
2. Irregular constitución del tribunal arbitral por no haberse ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje (Art.34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo de la CNUDMI si se trata de una solicitud de anulación, y Art.V(1)(d) de la Convención de Nueva York si se trata del reconocimiento y ejecución del laudo). Para ello, el convenio arbitral debe haber previsto expresamente que la disputa sería resuelta por un tribunal arbitral independiente e imparcial, o ello debe ser un requisito de la ley de la sede del arbitraje o de las normas aplicables al procedimiento arbitral.

3. Que el laudo sería contrario al orden público del Estado donde se busca su anulación (Art.34(2)(b)(ii) de la Ley Modelo de la CNUDMI) o al del Estado donde se busca su reconocimiento y ejecución (Art.V(2)(b) de la Convención de Nueva York). En este caso, el argumento sería que la falta de divulgación afectó la independencia e imparcialidad del árbitro, quebrantando además la confianza depositada por las partes en dicho árbitro, impactando a su vez negativamente la institución del arbitraje como medio de resolución de disputas y de administración de justicia, lo que violaría el orden público de ese Estado.

Bajo el sistema del CIADI en cambio, podría plantearse la nulidad de un laudo bajo distintos supuestos contemplados en el artículo 52, literales “(a)” al “(e)” del párrafo “(1)”, del Convenio del CIADI, uno de los cuales es el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Bajo esa causal de anulación, al menos una decisión de una Comisión ad hoc constituida para decidir el recurso de nulidad intentado contra el laudo, consideró que este último era nulo, entre otras cosas, por la falta de imparcialidad e independencia de al menos uno de los árbitros. La Comisión consideró que la independencia e imparcialidad era una norma fundamental de procedimiento: “es difícil concebir una norma de procedimiento más fundamental que la norma que exige que el tribunal a cargo de resolver un caso sea independiente e imparcial”. En consecuencia, la falta de revelación de uno de los árbitros (Stanimir A. Alexandrov, quien la Comisión consideró que era “manifiestamente aparente que... carecía de imparcialidad”), había privado a la demandada de la oportunidad de recusar al árbitro en el procedimiento de arbitraje, privándola de la protección de un tribunal independiente e imparcial y afectando su derecho a la defensa y a un juicio justo.⁴³

En cualquiera de los casos, la principal preocupación en la práctica arbitral es determinar si la sola omisión en el deber de revelar un conflicto de intereses sería suficiente para presumir la falta de independencia e imparcialidad de un árbitro, o

o si la parte afectada tendría que demostrar la falta de independencia e imparcialidad del árbitro, a pesar de las dificultades antes anotadas sobre lo difícil o hasta imposible que puede resultar probar tanto la falta de independencia como la falta de imparcialidad, sobre todo esta última por ser de naturaleza subjetiva. La pregunta pertinente sería si la apariencia de falta de independencia o imparcialidad por no revelar sería suficiente, o si debería existir y probarse una dependencia o parcialidad real del árbitro.

Además, ¿tendría acaso que evidenciarse también que el conflicto de intereses fue relevante en el sentido de que conllevó un agravio concreto a la parte afectada? ¿No sería suficiente agravio el hecho de que, al no ser revelado el conflicto de intereses, la parte afectada no pudo ejercer su derecho a recusar el árbitro oportunamente para impedir que tramitara y decidiera la disputa? ¿No sería suficiente evidencia de la falta de independencia e imparcialidad del árbitro el propio resultado adverso del laudo?

Para complicar aún más el panorama, se suelen hacer distinciones cuando se habla de un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros. Así, si el tribunal es colegiado, muchos opinan que el laudo no se afecta porque al ser éste aprobado por mayoría, la falta de independencia o imparcialidad de un solo árbitro no podría influir en la decisión. El autor disiente de esa opinión, como en forma similar lo expuso al analizar la corrupción de algún miembro de un tribunal arbitral como motivo para la anulación de un laudo conforme al Convenio del CIADI, cuestionando a quienes sostienen que la corrupción de un solo árbitro no afectaría la validez del laudo dictado por un panel:

“Para poder saber cuánto pudo haber incidido la corrupción o soborno en la actuación del árbitro, tendríamos que poder entrar a la mente y pensamientos del árbitro, lo que es imposible. Si se admitiera ese criterio podría pensarse que esta causal sólo debería afectar de nulidad a los laudos dictados por un árbitro único que ha sido sobornado, pero no a los que son dictados por tres árbitros y que por ende se deciden por mayoría de votos, por considerar que en este último caso el voto del árbitro corrupto no tuvo influencia decisiva en la decisión del tribunal arbitral. Pero creemos que tampoco ese caso estaría exento de nulidad, pues en los tribunales colegiados hay deliberaciones entre sus integrantes, por lo que el árbitro corrupto, sin necesidad de corromper a los demás, pudo haber influido —movido por su interés— sobre los demás árbitros, convenciéndolos hasta con argumentos creíbles para favorecer a su sobornado y lograr así una decisión ajustada a su interés. De lo contrario, la casuística sería excesiva. Si hay corrupción de al menos uno de los árbitros, no hay imparcialidad posible, ni laudo válido.”.⁴⁴

El anterior criterio fue posteriormente sostenido también por una Comisión ad hoc al decidir una solicitud de anulación de un laudo CIADI, expresando que la falta de independencia e imparcialidad “incluso por parte de un solo árbitro, en un tribunal de tres miembros”, constituía un quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento y que “la unanimidad no impide la anulación”:

“Más allá de la independencia e imparcialidad de los otros dos árbitros del Tribunal, se espera que cada miembro del Tribunal, incluyendo el Dr. Alexandrov, haya influenciado a los otros con sus puntos de vista y análisis durante el curso de las deliberaciones. Es inherente a las deliberaciones que los árbitros intercambien opiniones y sean persuadidos o influenciados por las opiniones de sus colegas. Ello nos lleva a concluir que sería peligroso sostener que las visiones y el análisis del Dr. Alexandrov no pudieron haber tenido un impacto material en las opiniones de sus coárbitros. No resulta improbable que hayan tenido dicho efecto y, en consecuencia, no considerar esta posibilidad iría en contra de la naturaleza de las deliberaciones.”.⁴⁵



IV. Alcance del deber de revelación en la práctica arbitral.

Como se ha visto, la mayoría de las normas y reglas de arbitraje requieren que el árbitro revele hechos y circunstancias que puedan generar “dudas justificadas” sobre su independencia e imparcialidad, situaciones en las que el nombramiento de un árbitro puede ser objetado por una parte. Pero como hemos dicho, casi ningún instrumento contiene una lista de situaciones que aclaren cuándo existe o no independencia o imparcialidad. Las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional complementan ese umbral y contemplan circunstancias que podrían conducir a “dudas justificadas” sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro, a través de cuatro listas no exhaustivas que indican la gravedad del conflicto de intereses: Verde, Naranja, Rojo Renunciable y Rojo Irrenunciable. Cada una de estas listas recopila situaciones específicas, indicando si deben o no ser divulgadas, o si justifican la recusación y descalificación de un árbitro.

4.1) Las listas no exhaustivas de motivos (situaciones específicas) en las Directrices de la IBA.

Aunque va más allá del alcance de este ensayo conocer en detalle las diversas circunstancias específicas enumeradas por las Directrices de la IBA, éstas comprenden a grosso modo lo siguiente:

a) Listado Rojo Irrenunciable.

Incluye “situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez.”⁴⁶ En tales circunstancias, la divulgación no puede resolver el conflicto, y ni siquiera la aceptación expresa del conflicto por las partes puede subsanarlo y, por tanto, el árbitro debe rechazar la designación. Según las Directrices, un ejemplo de una situación del Listado Rojo Irrenunciable es aquella en la que el árbitro es un representante legal o empleado de una entidad que

es parte en el arbitraje, o cuando el árbitro tiene un interés financiero o personal significativo en una de las partes, o en el resultado del caso.⁴⁸

b) Listado Rojo Renunciable.

Consiste en situaciones sensibles, pero menos graves que las situaciones de la Lista Roja Irrenunciable. Aquí las situaciones pueden ser renunciabiles “pero sólo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro.”⁴⁹ Algunos ejemplos de situaciones bajo el Listado Rojo Renunciable se presentan cuando el árbitro ha brindado asesoramiento legal o una opinión experta sobre la disputa a una parte o a un afiliado de una de las partes;⁵⁰ cuando el árbitro tuvo una participación previa en la disputa;⁵¹ o cuando un familiar cercano del árbitro tiene un interés financiero significativo en el resultado de la disputa.⁵²

c) Listado Naranja.

Se trata de situaciones en las que puede haber dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro y el árbitro tiene el deber de revelar tales situaciones.⁵³ De conformidad con las Directrices de la IBA, la falta de divulgación de esos hechos y circunstancias “no debe llevar automáticamente a la no designación del árbitro, ni a la descalificación posterior del mismo ni a la nulidad del laudo”, el solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias “no implica por sí que el árbitro deba ser calificado de parcial o falto de independencia” y que ello solo dependerá de los hechos o circunstancias no revelados.⁵⁴ Las situaciones de la Lista Naranja involucran servicios previos o actuales proporcionados a una de las partes, como cuando el árbitro, en los últimos tres años, se ha desempeñado como abogado “de una de las partes o de una afiliada de éstas”⁵⁵, o “contra una de las partes

o contra una afiliada de éstas en un asunto independiente del de la causa”⁵⁶; o cuando “[e]l bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una afiliada de éstas sin que haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin la intervención del árbitro”.⁵⁷

d) Listado Verde.

Por último, la Lista Verde implica situaciones en las que no existe ningún conflicto de intereses aparente o real desde el punto de vista objetivo.⁵⁸ Así, de acuerdo con las Directrices de la IBA, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones incluidas en esta lista,⁵⁹ porque serían situaciones tan inocuas que, en principio, no cuestionarían la independencia o imparcialidad del árbitro. Ejemplos de situaciones del Listado Verde son aquellas en las que el árbitro ha expresado previamente una opinión legal sobre un tema que también surge en el arbitraje, pero la opinión no se centra en el caso;⁶⁰ o cuando el árbitro y el abogado de una de las partes han actuado previamente juntos como árbitros.⁶¹

V. Las Directrices de la IBA.

5.1) La creciente influencia de las Directrices de la IBA.

Las Directrices de la IBA se diseñaron con el objetivo de encontrar “aceptación general y adherencia dentro de la comunidad internacional”.⁶² Un autor refiere que, aunque las Directrices han sido criticadas desde diversos frentes y no han sido adoptadas por las principales instituciones arbitrales (e.g., la CCI o la LCIA), “han logrado en gran medida estos resultados, ya que son comúnmente referidas y generalmente consideradas una autoridad persuasiva en el arbitraje internacional”.⁶³

Aun cuando las Directrices de la IBA no tienen fuerza de ley, se las ha considerado como “las mejores y más refinadas prácticas en la materia”,⁶⁴ siendo utilizadas como referencia de forma recurrente tanto por tribunales nacionales como arbitrales.

De hecho, un informe de la propia IBA sobre la utilización de las Directrices entre 2004 y 2009, refleja que en la práctica las partes habitualmente se refieren a ellas en las recusaciones a los árbitros e impugnaciones de laudos arbitrales.⁶⁵ El mismo informe de la IBA resaltó que, según los resultados de la encuesta, se hizo referencia a las Directrices en aproximadamente el 65% de los casos en los que surgieron conflictos de intereses en el momento de la constitución del panel, y que al actuar como árbitros, los profesionales norteamericanos consultaron o se basaron en las Directrices de la IBA en aproximadamente el 84% de los casos al decidir si aceptaban un nombramiento y en el 91% de los casos al hacer una divulgación.⁶⁶

En vista de la amplia aceptación y uso de las Directrices de la IBA por parte de la comunidad de arbitraje internacional, se esperaría que en el futuro aumente su uso en caso de conflictos de intereses y alegaciones de falta de independencia e imparcialidad tanto por parte de los árbitros (al determinar si se abstienen de aceptar la nominación y, en caso de aceptarla, para determinar lo que deben revelar), las instituciones arbitrales (al decidir recusaciones contra árbitros), las partes (al recusar árbitros o solicitar la anulación u oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo), y los tribunales estatales (al resolver solicitudes de anulación o denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo).

Cabe destacar que en cuanto al papel otorgado por diversos Acuerdos Internacionales sobre Inversión a las Directrices de la IBA, es relevante que en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá y la Unión Europea (CETA por sus siglas en inglés) se haga referencia a las Directrices, enfatizando la necesidad de que los miembros de los tribunales arbitrales las cumplan, y los modelos de tratado bilateral de inversiones de Noruega y los Países Bajos contienen la misma obligación. Más recientemente, el Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá (USCAM por sus siglas en inglés), en vigor desde el 1 de julio de 2020, estableció en su Capítulo

sobre Inversiones (Capítulo 14) algunas normas especiales para los árbitros que resolverán disputas inversionista-Estado que involucren a Estados Unidos y México, incluida la obligación de los árbitros de cumplir con las Directrices de la IBA.⁶⁸

5.2) Naturaleza jurídica de las Directrices de la IBA: ¿Soft Law, Lex Mercatoria o Lex Mercatoria Processualis?

La propia IBA y la gran mayoría de la literatura legal disponible y las decisiones judiciales que las han utilizado o se han referido a ellas (cuando son invocadas por las partes), afirman casi unánimemente que las Directrices de la IBA no son disposiciones legales obligatorias. Es por ello que, como señala la Profesora Fach Gómez, la mayoría de las referencias a las Directrices de la IBA en las decisiones y laudos del CIADI se caracterizan por un enfoque de “carrot and stick”⁶⁹, describiéndolas como “referencias útiles”, “instructivas”, “el conjunto preeminente de directrices para evaluar conflictos de los árbitros”, que “tienen autoridad persuasiva” o “proporcionan una indicación útil”, y constituyen “una fuente de inspiración muy valiosa”, pero concluyendo en la mayoría de los casos que las Directrices de la IBA no son vinculantes ni son “derecho” –para los tribunales del CIADI– sino “meramente indicativas”. La situación no es muy diferente en el Arbitraje Comercial Internacional.⁷⁰

La versión más reciente de las Directrices de la IBA, publicada en 2014, fue redactada por un comité de expertos de profesionales del arbitraje (abogados, árbitros y usuarios del arbitraje), que representan diversas culturas jurídicas y una variedad de perspectivas⁷¹ dentro de la IBA, la principal organización internacional de profesionales del derecho, colegios de abogados y sociedades de derecho, establecida en 1947, que cuenta con una membresía compuesta por más de 80.000 abogados internacionales individuales de la mayoría de los principales bufetes de abogados del mundo y unos 190 colegios de abogados y sociedades de derecho que abarcan más de 170 países.⁷²

Junto con su carácter no obligatorio, la doctrina y la jurisprudencia suelen referirse a las Directrices de la IBA como “un instrumento de soft law clave en el ámbito del arbitraje internacional”,⁷³ para diferenciarlas del hard law en el que se enmarcan las normas jurídicas obligatorias. Sin embargo, aunque se suele afirmar que como normas de “soft law” no son en sí mismas vinculantes, también se afirma que “esto no significa que carezcan de significación jurídica”,⁷⁴ dado que, “en vista de su aceptación generalizada, se percibe que las Directrices se están transformando lentamente en lex mercatoria...”⁷⁵

Esta última expresión resulta por demás apropiada, pues sin duda que las Directrices de la IBA son derecho transnacional, una categoría de normas cuya importancia y valor crece día a día. En efecto, junto con las normas adoptadas en el plano nacional por los países (que serían regulaciones de origen estatal), y normas adoptadas en el plano internacional por diversos Estados o por organizaciones internacionales creadas por éstos (que serían regulaciones de origen inter-estatal), desde hace algunos años ha ido apareciendo una suerte de nueva categoría de normas. Se trata del llamado “Derecho Transnacional” o “normas transnacionales” creadas por entidades también transnacionales o “actores no-estatales”, dentro de los cuales se incluyen, por ejemplo, corporaciones multinacionales, Organizaciones No Gubernamentales, fundaciones, grupos de la sociedad civil, organizaciones intergubernamentales, u otras.⁷⁶

En sentido similar, un profesor y árbitro italiano destaca con sobrada razón que:

“[e]n tiempos relativamente recientes hemos sido testigos de la proliferación, a nivel transnacional, de lineamientos, códigos de conducta y producciones similares de «soft law» relativas a la conducción de procedimientos de arbitraje internacional. Estas reglas son emitidas por muchas asociaciones profesionales diferentes, como la IBA, el American Law Institute, la Asociación Americana de Arbitraje, el CI Arb y otros que no es necesario mencionar porque son amplia-

mente conocidas. Es suficiente citar las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional de 2004, las Reglas de la IBA sobre obtención de pruebas en el arbitraje internacional de 2010 y, más recientemente, las Directrices de la IBA sobre la representación de las partes en el arbitraje internacional de 2013".⁷⁷

El mismo autor italiano se refiere a estas directrices, códigos de conducta y producciones similares de "soft law" relativas a la conducción de procedimientos de arbitraje internacional como un "cuerpo de normas procesales transnacionales en constante evolución aplicables al arbitraje que uno puede, de manera empírica y en sentido no dogmático, llamar *lex mercatoria processualis*".⁷⁸ No podríamos estar más de acuerdo con el profesor Draetta. El autor ha tenido ocasión de investigar sobre la proliferación y la creciente importancia y aplicabilidad práctica de las normas transnacionales:

"No es de extrañar, pues, que dentro del incremento en la pluralidad de orígenes en las reglas de derecho, las normas transnacionales hayan ido adquiriendo una gran legitimidad gracias a su repetición como usos y prácticas (las «mejores prácticas», «buenas prácticas», o «prácticas generalmente aceptadas»), para convertirse en «reglas generalmente aceptadas»; tal vez carezcan formalmente del carácter obligatorio reservado al derecho internacional público clásico, pero sin embargo «pueden disponer de una legitimidad y cumplimiento a un nivel al que sólo aspiraría el derecho internacional». De allí que el tema de su jerarquía como normas pasa a un segundo plano (se diluye cualquier diferencia entre normas de hard-law y soft-law), adquiriendo mayor relevancia la legitimidad o legitimización de las normas transnacionales como producto de su reconocimiento, repetición y acatamiento en la práctica, por ejemplo, por los miembros de un sector económico, haciendo que se vuelvan aplicables en «un orden jurídico transnacional que tocará todas las jurisdicciones que le sean relevantes, creando así un derecho globalizado». La aceptación de las normas transnacionales y que le confiere su legitimidad, se funda en criterios de eficiencia y eficacia para solucionar problemas transnacionales, esto es, en resultados, sobre todo ante el hecho de que el derecho estatal es «sobrepasado por la realidad», aunado a la legitimidad de origen que devendría por los actores no estatales que participan en la creación de normas transnacionales. Pero además, la legitimidad de ese Derecho Transnacional comprende también la posibilidad de ser exigido y aplicado, cuyo campo más fecundo actualmente lo encontramos en las disputas que cada vez con mayor frecuencia se van trasladando de las cortes estatales a la jurisdicción arbitral sobre gran cantidad de asuntos contractuales y de protección de las inversiones extranjeras, en los que los árbitros poseen cierta libertad en la determinación del Derecho aplicable, por lo que las normas estatales e inter-estatales pueden terminar siendo descartadas en la justicia arbitral para dar paso a la aplicación de normas transnacionales de origen no estatal".⁷⁹

En un trabajo incluso más reciente, el autor se ha pronunciado también sobre la posibilidad de aplicar normas transnacionales para resolver alguna disputa incluso aunque dichas normas no hayan sido expresamente señaladas por las partes como derecho aplicable, en la medida que dichas normas han pasado a formar parte de la denominada *Lex Mercatoria*:

*"La **Lex Mercatoria**, también llamada modernamente derecho comercial internacional, derecho internacional de los contratos, derecho comercial transnacional o simplemente derecho transnacional, tiene su origen en el **Ius Mercatorum** que surgió en la Edad Media para regir las transacciones comerciales entre los comerciantes europeos, influenciados por el derecho consuetudinario del antiguo derecho alemán y el derecho romano. Por tanto, la *Lex Mercatoria* se fundamenta principalmente en la costumbre que, a partir de prácticas comerciales reiteradas y uniformes, ha ido construyendo un derecho comercial transnacional muchas veces considerado como un verdadero sistema jurídico autónomo, independiente de la soberanía estatal, aunque este es un tema que está sujeto a largas e interminables discusiones entre autores, entre defensores y detractores de la *Lex Mercatoria* como derecho autónomo, discusión que se proyecta hacia la **Lex Petrolea**.*

*Las fuentes de la *Lex Mercatoria* incluyen, de manera general, prácticas comerciales, usos y costumbres, precedentes arbitrales e instrumentos específicos creados o codificados por actores no estatales o transnacionales tales como contratos y cláusulas modelo, códigos de conducta, Los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT), Términos Comerciales Internacionales (INCOTERMS) y UCP 600...*

(...)

*Desde un punto de vista práctico, la aplicación de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Petrolea* es posible, en parte porque las leyes nacionales escogidas para regular las disputas generalmente contienen disposiciones que permiten o exigen la aplicación de principios de derecho internacional, principios de derecho comercial internacional, costumbres comerciales, usos y prácticas de origen internacional, las cuales –a su vez– son fuentes de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Petrolea*.*

*Asimismo, la aplicación de la *Lex Mercatoria* y la *Lex Petrolea* también es posible, gracias a un buen número de reglas de arbitraje, las cuales suelen permitir o exigir expresamente su aplicación, facultando a los árbitros para determinar el derecho aplicable al mérito de la disputa en ausencia de un acuerdo de las partes, incluyendo «cualesquiera usos comerciales pertinentes» (artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la CCI), «cualquier uso mercantil aplicable al caso» (artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), «la legislación del Estado que se parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables» (Artículo 42 del Convenio del CIADI).*

*Finalmente, la *Lex Mercatoria* y la *Lex Petrolea* pueden ser aplicadas como fuentes normativas en un caso concreto, y de hecho se suelen aplicar, dependiendo del método de elección del derecho aplicable al fondo de la controversia, que generalmente lo permite, independientemente de su reconocimiento o no como un conjunto de reglas autónomas de existencia independiente...".⁸⁰*

Las ideas antes expuestas resultan por demás relevantes cuando consideramos la aplicación de las Directrices de la IBA, a propósito de lo cual vale la pena citar una vez más las acertadas palabras del Profesor Draetta:

*“En cuanto a las reglas procesales, ha surgido un conjunto de reglas procesales transnacionales de soft law, que pretenden ser aplicables a los procedimientos arbitrales con el único límite de la aplicación obligatoria de las disposiciones de orden público de la lex arbitri. A este conjunto de normas procesales se le ha denominado en ocasiones **lex mercatoria processualis**. Se compone de las normas de procedimiento de la lex arbitri, las reglas de arbitraje de las diversas instituciones de arbitraje y una serie de directrices, códigos de conducta y producciones similares de derecho indicativo que se emiten cada vez en mayor medida con la intención declarada de proporcionar alguna orientación a los árbitros en el ejercicio de su discreción en cuanto a la identificación de las normas procesales aplicables...”*⁸¹

En sentido similar y tras referirse a los específicos sub-sistemas que han ido apareciendo dentro de la Lex Mercatoria para ciertas industrias (e.g., lex constructionis, lex petrolea, lex extractiva, lex informática, lex sportiva), otro autor también destaca el papel que la Lex Mercatoria Processualis juega como normas jurídicas transnacionales en el arbitraje comercial internacional:

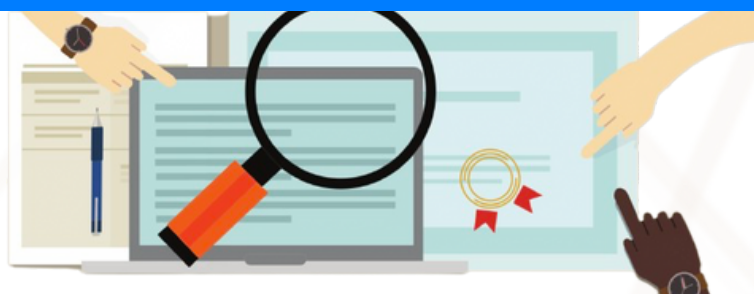
*“Se dice que el arbitraje comercial internacional se rige por una **lex mercatoria processualis (arbitralis)** que se ha desarrollado a partir de la fusión de las tradiciones del derecho consuetudinario y el derecho civil en un paradigma global único para un proceso de adjudicación privado y verdaderamente transnacional”.*⁸²

Así, pues, las Directrices de la IBA son Lex Mercatoria o Lex Mercatoria Processualis en la medida en que se han convertido en las “mejores prácticas” dentro de la práctica arbitral y judicial (relacionada con los procesos arbitrales), lo que les aporta un alto grado de legitimidad, siendo aceptadas y aplicadas cada vez más en forma reiterada (lo que las erige en verdaderos usos y prácticas). Por ello, las Directrices de la IBA podrían ser aplicadas en forma válida –y bajo distintos fundamentos y métodos– tanto por árbitros, instituciones arbitrales, tribunales arbitrales y cortes estatales, en las distintas situaciones que hemos mencionado con anterioridad a propósito de los conflictos de intereses y la alegada falta de independencia e imparcialidad de algún árbitro, incluyendo las decisiones sobre anulación o las solicitudes de denegatoria de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral con base en dichos motivos. No obstante, y como veremos de seguidas, las cortes estatales, aunque suelen reconocer la

existencia e importancia de las Directrices de la IBA, suelen ser renuentes a fundamentar sus decisiones en dichas Directrices, limitándose a citarlas como simple referencia para reforzar sus conclusiones, pero sin aplicarlas directamente, la mayor de las veces, para resolver el asunto legal sometido a su conocimiento y decisión. No obstante, cuando lo hacen, suele ser para justificar la conducta del árbitro que no reveló un conflicto de intereses, o para reprender al árbitro por incumplir su deber de divulgación, e incluso para cuestionar su proceder, pero concluyendo en la mayoría de los casos que la falta no era de tal entidad como para anular el laudo o negar su reconocimiento y ejecución, o que la sola apariencia de parcialidad surgida por la falta de revelación no era suficiente y que la parte interesada debía haber probado “objetivamente” la falta de independencia e imparcialidad. Incluso en un caso donde conforme a las Directrices de la IBA el conflicto de intereses no revelado se enmarcaba dentro de la Lista Roja Irrenunciable, el tribunal sin embargo llegó a una conclusión diferente y rechazó anular el laudo (véase al respecto el caso del Reino Unido citado más adelante).

5.3) Uso (o no uso) de las Directrices de la IBA por tribunales nacionales en casos de conflictos de intereses no revelados por los árbitros.

Los siguientes casos nos muestran algunos ejemplos de cómo los tribunales nacionales se refieren o remiten a las Directrices de la IBA al resolver solicitudes de nulidad de laudos arbitrales, o solicitudes de denegación de reconocimiento y ejecución, cuando existe (o se ha alegado) un conflicto de interés no revelado por un árbitro.



a) Alemania.

Aunque no se trató de una decisión dictada en una solicitud de nulidad o de denegatoria de reconocimiento y ejecución de un laudo, según se informa en una de las fuentes consultadas, en un arbitraje relacionado con cuestiones de derecho de la competencia llevado a cabo bajo los auspicios de la Institución Alemana de Arbitraje (DIS), una parte recusó al presidente del tribunal arbitral porque supuestamente le había dado al abogado de la demandada la oportunidad de publicar un artículo que discutía el caso bajo revisión en una publicación académica. En la sentencia, dictada por el Tribunal Regional Superior de Fráncfort en fecha 4 de octubre de 2007, se abordó el apartado 3.5.2 de la Lista Naranja de las Directrices de la IBA, conforme al cual el hecho de que un “árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma”, puede generar dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Sin embargo, el tribunal consideró que una parte razonable no podría llegar a la conclusión de que el árbitro carecía de imparcialidad en las circunstancias del caso y, por tanto, el árbitro no estaba obligado a revelar los hechos invocados por la parte que buscaba descalificar al árbitro. A continuación se cita el resumen del caso ofrecido por la fuente consultada:

“Los hechos fueron los siguientes: el abogado de la parte demandada fue ponente en una convención organizada por DIS durante la cual expuso la cuestión de las facultades de los árbitros en virtud de los artículos 81 y 82 del Tratado de la UE, en particular sobre la cuestión de si los tribunales arbitrales están obligados a investigar presuntas violaciones de la legislación de la UE en materia de competencia, posiblemente con la asistencia de la Comisión de la UE. Unos meses más tarde, en septiembre de 2006, los discursos de la convención se publicaron en un volumen de la serie de arbitraje del DIS. En enero de 2007, el tribunal arbitral informó a las partes que tenía la intención de cerrar el procedimiento probatorio sin ordenar más investigaciones sobre el cumplimiento de las partes con la legislación de la UE en materia de competencia. La parte demandante alegó que poco tiempo después tuvo conocimiento del discurso del abogado de la demandada y de su posterior publicación. Tanto en el discurso como en la publicación, el autor defendía que los tribunales arbitrales no están obligados a investigar presuntas violaciones del derecho de la competencia de la UE. En opinión de la demandante, el abogado de la demandada se había referido a los mismos hechos que eran objeto de controversia en el arbitraje. El quid de la cuestión era que el presidente del tribunal arbitral era miembro de la junta directiva de DIS y uno de los tres coeditores de la serie DIS. Además, había firmado conjuntamente el prefacio del volumen de la serie DIS en el que se publicó el discurso en cuestión. La demandante alegó que estas circunstancias demostraban que el presidente había autorizado el contenido del artículo. Por lo tanto, argumentó que la situación era similar a la contemplada en el párrafo 3.5.2 de las Directrices, que exige que un árbitro ante tales circunstancias renuncie. El Tribunal Regional Superior de Frankfurt consideró que no había evidencia alguna de que el presidente hubiera defendido públicamente una posición específica. No había asistido a la conferencia donde se pronunció el discurso y había afirmado que ni siquiera había leído el artículo antes de que se publicara. El tribunal consideró que no era inusual que uno de varios editores de una revista científica no tuviera conocimiento de todas las contribuciones a un determinado volumen, incluso si, como ocurrió en el presente caso, firmó conjuntamente el prefacio. En cualquier caso, el mero hecho de que una revista académica publique un artículo no significa que los editores aprueben las opiniones expresadas en él. Una parte razonable no podría llegar a la conclusión de que el árbitro carecía de imparcialidad en estas circunstancias, incluso si el artículo discutía un caso en curso. El hecho de que el discurso publicado se refiriera o no al caso era, por lo tanto, irrelevante. Además, el Tribunal señaló que la demandante no había acreditado que el presidente hubiera decidido poner fin a las diligencias probatorias después de haber leído el artículo en cuestión. La demandante tampoco había demostrado que el presidente tuviera conocimiento del discurso pronunciado por el abogado de la demandada o de su posterior publicación.

El tribunal dejó abierta la cuestión de si la falta de divulgación de una circunstancia relevante podría dar lugar a dudas legítimas sobre la imparcialidad de un árbitro. En el presente caso, no había ningún requisito de revelación ya que no se había establecido que el árbitro hubiera defendido públicamente una posición específica. Por lo tanto, no se demostró una violación del párrafo 3.5.2 de las Directrices de la IBA.

Curiosamente, el tribunal de Frankfurt no discute ni cuestiona la relevancia de las Directrices de la IBA a pesar de que las toma en consideración...”.⁸³

b) Austria.

Al decidir una solicitud de anulación de un laudo, el 17 de marzo de 2013 la Corte Suprema austríaca estableció que los árbitros tenían la obligación de revelar ciertos hechos (deber que incumplieron), pero se negó a anular el laudo por considerar que los hechos no eran suficientemente graves. El alto tribunal sostuvo, en palabras de la fuente consultada, lo siguiente:

“El tribunal no dejó lugar a dudas de que ambos árbitros tenían un deber de divulgación que habían incumplido. Sin embargo, consideró que los hechos no eran lo suficientemente graves como para anular el laudo. El tribunal sostuvo que, en principio, los conflictos [de intereses] pueden plantearse con éxito como motivos en una acción de anulación para fundamentar una constitución indebida del tribunal o una violación del orden público procesal. Su peso debe ser sustancial, cercano a los motivos que calificarían para la «exclusión de un juez de un tribunal estatal» y a los que figuran en el Listado Rojo Irrenunciable de las Directrices de la IBA sobre conflictos de intereses.

En las circunstancias del caso, el tribunal sostuvo que un miembro del consejo de supervisión de la sociedad matriz de una de las partes no tiene ningún interés financiero directo o de otro tipo en dicha parte; aunque el árbitro debería haber revelado ese hecho, esta omisión no tiene la gravedad suficiente para sostener una recusación después de dictado el laudo". [Los corchetes son añadidos]

c) Brasil.

Al decidir una demanda de anulación de un laudo arbitral doméstico, el 5 de junio de 2019 el Tribunal de Justicia del Estado de Río de Janeiro consideró que en las circunstancias del caso no existía un conflicto de intereses ni algún hecho digno de ser revelado, porque el caso se enmarcaba en una de las situaciones contempladas dentro de la Lista Verde de las Directrices de la IBA, y rechazó la solicitud de anulación del laudo. El tribunal brasileño sostuvo:

"El recurrente alega que el árbitro y presidente del panel arbitral, Dr. Mario Sérgio Duarte García, violó la regla básica del arbitraje, prevista en el artículo 14 y § 1º de la Ley nº 9307/96 (con la consiguiente violación del artículo 32, II de la misma ley), así como el reglamento de la CCI (Cámara de Comercio Internacional), al no revelar un hecho que denotaría dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad. Tal hecho sería que el bufete de abogados al que pertenece, Duarte García, Casseli Guimarães & Terra, representó a BROOKFIELD DO BRASIL, en un negocio jurídico conjunto con la sociedad BR PROPERTIES S/A, ahora recurrida, por un importe superior a mil millones de reales.

(...)

Por lo que respecta a la cuestión de la duda justificada, la recurrida sacó a relucir los principios establecidos por la International Bar Association (IBA) o Asociación Internacional de Abogados, institución que agrupa a decenas de miles de abogados de todo el mundo. Dichos principios («Directrices») están relacionados con el deber de revelación, independencia e imparcialidad de los árbitros así como pautas para su aplicación práctica, estableciéndose para tal efecto tres listas (verde, naranja y roja)...

(...)

Citó, por cierto, extractos del artículo de Marcelo Ferro (op. cit., páginas 851/2), para quien: «Estas Directrices, aunque no pretenden ser exhaustivas, brindan una indicación concreta de las circunstancias que, objetivamente, pueden dar lugar a dudas justificadas en cuanto a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Estas circunstancias representan situaciones prácticas cotidianas clasificadas en tres listas en orden descendente, según el grado de gravedad del impedimento, que ofrecen pautas en la solución de tales conflictos (...), y, por último, la Lista Verde, que contempla situaciones en las que queda a discreción del árbitro revelarlas, ya que no indican ningún conflicto de intereses...

En el ámbito de las Directrices de la IBA, en la Lista Verde se indican algunos hechos que, a criterio exclusivo del árbitro, no requieren divulgación, ya que no representan situaciones objetivas que puedan dar lugar a la destitución del árbitro. Se trata, por tanto, de supuestos que imponen un límite al deber de revelación».

No cabe duda de que en la situación analizada por todo lo explicado anteriormente no existe conflicto (...)

El presente recurso de nulidad del laudo arbitral, como se infiere de todo lo analizado, se basa en una alegación frágil y no razonable, sin sustento en ningún hecho objetivo digno de ser revelado, sino en una mera sospecha subjetiva, que, al parecer, fue utilizada por la recurrente como medio para reabrir el debate sobre el fondo tras constatar que el laudo arbitral no había acogido plenamente su defensa.

(...)

...En lo relativo a la confianza de las partes en el árbitro, siempre existirá una enorme subjetividad, y en ese sentido, los hechos que sustenten la pérdida de confianza de una parte en el árbitro deberán estar muy bien justificados y probados, para justificar la anulación de un laudo arbitral. De lo contrario, el alegato de «pérdida de confianza» será siempre la carta mágica bajo la manga de los perjudicados por la decisión, el «zap» del truco, el comodín de la canasta que todo lo puede".⁸⁵

d) Canadá.

Según se informa en una de las fuentes consultadas, en Canadá las partes consultan con frecuencia las Directrices de la IBA para seleccionar a los árbitros designados por las mismas partes, y desde 2007 ha habido al menos dos decisiones de Ontario en las que se han aplicado las Directrices, una de ellas – citada aquí– en la que se solicitó la anulación del laudo, y el Tribunal Superior de Ontario rechazó la anulación por considerar que una persona razonable no concluiría que hubo un temor razonable de parcialidad por parte del Árbitro. A continuación, el resumen ofrecido por la fuente consultada:

"En Jacobs Securities Inc. v. Typhoon Capital B.V., el demandante impugnó un laudo adverso alegando que las circunstancias daban lugar a dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro único. Basándose en las Directrices, como lo instó el demandante, el Tribunal rechazó la idea de que el árbitro fuera parcial porque su antiguo bufete, y no el actual, había actuado para un tercero implicado en el arbitraje. Al utilizar las Directrices, el Tribunal las describió como «ampliamente reconocidas como una fuente autorizada de información sobre cómo la comunidad arbitral internacional puede considerar situaciones de hecho particulares en casos de sospecha razonable de parcialidad»".⁸⁶

e) Colombia.

Un caso sobre ejecución de un laudo arbitral de la CCI en el que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia se refirió a las Directrices de la IBA, fue en Tampico Beverages Inc. v. Productos Naturales de la Sabana S.A. Alqueria, que versó sobre un arbitraje con sede en Chile. En ese caso, Alqueria objetó el reconocimiento del laudo en Colombia, argumentando la existencia de

un conflicto de intereses donde el árbitro propuesto por Tampico no había revelado el hecho de que en un arbitraje CIADI, la firma de abogados de la cual el árbitro era socio promovió un arbitraje en representación de la demandante, donde el árbitro de dicho proceso era el abogado de Tampico. Según Alqueria, la situación antes descrita habría implicado una transgresión al «orden público internacional». Sin embargo, la Corte Suprema Colombiana otorgó el reconocimiento al laudo arbitral, por considerar que según la Convención de Nueva York es lícito admitir la ejecución de un laudo aun cuando se verifique alguna de las causales para denegar el reconocimiento, y (ii) porque las circunstancias presentadas por la parte que se oponía al reconocimiento (Alquería) hacía innecesario revelar la circunstancia de que el árbitro había participado en otro proceso, ya que éste era de distinta naturaleza, con partes y casos extraños sin conexión entre sí:

“...Existe una tendencia a acudir a las Directrices IBA sobre Conflictos de interés en Arbitraje Internacional 2014, para definir las situaciones que afectan la objetividad de los árbitros, por corresponder a una compilación realizada por expertos –de diferentes culturas jurídicas– que refleja la práctica actual en una parte significativa de la comunidad arbitral.

Por ello, si bien carecen de fuerza de ley, «en la práctica... las instituciones frecuentemente consideran sus previsiones». Por ejemplo, en un estudio realizado por la CCI, de 187 casos en que estuvo en discusión la imparcialidad del árbitro, 106 se decidieron con base en las directrices en mención, por lo que es una fuente de derecho de amplia aceptación.

(...)

...ante la ausencia de una pauta que exigiera al árbitro Silva Romero comunicar a la Alqueria el inicio del proceso ante el CIADI, esta omisión no puede considerarse como atentatoria del debido proceso y, por ende, de los valores esenciales del estado colombiano...

(...)

Hubiera sido deseable que el citado árbitro informara a Alqueria de su apoderamiento, en el proceso en que era árbitro E...Z..., más aún por su amplia experiencia internacional. Sin embargo, la ausencia de este actuar no se traduce en una desatención al debido proceso, pues tal omisión no afecta el núcleo esencial de la imparcialidad, condición sine qua non para rehusar el exequatur.

En adición, aunque se admitiera que hubo un yerro en el comportamiento del señor Silva Romero, el mismo tampoco podría calificarse como atentatorio del orden público internacional colombiano.

Y es que las mencionadas reglas de la IBA precisan que la falta de comunicación de un hecho, «no debe llevar automáticamente a la no designación del árbitro, ni a la descalificación posterior del mismo ni a la nulidad del laudo. El solo hecho de que el árbitro no haya revelado ciertos hechos o circunstancias no implica por sí que el árbitro debe ser calificado de parcial o falto de independencia: ello dependerá solo de los hechos y circunstancias que no se revelaron».

Luego, la carencia de divulgación, en este contexto, no es un motivo de descalificación en sí mismo considerado, sino que debe sumarse a los hechos relevantes que demuestren una falta de independencia o una probabilidad razonable de parcialidad, prueba que se echa de menos en el caso.

Por último, no puede olvidarse que la afectada centró su cuestionamiento en la actuación del señor Silva Romero, sin hacer reparo alguno a los demás co-árbitros, por lo que un yerro individual no puede servir de base para descalificar un laudo que fue proferido por unanimidad...”.⁸⁷

f) Francia.

En una reciente decisión del 10 de enero de 2023, el Tribunal de Apelaciones de París en el caso No-20-18-330 (Port Autonome de Douala v Douala International Terminal), anuló un laudo arbitral sosteniendo que el tribunal se había constituido incorrectamente porque su presidente no había revelado la existencia de vínculos personales estrechos con el abogado de una de las partes en el arbitraje. Se trató de un arbitraje CCI entre una empresa camerunesa (DIT) y una entidad estatal camerunesa (PAD), donde fue dictado en 2020 un laudo parcial que fue impugnado por PAD. La entidad estatal camerunesa había leído en una publicación legal francesa un elogio escrito por el presidente del tribunal, el árbitro y académico francés Thomas Clay, para el difunto profesor Emmanuel Gaillard, quien había actuado como abogado principal de DIT en el arbitraje. PAD argumentó ante el Tribunal de Apelaciones de París que el hecho de que el presidente no revelara una relación estrecha y duradera con el profesor Gaillard evidenciaba una falta de independencia e imparcialidad de su parte. El tribunal aceptó los argumentos de PAD. Sostuvo que, si bien los vínculos profesionales que pueden existir entre abogados y profesores de derecho no implican, por sí mismos, la existencia de relaciones profesionales o personales "estrechas" en el sentido de las recomendaciones de la CCI sobre divulgaciones relacionadas con la independencia y la imparcialidad, puede haber situaciones que dan lugar a tales relaciones.

Aquí, el tribunal señaló que las declaraciones hechas por el presidente en su elogio, indicaban una estrecha relación personal con el profesor Gaillard que debería haberse revelado en el presente caso, que se había creado una duda razonable sobre la independencia e imparcialidad del árbitro presidente, y que, en consecuencia, el tribunal arbitral se había constituido incorrectamente y anuló el laudo parcial. Curiosamente, además de interponer el recurso de nulidad contra el laudo, PAD también había presentado una solicitud de recusación contra el presidente del tribunal arbitral ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI por los mismos motivos por los que el laudo fue anulado, solicitud que fue rechazada por la CCI.

Aunque en esta sentencia no se hace referencia a las Directrices de la IBA, la misma resulta de interés para nuestro estudio porque las Directrices contemplan situaciones semejantes a las referidas en este caso, como por ejemplo las circunstancias que el Listado Verde prevé en sus secciones 4.3.1 a 4.3.4, relativas a ciertos contactos de un árbitro con el abogado de una de las partes (que según las Directrices no son circunstancias susceptibles de crear un conflicto de intereses, no tienen por qué revelarse, ni conducirían a la descalificación del árbitro), o la existencia de un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes que contempla la sección 3.3.6 del Listado Naranja (que según las Directrices si crea un conflicto de intereses, aunque renunciable por las partes). A continuación citamos el completo resumen sobre los hechos del caso ofrecido por la fuente consultada:

“Un laudo CCI fue anulado después de que el Tribunal de Apelaciones de París concluyera que un elogio escrito para Emmanuel Gaillard tras su repentina e inesperada muerte generó dudas sobre la independencia e imparcialidad del presidente del tribunal. El laudo parcial contra una autoridad portuaria estatal de Camerún se anuló debido al elogio escrito por el árbitro y académico francés Thomas Clay tras la muerte de Gaillard, quien había sido el abogado principal de la parte ganadora con un equipo de Shearman & Sterling. El laudo fue emitido en noviembre de 2020 por Clay y sus coárbitros, los académicos Hugo Barbier y Achille Ngwanza, francés y camerunés respectivamente. En febrero de 2021, Gaillard y su equipo se mudaron a una nueva firma que Gaillard había cofundado, Gaillard Banifatemi Shelbaya Disputes, donde continuaron representando a la empresa de manejo de contenedores Douala International Terminal en la disputa. Un par de meses después, Gaillard se enfermó en una audiencia y murió el mismo día, el 1 de abril de 2021. En su elogio en la eminente publicación francesa Dalloz, Clay escribió que tuvo «reuniones periódicas» con Gaillard durante 21 años (desde cuando Gaillard fue miembro del jurado de su tesis); que habían desarrollado una amistad que se hizo «más personal» durante los viajes juntos al extranjero; y que «lo consultaba antes de tomar cualquier decisión importante». También escribió que «lo admiraba, lo amaba». El 10 de enero, el Tribunal de Apelación de París declaró procedente la solicitud de la Autoridad Portuaria de Douala para anular el laudo parcial sobre la base de que Clay había «ocultado... su estrecha relación» con Gaillard, creando «dudas razonables» en cuanto a su independencia y imparcialidad. La autoridad portuaria había argumentado que el elogio revelaba una estrecha relación personal que Clay no había revelado en su declaración de independencia y que no habría salido a la luz si no hubiera sido por la muerte de Gaillard. Además, había argumentado que una parte no podía «aceptar» ser juzgada por un árbitro que consultaba al abogado de la parte contraria sobre cualquier decisión importante y que la «colusión» entre Clay y Gaillard hacía que la constitución del tribunal fuera irregular. Para llegar a su decisión, el tribunal tuvo en cuenta las recomendaciones de la CCI de que los árbitros deberían considerar revelar una «relación profesional o personal cercana» con el abogado de una de las partes. Los árbitros están exentos de divulgar hechos de dominio público antes del arbitraje, pero esta exención cesa una vez que el arbitraje está en curso, señaló el tribunal. El tribunal reconoció «el contexto» de la publicación del elogio y que incluía «un elemento de énfasis y exageración inherente a los homenajes fúnebres». Aceptó que la declaración de admiración y amor de Clay «debe entenderse como la expresión de un homenaje a una figura respetada en el derecho arbitral». El tribunal dijo que «el elogio de un académico por otro académico, de su reputación e influencia en el derecho arbitral, y el uso de superlativos para describirlo, tanto en su práctica como abogado como en sus cualidades personales» era normal en un elogio. y no daría lugar a dudas sobre la independencia de un árbitro. Como lo había señalado Douala International Terminal, tales tributos habían llegado a Gaillard desde todos los rincones del mundo. Sin embargo, el tribunal estaba preocupado por los «lazos de amistad» descritos en el elogio y, en particular, por la declaración de Clay de que consultaba a Gaillard antes de tomar una decisión importante. Esto reveló «la intensidad de una relación que va más allá de la mera amistad ordinaria», dijo el tribunal. Señaló un pasaje del elogio que describía cómo, durante los viajes a Brasil, Colombia y otros lugares, «la amistad tomó un tono más personal, ya que Gaillard, que rara vez lo hacía, finalmente se estaba abriendo». Esto sugirió «cercanía e intimidad», dijo el tribunal. También hizo una referencia específica al arbitraje del puerto de Douala, cuando Clay lamentó no volver a encontrarse con Gaillard «dentro de tres semanas en las audiencias en las que él comparecería como abogado y yo como árbitro». Clay agregó que estaba ansioso por escuchar los «impresionantes alegatos de Gaillard, en los que su precisión y visión desmesurada me sedujeron mucho más que cualquier arrebato histriónico». A la luz de todo esto, el tribunal sostuvo que Clay debería haber revelado la relación y que existían dudas razonables sobre su libertad para ejercer su propio juicio en el caso. De ello se deducía que el tribunal se constituyó indebidamente y el laudo debía ser anulado, dijo el tribunal. El tribunal consideró que no se podía reprochar a Clay por no revelar que su co-árbitro Barbier (designado por Douala International Terminal) también había participado en los jurados de tesis con él y Gaillard, afirmando que este vínculo era «puramente académico». Su omisión de revelar un vínculo entre Gaillard y la esposa de Barbier, una ex asociada de Shearman & Sterling, tampoco fue problemática. ...El tribunal señaló en su sentencia que la autoridad portuaria había presentado una solicitud para recusar a Clay ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI poco después de la publicación del elogio de Clay, en abril de 2021, pero que fue rechazada al mes siguiente. (...) ...la CCI desestimó la impugnación

después de que Clay admitiera que, en su conmoción por la repentina muerte de Gaillard, había exagerado el alcance de su relación personal. La autoridad portuaria también ha solicitado la anulación de otro laudo en el caso, emitido por el mismo tribunal arbitral en noviembre de 2021, sobre la base de la supuesta relación de Clay con Gaillard. Esa impugnación aún está pendiente ante la Corte de Apelaciones, que deberá decidir, entre otras cosas, si la duda razonable sobre la independencia e imparcialidad de Clay continuaría después de la muerte de Gaillard.”.

g) Perú.

Un caso en que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia peruana utilizó las Directrices de la IBA, se trató de un recurso de casación interpuesto contra una sentencia que declaró fundado un recurso de anulación de laudo arbitral dictado en un proceso arbitral seguido por la Oficina de Normalización Previsional (ONP) contra JAR OUTSOURCING S.A.C.,⁸⁹ anteriormente denominada Buro Outsourcing S.A.C. (en lo sucesivo, JOSAC/BOSAC). El laudo había sido dictado en un arbitraje administrado por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO). Entre los fundamentos del recurso de nulidad intentado por la ONP, se alegó que el árbitro Juan Huamaní Chávez había vulnerado el deber de independencia, imparcialidad y deber de información en el procedimiento arbitral, porque al momento de aceptar el cargo no reveló que conocía a dos abogados representantes de JOSAC/BOSAC, Jhon Ross Díaz Huamaní y Orlando La Torre Zegarra, quienes habían fungido como abogados de otras empresas en otros procesos arbitrales donde el mismo árbitro, Juan Huamaní Chávez, había actuado como árbitro único o había formado parte del panel arbitral, e incluso había conformado un tribunal arbitral con Orlando La Torre Zegarra en otro arbitraje. La ONP alegó en el recurso de nulidad que esos hechos y circunstancias no reveladas afectaban la imparcialidad del árbitro Juan Huamaní Chávez y que, por tanto, las actuaciones arbitrales violaron el derecho a un debido proceso legal y, entre ellos, derechos constitucionales relativos al derecho de defensa y a ser juzgado por un árbitro imparcial. La sentencia que había anulado el laudo sostuvo que aun cuando los mencionados abogados Jhon Ross Díaz Huamaní y Orlando La Torre Z., representantes de JOSAC/BOSAC,

no participaron en las actuaciones arbitrales, el árbitro estaba obligado a declarar la circunstancia de que los conocía a fin de evitar cualquier duda sobre su independencia e imparcialidad, generando con su omisión el incumplimiento de una correcta composición del tribunal arbitral. No obstante, la Corte Suprema de Justicia peruana declaró fundado el recurso de casación interpuesto por JOSAC/BOSAC y anuló la sentencia impugnada, tras hacer las siguientes precisiones sobre los alcances de la imparcialidad e independencia del árbitro y el deber de revelación, citando autorizada doctrina y las Directrices de la IBA, a saber:

“...LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL FUERO ARBITRAL:

Un semejante escenario al descrito en relación a la independencia e imparcialidad de los jueces, se presenta en el caso de los árbitros cuando intervienen dentro de un procedimiento arbitral, ello en la medida que los árbitros ejercen también una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios pero ceñido a un caso particular, motivo por el cual se suele decir que deben reunir las mismas cualidades de imparcialidad e independencia de criterios frente a las partes. En ese sentido, Matheus López, sostiene que la independencia e imparcialidad del árbitro resultan ser condiciones predisponentes que significa no tener ninguna relación cercana - financiera, profesional o personal- con una de las partes o sus consejeros. Dicho en otros términos, la independencia estará referida a la posición o situación del árbitro, en tanto que la imparcialidad estará referida a una actitud de orden intelectual o psíquico.

... Del mismo modo, sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, Fernández Rozas señala lo siguiente: «Si la imparcialidad es una predisposición del espíritu, la independencia es una situación de carácter objetivo, mucho más fácil de precisar, pues se desprende de la existencia de vínculos de los árbitros con las partes o con las personas estrechamente vinculadas a estas o a la controversia, ya sea en relaciones de naturaleza personal, social, económica, financiera o de cualquier naturaleza (...). En este caso la valoración debe derivarse de las circunstancias concretas que rodean el ejercicio de la función arbitral en un caso concreto»...

(...)

...el deber de revelación lo que procura es servir de complemento a la declaración de los árbitros, dándole a su vez a las partes la oportunidad para que confirmen la opinión del propio árbitro respecto de su imparcialidad. De esta manera, el deber de revelación se constituye en una herramienta fundamental y necesaria que coadyuva a que esos criterios de imparcialidad e independencia alcancen su real dimensión y garanticen por consiguiente que el laudo arbitral que se emita, constituya en los hechos una real y objetiva administración de justicia.

...este deber de revelación a decir de Fernández Rozas, resulta ser en la práctica un mecanismo que ayuda a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje, constituyéndose de esta manera en la pieza maestra del régimen jurídico de la ética arbitral al ser ampliamente reconocido en las diferentes culturas jurídicas, legislaciones y reglamentos de arbitraje para de esta manera convertirse en un auténtico principio fundamental del arbitraje y en una consecuencia directa del principio general de buena fe.

... el deber de revelación por el árbitro ofrece a las partes la información necesaria para que, si lo estiman pertinente, puedan ejercer su derecho de recusación frente al referido árbitro.

... Matheus López, parece coincidir con esa postura cuando refiere por su parte que: «la obligación de revelación es un medio de carácter preventivo que permite limitar los riesgos de recursos –de recusación y/o anulación– basados en supuestos incumplimientos a la exigencia de independencia e imparcialidad del árbitro. Pues para permitir a las partes apreciar la independencia e imparcialidad de este último, es necesario que exista una plena transparencia sobre las relaciones que el árbitro pueda mantener con estas o con el objeto de la controversia».

... Ahora bien, junto con este deber de revelación conviene tener en cuenta la expresión «dudas justificadas» que a decir de Silvia Barona «debe entenderse, de una parte, en el sentido de que las dudas no deben ser subjetivas de la parte, sino que han de tener carácter objetivo, aunque la perspectiva de la parte deberá tenerse en cuenta por el árbitro cuando sopesa si debe declarar dichas circunstancias o no». En esa perspectiva, aun cuando el deber de revelación se torne necesario en el procedimiento arbitral, no debe perderse de vista que dichas dudas deberán responder a hechos probados. Matheus López parece corroborar este aserto cuando señala que: «...la duda que es atendible en el proceso arbitral es aquella –objetiva– justificada en circunstancias que provocan que se desconfíe o sospeche de un árbitro, puesto que su existencia afecta a la independencia e imparcialidad de este último...». Asimismo, añade el citado autor, «podemos indicar como características de las ‘dudas justificadas’ las siguientes: 1) Motivación: La duda ha de hallarse ‘justificada’, no pudiendo ser de carácter arbitrario; y, 2) Carácter objetivo: La justificación es objetiva pues son ‘las circunstancias’ las que hacen dudar sobre la imparcialidad y/o independencia del árbitro».

...De esta manera, como refiere, José María Alonso, los árbitros deberán asumir su obligación de revelación teniendo en consideración que en algunos casos para las partes la apariencia de imparcialidad e independencia del árbitro suele ser tan importante como la realidad misma de estas cualidades por cuya razón lo más conveniente será que tal vez el árbitro revele aquello que entienda que debe revelar y, además aquellas circunstancias de las que dude si está obligado o no a revelar. De esta manera, el deber de revelación se impone no solo porque, como refiere Jorge Angell y Ángel Brioso, garantiza de forma escrupulosa el cumplimiento de la obligación que la ley les impone, sino porque además desecha la posibilidad de que el Laudo sea posteriormente anulado y, sobre todo, porque genera la confianza necesaria en las partes para percibir que la decisión, responda al leal saber y entender de un árbitro independiente e imparcial.

...Sin embargo, antes de continuar en este análisis, surge una interrogante que es necesario que esta Suprema Sala proceda a aclarar y está referido a: ¿Qué es lo que el árbitro está obligado a revelar y cuanta información es necesaria revelar para que el deber de revelación se encuentre en consonancia con los principios de independencia e imparcialidad? Parece ser que sobre el particular no existe en detalle una lista pormenorizada sobre cuáles son los alcances de la información que el árbitro se encuentra obligado a revelar o detallar para efectos de no ver afectada o cuestionada su labor arbitral, sobre todo al momento de emitir el Laudo Arbitral correspondiente, sin embargo, Osterling Parodi y Miro Quezada Milich, nos dan ciertas luces sobre esta particular interrogante, al señalar lo siguiente: «Carece de toda lógica exigirle a este profesional que revele todas las relaciones que haya tenido en su vida, pues este análisis podría ser interminable, infinitamente costoso, de poco interés para las partes y sin ninguna relación con la confirmación de imparcialidad que exige el sistema. Sin embargo, la consecuencia de no revelar toda la información disponible podría determinar que el árbitro sea, en razón de un presumible ocultamiento o de su falta de diligencia, recusado y eventualmente sancionado. Adicionalmente, el no revelar toda la información disponible podría determinar que el laudo sea anulado y consecuentemente que el

arbitraje no explote su ventaja competitiva de celeridad. Y, como los árbitros quieren serlo y como el sistema no quiere perder sus atributos, parecería que revelar toda la información disponible -sin filtros ni miramientos- resultaría la regla recomendable para los árbitros. Pero la revelación absoluta tiene también sus bemoles y por lo mismo no se espera que el árbitro realice una declaración de todas sus relaciones laborales y personales, pues esto también dilataría el proceso. El tiempo de escrutinio, acopiamiento y organización de la información de dominio de los árbitros podría ser muy largo y su puesta a disposición muy costosa, enervando con ello la eficiencia y celeridad del sistema arbitral. Adicionalmente, la revelación de información inocua proporcionaría excusas para que las partes dilaten los procesos con infundadas solicitudes de recusación y posteriormente con intentos de que los fallos -en la mayoría de casos inapelables- se frustren. Efectivamente, cuando un árbitro revela demasiada información, le da herramientas a una parte que pretende dilatar el proceso, pues esta tendría más situaciones para buscar la recusación del árbitro. Esta dicotomía entre la conveniencia e inconveniencia de revelar por completo toda la información disponible ubica nuevamente a los árbitros en una difícil situación que hasta hace no mucho solo la costumbre y la experiencia ayudaban a superar».

(...)

...PAUTAS QUE SE HA DE TOMAR EN CONSIDERACION EN CUANTO AL DEBER DE REVELACION DEL ARBITRO: Si bien ...no existe ninguna normatividad legal que nos ayude a entender la calidad o la cantidad de información que el árbitro debe revelar (...) la International Bar Association (IBA) ha publicado las denominadas Directrices IBA que vienen a ser un conjunto de reglas éticas destinadas para los árbitros internacionales y que a modo de listado abierto orientan e indican en qué casos y situaciones un árbitro se encuentra o no en la obligación de revelar para determinar que no sea descalificado. Resulta necesario precisar que las Directrices IBA no se constituyen por cierto en normas de obligatorio cumplimiento puesto como refiere José María Alonso Puig, «...las Directrices no son normas jurídicas, sino que únicamente son de aplicación directa cuando las partes acuerdan expresamente que deben regular su procedimiento arbitral. Esto no evita, sin embargo, que puedan utilizarse como un importante instrumento de referencia al tratar conflictos de intereses tanto en el arbitraje internacional como en el doméstico».

Citaremos a continuación de manera sucinta algunos ejemplos que comprende este listado y que por cierto puede servir como guía directriz a todo arbitro al momento de participar en un procedimiento arbitral y que en su caso sería útil tomar en consideración. Así, se distinguen los siguientes supuestos: Listado rojo irrenunciable: Se distinguen en esta lista situaciones que dan lugar a dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro y que el hecho de que se revelen no llegan a solucionar el conflicto y el árbitro tendrá que rechazar el encargo (un ejemplo clásico son aquellos casos en los que existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o cuando el árbitro es representante legal o empleado de una persona jurídica parte en el arbitraje, como también aquellas situaciones en las que el árbitro tiene un interés económico o personal significativo en una de las partes o en el resultado del asunto). Listado rojo renunciante: En este listado se encuentran situaciones serias que, sin embargo, no revisten la gravedad del listado rojo irrenunciable. De ello se sigue que si las partes son conscientes de las mismas y acceden a ello, el árbitro podrá desarrollar su labor arbitral (un ejemplo lo constituye cuando el árbitro ha prestado asesoramiento legal, o ha emitido un dictamen, respecto de la controversia para una de las partes o para una entidad afiliada con esta, así como haber intervenido en el asunto en el pasado).

Listado naranja: En este listado, se enumeran aquellas circunstancias que podrían dar lugar a una descalificación del árbitro, de tal forma que es decisión de éste aceptar o no el encargo, sin que la existencia y revelación de estas situaciones deriven en su descalificación automática (dentro de este listado encontramos, por ejemplo, aquellos casos en los que existe un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes o cuando dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de estas o en las que el árbitro y otro árbitro son abogados del mismo bufete). y **Listado verde:** Se enumeran en esta lista aquellas situaciones intrascendentes (como por ejemplo en aquellos casos en los que el árbitro haya expresado con anterioridad su opinión legal sobre una cuestión materia del arbitraje o cuando con anterioridad el árbitro y el abogado de una de las partes han actuado conjuntamente como árbitros), situaciones que no colocan en duda la independencia o imparcialidad del árbitro y, por tanto no es necesario revelar".⁹⁰ [Las negrillas y subrayados son del texto original]

En adición a las circunstancias previstas en las Directrices de la IBA, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia peruana citó otras situaciones propuestas en la doctrina arbitral por diversos autores, que podrían generar dudas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro y cuya revelación sería necesaria, para concluir en el caso concreto lo siguiente:

"...esta Suprema Sala considera que si bien el deber de revelación, resulta ser un elemento esencial a fin de determinar la independencia e imparcialidad de todo arbitro, no obstante, en este caso en particular, no existe circunstancia válida alguna que permita determinar que el árbitro Juan Huamani Chávez hubiese infringido el deber de revelación y por consiguiente vulnerado los principios de independencia e imparcialidad puesto que el solo mérito de no informar que conocía a los abogados de la contratista Buro Outsourcing Sociedad Anónima Cerrada no lo inhabilitaba como árbitro.

*...Analizando los hechos que sustentan el recurso de casación se advierte en primer lugar que se acusa al árbitro Juan Huamani Chávez haber omitido revelar que conocía a los representantes de la Contratista Buro Outsourcing Sociedad Anónima Cerrada; sin embargo, conforme se tiene señalado en líneas precedentes, la sola omisión del deber de revelación no sugiere de manera inmediata la existencia de alguna parcialidad por parte del árbitro recusado ni tampoco la vulneración de los principios de independencia o imparcialidad a que se encuentra sometido el árbitro en tanto que para que se configure una falta al deber de información, se requiere que dicha omisión en la declaración sea relevante o trascendental y que afecte por tanto la buena marcha del proceso arbitral, lo que no se evidencia en el presente caso puesto que el árbitro recusado no se encontraba en la obligación de revelar las circunstancias antes señaladas en tanto resultaban sin interés para la buena conducción del procedimiento arbitral. ... En efecto, si bien el deber de declaración constituye un elemento fundamental en el desarrollo del procedimiento arbitral, no obstante no debe perderse de vista que no toda omisión en la información deba necesariamente derivar en una afectación a los principios de independencia e imparcialidad dado que conforme se razona del texto integral del artículo 5 del Código de Ética en concordancia con las Directrices IBA arriba mencionados, la omisión en el deber de información debe ser de tal entidad y trascendencia que afecten el buen desarrollo del proceso arbitral."*⁹¹



h) Portugal.

Según se informa en una de las fuentes consultadas,⁹² una decisión dictada por la Corte Superior de Lisboa en el año 2015 también analizó y encontró particularmente útiles las Directrices de la IBA, centrándose en particular en varias disposiciones de la Lista Naranja. El alto tribunal portugués sostuvo que un árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, y que la falta de revelación no implica necesariamente por sí misma que el árbitro carezca de independencia e imparcialidad, pero que ello debe evaluarse a la luz de las circunstancias específicas del caso examinado. El tribunal basó su decisión, entre otras reglas, en el apartado 3(c) de las Directrices de 2004 (equivalente al apartado 3(d) de las Directrices de 2014), que establece que cualquier duda sobre si ciertos hechos o circunstancias deben ser revelados deben resolverse a favor de la divulgación, concluyendo que el árbitro tenía la obligación de revelar sus nominaciones pasadas y, al no revelar esos hechos, había incumplido con esa obligación. En las circunstancias del caso, el tribunal portugués anuló el laudo por considerar que un árbitro designado más de 50 veces en los últimos tres años por el mismo grupo de abogados podía a los ojos de las partes parecer sospechoso y generar serias dudas sobre su independencia e imparcialidad para juzgar el caso, pues un árbitro con un número tan alto de nombramientos por los mismos abogados bien podría depender económicamente de los honorarios obtenidos por dichos nombramientos.

En consecuencia, existía una sospecha indeleble de que podía fallar a favor de la parte que lo designó, posiblemente con miras a asegurar futuras nominaciones, sin importar cuánto desapego quiera exhibir el árbitro, o cuán independiente e imparcial quiera ser, pues bajo tales circunstancias, a los “ojos de la otra parte” siempre surgirá la sospecha y las dudas sobre su credibilidad. El tribunal sostuvo que incluso desde un punto de vista completamente objetivo (es decir, ignorando la perspectiva del árbitro y de las partes), aún existirían dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de ese árbitro. Al sostener esto, el tribunal basó su evaluación en las Directrices de la IBA, especialmente en la Lista Naranja. A continuación se citan los fragmentos más relevantes de esta decisión:

“A nivel internacional, son especialmente relevantes las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22/05/2004 por el Consejo de la International Bar Association (IBA) y revisadas el 23/10/2014, que, aunque no son vinculantes, establecen un conjunto de principios orientadores en esta materia relativos a la imparcialidad, independencia y deber de divulgación de los árbitros, donde se establece el deber del árbitro de ser imparcial e independiente y el deber de revelar cualquier circunstancia que, a los ojos de las partes, pueda dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro.

Podrían mencionarse otros ejemplos, como el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o las Recomendaciones del Club Español del Arbitraje para prescribir igualmente tales principios, así como el deber de los árbitros de revelar las circunstancias que puedan ponerlos en aprietos.

Cabe señalar, en particular, que las Directrices de la IBA tienen listas anexas (Roja, Naranja y Verde) que describen circunstancias específicas a las que el árbitro y las partes deben prestar atención con respecto a situaciones que revelen conflictos de intereses o que pueden dar lugar a dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros.

La independencia y la imparcialidad son, por tanto, características esenciales para el correcto desempeño de las funciones de árbitro.

En un Estado democrático de Derecho como el nuestro, desde el momento en que el árbitro asume esta condición, la de «juez-árbitro», su actividad judicial está estrictamente relacionada con la consecución de un juicio justo, en la formulación contenida en el artículo 20.º, n.º 4, de la Constitución de la República Portuguesa.

Como afirma Miguel Galvão Teles... «...la imparcialidad de quien juzga representa, junto con la independencia, un requisito mínimo del proceso justo».

Así, la independencia y la imparcialidad de los árbitros son garantías del ejercicio legítimo de los derechos de las partes, especialmente del principio de contradicción y de la obtención de una decisión conforme a las normas de derecho y a los principios de equidad, por no estar sujetos a la defensa de los intereses particulares de quienes los nombran.

(...)

El deber de revelar las circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro es un deber ético y legal del árbitro basado en la relación de confianza y transparencia en la actuación del árbitro. Las circunstancias que pueden dar lugar a dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro no son meras suposiciones, sino que deben corresponder a dudas razonables relacionadas con hechos reales y sustanciales, como todas las relaciones profesionales, comerciales y personales entre los árbitros, las partes y sus abogados. La doctrina discute si el criterio (test) a utilizar por el árbitro en cuanto al deber de revelación se basa en su valoración de las circunstancias (criterio que apela a la subjetividad del árbitro) o en la valoración que un tercero razonable haría de dichas circunstancias (criterio de contenido más objetivo).

Sin embargo, lo que también se propugna (...), es que la valoración de las circunstancias que deben revelarse no se base en los criterios personales del árbitro, ni siquiera en criterios estrictamente objetivos, sino que se evalúe considerando, a juicio de las partes, si pueden dar lugar a dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad del árbitro.

*En caso de duda, el árbitro debe optar por la revelación, tal y como se establece en el n.º 5 del artículo 4 del Código Deontológico del Árbitro («En caso de duda sobre la relevancia de cualquier hecho, circunstancia o relación, prevalecerá siempre el deber de revelar») y en el apartado 3(c) de las Directrices de la IBA («Cualesquiera dudas que surjan acerca de si ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer»).*⁹³

En cualquier caso, la revelación de hechos y circunstancias o la omisión de los mismos no significa, respectivamente, que el árbitro no sea apto para desempeñar sus funciones, o que no sea independiente e imparcial...

Así pues, sólo la caracterización concreta de las circunstancias reveladas, o no reveladas, puede justificar la conclusión sobre la falta de independencia e imparcialidad.

c) El caso concreto que se examina:

En el presente caso, el árbitro nombrado por las Demandantes no reveló en el momento de aceptar su nombramiento que en los últimos 3 años había sido nombrado 50 veces en arbitrajes similares al del expediente, y en 19 fue nombrado por las Demandantes, refiriéndose éstos a la misma materia sustantiva.

El artículo 13.º, n.º 2 de la Ley de Arbitraje Voluntario... impone a los árbitros el deber de revelar las circunstancias que puedan dar lugar a dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia.

Los instrumentos de Derecho indicativo antes mencionados también prescriben una obligación similar.

El deber de revelación depende de un juicio crítico y valorativo del árbitro que, conociendo las circunstancias concretas que pueden dar lugar a «dudas fundadas», debe analizarlas, no sólo desde una perspectiva objetiva, sino también desde la perspectiva de las partes («a los ojos de las partes» como se ha mencionado anteriormente) y decidir si pueden o no dar lugar a reservas de las partes que menoscaben el principio de confianza y transparencia esencial para la valoración de la independencia e imparcialidad requeridas para su desempeño. Sin embargo, la no divulgación no determina que se tenga como demostrada su inhabilitación automática para ejercer la función, como se ha mencionado anteriormente y que las Directrices de la IBA y el Código Deontológico del Árbitro también reconocen.

Esto no significa que no haya incumplimiento del deber de revelación. En la situación que nos ocupa, parece razonablemente claro que el árbitro designado por las Demandantes tenía la obligación de revelar, en el momento de su nombramiento, que había sido designado en tal calidad por los mismos abogados 50 veces en los últimos 3 años y por la misma parte y/o sus afiliadas, en relación

con la misma materia sustantiva, 19 veces, también en los últimos 3 años. De hecho, a la luz del criterio que debe prevalecer –mencionado anteriormente como el criterio que tiene en cuenta la apreciación de la parte de las circunstancias que pueden dar lugar a dudas en cuanto a la independencia e imparcialidad del árbitro– parece justificado que la parte cuestione esos atributos ante un nombramiento repetido del mismo árbitro por las mismas partes cuando está en juego el mismo tipo de interés en discusión, en particular cuando el árbitro no ha cumplido con el deber de revelación al que está obligado. En cualquier caso, y como también se ha señalado, en caso de duda siempre prevalece el deber de revelación.

(...)

La amplitud del número de nombramientos efectuados por los mismos abogados, aunque se trate de demandantes distintos... corresponde a circunstancias que, a los ojos de la parte, no pueden dejar de poner de manifiesto el riesgo de creación de condiciones de dependencia económica del árbitro en relación con la persona así designada (y, en consecuencia, de las partes que delegan esa designación en el despacho de abogados) y que arrojan una sospecha indeleble sobre la actuación del árbitro en favor de los intereses privados de esa(s) parte(s).

Este anatema se intensifica con los nombramientos en los 19 casos mencionados. Aquí se trata de los mismos demandantes y de la misma materia sustantiva, en un periodo de tiempo relativamente corto. Por muy alejado que pueda estar un árbitro así designado de la persona que lo nombra y de los intereses de la parte, nos parece que «a los ojos» de la parte contraria, sería difícil reprocharle que suscitara dudas en cuanto a si los principios de independencia e imparcialidad se mantienen incólumes. La proximidad resultante de los nombramientos repetidos en un período no muy distante de tiempo crea la apariencia de «compromiso» con los intereses de la parte y, subliminalmente, arroja fundadas sospechas sobre una posible dependencia económica del árbitro en relación con esa parte, lo que fundamenta... la existencia de circunstancias que encajan en las «dudas fundadas» a que se refiere el artículo 13, n.º 1 y 3, de la Ley de Arbitraje Voluntario. También desde una perspectiva puramente objetiva, se trata de circunstancias que dan lugar a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro, tal y como se establece en las Directrices de la IBA, y la situación entra dentro de varias de las especificaciones de la citada Lista Naranja, como son:

«3.1.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de éstas».

«3.1.5. El árbitro desempeña en la actualidad funciones de árbitro, o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores, en otro arbitraje con tema relacionado en el que estaba involucrada una de las partes o una afiliada de una de las partes».

«3.3.8. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o por el mismo bufete de abogados en más de tres ocasiones».

(...)

... difícilmente puede considerarse que la reconducción de la situación concreta a los hechos especificados en la citada Lista Naranja no corresponda a circunstancias que justifiquen objetivamente la denegación..

Se trata de situaciones en las que la reiteración de nombramientos no justifica la recusación de un árbitro sólo si las partes, en vista de la revelación, han aceptado al árbitro. Las situaciones descritas en la Lista Naranja se basan básicamente en criterios de razonabilidad, sentido común y buena fe por parte del árbitro y de las partes.

En el presente caso, al menos, los criterios de razonabilidad y sentido común se agotan por completo ante la reiteración de nombramientos, por una misma parte, en relación con los mismos intereses en juego.

Por tanto, no se corrobora el entendimiento que subyace en el laudo arbitral de que, independientemente del número de nombramientos, y de las circunstancias en que se produzcan, el compromiso de independencia e imparcialidad sólo puede comprobarse frente a circunstancias adicionales que tendrían que ser especificadas en forma concreta.

Ahora bien, como es fácil comprobar, si se siguiera tal criterio, se abriría la puerta a admitir que la designación reiterada del mismo árbitro, por la misma parte, para el mismo tipo de disputa, nunca estaría dentro del ámbito del escrutinio de la contraparte, salvo que se demuestre en cada caso y bajo circunstancias concretas que tales nombramientos comprometen la independencia e imparcialidad del árbitro.

Este no es en absoluto el criterio que eligió nuestro derecho para justificar la recusación de un árbitro, ni tampoco es el seguido en los citados instrumentos internacionales utilizados en los arbitrajes.

Lo que se discute es si esos nombramientos repetidos crean, a juicio de la parte, un temor, una duda fundada, sobre las características que guían la actividad de los árbitros.

Y la amplitud de los nombramientos, en un espacio de tiempo relativamente corto, referidos al mismo tipo de disputa, combinado con la omisión de la divulgación de esos nombramientos por parte del árbitro, como ya se dijo, ya sea desde una perspectiva subjetiva (en los ojos de las partes), o desde una perspectiva objetiva (considerando la magnitud de los nombramientos, el tiempo en que se produjeron y los intereses en juego) conducen a un juicio valorativo positivo en el sentido de que se dan las condiciones que fundamentalmente permiten a la parte plantear reservas y dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. (...)

Se reconoce, sin embargo, que es muy difícil, si no imposible, determinar concretamente cuántas veces es necesario que una misma parte designe al mismo árbitro para que su independencia e imparcialidad queden en entredicho en términos que no sean meramente fraudulentas o que sólo tenga por objeto fomentar maniobras dilatorias por parte de la parte que recusa.

Sin embargo, en el presente caso, la repetición de nombramientos del mismo árbitro, por la misma parte, en relación con disputas en las que está en juego la misma materia sustantiva, en un período de tiempo relativamente corto, es tan significativo, y tan inconsistente con el número de nombramientos «admitidos» por la Lista Naranja, que parece más que razonable considerar que objetivamente existe un riesgo probable de falta de independencia y consecuente imparcialidad del árbitro así designado.(...)

Por otro lado, no está en discusión si hay pocas o muchas personas en Portugal que tengan el perfil técnico y científico para intervenir en este tipo de disputas. De lo que se trata es de la aparente vinculación de un determinado árbitro al mismo tipo de conflicto, siempre nombrado por la parte que defiende el mismo tipo de interés, sin siquiera entender que existe un deber de revelación por parte de la persona así designada. Se trata, por tanto, de cuestiones esencialmente de transparencia que socavan la relación de confianza que subyace en este tipo de procedimientos...

(...)

IV- DECISIÓN

En los términos y por las razones antes expuestas, se acuerda revocar el laudo arbitral dictado el 06/10/2014, ya que en el caso que se examina, y a la luz de los elementos que obran en el expediente, existen fundamentos dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro...".⁹⁴

i) Reino Unido.

Una sentencia de fecha 2 de marzo de 2016 dictada por la Corte Comercial de la Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales⁹⁵, en el caso *W Limited v. M SDN BHD*, también hizo mención de las Directrices de la IBA al decidir un recurso de nulidad contra el laudo dictado en un arbitraje administrado por la LCIA. En el arbitraje fue designado como árbitro único el abogado canadiense David Haigh QC, quien emitió dos laudos que fueron impugnados por el demandante alegando serias irregularidades que afectaban el tribunal arbitral, el procedimiento o el propio laudo. Dichas irregularidades habrían causado una injusticia sustancial a la parte recurrente en nulidad, quien alegó la apariencia de parcialidad del árbitro con base en un conflicto de intereses que se enmarcaría directamente en el supuesto previsto por el párrafo 1.4 del Listado Rojo Irrenunciable dentro de las Directrices de la IBA, que dispone: “El árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos”. Sin embargo, a pesar de considerar que los hechos del caso caían dentro del supuesto antes mencionado, el alto tribunal concluyó que el enfoque de las Directrices de la IBA no era correcto, y bajo el derecho inglés decidió que en el presente caso un observador imparcial e informado no llegaría a la conclusión de que existió una posibilidad real de que el tribunal fuera parcial o careciera de independencia o imparcialidad, y se negó a anular el laudo. A continuación se transcriben los párrafos más relevantes de dicha decisión.

“El árbitro”

6. No hay duda de que el presente caso se ajusta a la descripción que figura en el Párrafo 1.4 de las Directrices de la IBA de 2014. El bufete del árbitro (pero no el árbitro) asesora regularmente a una filial del Demandado (pero no al Demandado) y el bufete del árbitro (pero no el árbitro) obtiene ingresos financieros sustanciales por asesorar a la filial. (...)

8. El Sr. Haigh QC trabaja en Burnet Duckworth & Palmer LLP (“el Bufete”). Lleva 50 años colegiado en Alberta y fue nombrado Queen's

Counsel en 1984. Es miembro y árbitro colegiado del Chartered Institute of Arbitration y miembro fundador de la Western Canada Commercial Arbitration Society.

9. El currículum vitae del Sr. Haigh QC, publicado en el sitio web del Bufete, sugiere un resumen más amplio, pero ha informado a la Corte que «aproximadamente durante los últimos seis años, me he desempeñado casi exclusivamente como árbitro internacional».

10. El Bufete es descrito por el demandante como de tamaño mediano. El Sr. Haigh QC es socio del Bufete. Ha facilitado al Tribunal más detalles, entre ellos los siguientes

«Ya no participo en los asuntos de la sociedad y sólo asistí en contadas ocasiones a las reuniones de socios en los últimos 5 años. Más recientemente, no he asistido a dichas reuniones. La versión actual del contrato de sociedad [del Bufete], aprobada por votación en pleno de los socios, me ‘apadrina’ expresamente de modo que estoy exento de la jubilación obligatoria. Soy el único miembro del Bufete al que se aplica esta exención. ... Me describiría a mí mismo como un profesional independiente que lleva a cabo su práctica internacional con sistemas de apoyo en forma de asistencia secretarial y administrativa proporcionada por [el Bufete]. A efectos de mi compensación, se me trata como un departamento independiente dentro del Bufete y, además de [otra persona], soy el único miembro del Departamento de Resolución Alternativa de Disputas».

11. Para la época de la designación del Sr. Haigh QC como árbitro en el presente asunto, una sociedad (“Q”) era cliente del Bufete. Un socio senior del Bufete era miembro del consejo de administración y accionista de Q. El socio director del Bufete era el secretario de la sociedad Q.

12. La Demandada era una subsidiaria de otra empresa, P. Después de un anuncio en junio de 2012, en diciembre de 2012 P adquirió a Q. En la adquisición, el socio senior renunció a su cargo de director en Q y vendió su participación accionaria. El socio director renunció a su cargo como secretario de la empresa Q.

13. Sin embargo, tras la adquisición, y por tanto desde que Q se convirtió (al igual que la demandada) en una filial de P, el Bufete siguió prestando servicios legales a Q. La propia P recibe asesoramiento de otro bufete de abogados. Los servicios legales prestados a Q han sido sustanciales y se puede inferir que el Bufete ha obtenido de Q una remuneración sustancial por el trabajo realizado.

14. El Sr. Haigh QC hizo una declaración de independencia en fecha 18 de mayo de 2012 al aceptar su nombramiento como árbitro. Esto ocurrió por casualidad aproximadamente un mes antes del anuncio de la adquisición de Q por parte de P.

15. Al aceptar el nombramiento como árbitro, el Sr. Haigh QC hizo algunas revelaciones a las partes, en cualquier caso irrelevantes, reveladas por los sistemas de comprobación de conflictos de su Bufete. Más tarde, en septiembre, hizo otra revelación, en cualquier caso irrelevante.

(...)

¿Parcialidad aparente?

17. Las partes coinciden en que la prueba de la parcialidad aparente en el derecho anglosajón es si «un observador imparcial e informado, tras considerar los hechos, llegaría a la conclusión de que existe una posibilidad real de que el tribunal sea parcial» ...

(...)

20. ¿A qué equivalen los presentes hechos? Un árbitro es un socio en un bufete de abogados. La firma obtiene una remuneración sustancial por la prestación de servicios legales a una empresa cliente que tiene la misma matriz corporativa que una empresa que es parte en el arbitraje. El Bufete no asesora a la matriz ni a la parte. No ha sido sugerido que el árbitro haga el trabajo para la empresa cliente.

21. Además, el árbitro, a pesar de ser un socio, opera de hecho como un profesional independiente utilizando al Bufete para asistencia secretarial y administrativa en su trabajo como árbitro.

El árbitro hace otras revelaciones cuando, tras comprobarlo, tiene conocimiento del involucramiento de su Bufete con las partes, y habría hecho una revelación aquí si hubiera sido alertado de la situación.

22. Al considerar los hechos, un observador imparcial e informado no llegaría, en mi opinión, a la conclusión de que existía una posibilidad real de que el tribunal fuera parcial o careciera de independencia o imparcialidad. Llego a esa opinión sin dudar.

(...)

26. Las Directrices no son vinculantes para el Tribunal, pero pueden ser de ayuda (...), y es valioso y apropiado examinarlas al menos como un control.

Las Directrices de la IBA de 2014

27. Las actuales Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional fueron adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 30 de octubre de 2014...

(...)

29. El párrafo 6 de la Introducción dispone:

«Estas Directrices no son normas jurídicas y no prevalecen sobre la ley nacional aplicable ni sobre las reglas de arbitraje que las partes hubieren elegido. No obstante, se espera, como fue el caso de las Directrices de 2004 (...), que estas Directrices revisadas sean bien recibidas por la comunidad del arbitraje internacional y que ayuden a las partes, profesionales, árbitros, instituciones arbitrales y tribunales estatales al tratar con estas importantes cuestiones de imparcialidad e independencia. El Comité de Arbitraje de la IBA confía en que las Directrices serán aplicadas con sentido común y sin interpretaciones excesivamente formalistas».

(...)

Examen de las Directrices de la IBA de 2014

33. Las Directrices de la IBA de 2014 hacen una destacada contribución en el ámbito del arbitraje internacional. Su objetivo, ayudar a evaluar la imparcialidad y la independencia, es digno de elogio.

(...)

35. El párrafo 1.4 del Listado Rojo Irrenunciable mantiene el texto original de 2004 con las palabras «asesora con regularidad... a una entidad afiliada... de la parte que efectúa el nombramiento». Una nota a pie de página indica que el término «filial» engloba a todas las empresas de un grupo de empresas. El efecto de mantener ese texto, cuando la parte anterior del párrafo ha sido modificada, es incluir en la Lista Roja Irrenunciable la situación en la que el asesoramiento es a una filial y el árbitro no está implicado en el asesoramiento, y sin referencia al conocimiento o desconocimiento por parte del árbitro de dicho asesoramiento.

36. Es difícil entender por qué esta situación debería justificar su inclusión en la Lista Roja Irrenunciable. La situación es clásicamente apropiada para un juicio de caso específico. Y si el árbitro había tenido conocimiento y lo había revelado, ¿por qué las partes no han de poder, al menos en ocasiones, aceptar la situación por renuncia? Sin embargo, como ilustra ampliamente la referencia de la Demandante al Párrafo 1.4, en el presente caso, la naturaleza de algo llamado Lista Roja Irrenunciable y las consecuencias de la inclusión en dicha Lista no lo permiten claramente.

(...)

Conclusión

42. Un observador imparcial e informado, tras considerar los hechos, no concluiría que existía una posibilidad real de que el Sr. Haigh QC fuera parcial o careciera de independencia o imparcialidad.

43. Tras el examen anterior, las Directrices de la IBA de 2014 no me hacen adoptar en el presente caso una opinión diferente de la expresada anteriormente.

44. Por supuesto, decido el resultado del presente caso con arreglo al derecho inglés. Sería posible simplemente decir que las Directrices de la IBA de 2014 no son parte de la ley inglesa y luego no entrar en ningún examen de ellas. Sin embargo, el presente arbitraje es

internacional y las partes a menudo eligen el derecho inglés en un contexto internacional. Así, el papel de esta Corte tiene una dimensión internacional. Por lo tanto, prefiero considerar las Directrices de la IBA de 2014, como lo he hecho, y explicar por qué no creo, con todo respeto, que puedan ser correctas.”.⁹⁶

j) Suecia.

En una sentencia del 19 de noviembre de 2007 en el caso Jilkén (“A J”) v. Ericsson AB, la Corte Suprema sueca revocó la decisión de una Corte de Apelación, y anuló un laudo arbitral por considerar que el conflicto de intereses no revelado quebrantó la confianza en la imparcialidad del árbitro. En la decisión no solo se mencionan las Directrices de la IBA, sino que el fallo incluso expresa que su razonamiento se apoyaba en dichas directrices:

“La cuestión en el caso es si el laudo arbitral impugnado debe anularse porque han prevalecido circunstancias que podrían haber quebrantado la confianza en la imparcialidad del árbitro J.L. El § 8 de la Ley de Arbitraje (1999:116) establece que un árbitro debe ser imparcial. A petición de una de las partes, un árbitro será removido de su cargo si existe alguna circunstancia que pueda quebrantar la confianza en la imparcialidad del árbitro. Los puntos 1 a 4 de la disposición enumeran las circunstancias que siempre se debe considerar que quebrantan la confianza en la imparcialidad del árbitro. La lista pretende ser ejemplificativa y no exhaustiva (...). El § 9 exige que un árbitro revele a las partes las circunstancias que puedan hacer pensar que le impiden actuar como árbitro de conformidad con el § 8.

Si un árbitro, debido a cualquier circunstancia indicada en el § 8, carece de autoridad, el laudo arbitral deberá, previa impugnación, anularse total o parcialmente a petición de una de las partes...

Sin embargo, el derecho a invocar tal circunstancia puede perderse si es posible considerar que la parte ha renunciado a su derecho a establecer su reclamo, por ejemplo participando en el procedimiento sin objeción, o si han transcurrido más de quince días desde el momento en que la parte tuvo conocimiento de la circunstancia...

En los trabajos preparatorios de la Ley de 1999, se destaca la importancia de que las disputas arbitrales tengan a menudo vinculaciones internacionales. Durante la formulación de la legislación sueca, se consideró importante para cada cuestión separada tener en cuenta las disposiciones del modelo para la legislación, una ley que rige los procedimientos de arbitraje internacional elaborada por la comisión de derecho mercantil de las Naciones Unidas, CNUDMI, la llamada ley modelo. En relación con las disposiciones que rigen la parcialidad, se expresó que era natural prestar especial consideración a las disposiciones correspondientes del Código de Procedimiento Judicial. No se consideró necesario hacer mención especial al hecho de que el árbitro debe ser imparcial, que se establece en la legislación modelo, ya que esto estaba considerado en la redacción elegida. Además, en los trabajos preparatorios se señaló que podría darse el caso de que no se considerara que un abogado es parcial según el § 8, pero que, sin embargo, las circunstancias podrían ser tales que fuera contrario a la buena práctica legal asumir o mantener un encargo como árbitro en una determinada disputa. Se hizo especial énfasis en que un abogado, de acuerdo con las normas de buena práctica legal, no debería poder invocar el hecho de que una parte se haya abstenido de alegar motivos de parcialidad...

En muchos países existen instituciones internacionales de arbitraje que cuentan con sus propios marcos normativos para su funcionamiento. En el caso que nos ocupa, se ha hecho referencia, entre otros, a la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París, y al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, con sede en Estocolmo. Los marcos reguladores de los institutos de arbitraje mencionados incluyen normas sobre parcialidad con principalmente el mismo contenido que la norma fundamental que rige la imparcialidad en la Ley de Arbitraje sueca (...por ejemplo, ...un árbitro debe ser imparcial e independiente). Además, en este caso, también se han invocado las directrices emitidas por la International Bar Association (IBA) relativas a los conflictos de intereses en el arbitraje internacional. Aunque la decisión en el presente caso se hará sobre la base de las disposiciones de la Ley de Arbitraje, puede haber razones para examinar también la aplicación de marcos normativos y directrices como los mencionados en el contexto de normativas similares y de las características internacionales que se dan con frecuencia en la operación.

(...)

A.J. ha alegado que existían circunstancias que podían hacer quebrantar la confianza en la imparcialidad de J.L. Según A.J., estas circunstancias son que J.L. para el momento del procedimiento de arbitraje estaba firmemente vinculado a Mannheimer Swartling Advokatbyrå como consultor con la tarea de brindar asesoramiento legal a los abogados del bufete y que Mannheimer Swartling Advokatbyrå tenía importantes encargos jurídicos del Grupo Ericsson, del cual forma parte Ericsson AB, que era la contraparte de A.J. en el procedimiento arbitral. J.L. ha asistido al Grupo Ericsson mediante dos dictámenes legales. Según A.J., ha existido una relación perjudicial para la confianza entre el árbitro y una de las partes en el procedimiento arbitral, a través de la relación de ambos con el bufete de abogados. En cualquier caso, J.L. tenía el deber de revelar la relación de cliente entre Mannheimer Swartling Advokatbyrå y el Grupo Ericsson y de su propia asistencia al Grupo Ericsson mediante dictámenes legales. La falta de revelación de la relación de cliente, de forma independiente, o junto con las demás circunstancias, lleva a la conclusión de que J.L. carecía de autoridad.

(...)

A.J. ha negado que él o su abogado tuvieran conocimiento durante el procedimiento de que el Grupo Ericsson era cliente del bufete de abogados. En apoyo de que sólo tuvo conocimiento de ello después de que se dictara el laudo arbitral, A.J. se ha referido a grabaciones de entrevistas bajo juramento en el Tribunal de Apelación con él y a una entrevista como testigo con el abogado J.T., que era el abogado de A.J. durante el procedimiento arbitral.

Frente a las pruebas aportadas por A.J., el Tribunal Supremo considera que Ericsson AB no ha demostrado que A.J. tuviera conocimiento con anterioridad a lo que él mismo ha alegado de las circunstancias a que se refiere como fundamento de su recusación. Por tanto, A.J. tiene derecho a referirse a dichas circunstancias.

De la investigación sobre la relación de J.L. con Mannheimer Swartling Advokatbyrå se desprende lo siguiente.

J L trabajaba a tiempo parcial como consultor para la empresa. Según Ericsson AB, la relación contractual era probablemente una relación laboral, aunque el acuerdo se designara como contrato de consultoría. El trabajo consistía principalmente en prestar asesoramiento jurídico a los demás abogados del bufete y redactar dictámenes legales. Entre ellos se encontraban dictámenes legales emitidos para empresas del Grupo Ericsson. Por otra parte, él mismo no tenía ningún contacto con los clientes. Recibía unos honorarios fijos que ascendían a algo menos del 20% de sus ingresos totales. En la página web del bufete se le presentaba como miembro del personal del bufete con el título de consultor, y en la lista de miembros del Colegio de Abogados de Suecia figuraba como abogado adjunto del bufete. Su despacho se encontraba en las instalaciones del bufete.

J.L. mantenía las actividades de arbitraje separadas de las actividades del bufete de abogados, pero hasta cierto punto utilizaba las salas de reuniones y los recursos de oficina del bufete para las actividades de arbitraje. El bufete era recompensado por el costo de esto. Las partes en el presente procedimiento arbitral han recibido cartas de J.L. escritas en papel con membrete con el nombre del bufete de abogados.

En una decisión relacionada con J.L., el comité disciplinario del Colegio de Abogados sueco ha declarado que J.L. era empleado del bufete y que, por razones de ética legal, debería haber rechazado la designación como árbitro. En un comunicado al Tribunal Supremo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo ha declarado que si el Instituto hubiera tenido que tomar una decisión en un asunto como el actual, es muy probable que el Instituto, al hacer la evaluación de acuerdo con sus propias reglas, habría encontrado que existía un sesgo. A juicio del Instituto, en este contexto no existe razón alguna para diferenciar entre socios de un bufete de abogados y abogados empleados por el mismo. Tampoco hay razón para evaluar el grado de implicación en las actividades del bufete por parte del abogado, una vez que se ha determinado que el abogado está vinculado al bufete, como ocurre en este caso. También carece de importancia para la valoración el hecho de que se dijera que de alguna manera las actividades de arbitraje del abogado eran independientes de las actividades del bufete de abogados. La declaración muestra que la evaluación del Instituto de si existe parcialidad en un caso individual se hace teniendo en cuenta, entre otras cosas, la práctica sueca e internacional en los tribunales e instituciones de arbitraje. Las directrices de la IBA también constituyen un importante documento de apoyo. En particular, el Instituto ha señalado que la circunstancia de que el bufete de abogados de un árbitro tenga una relación comercial significativa con alguna de las partes se enumera como una circunstancia que es motivo de parcialidad en esas directrices. El Instituto también ha dado cuenta de algunas de sus propias decisiones sobre cuestiones de parcialidad (...).

El Grupo Ericsson era cliente de Mannheimer Swartling Advokatbyrå.

El punto de partida para la evaluación debe ser que, en este contexto, Ericsson AB se coloca en pie de igualdad con el Grupo Ericsson. La valoración de si han existido circunstancias que pudieran quebrantar la confianza en la imparcialidad de J.L. deberá hacerse, como se ha indicado anteriormente, sobre bases objetivas y no concentrándose en el riesgo de que J.L. se deje influenciar por la relación de cliente del bufete de abogados con el Grupo Ericsson en el caso concreto. Debe considerarse que J.L. ha sido empleado del bufete de abogados, aunque a tiempo parcial, y con unos ingresos de los que no dependía económicamente. Lo que ha trascendido acerca de sus condiciones de trabajo, funciones y posición en el bufete no significa que, en las circunstancias actuales, deba ser considerado de forma distinta a los demás abogados empleados por el bufete.

Según las reglas de la buena práctica jurídica, el abogado está obligado a observar fidelidad y lealtad respecto al cliente (§ 18 de las Directrices de buena práctica jurídica). Un abogado está obligado a rechazar un encargo ofrecido si él mismo, cualquier abogado asistente empleado por él o un abogado que sea su empleador o socio o con el que tenga una organización de despacho conjunta en el asunto o en otro asunto que pueda ser de importancia para la ejecución del encargo ofrecido, representa, o él mismo tiene, un interés personal o financiero contrario al del comitente. Del mismo modo, un abogado está obligado a rechazar un encargo si existe cualquier otra circunstancia que claramente constituye un obstáculo para que el abogado defienda de forma independiente los intereses del comitente (artículo 14 de las Reglas). La investigación muestra que el encargo del Grupo Ericsson fue importante para Mannheimer Swartling Advokatbyrå. El encargo, que se destacaba en el marketing del bufete, generaba unos ingresos considerables para el bufete.

En una carta de A.C. que entonces era abogado de Mannheimer Swartling Advokatbyrå, rechazaba representar a una persona en una disputa contra una empresa de Ericsson, en la que se refirió principalmente a que el bufete había recibido considerables encargos del Grupo durante un gran número de años.

Lo expuesto, junto con la declaración del comité disciplinario del Colegio de Abogados sueco, da motivos suficientes para llegar a la conclusión de que la relación de cliente con el Grupo Ericsson era tal que los socios y abogados empleados del bufete, y por tanto también J.L., estaban impedidos por razones de ética legal de aceptar tanto encargos de una contraparte del Grupo Ericsson como encargos de árbitro en una disputa en la que era parte una empresa del Grupo (...).

La cuestión en el caso es, sin embargo, si J.L. carecía de autoridad como árbitro debido a las disposiciones del § 8 de la Ley de Arbitraje. No se discute que no existe ninguna de las circunstancias específicamente mencionadas en los puntos 1 a 4 de la disposición. Al menos, cuando como en el caso que nos ocupa, la relación entre el bufete y el cliente es de importancia comercial para el bufete, debe considerarse que los lazos de interés y lealtad entre los socios y abogados empleados del bufete, por un lado, y el cliente, por otro, es una circunstancia tal que puede hacer quebrantar la confianza en la imparcialidad de un árbitro empleado por el bufete, cuando el cliente es parte en el procedimiento arbitral (...). Este punto de vista se apoya en las directrices de la IBA y en la práctica del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Debe considerarse que existe una relación perjudicial para la confianza incluso si el propio árbitro no ha tenido contacto directo con la parte como cliente, las actividades de arbitraje se hayan llevado a cabo separadamente de las actividades de abogado, o si la disputa arbitral se ha referido a cuestiones distintas de las que normalmente incluye el encargo del cliente.

En este contexto, y con una visión objetiva, se han dado circunstancias que podrían hacer quebrantar la confianza en la imparcialidad de J.L.

Dado que J. L. carecía de autoridad, el laudo arbitral impugnado será anulado en su totalidad". ⁹⁷

k) Suiza.

Se trató de un caso relacionado con una situación contemplada en el parágrafo 4.4.1 del Listado Verde de las Directrices de la IBA, que se refiere a la pertenencia a una misma asociación profesional u organización de tipo social.⁹⁸ La disputa se originó en un contrato celebrado entre un ejecutivo de marketing suizo (en lo sucesivo, el “organizador”) y la Federación Turca de Fútbol (FTF) en relación con la organización y los derechos de transmisión por televisión de cinco partidos de fútbol amistosos que debían celebrarse antes de la Copa Mundial de Fútbol de 2006 en Alemania. Los partidos atrajeron a una audiencia mucho menor que lo esperado por el organizador, que estuvo en desacuerdo con la forma como la FTF había manejado los derechos televisivos, y alegando incumplimiento de contrato y daños elevó una disputa ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS por sus siglas en inglés: Court of Arbitration for Sport), según lo acordado en la cláusula arbitral.

Tras ser desestimada su reclamación, el organizador suizo solicitó la anulación del laudo ante el Supremo Tribunal Federal suizo basándose, entre otras cosas, en la constitución indebida del tribunal arbitral, porque tras la emisión del laudo había descubierto que el árbitro designado por la FTF, el presidente del panel y el abogado de la FTF, pertenecían a una organización profesional llamada “Rex Sport”, que estaba compuesta por 26 miembros y cuyo sitio web estaba protegido por un código de acceso secreto. Sin embargo, los árbitros en cuestión no habían revelado esta información en su declaración de independencia.

El Tribunal Federal suizo rechazó la impugnación del laudo, por considerar que el organizador había renunciado a su derecho a objetar la independencia e imparcialidad de los dos árbitros, porque dicha objeción debía hacerse inmediatamente, tan pronto como una parte haya tenido conocimiento de los hechos pertinentes, o se pueda esperar razonablemente que tuviera conocimiento de ellos. El Tribunal Federal consideró que si el demandante hubiera actuado con la debida diligencia cuando se le informó de la identidad de los árbitros, y hubiera hecho averiguaciones para asegurarse de que los árbitros ofrecían suficientes garantías de independencia e imparcialidad, como lo dictaba la prudencia más básica, habría descubierto fácilmente la existencia del vínculo entre el presidente del panel y el árbitro designado por la otra parte, como de hecho pudo hacerlo en los 30 días que siguieron a la recepción del laudo, pues entre otras cosas el Tribunal Federal suizo mencionó que en el perfil del presidente en el sitio web de su bufete

de abogados, se mencionaba claramente su rol como presidente de Rex Sport.

El Tribunal Federal suizo concluyó que el demandante había perdido su derecho a argumentar que el tribunal arbitral no estaba debidamente constituido con base a unas circunstancias que debería haber conocido, y con respecto a la afiliación de los dos árbitros y el abogado de la FTF en Rex Sport, dictaminó que no era necesario divulgarlo. En su razonamiento sobre este punto, el Tribunal Federal suizo se refirió a las Directrices de la IBA y declaró que, de conformidad con el parágrafo 4.1.1” (de las Directrices de 2004), esa relación social y profesional entre los árbitros y el abogado de una de las partes no podía dar lugar a una duda objetiva con respecto a la imparcialidad del tribunal arbitral en consideración a las circunstancias del caso y las peculiaridades del arbitraje internacional en el área del deporte, lo que reflejaba o coincidía con los principios establecidos por la jurisprudencia suiza. La Corte suiza sostuvo expresamente lo siguiente al referirse a las Directrices de la IBA: →

– “Para verificar la independencia de sus árbitros, las partes también pueden consultar las Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 de mayo de 2004 (...). Ciertamente, las Directrices no tienen fuerza de ley, pero constituyen una valiosa herramienta de trabajo para contribuir a la uniformización de los estándares en el arbitraje internacional en materia de conflictos de intereses. Como tal, este instrumento debería tener un impacto en la práctica de los tribunales y de las instituciones que administran los procedimientos de arbitraje. Las Directrices establecen principios generales. También contienen una lista no exhaustiva de circunstancias particulares. Una lista roja, dividida en dos partes (circunstancias en las que exista una duda legítima sobre la independencia e imparcialidad y en las que las partes no puedan renunciar a las más graves); una lista naranja (situaciones intermedias de circunstancias que deben ser reveladas pero que no justifican necesariamente una recusación); una lista verde (situaciones que objetivamente no constituyen conflictos y que no necesitan ser divulgadas por los árbitros). Huelga decir que, independientemente de la existencia de dichas listas, las circunstancias de cada caso siempre serán decisivas para determinar si existe un conflicto de intereses. El hecho de que un árbitro esté relacionado con otro árbitro o con el abogado de una de las partes en el marco de una asociación profesional o social fue clasificado en la lista verde de las referidas directrices (Nro. 4.4.1 de la lista verde). Esto es de lo que se trata aquí. Como tal, esto no era suficiente para justificar una objeción contra el Tribunal Arbitral, ni tampoco obligaba a los árbitros miembros de Rex Sport a revelar dicha afiliación en sus declaraciones de independencia. A este respecto, las directrices se limitan a expresar en otros términos los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Federal al considerar las especificidades del Arbitraje Internacional en el campo del deporte. Por lo tanto, solo circunstancias adicionales podrían justificar una evaluación diferente del caso...”⁹⁹

1) Uruguay.

En una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1º Turno de Uruguay en el caso Univen Refinaria de Petróleo Ltda. v. YPFB Andina S.A., se pidió la nulidad de un laudo CCI invocando, entre otras razones, que el laudo era violatorio del orden público internacional y, en particular, del derecho de defensa, debido a la falta de imparcialidad e independencia de dos de los árbitros.

Los hechos particulares del caso dan cuenta que el bufete de abogados de uno de los árbitros había asesorado a una afiliada de una de las partes, y el otro árbitro era integrante de un órgano de dirección en una institución académica afiliada al bufete de abogados de la contraparte. El Tribunal uruguayo tomó como referencia las Directrices de la IBA para concluir que ninguna de las situaciones generaba un real conflicto de intereses y rechazó la nulidad del laudo:

“...la tesis de la nulidad se sustenta afirmando que los árbitros estaban predispuestos en favor de la contraparte, porque tenían vinculaciones con la empresa que la controlaba y con el estudio jurídico que la defendió y que, por ese motivo, actuaron en forma irregular tomando decisiones que perjudicaron a la actora.

(...)

De la prueba aportada resulta que el Dr. Luis Díez-Picazo, que es un reconocido jurista, integra el Consejo Asesor del Master en Derecho Empresarial que ofrece el Centro de Estudios Garrigues, definido como una «entidad vinculada al Despacho Garrigues» que permite a los estudiantes mantener «contacto constante con el ejercicio profesional» (fs.199 y 215). Las tareas del árbitro son allí de carácter académico y más bien honoríficas, no recibiendo retribución (fs.1261).

También surge probado que el Dr. Eugenio Hernández Breton, integra el staff del estudio Baker & Mackenzie S.C. en Venezuela (fs.162) y que dicho estudio, de relevancia mundial y que opera en un mundo globalizado, tiene como clientes muchas empresas multinacionales entre las que se cuenta REPSOL/YPF Venezuela S.A. Sin embargo, requerido informe, ese bufete indica que no presta servicios a esa empresa «de manera regular y permanente» sino que en los últimos siete años ha sido contratado «para temas muy puntuales y específicos» estando en trámite un juicio tributario que está a cargo de los abogados Evans y Barnola. Del mismo informe surge que el árbitro trabajó con otros abogados para concertar un negocio de inversión de ese cliente en el año 2000 (fs.1290/1291).

A juicio de la Sala, los hechos comprobados no justifican los reparos de la actora sobre la imparcialidad de los árbitros, carecen de aptitud para suscitar dudas razonables y, por ende, puede no ser reprochable que los propuestos como árbitros no los mencionaran en sus declaraciones de independencia. En efecto, actualmente la práctica del arbitraje enfrenta frecuentes cuestionamientos a la independencia de los árbitros, lo que

resulta crucial para la respetabilidad del sistema. Por esa razón se ha generado una gran preocupación por establecer criterios orientadores en tan sensible como delicada cuestión, que puedan guiar tanto a los árbitros como a la jurisprudencia que debe resolver esos cuestionamientos.

De los numerosos estudios realizados, se destaca el que hizo el Grupo de Trabajo formado por la International Bar Association (IBA) por ser un examen minucioso de la práctica internacional y, a su vez, un exitoso intento de reconstruirla racionalmente y por proponer criterios que se han convertido en guía efectiva de la práctica arbitral internacional (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, mayo de 2004, International Bar Association, cuya traducción obra agregada a fs.1065-1092).

En el documento elaborado se empieza por reconocer la dificultad derivada de los vínculos cada vez más complejos que se han ido creando entre grupos internacionales de sociedades y grandes bufetes de abogados internacionales, que vienen a incrementar y difuminar el elenco de hechos y circunstancias que los árbitros deberían revelar a las partes –sea antes de asumir sea durante el proceso– siendo dificultoso pero imprescindible precisar algunos criterios para resolver tales conflictos de intereses. El Grupo lo ha intentado sobre la base del estudio de los instrumentos y de los arbitrajes internacionales, logrando sintetizar algunos criterios que formuló como directivas orientadoras, para ser aplicadas con flexibilidad, prudencia y sentido común.

La idea central es que los árbitros propuestos deben denunciar cualesquiera hechos o circunstancias que «una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia» esto es, que permitan pensar que «probablemente la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos presentados por las partes»,

En esa línea se sugiere que el árbitro, sin perjuicio de sopesar si cierto hecho o circunstancia debe o no ser revelado, si tiene dudas debe inclinarse por explicitarlo, porque quienes deben juzgarlo son las partes, que si lo conocen y lo aceptan dejan saneado cualquier eventual reparo. Claro está que esa exigencia pesa sobre hechos que puedan razonablemente, desde la perspectiva de las partes, afectar la imparcialidad arbitral.

Luego, en un esfuerzo por enumerar y calificar distintas situaciones, se proponen tres listados orientadores: una lista «roja» con situaciones específicas que, de modo inequívoco, ponen dudas sobre la independencia del árbitro; una lista «naranja» de situaciones que el árbitro debe dar a conocer porque pudieran razonablemente crear dudas a las partes sobre su imparcialidad, y una lista «verde» con situaciones que no crean ni pueden ser sospechosas de crear conflictos de intereses, y que, por tanto, el árbitro no tiene el deber de revelar.

Estos lineamientos se han convertido en una guía inestimable en los arbitrajes internacionales y han orientado en la interpretación y aplicación de los arts.7 a 12 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la C.C.I. cuya práctica en la materia, dada la proliferación de conflictos por estos motivos, es actualmente objeto de particular interés.

(...)

...De modo que el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro haya tenido o tenga algún tipo de relación con alguna de las partes o el estudio jurídico que la patrocina no basta para asumir automáticamente que esta circunstancia dé lugar a un conflicto de intereses ni que haya que revelarlo.

Entiende esta Sala que la situación del árbitro Dr. Díez-Picazo encuadra en este último caso, dado que su relación con el estudio de abogados que defiende a la contraparte consiste en la vinculación de ambos con un Centro de Estudios Jurídicos, donde el árbitro tiene funciones académicas honorarias como integrante del consejo asesor de una de las maestrías y el estudio de abogados facilita a los cursantes la posibilidad de practicar el aprendizaje (ver «listado verde» punto 4.4.1). Por lo cual es irrelevante que no lo declarara y es irrazonable pensar que ello afectara su imparcialidad.

Tampoco parecen relevantes los «hechos nuevos» que denuncia la actora –se ha objetado la independencia del Dr. Díez-Picazo en base a las mismas consideraciones en otro proceso arbitral en trámite y se dice que un socio del Estudio Garrigues habría sido hace más de veinte años, «colaborador» del estudio del primero (fs.1797)– por cuanto se trata de una noticia de prensa que da cuenta de una impugnación pendiente de resolución y el otro hecho carece en absoluto de significación puesto que alude a una época más o menos remota. Los hechos acreditados en este proceso, valorados según la sana crítica no coinciden con los que el profesor consultado por la actora consideró –según lo informado por ésta– para concluir que «desempeñaba un cargo de honor en un instituto brazo jurídico de la multinacional REPSOL» (fs.1874).

En cuanto al árbitro Dr. Hernández Breton, cabe preguntarse si debiera haber mencionado el hecho de que el bufete de abogados al que pertenece estaba asistiendo en un juicio a una sociedad que integra el Grupo REPSOL, que tiene participación en ANDINA. Es claro que, aunque se admita que ANDINA puede ser considerada una filial de REPSOL, no se trata de que dicho estudio tenga «relación comercial significativa con una de las partes o una filial de ésta» (listado rojo punto 2.3.6), ni que «represente con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia» (listado naranja punto 3.3.3) porque de la prueba no surge que la relación del Grupo REPSOL con el Estudio Baker & Mackenzie S.C. fuera «significativa» para el estudio ni que tuviera la necesaria «regularidad».

A su vez, la intervención directa del árbitro en asuntos de la filial venezolana del grupo fue muy anterior a su designación en el arbitraje –que se inicia en agosto de 2005– y, según el criterio sugerido y usual, debía declarar si «dentro de los tres años anteriores, el árbitro fue abogado de alguna de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente de la causa» (listado naranja punto 3.1.2).

De modo que, sin descartar que quizás el Dr. Hernández Breton hubiera

debido ser más cuidadoso de la transparencia, la Sala concluye que ninguna de las circunstancias denunciadas por la actora permite razonablemente concluir que los árbitros partisanos no eran independientes y ocultaron deliberadamente hechos significativos. Por demás, la falta de imparcialidad imputada tampoco encuentra respaldo en las actuaciones cumplidas por el Tribunal Arbitral, que se analizan seguidamente.

Por último, no puede dejar de señalarse que la acusación de parcialidad de los árbitros sobreviene luego de finalizado el proceso arbitral y emitido un laudo que ampara la pretensión de la contraparte. El distinguido consultado Prof. Ronald Herbert justifica la actitud de la actora sobre la base de que hasta entonces pudo haber ignorado las circunstancias de sospecha y que, en tal caso, la jurisprudencia internacional en la materia admite la impugnación del laudo. La Sala comparte esa reflexión sin dejar de observar que, en tal caso, debería la actora haber explicado cómo y cuándo tomó conocimiento de la información que le llevó a dudar de la independencia de los árbitros –siendo que la extrajo de sendas páginas web a fin de justificar su propia tardanza en denunciar el hecho. De lo contrario, cabría presumir que conoció esa vinculación y le restó importancia, aceptando los árbitros.»¹⁰⁰

Hay un número significativo de sentencias de otras jurisdicciones que por razones de tiempo no ha sido posible incluirlas aquí. No obstante, y como se advirtió en la introducción, el autor no pretende que este ensayo sea un trabajo final o definitivo, sino el inicio de una línea de investigación que el autor desea continuar desarrollando en una futura ampliación y profundización de estas notas.

VI. Conclusiones

Existen al menos un par de frases o refranes populares según los cuales, si alguien guarda silencio o se mantiene callado al ser cuestionado, es porque acepta el cuestionamiento (“el que calla, otorga”) o porque debe estar ocultando algo (“el que algo calla, algo esconde”). Si un árbitro no tiene nada que ocultar, no debería tener justificación para no revelar circunstancias que pudieran dar lugar a dudas justificadas en cuanto a su independencia e imparcialidad. Se trata simplemente de ser transparente, cualidad que se busca alcanzar en el arbitraje internacional en los últimos años, a pesar de lo cual algunos árbitros –como se evidencia en algunos precedentes mencionados en este trabajo– parecen no ser muy cuidadosos de la transparencia, o no preocuparles la transparencia en absoluto.

Pero aún más, cuando un árbitro evade proporcionar información sobre circunstancias que darían lugar a dudas justificadas en cuanto a su independencia e imparcialidad, y omite revelar tales circunstancias, parece contar en la práctica con una amplia tolerancia de las propias instituciones arbitrales al resolver recusaciones contra un árbitro por la existencia de un conflicto de intereses no revelado, o de los tribunales nacionales al resolver tanto recusaciones como solicitudes de nulidad y de denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

Entendemos y aceptamos que, como seres humanos, los árbitros pueden olvidar detalles de sus actuaciones pasadas, pueden desconocer detalles sobre la composición accionaria, asociaciones, o relaciones de

negocios de una de las partes con alguna empresa con la cual el árbitro pudo haberse relacionado o interactuado en el pasado, e incluso algún potencial conflicto de intereses pudo no haber sido detectado por los cada vez más sofisticados sistemas de chequeo de conflictos con los que cuentan los despachos de abogados. Ello es comprensible, sobre todo en un mundo cada vez más globalizado donde se van creando vínculos cada vez más complejos –y no siempre claramente visibles– entre grupos empresariales transnacionales y grandes despachos de abogados. Sin embargo, no son esos los supuestos más comunes de conflictos de intereses no revelados por algún árbitro.

En ocasiones los conflictos parecen tan evidentes y tan en pugna con normas éticas tan elementales o con el sentido común, que en algunos casos hasta podría afirmarse que más allá de faltar al deber de revelar, el árbitro intentó ocultar deliberadamente situaciones o hechos que podían comprometerlo e inhabilitarlo para desempeñar su función, por decir lo menos.

Exigir pruebas de difícil o imposible aportación sobre el supuesto conflicto de intereses o de la falta de independencia e imparcialidad, sustenta la tesis de la amplia tolerancia de los tribunales estatales, como ocurriría por ejemplo si se exige expresamente y a ultranza acreditar la falta de independencia e imparcialidad, o cuando se exige demostrar hechos relevantes, trascendentales y concretos, o circunstancias adicionales, que demuestren la falta de independencia e imparcialidad.

Los tribunales estatales deberían analizar en una forma más balanceada las situaciones que se presentan como fundamento para solicitar que se anule o se niegue el reconocimiento de un laudo

arbitral, apelando por ejemplo a criterios de razonabilidad y sentido común, considerando si existió una probabilidad razonable de parcialidad por parte de los árbitros en las circunstancias de cada caso, considerando como un indicio grave la sola falta de revelación. De lo contrario, el deber de revelar conflictos de intereses podría terminar siendo un deber vacío de contenido o sin sanción en caso de incumplirse, lo que nos lleva a preguntarnos nuevamente si existe en realidad un “deber” de revelar, como anticipamos en la introducción a estas notas.

Que los tribunales nacionales se limiten a reprender a un árbitro por no revelar un conflicto de intereses, incluso en situaciones más o menos graves, también apoya la tesis de la amplia tolerancia. También, mantener la validez de un laudo bajo el argumento de que el principio pro-arbitraje lo justifica todo, y que si se anula un laudo o se rechaza su reconocimiento y ejecución se perderá el tiempo y dinero invertido por las partes en el procedimiento arbitral, tampoco justifica esa aparente amplia tolerancia.

Cuando un árbitro no revela información relevante que daría lugar a dudas justificadas en cuanto a su independencia e imparcialidad, se crea una presunción de apariencia de falta de independencia e imparcialidad. Pero más allá de la falta de integridad del árbitro cuya credibilidad se ve deteriorada, también significa –como hemos dicho– falta de transparencia. Ser transparente es una oportunidad para demostrar la calidad moral de uno mismo. Ser transparente genera confianza. Ser transparente es ser congruente con lo que se predica. Por el contrario, y como reza la célebre frase atribuida a Séneca “no existe una forma correcta de hacer una cosa incorrecta”, frase que continúa siendo tan cierta hoy como cuando lo dijo el antiguo filósofo romano, y que ya forma parte de la cultura –y sabiduría– popular, con muchas variantes y versiones.

Una aplicación más amplia y estricta de las Directrices de la IBA por parte de los tribunales nacionales podría ayudar a resolver situaciones indeseables, chocantes y hasta injustas en las que exista un conflicto de intereses no revelado oportunamente, y ayudaría a generar más confianza en los árbitros y en el arbitraje mismo. De lo contrario, podríamos estar siendo testigos de la sustitución del deber de revelar de los árbitros por un exagerado deber de diligencia endosado a la parte afectada, a quien se suele terminar acusando de falta de diligencia en investigar y descubrir los hechos ocultos y circunstancias no reveladas oportunamente por un árbitro.



El Arbitraje de Conciencia frente a la deshumanización de la Justicia

Escrito por:

Ricardo Alonso
Siqueiros Dávila



UACH
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
CHIHUAHUA



I. Introducción

Referirnos al Arbitraje, es referirnos al precedente histórico de impartición de justicia en la humanidad. Ya en los relatos griegos se narraban los conflictos generados entre los héroes mitológicos, que eran solucionados por terceros, elegidos por los propios adversarios. En dichas épocas no existían conceptos de leyes o tribunales, la costumbre era la que signaba la forma cómo se resolvería el conflicto. El más sabio del grupo era entonces el que teniendo un cúmulo de saber, experiencia, y siendo conocedor de las costumbres imperantes, administraba justicia a su leal saber y entender.

El Dr. José Luis Siqueiros afirmaba, que, el mecanismo arbitral fue practicado antes que la ciencia jurídica creara la figura del juez, es decir, el arbitraje es anterior al propio Derecho, siendo que el concepto de arbitraje como tal, estaba ligado a lo que actualmente se conoce como Arbitraje de Conciencia; este, en los tiempos modernos, ha pasado de un rol secundario a estar prácticamente en desuso hoy día.

Negándose a desaparecer, el Arbitraje de Conciencia aún puede ser utilizado como mecanismo de solución de controversias si las partes así lo desean, ya que es perfectamente aplicable para supuestos no considerados en la norma en los que posiblemente sea necesario apelar a este leal saber y entender, íntimo y subjetivo del árbitro.

« En un mundo donde las máquinas son cada vez mejores en ser máquinas, las personas debemos de ser cada vez mejores en ser humanos »»

Y es que contrario a ser una desventaja, la libertad de permitir la subjetividad arbitral en un laudo, puede satisfacer de mejor manera los intereses cuando en una controversia, los aspectos técnicos resultan tan complejos que las normas generales del Derecho oficial no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión.

En muchas ocasiones los hombres de negocios desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del Derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo.

El arbitraje crece en su comprensión, aceptación y utilización. Las ventajas que ofrece y la libertad que posibilita —de “gestionar apropiadamente un riesgo jurídico” como postula el Dr. Francisco González de Cossío[1]—

[¡Aquí puedes revisar la bibliografía de este artículo!](#)

la convierte en una alternativa valiosa que no ofrece ninguna otra institución jurídica. El statu quo post-pandemia y el auge de su demanda entre los usuarios como institución jurídica preferida ha acelerado la transición digital y la adopción de la Inteligencia Artificial (IA) en el arbitraje. El arbitraje puede —y debe— abarcar mucho más, de ahí que será cada vez más necesario el uso de softwares[2] como Jus Mundi, Arbitrator Intelligence y GAR ART[3], para asistir a los árbitros e instituciones arbitrales en el arbitraje. Esto lleva consigo un riesgo, el inminente desplazamiento de las máquinas sobre los seres humanos en las industrias.

Orlando Cabrera postula en su ensayo “El Futuro del Arbitraje Internacional en la Era de la Inteligencia Artificial” que:

“[...] En el futuro el arbitraje será completamente diferente. En el corto plazo, la primera etapa será complementaria entre máquinas predictivas y humanos. Los árbitros, instituciones arbitrales y abogados de parte serán asistidos por la IA. Esto disminuirá actividades rutinarias. Los árbitros de carne y hueso no quedarán eliminados por completo, pero en la segunda etapa veremos roboárbitros o máquinas predictivas que ni los grandes futuristas como Asimov alguna vez soñaron. Estas máquinas podrán resolver arbitrajes rápidamente y a un menor costo. Hoy están limitadas a que exista abundancia de datos y un acuerdo para que el laudo se emita sin razones.

Aparecerán nuevas instituciones arbitrales y autoridades nominadoras que tendrán como pilar la IA en la toma de decisiones. Igualmente aparecerán nuevas especialidades en el arbitraje como abogados expertos en el desarrollo de algoritmos, entrenamiento de máquinas, interpretación de datos y sostenimiento responsable de la IA para salvaguardar la integridad del proceso arbitral.” (Cabrera Colorado: párr: 1-2).

Este ensayo se desarrolla a partir de la premisa del segundo escenario, donde el avance tecnológico y la Inteligencia Artificial (IA) desplazarán al árbitro de carne y hueso en el futuro. En su lugar, veremos “Robotarbitros” que serán capaces de resolver arbitrajes en menor costo y tiempo, que serán más confiables en su imparcialidad y más precisos en sus fundamentos normativos. Esto supondría una coyuntura donde las máquinas se abocarían a resolver arbitrajes de derecho y la intervención del árbitro de carne y hueso se reduciría únicamente al arbitraje de conciencia.

A partir de lo anterior, aquí se plantea la siguiente pregunta de investigación: ¿En un escenario futuro donde la Inteligencia Artificial desplace el funcionamiento del abogado, puede el arbitraje de conciencia convertirse en la institución jurídica que mantenga vigente la intervención del ser humano en el ejercicio del arbitraje y del propio Derecho?

Para ello el ensayo se ha estructurado en 4 apartados. Se inicia por hacer un recuento histórico en los precedentes similares al arbitraje de conciencia que han existido, se procede por hacer una comparación frente al arbitraje de derecho, mostrando sus ventajas y desventajas. Posteriormente se postula la idea de “Impartir justicia con consciencia de conciencia” idea que es definida en este ensayo y posteriormente retomada en las conclusiones, finalmente se aborda el estado actual que vive el arbitraje, su modernización tecnológica, la transición digital y cómo se relaciona con el uso de la IA y lo que nos deparará en el futuro. Este ensayo reflexiona sobre las habilidades, principios y el actuar, que habrán de invertir al árbitro del futuro para salvaguardar su subsistencia y prestigio, con esto tratando de responder a la pregunta antes planteada.

II. Antecedentes

En la antigüedad, el arbitraje se basaba principalmente en la conciencia del árbitro, porque como decía Carnelutti citado por Don José Luis Siqueiros “el árbitro nació antes que el derecho y la autoridad judicial” (González de Cossío, 2014, Prólogo, p. XIII).

En la Biblia se hace referencia a los árbitros en el Génesis y el Éxodo. En Roma las XII tablas también mencionan el arbitraje y este, tenía incluso más de arbitraje de conciencia que de derecho, pues Cicerón indicaba que era una forma de escapar al rigor de la ley y resolver así la cuestión quantum aequius et melius sit, es decir, en la mejor y más equitativa forma que sea.

Con el tiempo, el arbitraje evolucionó y se incorporaron reglas más claras y específicas para guiar el proceso. En la Edad Media, se reconoció el arbitraje ex aequo et bono, en el que el árbitro debía tomar una decisión basada en lo que considerara justo y equitativo. Este tipo de arbitraje fue especialmente importante en una época en la que el derecho común estaba todavía en desarrollo.

Por otra parte, dentro del Derecho medieval español y especialmente en las Partidas de Alfonso el Sabio, se distinguía entre los "alcaldes avenidores" que resolvían en Derecho y los "alcaldes arbitradores" que resolvían a su arbitrio. Los primeros se basaban en las leyes y en los procedimientos establecidos para resolver los casos, mientras que los segundos tenían más libertad para tomar decisiones.

En el Derecho moderno, el arbitraje de conciencia ha sido incorporado en casi todas las legislaciones, con diversos nombres: los franceses lo llamaron de “amigables componedores”; otras leyes hablan de “árbitros arbitradores” debido a que gozan de un amplio arbitrio.

Nuestra lex arbitrii mexicana establece en el artículo 1445 del Código de Comercio:

El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.

III. Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia

«El arbitraje de conciencia no solo exige fundamentación sino que me atrevería a decir que tiene que ser más fundamentado que el de Derecho»

Puede constatar de primera mano que a pesar de que el arbitraje de conciencia sea uno de los principales precedentes de impartición de justicia en la historia de la humanidad, es muy poco lo que se ha escrito y reflexionado al respecto, de ahí, a que su distinción conceptual con el arbitraje de derecho se limita a mencionar en su generalidad lo que Matheus establece:

“[...] la diferencia esencial entre el arbitraje de derecho y el de conciencia, se halla en la preexistencia o no de una norma positiva que deba ser aplicada en un caso u otro al arbitraje. De esta forma, en el arbitraje de conciencia el resultado final es íntimo y subjetivo, no así en el arbitraje de derecho, en el que el árbitro se halla vinculado a la obligación de individualizar la norma positiva y aplicarla al caso concreto, exactamente igual a como lo haría un juez estatal”.^[4]

3.1. Ventajas y Desventajas del Arbitraje de Conciencia

Para Fernando de Trazegnies, el arbitraje de conciencia goza—la mayoría de las ocasiones—:

“[...] de la aprobación de los hombres de negocios dado que estos desconfían del formalismo generalmente excesivo del derecho. Es en la contratación comercial, donde muchas veces, las partes están acostumbradas a cerrar acuerdos sobre la base de la buena fe, y es precisamente por ello, que desean que la solución de los conflictos que se originasen entre ellos, se encuentre basada también en la buena fe, antes que en una interpretación literal de un texto normativo o en la aplicación sin miramientos de una norma. Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales.

En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre las varias posibles, se opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro, aplicar leyes procesales, obligacionales o los usos y costumbres de origen y jurisdicciones distintas a la vez, desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes.

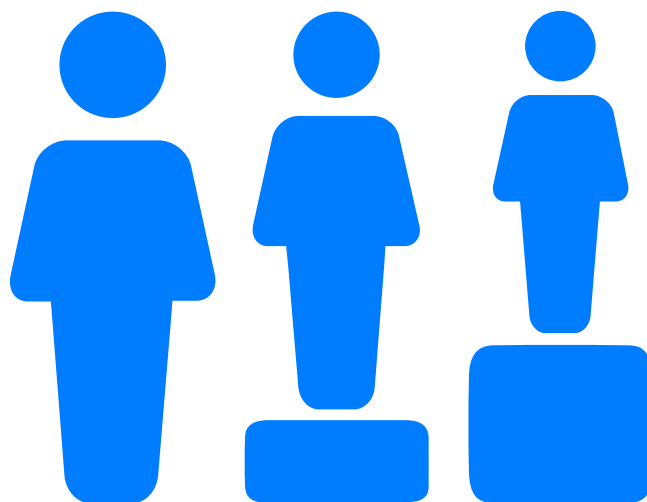
También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión.” (De Trazegnies: párr: 6).

En contraposición, la gran ventaja del arbitraje de derecho sobre el de conciencia radica en la posibilidad de conocer dentro de determinados límites las cuestiones que previsiblemente se someten al arbitraje, circunstancia ésta de “previsibilidad” que se esfuma en el arbitraje de conciencia.

En este sentido, el margen de riesgo en el arbitraje de derecho es menor, dado que se conoce anticipadamente al menos el texto de las normas entre las cuales el árbitro podrá escoger para efectos de su decisión, los precedentes jurisprudenciales, y la doctrina correspondiente.

No podemos omitir el hecho de la existencia del temor a que el arbitraje de conciencia pueda ser arbitrario, subjetivo o que obedezca los caprichos del árbitro que conoce la controversia, y que, amparados en un arbitraje de conciencia, el tribunal arbitral emita un laudo contrario a la ley.

Para Matheus, la no apelación a la aplicación de normas jurídicas no debe ser entendida como una renuncia a aplicar el derecho. Lo importante entonces, consiste en que resolver a conciencia, no implica rechazar los criterios de Derecho sino ampliarlos, de manera que el árbitro disponga de más poder discrecional para llegar a una solución adecuada incorporando elementos de juicio que no se deducen estrictamente de las leyes positivas pero que tampoco se oponen a ellas.



3.2. Arbitraje en equidad, ex aequo et bono o en conciencia: una discusión semántica.

Cuando se hace alusión a decidir un arbitraje en equidad, en conciencia o ex aequo et bono, generalmente, se entienden como sinónimos. Sin embargo, cuando se dice, de que la solución de una controversia se presenta mediante una decisión equitativa y justa, no me persuade ni me inspira una diferencia frente a una decisión conforme a derecho.

El reconocido Árbitro Alejandro Ogarrio Ramírez España, clarifica esto de una manera muy puntual:

[...] “Uno puede escoger un árbitro por diferentes razones. El motivo más frecuente es por sus conocimientos jurídicos, pero pueden existir otras, por ejemplo, puede escogerse a alguien por respeto a su intuición o su sentido de la justicia. Y —en mi opinión— el derecho debe contemplar una institución que lo permita. Exigir que tenga que motivar en derecho podrá ser anquilosante, formalista y lo que es más importante contrario a la voluntad de las partes.

Los abogados tenemos un natural sesgo de formación: sin derecho nos sentimos como barco sin quilla. Debemos entender que el acudir a un sistema jurídico es una forma de solucionar una controversia, más no la única, y no siempre es la justa —aunque sea la lícita—. Ya lo decía el viejo adagio: «Nom omne quod licet honestum est».” (González de Cossío, 2014, Facultad ex aequo et bono, p. 559).

Por gusto personal y para efectos de la disyuntiva del ensayo que supone el escenario futuro de máquinas vs humanos en el arbitraje, es que me parece más preciso el concepto del Arbitraje de Conciencia, ya que la intuición y los sentidos —a los que hace referencia el Árbitro Ogarrio—, son propios del ser humano, al igual que su conciencia.

3.3. Consciencia y Conciencia

Es preciso abordar distintos enfoques en cuanto a lo que entendemos por consciencia y conciencia. Desde el punto de vista neurobiológico, el premio Nobel Francis Crick, define a la consciencia como el mayor enigma del ser humano, lo que nos hace “conscientes” de que «somos algo más que huesos, músculos, células y una piel que nos envuelve» y la clasifica en dos tipos:

a. La consciencia primaria. Tiene que ver con nuestras percepciones, sensaciones, memoria, pensamientos, con aquello que soñamos, con lo que deseamos. Todo ello nos permite poder separarnos también de lo que nos rodea para definir nuestra individualidad.

b. La consciencia reflexiva. Tiene que ver con “observar la propia mente”, con saber qué somos, qué sabemos, qué ocurre en nuestro ser interno.

Por su parte, la RAE, define a la conciencia como el “conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios”.

3.4. Impartir justicia con consciencia de conciencia

« Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia. »

Eduardo J. Couture

Arbitrar con consciencia de conciencia, implicaría fundamentar más que el propio derecho, empatizar más allá de lo estrictamente necesario, buscar la consecución de una justicia humanista, aún y cuando ésta parezca estar en conflicto con el derecho, y esto, me parece no sólo la concepción más avanzada que podemos tener del mismo, sino también la más precisa para los tiempos que vivimos. Pues es menester recordar que todo aquel que funge como juez o es elegido por las partes para que con esa confianza resuelva en conciencia, debe tener por mira, fundamentalmente la paz.

En este sentido, los arbitrajes de conciencia deben procurar ante todo que las partes se avengan o concilien durante el procedimiento. Y si ello no es posible, el laudo debe ser tan equilibrado y lúcido que aun el perdedor reconozca que quizá el otro tenía razón; y sobre esa base se pueda restaurar la paz entre las partes.

Impartir Justicia con consciencia de conciencia debe acoger la enseñanza del Rey Alfonso. Su afirmación de que la paz es el fin último de la discordia y del desamor entre las partes, es un recordatorio para trabajar efectivamente y de manera muy intensa para que las causas que sean puestas en las manos del árbitro acaben con la discordia y logren la paz entre las partes.

IV. Statu Quo del Arbitraje

El arbitraje crece en su comprensión, aceptación y utilización, su propia naturaleza y flexibilidad representa una alternativa valiosa que ni ofrece ninguna otra institución jurídica.

Poder sortear adecuadamente el volumen de casos que se encauzaran en la justicia alternativa en los próximos años tendrá que ser prevista y bien aprovechada para consolidarla y asegurar su preferencia entre los usuarios que buscan la justicia en sus pretensiones.

El impacto de la Pandemia del COVID-19 en las industrias, obligó a transitar de las 4 paredes de una oficina a los 4 lados de una pantalla, esto, mostró las oportunidades que ofrece la digitalización, el impacto positivo al medio ambiente y por tanto la necesidad de afrontar y acelerar el proceso de transición digital en las economías.

Ejemplo tangible de esto lo encontramos en la modernización de los principales reglamentos arbitrales, entre ellos el Reglamento ICC en 2021[5].

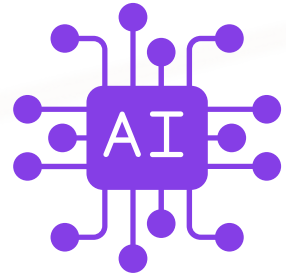
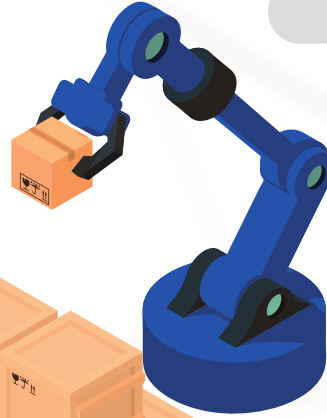


4.1. Implicaciones de la transición digital en el arbitraje.

En la transición digital encontramos diversas aristas, por un lado, está la ambiental, que busca disminuir la movilidad de las personas propiciando la facilitación de modelos como el home office. Donde fue notorio, el impacto positivo que tuvo al cambio climático — reduciendo las emisiones del CO2 en un 17% en abril de 2020[6]— cuando se declaró la emergencia sanitaria producto de la Pandemia.

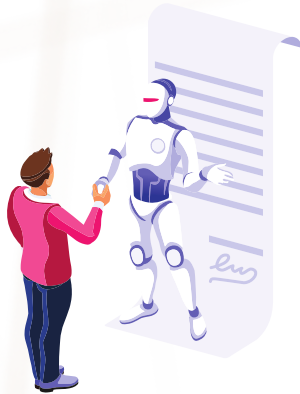
En otra arista encontramos la eficiencia y automatización, que dota la tecnología para realizar tareas repetitivas o con muy poca intervención humana.

Así, en la recopilación de textos o en el análisis de controversias del tipo de un pagaré, contratos de crédito, arrendamientos, etc, el uso de algoritmos y softwares de IA, se vuelven cada vez más indispensables.



4.2. IA y Arbitraje.

La IA, —definida por John McCarthy— consiste en “hacer a una máquina que se comporte de formas que podrían ser llamadas inteligentes como si un humano así se estuviera comportando”.

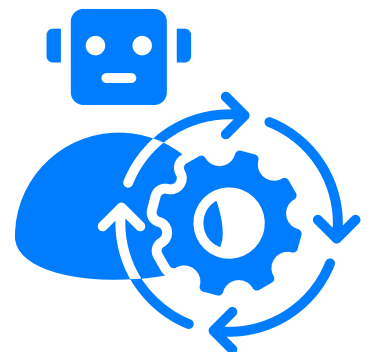


“[...]Es la teoría y desarrollo de sistemas de cómputo para realizar tareas que requieren inteligencia humana, como la percepción visual, el reconocimiento del habla, la toma de decisiones y la traducción de idiomas”.

Hoy, la IA es una realidad, nos damos cuenta o no. “La IA filtra correos electrónicos spam, ayuda en el análisis de contratos, la investigación jurídica, y la producción electrónica de documentos — e-discovery—.

En el arbitraje, la IA asiste en el nombramiento de árbitros, la investigación jurídica, pruebas de lectura de memoriales, traducciones, manejo de casos y organización de documentos, estimación de costos, servicios estenográficos, interpretación simultánea y la redacción de secciones estándar en un laudo arbitral como la historia procesal. (Cabrera Colorado: párr: 46)”.

La automatización de procesos para mantener la celeridad y eficiencia que caracteriza al arbitraje, será indispensable, con ello, el uso de softwares y de la IA tendrá que ser condición sine qua non para todo árbitro que busque satisfacer las necesidades del mundo arbitral actual, para ello, es preciso citar las 3 instituciones — que el Mtro. Orlando Cabrera comparte— están trabajando en la materia:



1. Jus Mundi es una empresa que da servicio a los abogados de parte. Afirma que tiene la base más completa de arbitraje internacional. Usa inteligencia artificial y colaborativa para recolectar y estructurar datos jurídicos a nivel mundial. Jus Mundi recolecta y verifica documentos, después extrae y corrige los metadatos (nombres de las partes, árbitros, abogados, el tratado aplicable, el resultado del caso). Posteriormente extrae y corrige el texto, estructura los documentos para facilitar búsquedas y finalmente califica documentos con conceptos legales. Jus Mundi afirma que sus algoritmos escanean documentos para aislar los párrafos más interesantes o agregar hipervínculos a las referencias jurídicas. [7]

2. Arbitrator Intelligence recolecta de los usuarios del arbitraje y abogados retroalimentación cuantitativa y cualitativa acerca de elementos clave de la decisión de un árbitro. Los temas incluyen la duración y tiempo, el manejo del caso, las ordenes procesales, la producción de documentos, laudos de jurisdicción, medidas precautorias, análisis de daños y metodología jurídica. El análisis de datos proveerá a las partes y abogados conocimiento crítico acerca del historial del árbitro para mejorar la selección y estrategia del caso. Además ha recolectado más de 1400 laudos arbitrales internacionales.[8]

3. Global Arbitration Review Arbitrator Research Tool (GAR ART) provee de información acerca de árbitros. Esta información incluye las respuestas de los árbitros respecto de sus preferencias procesales y prácticas, así como informa los nombres de abogados que han representado casos ante ellos así como miembros del panel arbitral.[9]”(Cabrera Colorado: párr: 21).” Así mismo se ha desarrollado un sistema de justicia descentralizado llamado Kleros. Este tiene beneficios respecto del arbitraje clásico pues:

- a. Abarata costos y tiempos de sustanciación;
- b. Permite el litigio internacional por cuantías menores;
- c. Asegura la unificación de la información sobre casos pasados y;
- d. Fortalece la imparcialidad de sus jurados. El desarrollo y perfeccionamiento de este sistema podría traer un cambio significativo en el arbitraje internacional.

En un futuro, se podría prescindir de la intervención de los centros de arbitraje, para pasar a sustanciar los procesos arbitrales con herramientas como Kleros.

4.3. Futuro del Arbitraje

Al considerar cómo será el arbitraje del futuro, se analiza si los resultados que hoy producen los árbitros y abogados pueden ser reproducidos de forma diferente con la tecnología.

¿En qué casos las máquinas superan al abogado? ¿Dónde los abogados tienen ventajas frente a las máquinas? ¿En qué casos los árbitros no podrán ser reemplazados por la tecnología? ¿Qué nuevas habilidades requieren los abogados? ¿Qué limitaciones tiene la IA? ¿Cuándo ocurrirá esto?

Ante esto, resulta preciso citar el análisis que el Mtro. Cabrera hace con respecto a esto:

[...] “ Cuando el precio de un bien o servicio fundamental cae drásticamente, todo el mundo cambia, la población lo usa más. Esto es un principio básico de economía y ocurre hoy con la IA.

El cambio tecnológico hace que las cosas que antes eran caras sean baratas. Cuando la predicción se haga barata, habrá más aplicaciones y complementos para predecir en el arbitraje.

La predicción servirá para tomar decisiones. Pero en un momento, la máquina que predice puede ser tan precisa, certera y confiable que puede cambiar la forma en que las instituciones arbitrales y firmas de abogados toman las decisiones.

Se analizan tres aspectos. Primero, existe una diferencia entre los humanos y el software: la escala. Un solo abogado está impedido físicamente en redactar todos los memoriales, ni compilar, ni organizar todas las pruebas que se requieren para un caso como Abaclat.

Una vez que la IA sea mejor que los humanos en actividades como revisión y registro de las solicitudes de arbitraje, confirmación de árbitros, búsqueda del mejor candidato para un caso, recusación, producción de documentos, entre otras, los abogados se apoyarán más en máquinas predictivas y se abrirán nuevas oportunidades.

Por ejemplo, las instituciones arbitrales y otros proveedores como Jus Mundi, Arbitrator Intelligence, GAR ART, necesitarán más abogados que puedan clasificar decisiones arbitrales, fragmentar tareas, diseñar los árboles de decisión, colaborar con ingenieros para desarrollar minería de datos, entrenar a la máquina, e interpretar resultados contraintuitivos.

Los abogados tendrán que aprender a delegar a las máquinas. Los Secretarios Generales de las instituciones arbitrales ahora deberán atender cuestiones de implementación de IA a través de sistemas de reglas y aprendizaje automatizado, así como accesibilidad y sustentabilidad de la IA.

Más que una simple reasignación de responsabilidades, se requiere una nueva arquitectura para el modelo operativo que implica construir a la institución arbitral en un nuevo cimiento integrado en el análisis de los datos y la IA desde la revisión de la solicitud de arbitraje hasta la nulidad de un laudo.

Segundo, el cambio no sólo vendrá de la tecnología per se sino de nuevos actores; es decir de la liberalización de los servicios jurídicos. Cuando sistemas como Jus Mundi, Arbitrator Intelligence, GAR ART puedan hacer mejores predicciones conviene que nos preguntemos si en las décadas por venir estos proveedores tomarán una mayor variedad de trabajo del que hoy hacen.

Por ejemplo, Jus Mundi, Arbitrator Intelligence, y GAR ART podrían no sólo ser consultadas por jueces cuando tengan que nombrar un árbitro, sino incluso podrían prestar servicios de autoridades nominadoras. Tal vez evolucionen y se conviertan en plataformas de solución de controversias e instituciones arbitrales.

Tercero, no podemos ignorar el rol del financiamiento en el desarrollo tecnológico. La tecnología no sólo requiere de genios, sino también de capital. Así como en la revolución industrial el sistema financiero fue un factor esencial, también lo será para la IA. El sistema financiero que recompense a los inversionistas con ganancias va a generar mayores inversiones y mayor desarrollo tecnológico.

Así, las instituciones arbitrales y las firmas de abogados invertirán en estos desarrollos ante las futuras ganancias o ahorros que puedan tener los usuarios del arbitraje o sus clientes. Si la mano de obra de un abogado es cara y las máquinas predictivas producen resultados más baratos ¿Qué interés tendrían los usuarios del arbitraje, abogados, e instituciones arbitrales en seguir utilizando humanos?

Desde el punto de vista económico hará sentido usar una máquina, máxime si la máquina es más productiva y acertada que el humano. Las máquinas predictivas podrían resolver más casos y los costos serían más atractivos para que los usuarios optaran con más frecuencia por el arbitraje.

El uso de estas máquinas predictivas provocará no sólo pérdida de trabajos sino una pérdida de sentido en la vida de algunos humanos. A pesar del brío que tome el avance tecnológico la regulación puede detener el avance. La IA tendrá mayor libertad para decidir los casos si la regulación lo permite.”

V. Conclusión

Como un reciente conocedor del gremio arbitral y aún desconociendo muchos tópicos en torno al universo del Arbitraje, el arbitraje de conciencia ha sido hasta el momento el tópico que más me ha llamado la atención, porque es la institución jurídica más cercana a los principios de libertad y de justicia, porque compromete al universo arbitral a formar árbitros íntegros; que en su función sepan escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente. Aunque se vislumbra aún lejano y extraordinario el escenario en que el ser humano deje de ser parte toral del procedimiento arbitral, el avance tecnológico y la adopción de la IA es inminente y será cada vez más cotidiano, ahí recae la importancia de reivindicar al arbitraje de conciencia.

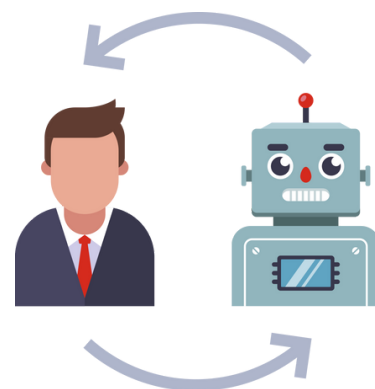
El arbitraje de conciencia es el único que podrá ser propio del ser humano, por ello, me parece loable revalorizar la figura del arbitraje de conciencia, para que vuelva a formar parte de los principales diálogos en los foros de discusión, pues independientemente de quien pueda estar a favor o en contra de su adopción, dialogar sus diversas aristas servirá también como un adecuado equilibrio entre lo filosófico y lo técnico-especializado, porque como dijo Miguel Ángel Granados Chapa:

“Es deseable que el espíritu impulse a la música y otras artes y ciencias y otras formas de hacer que renazca la vida, y que permitan a nuestro país escapar de la pudrición, que no es destino inexorable. Sé que es un deseo pueril, ingenuo, pero en él creo, pues he visto que esa mutación se concrete. Con esa convicción digo adiós”.

Con esa misma convicción creo que el arbitraje de conciencia puede revolucionar el estado de derecho y hacer que renazca la vida frente a una inminente deshumanización de la justicia, pues implica garantizar una serie de condiciones que se traducen en poner al centro la integridad, los valores intrínsecos al actuar del árbitro y una sensibilidad “espiritual” sobre la justicia que va más allá de la interpretación de normas o pretensiones.

En este orden de ideas resultaría oportuno incluir textualmente al arbitraje de conciencia en las cláusulas arbitrales para dar a conocer su existencia y promover su utilización.

Hasta en tanto la Inteligencia Artificial no desarrolle su propia conciencia, el ser humano tendrá una ventaja sobre las máquinas, su propia naturaleza, su intuición, sus sentidos, su inspiración, su espíritu, su creatividad, su conciencia y sobre ello:



« En un mundo donde las máquinas son cada vez mejores en ser máquinas, las personas debemos de ser cada vez mejores en ser humanos »

Financiamiento por terceros

Escrito por: Pedro Manzano Otero



I. Introducción

El arbitraje internacional hoy en día ha evolucionado de tal manera que se ha vuelto muy complejo y, por consecuencia, ha incrementado su costo. Asimismo, puede darse la circunstancia de que una parte, en una relación jurídica, tenga mayores recursos para poder defender/iniciar un arbitraje por lo que, aquella parte carente de recursos podría verse en dificultad de hacer valer/defender sus reclamaciones, sin poner en riesgo su negocio.



Un mecanismo por medio del cual una parte puede hacer valer sus reclamaciones en arbitraje es mediante el financiamiento del costo por iniciar y tramitar un arbitraje acudiendo a un tercero financiador ajeno a la controversia ("TPF").

A largo de este documento, se desarrolla la definición de un TPF y ciertas consideraciones al respecto (II) para luego señalar uno de los puntos medulares en arbitraje (imparcialidad e independencia de los árbitros) y la relación con los TPF (III).

De la misma manera, se aborda la importancia de la revelación respecto de TPF (IV), ciertas consideraciones relacionadas con el contrato de fondeo por TPF (V), los argumentos a favor (VI) y en contra (VII) de los TPF, para luego comentar la regulación existente en Hong Kong en relación con TPF (VIII), y finalmente hacer unas conclusiones (IX).

II. Definición de TPF

El TPF es un tercero ajeno a la disputa que se expone, mediante un contrato con una de las partes, al resultado final en un procedimiento arbitral, fondeando los gastos del arbitraje, con la posibilidad de obtener el monto invertido más un rendimiento y que, en caso de que no sea exitosa la parte a la cual le invirtió, pierde la inversión realizada.

Antiguamente, en Inglaterra y Gales, el uso de TPF parecería contra intuitivo a la doctrina de maintenance y champerty. La primera (maintenance) se refiere a una persona que apoya a una parte en un procedimiento litigioso en el cual no tienen interés legítimo y la segunda

(champerty) se refiere que, además de apoyar a una parte en específico, existe un interés económico en el resultado del procedimiento. Ahora, el Criminal Law Act 1967 eliminó dicha restricción.[1]

En la práctica, el fondeo de un TPF va en favor de la parte demandante, pues es la que inicia un arbitraje y, por consiguiente, tiene la posibilidad de que el tribunal arbitral le otorgue el pago de ciertos daños y perjuicios. No obstante, en ocasiones, es posible que el fondeo de un TPF vaya en favor de la parte demandada, pues podría tener ésta una demanda reconventional o el TPF tiene interés en la defensa contra la pretensión del demandante.

Yves Yves Derains define al TPF como:

“a scheme where a party unconnected to a claim finances all or part of one of the parties’ arbitration costs, in most cases the claimant. The funder is then remunerated by an agreed percentage of the proceeds of the award, a success fee, or a combination of the two or through more sophisticated devices. In the case of an unfavourable award, the funder’s investment is lost”[2]

La regla general es que, en caso de que el arbitraje no sea favorable hacia la parte que financió el TPF, el monto invertido por dicho tercero no es recuperable. Por lo anterior, entre mayor riesgo tenga la disputa, mayor será el rendimiento que requerirá y, por ende, el porcentaje de participación en las ganancias (el monto de daños y perjuicios otorgado por el tribunal arbitral en el laudo); normalmente, la ganancia acordada en favor del financiador va entre un 15% y un 50% [3].

La regla general es que, en caso de que el arbitraje no sea favorable hacia la parte que financió el TPF, el monto invertido por dicho tercero no es recuperable. Por lo anterior, entre mayor riesgo tenga la disputa, mayor será el rendimiento que requerirá y, por ende, el porcentaje de participación en las ganancias (el monto de daños y perjuicios otorgado por el tribunal arbitral en el laudo); normalmente, la ganancia acordada en favor del financiador va entre un 15% y un 50% [3].

Desde hace mucho tiempo, existen mecanismos de financiamiento en procedimientos arbitrales, por ejemplo, es común que los despachos de abogados que representen a las partes acuerden con sus respectivos clientes una parte de sus honorarios en un bono de éxito. Lo anterior, incentiva a los clientes, pues el despacho que los representa en un procedimiento asume cierto riesgo en el resultado.

Es común que, en las operaciones de fusiones y adquisiciones, la parte compradora contrate un seguro respecto de las garantías y declaraciones que realiza la parte vendedora. De esa manera, en caso de que exista un incumplimiento a dichas garantías y declaraciones, el seguro contratado podrá financiar la reclamación en arbitraje.[4]

La sofisticación en los mercados financieros es cada día más elevada, por lo que es posible que los TPF pierdan interés en fondear un caso en específico y, en su lugar, quieran financiar varios arbitrajes para diversificar su nivel de riesgo. Por lo anterior, existe la posibilidad de que TPF inviertan en varios procedimientos arbitrales de empresas grandes o en procedimientos arbitrales manejados por un despacho de abogados. De acuerdo con Dos Santos, la práctica de “bundling claims” ha aumentado. En 2009, el 100% de las inversiones de un fondo de inversión especializado en financiamiento de procedimientos (Burford Capital) estaban enfocadas en casos individualizados y en 2016, dicho porcentaje se redujo a 12% y el 88% estaba invertido en portafolios de reclamaciones. [5]

Una de las definiciones más reconocidas del financiamiento por terceros es aquella contenida en las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (“Directrices”),[6] las cuales, en su norma general 6 (b) señala lo siguiente: “Si una de las partes fuere una persona jurídica, cualquier persona jurídica o física que tenga una relación de control sobre dicha persona jurídica, o que tenga un interés económico directo en, o deba indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje, podrá considerarse que ostenta la identidad de dicha parte”;



Además, en su nota explicativa a la norma general 6, dichas Directrices señalan: “Cuando una parte en arbitraje internacional es una persona jurídica, otras personas físicas o jurídicas pueden tener una relación de control sobre dicha entidad, o un interés económico directo en, o una obligación de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje. Cada situación debe evaluarse individualmente, y la Norma General 6 (b) clarifica que puede considerarse que esas personas jurídicas e individuos son efectivamente dicha parte. Los terceros financiadores y las aseguradoras en relación a la disputa pueden tener un interés económico directo en el laudo, y por tanto pueden considerarse como equivalentes a la parte. A estos efectos, los términos ‘tercero financiador’ y ‘aseguradora’ se refieren a cualquier persona o entidad que contribuya con fondos, u otro tipo de apoyo material, al desarrollo del proceso en interés de la demanda o defensa del caso y que tenga un interés económico directo en, o un deber de indemnizar a una parte por, el laudo que se vaya a emitir en el arbitraje”;

Como se puede apreciar, las Directrices manejan dos aspectos que se deben de cumplir para que exista un TPF, éstas son que dicho tercero apoye económicamente o mediante otro tipo de apoyo material a una de las partes en el arbitraje y que tenga un (a) interés económico directo en el resultado del laudo; o (b) deber de indemnizar a una de las partes en el arbitraje, dependiendo del laudo que se emita;

El Task Force del International Council for Commercial Arbitration (ICCA), en su reporte de 2018 relacionado con TPF (“Reporte”) [7], incluye ciertos principios relacionados con las mejores prácticas relacionadas con TPF;

Unos de los principios relacionados con la revelación de conflictos de interés, incluye una definición de TPF, la cual señala lo siguiente:

“... the term “third-party funder” refers to any natural or legal person who is not a party to the dispute and is not a party’s legal counsel, but who enters into an agreement either with a party, an affiliate of that party, or a law firm representing that party:

a) in order to provide material support for or to finance part or all of the cost of the proceedings, either individually or as part of a specific range of cases, and;

b) such support or financing is provided through a donation, or grant, or in exchange for remuneration or reimbursement wholly or partially dependent on the outcome of the dispute.”[8]

Como se puede apreciar, el Reporte considera TPF a un tercero que haya realizado una donación. Asimismo, señala la existencia de una remuneración o reembolso (total o parcial) como contraprestación, dependiendo del resultado de la disputa;

De la misma manera, el Reglamento de Arbitraje de la ICC, vigente a partir del 1 de enero de 2021 (“Reglamento”) señala en su artículo 11 (7) lo siguiente:

“Con el fin de asistir a potenciales árbitros y a árbitros en el cumplimiento de sus obligaciones previstas bajo los Artículos 11(2) y 11(3), cada parte debe informar con prontitud a la Secretaría, al tribunal arbitral y a las otras partes de la existencia e identidad de cualquier tercero que haya celebrado un acuerdo para la financiación de las demandas o las defensas, en el marco del cual tenga un interés de carácter económico sobre el resultado del arbitraje.”

Por su lado, el artículo 13(4) de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, vigentes a partir del 1 de diciembre de 2022 (“Reglas”) señalan lo siguiente:

“Las Partes revelarán tan pronto como sea posible la existencia de cualquier acuerdo de financiamiento y la identidad de cualquier tercero financiador en el arbitraje con la finalidad de que los potenciales árbitros o árbitros en funciones, según sea el caso, den cumplimiento a lo establecido en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo.”

Como se puede resaltar, tanto el Reglamento, como las Directrices, las Reglas y el Reporte, hablan de la necesidad de revelar la existencia de los TPF y dentro de las definiciones de TPF está la consideración de que debe de haber un interés económico en el resultado del arbitraje;

No obstante, un elemento importante para entender el alcance del TPF es que existen ciertos terceros que no precisamente tengan un interés económico en el resultado del arbitraje (reflejado en un pago).

Una organización sin fines de lucro podría proporcionar financiamiento a una de las partes en un procedimiento arbitral porque los méritos del arbitraje son de su interés; pensemos en organizaciones en defensa del medio ambiente o grupos vulnerables que, en específicos asuntos, querrán estar involucrados para que la sustancia de dicho arbitraje se resuelva en un sentido específico. Por ejemplo, en el arbitraje de Philip Morris contra Uruguay, la organización Bloomberg Foundation, tomando en consideración su campaña “Campaign for Tobacco-Free Kids”, donó USD \$200,000 a Uruguay para su defensa, sin que haya esperado un retorno económico por dicha donación.[9]

Si bien no hay una definición definitiva de qué se debe de entender por TPF, lo cierto es que debe de existir un interés por parte del financiador en el resultado del procedimiento a ser financiado, ya sea económico o no, pues un grupo específico podría tener interés en que se genere un precedente en un sentido específico que sea acorde con sus intereses, sin que espere una compensación económica.

Las definiciones de TPF arriba señaladas señalan que debe de existir un interés económico o deber de realizar un pago dependiendo del laudo que se emita. No obstante, como se vio anteriormente, hay ciertos financiadores que no necesariamente tienen un interés económico en el arbitraje, simplemente quieren sentar un precedente o quieren apoyar una causa específica.

Por lo anterior, considero que al momento de analizar la presencia de TPF en un arbitraje, además del interés económico en el resultado del procedimiento, se debe de analizar el interés no-económico que pudiera tener el financiador dentro del arbitraje.

III. Imparcialidad e independencia de los árbitros.

Uno de los principios rectores en el arbitraje es la independencia e imparcialidad de los árbitros, pues los mismos deberán de resolver los méritos del caso considerando los argumentos, pruebas y demás circunstancias señaladas por las partes, sin que exista una inclinación hacia la postura de una parte o de otra. Lo anterior quiere decir que no debe de existir ningún conflicto de interés entre los miembros del tribunal arbitral o árbitro único y las partes;

De acuerdo con el derecho mexicano[10] y el Reglamento[11], la persona que fingirá como árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia;

Por lo anterior, en el proceso de constitución del tribunal arbitral o designación del árbitro único, los árbitros deben de realizar una revisión exhaustiva de posibles conflictos de interés que puedan existir entre éstos y las partes, considerando ciertos parámetros y circunstancias de cada parte en particular;[12]

La existencia de TPFs en un procedimiento puede afectar ese análisis de independencia e imparcialidad de los árbitros, pues éstos sabiéndolo o no, pueden tener cierta relación (puntos de contacto) con dichos terceros que puedan afectar su imparcialidad e independencia.



En caso de existencia de un conflicto de interés entre un árbitro y el TPF, sin que dicha situación no haya sido revelada a las partes, podría afectar el procedimiento de ejecución del laudo. Recordemos que, de acuerdo con derecho mexicano, una de las causales de nulidad de laudo es que “[l]a composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes.”[13] Al existir un conflicto de interés entre el tercero fondeador y el árbitro, lo anterior puede causar que se actualice dicha causal de nulidad y, por consiguiente, trayendo consecuencias graves al arbitraje.

IV. Revelación respecto de TPF

Como se ha mencionado anteriormente, un TPF puede generar conflictos de interés entre un árbitro y dicho TPF, lo que puede ocasionar que exista un impacto en la independencia e imparcialidad de dicho árbitro y, por consecuencia, impactos graves a la ejecución del laudo.

Si bien hay ciertas jurisdicciones en donde existen requisitos que deben de cumplir los TPF,[14] la *lex arbitri* mexicana no contiene ninguna regulación específica relacionada con TPF. No obstante, la mayoría de los reglamentos de arbitrajes institucionales sí regulan ciertos aspectos de los TPF. Como se ha visto anteriormente, la regulación va encaminada a la revelación que las partes deben de realizar cuando se encuentren financiados por un TPF. Existe una obligación de las partes en revelar la presencia de un TPF.

Si las partes no están obligadas a realizar una revelación, es prácticamente imposible para un árbitro el realizar una búsqueda interminable para detectar la existencia de un TPF; más aún, sería imposible por las condiciones de confidencialidad de los contratos de fondeo y el hecho de que el TPF no es parte en el arbitraje.

Las partes están obligadas a realizar una revelación de existencia de un TPF, tan pronto como sea posible. Considerando las Reglas y el Reglamento, la revelación debe de contener exclusivamente la existencia e identidad de cualquier TPF.

Con dicha revelación, el árbitro podrá contar con todos los elementos suficientes para poder realizar un análisis de potenciales conflictos de interés y determinar si, en caso de existir alguna relación con dicho TPF, es necesario o no realizar una revelación.

En arbitraje, la inclinación es siempre hacia la transparencia y la revelación de los árbitros de cualquier circunstancia que pueda afectar su independencia e imparcialidad. Por lo anterior, en caso de que un árbitro considere que, una vez realizado una investigación sobre potenciales conflicto de interés, existen vínculos con los TPF es recomendable que realice la revelación a las partes, secretaría y otros coárbitros; lo anterior, considerando las circunstancias de cada caso en particular y pudiendo tomar como referencia los listados contenidos en las Directrices.



V. Contrato de fondeo por TPF

La relación jurídica entre el TPF y el beneficiario (ya sea demandante o demandado) se regula mediante un contrato de financiamiento o fondeo. Dependiendo del tipo de reclamación y circunstancias del arbitraje, el TPF podrá ser activo (involucramiento en el procedimiento) o pasivo (sin intervención en el procedimiento).

VI. Due Diligence

Para que un TPF pueda determinar su interés en fondear una disputa en particular, el TPF realiza un estudio y análisis de las reclamaciones existentes mediante un proceso de due diligence.

Durante el proceso de due diligence, el TPF realiza un estudio pormenorizado de la reclamación tomando en cuenta varios factores, entre los que se encuentran^[15]:

- la identidad del titular de la reclamación y de la contraparte;
- la capacidad del despacho que estará representando al fondeador;
- aspectos jurisdiccionales y de admisibilidad de la demanda;
- aspectos de fondo (tanto fácticos como jurídicos);
- El procedimiento de ejecución del laudo;
- la cuantía de los daños y perjuicios que podrían razonablemente concederse (y umbrales inferiores);
- la probabilidad de que la contraparte litigante pague la indemnización resultante;
- si la contraparte litigante posee activos sobre los cuales se pueda ejecutar el laudo que eventualmente se vaya a obtener;
- la duración probable de la resolución de la demanda; y
- los costos de interposición de la demanda.

Además de los aspectos señalados, el Reporte incluye una lista de due diligence y de preguntas para la negociación y celebración de un contrato de TPF.^[16]

VII. Características elementales

Las cláusulas principales que debe de tener un contrato de financiamiento son las siguientes:

- Porcentaje de participación.- Dependiendo del resultado del due diligence, del perfil de inversión del TPF, costos asociados con el procedimiento de arbitraje y del monto de la reclamación, se deberá de establecer el porcentaje del que participaría el TPF sobre las ganancias. Entre más complejo e incierto sea el resultado, mayor será el porcentaje de participación por parte del TPF.
- Confidencialidad.- Tomando en cuenta que los arbitrajes son confidenciales, el beneficiario estaría divulgando información relacionada con el arbitraje al TPF, por lo anterior, se debe de establecer una cláusula estricta de confidencialidad.
- Revelación al arbitraje.- Considerando que existe una obligación de las partes para revelar la existencia de un TPF, en el contrato se debe de establecer la obligación por parte del beneficiario de revelar al tribunal arbitral, las partes y la secretaría (en su caso) sobre la existencia del contrato de fondeo y la identidad del TPF.

- Participación en la disputa.- La conducción del procedimiento y la preparación y presentación de los escritos son elementales para el éxito en el arbitraje. Por lo anterior, el nivel de involucramiento en la administración del procedimiento por parte del TPF debe de ser establecido; si será un TPF activo o TPF pasivo. En el primero, el TPF podrá tomar decisiones de estrategia y de argumentación en el arbitraje y, en el segundo caso, el TPF no tendrá participación en el arbitraje y solamente se le actualizaría respecto del mismo.
- Transigir.- Un elemento importante en arbitraje es la posibilidad de llegar a un acuerdo que de por terminado un arbitraje. Por lo anterior, es importante que exista un acuerdo sobre las condiciones bajo las cuales el beneficiario del fondeo pueda llegar a un acuerdo en el arbitraje.

Si bien, el contrato de fondeo deberá de contener más condiciones específicas, como lo son, solución de controversias y el monto a ser aportado, considero que las cláusulas arriba señaladas son las principales que debe de tener dicho contrato.

VIII. Argumentos a favor de TPF

El arbitraje puede considerarse como un “juicio privado” y, por consiguiente, si bien tiene varios beneficios, es aceptado que resulta costoso y tiende a ser utilizado únicamente por quien dispone de recursos considerables.[17]

Considerando el alto costo de los arbitrajes, el argumento principal en favor al TPF es que dicho mecanismo incrementa el acceso a la justicia. En una relación jurídica, es posible que la parte que sufrió el agravio por un incumplimiento no tenga los medios financieros suficientes para que pueda iniciar un arbitraje en contra de su contraparte con más recursos; si no tuviere acceso a financiamiento a través de un TPF, posiblemente nunca podría iniciar la reclamación y, por consiguiente, el daño no sería resarcido por la parte que incumplió una obligación específica; en apoyo al TPF, Lord Justice Jackson señaló que “Funding is beneficial and should be supported as it promotes access to justice.”[18]

Normalmente los TPF tienen una alta experiencia en arbitrajes y por consiguiente, podrían apoyar al beneficiario, no solo recomendando a un despacho de abogados en específico, sino que también podrían proveer de consejos respecto de la estrategia y una segunda opinión respecto de la probabilidad de éxito de la reclamación.[19]

Otro argumento en favor de los TPFs es en caso de que una empresa, aún y cuando tenga la liquidez suficiente para poder sufragar un procedimiento de arbitraje, posiblemente querrá utilizar dicha liquidez en actividades más productivas, en lugar de pagar por el costo del arbitraje. Por lo anterior, el tener acceso a TPF le permite hacer uso más eficiente de sus recursos.

En relación con el argumento de que potencialmente puedan existir demandas en arbitraje frívolas, el mercado de TPF está auto-regulado, pues precisamente únicamente fondearían aquellos que tienen un derecho litigioso en arbitraje; una vez realizado el due diligence conducente, el TPF invertiría en procedimientos que tendrán más oportunidad de ser exitosos, evitando que existan demandas frívolas en arbitraje bajo la figura del TPF.

Al respecto, Robert Volterra señaló que: "I'm not aware of any funder keen to throw away their money on frivolous litigation." [20] Con lo anterior, es claro que los TPF no estarían dispuestos a invertir en algún arbitraje en donde la demanda no tenga cierto grado de éxito.

El que se realice la revelación de existencia e identidad del TPF fortalece necesariamente al procedimiento de arbitraje y al laudo que se emita.

Una vez que el árbitro conozca de la existencia e identidad del TPF, éste podrá confirmar si existe un conflicto de interés con dicha parte y, en su caso, realizar la revelación correspondiente. Al haber realizado dicha revelación, el árbitro continúa manteniendo su imparcialidad e independencia y, por consiguiente, la composición del tribunal arbitral se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes y, por consiguiente, limita una causal de nulidad.

IX. Argumentos en contra del TPF

El argumento principal que se señala en contra de la existencia de los TPF es que, al haber facilidad en la disponibilidad de financiamiento para procedimientos arbitrales, se abre la puerta a arbitrajes frívolos, en donde se inicien arbitrajes por reclamos que, desde un origen, no ameritan un arbitraje. [21]

Otro argumento en contra es que, considerando la naturaleza privada del contrato con el TPF, sobre el cual el tribunal no tiene jurisdicción, entonces, dicho tercero no puede estar sujeto a una obligación de revelar. [22]

Considerando la confidencialidad del arbitraje, el TPF es un tercero ajeno al arbitraje. En caso de que el beneficiario presente su caso ante un TPF (ya sea antes o una vez iniciado el arbitraje), dicho beneficiario podría violar sus obligaciones de confidencialidad.

Además, una vez que el beneficiario comparta información con dicho TPF, dicha información puede ser utilizada en contra del beneficiario en otro caso en donde el TPF esté involucrado. [23]

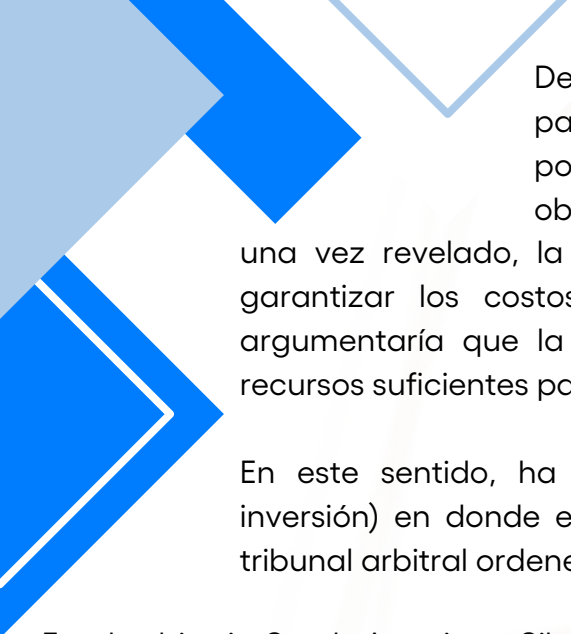
Un árbitro no podría ser responsable ni tendría que saber de la existencia de dichos TPF y, por tanto, no afectaría su independencia e imparcialidad. El problema de dicho argumento es que podría poner en riesgo el procedimiento al existir ese potencial conflicto de interés entre un árbitro y el TPF.

De la misma manera, el que exista un TPF puede retrasar el procedimiento arbitral. En caso de que el arbitraje ya esté iniciado y una de las partes procede a realizar una revelación por la existencia de un TPF, entonces, el tribunal arbitral podría suspender el procedimiento en lo que realiza la revisión interna de posibles conflictos de interés.

Además, una parte podría utilizar la existencia de un TPF para sabotear el procedimiento al causar que exista un conflicto de interés entre dicho TPF y un árbitro.

Un argumento, a mi parecer poco serio, es que, si las partes no realizan la revelación respecto de existencia e identidad del TPF, entonces, el tribunal arbitral nunca se enteraría y por tanto no podría existir un conflicto de interés.

Un TPF al realizar su due diligence tiene una expectativa de cuál será el monto a recuperar por el beneficiario que es parte del arbitraje. En este sentido, si durante el arbitraje las partes proponen un acuerdo para transigir la disputa, es probable que el TPF se oponga pues no representaría el monto esperado al inicio.



De manera contraria, es probable que el TPF obligue a una de las partes en el arbitraje a transigir por una cantidad que no es la deseada por dicha parte.[24] Asimismo, un argumento en contra de la obligación de revelar la existencia de un TPF es la posibilidad de que, una vez revelado, la contraparte en el arbitraje solicite al tribunal una medida para garantizar los costos del arbitraje (security for costs). Lo anterior debido a que argumentaría que la parte beneficiaria de un TPF posiblemente no contaría con los recursos suficientes para poder hacer frente a un arbitraje.

En este sentido, ha evolucionado la jurisprudencia (especialmente en arbitrajes de inversión) en donde el mero hecho de que exista un TPF no es suficiente para que un tribunal arbitral ordene unas medidas para garantizar los gastos del arbitraje.

En el arbitraje *South American Silver Ltd. v. Bolivia*,[25] el tribunal arbitral ordenó que el demandante revelara la identidad de su TPF, pero no otorgó el que se revelara los términos y condiciones del contrato de fondeo respectivo porque, “...the mere existence of a third-party is not an exceptional situation justifying security for costs.”[26]

Por lo anterior, existe una oposición por parte de tribunales arbitrales en ordenar medidas para garantizar los gastos del arbitraje solamente basados en la existencia de TPF.[27]

X. TPF en Hong Kong

Considerando el interés particular en Hong Kong, en esta sección se desarrolla (a manera de resumen) la regulación existente en Hong Kong para TPFs.

Hong Kong, siendo una jurisdicción de tradición anglosajona (common law), reconocía las doctrinas de maintenance y champerty. No obstante, siguiendo la recomendación de la Law Reform Commission, el 14 de junio de 2017 Hong Kong aprobó la Arbitration and Mediation Ordinance 2017 (“Arbitration Ordinance”), a través de la cual permitió la existencia de TPF y, por lo tanto, abolió las doctrinas de maintenance y champerty. Además, el 7 de diciembre de 2018 se publicó un Code of Practice for Third Party Funding of Arbitration (“Code of Practice”).

Para entender la regulación completa del TPF, se debe de leer en conjunto el Code of Practice y el Arbitration Ordinance. No obstante, considero que los siguientes puntos son los más relevantes.

La Arbitration Ordinance define a un TPF de la siguiente manera:

“(1) A third party funder is a person — who is a party to a funding agreement for the provision of arbitration funding for an arbitration to a funded party by the person; and who does not have an interest recognized by law in the arbitration other than under the funding agreement.”[28]

Como se puede apreciar, la definición es consistente con el Reglamento, Reglas, Directrices y el Reporte: es un tercero ajeno a la disputa que celebra un contrato de financiamiento para el fondeo de un arbitraje.

Lo interesante con esta definición es que no hace una referencia expresa a tener un interés económico en la disputa; lo anterior, a mi parecer es un acierto, pues incluye a aquellos terceros que no necesariamente esperan una contraprestación del resultado del laudo.

Dentro del Code of Practice y el Arbitration Ordinance se establecen varios requisitos que deben de cumplir los TPF, no obstante, los principales son los siguientes:[29]

La obligación de revelar la existencia de un contrato de fondeo dentro de los 15 días siguientes a la celebración de dicho contrato (dicha obligación es a cargo del beneficiario del fondeo y no de sus abogados);[30]

En relación con la publicidad de los TPF, ésta debe de ser clara y no engañosa.[31] Mantener un capital social mínimo de HKD\$ 20,000,000;[32] La obligación de que el beneficiario se le informe de su derecho de obtener una opinión por parte de un tercero antes de celebrar el contrato de financiamiento.[33] Además de lo anterior, una obligación importante impuesta por el Code of Practice a los beneficiarios del TPF, es que mantengan un procedimiento para manejar conflictos de interés que pudieran surgir como consecuencia del TPF.[34] El 24 de agosto de 2021, el gobierno de Hong Kong estableció un Advisory Body on Third Party Funding of Arbitration and Mediation, el cual tiene como objetivo la supervisión en cuanto a la aplicación del Code of Practice.[35]

Por lo anterior, se puede destacar que Hong Kong, como otras jurisdicciones asiáticas,[36] tiene gran avance en cuanto a la regulación del TPF y su regulación se encuentra enfocada en salvaguardar el procedimiento arbitral con una obligación de revelar la existencia e identidad de dicho TPF, así como ciertas obligaciones que debe de cumplir el TPF.

XI. Conclusiones

Como se puede apreciar, existe(ió) cierta resistencia en contra de los TPF. No obstante, considerando el mundo actual en el que vive el arbitraje, es elemental que se haga todo lo posible para salvaguardar el procedimiento y así evitar cualquier disrupción al mismo. Por lo anterior, considero que las preocupaciones que se han desarrollado arriba no alcanzan a rebasar ese principio/obligación de salvaguardar el proceso; por consiguiente, considero que siempre debe de recargarse a la transparencia y la revelación en cuanto a la existencia e identidad del TPF.

En este sentido, considero que no es necesario que el tribunal arbitral deba conocer de los acuerdos particulares con el TPF, pues la premisa principal es evitar (o en su caso, divulgar) cualquier conflicto de interés que pueda existir con el TPF. Las instituciones que señalamos arriba (ICC y CAM) tienen una regulación respecto de la revelación que se debe de hacer sobre la existencia de un TPF; no obstante, considero que se quedan “cortas” al restringir que dicho TPF debe de tener un interés económico en la disputa.

Como se ha señalado anteriormente, puede ser que existan TPF que no necesariamente tengan un interés económico en la disputa y, por tanto, ¿si no tienen un interés económico, no son considerados como TPF a la luz del Reglamento y las Reglas?

Considero que la experiencia en Hong Kong puede ser una guía para poder enriquecer la regulación en reglamentos internos de ciertas instituciones (específicamente CAM y ICC).



[Link para revisar citas a pie y bibliografía.](#)

El derecho humano a acceder a los medios alternativos de solución de controversias como parte del acceso a la justicia

Escrito por: **Isolda María Vela Fuentes**[1]

Bajo una perspectiva clásica del derecho de acceso a la justicia, se concibe que éste se materializa para los gobernados únicamente mediante un monopolio del Estado consistente en la jurisdicción que éste ejerce por medio de sus tribunales.

Sin embargo, este paradigma ha cambiado radicalmente con la incorporación de los medios alternativos de solución de controversias primero en el derecho común y posteriormente como prerrogativa constitucional, ya que estos mecanismos permiten que sean los mismos particulares quienes se subsuman en la función del Estado y resuelvan un gran número de controversias.



Con este reconocimiento constitucional de los medios alternativos de solución de controversias surge inevitablemente la pregunta de cuáles son las implicaciones que tiene la elevación de esta figura al rango más alto del derecho mexicano.

Este ensayo responde a esta cuestión bajo el argumento de que el reconocimiento constitucional de los medios alternativos de solución de controversias conlleva a la existencia de un derecho humano a acceder a éstos, y que este derecho tiene tanto por origen como por causa final el acceso a la justicia que se materializa mediante la correlativa obligación del Estado de respetar la voluntad de los particulares de acudir a esta jurisdicción alterna a los tribunales estatales mediante garantías del sistema constitucional y convencional de derechos humanos, y particularmente mediante el auxilio de la propia jurisdicción estatal.

Para desarrollar esta tesis, se expondrá en qué consiste el derecho humano de acceso a la justicia, los principales puntos de la reforma que consagró a los medios alternativos de solución de controversias en la Constitución y su vinculación con el derecho de acceso a la justicia, la existencia de los elementos del acceso a la justicia en los medios alternativos de solución de controversias, y las implicaciones de la renuncia a la jurisdicción del Estado, para finalmente exponer las conclusiones consistentes en las ventajas del reconocimiento del derecho humano a acceder a los medios alternativos de solución de controversias como parte del acceso a la justicia.



I. El Derecho humano de acceso a la justicia

El acceso a la justicia es uno de los derechos humanos más importantes del sistema constitucional y convencional que impera en México puesto que funge tanto como un derecho como una garantía del libre ejercicio de los demás derechos humanos.

En su vertiente de derecho, se entiende como la posibilidad que tiene toda persona de hacer valer jurisdiccionalmente una prerrogativa que considera violada; de acceder a procesos ágiles y garantistas para obtener justicia pronta y cumplida, de calidad y oportuna.[2]

Como garantía, el acceso a la justicia materializa la efectividad del resto de los derechos, pues es el mecanismo a través del cual hay una respuesta institucional ante la violación de un derecho, ya que es a través de ésta que se reclama y resuelven las controversias.[3]

El derecho de acceso a la justicia se encuentra previsto en los artículos 8° y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,[4] 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José,[5]

Es importante señalar que a pesar de que ninguno de estos dos instrumentos prevé explícitamente al arbitraje o los medios alternativos de solución de controversias, se debe entender que su aplicabilidad deriva del consentimiento de las partes para someter una disputa a un mecanismo alternativo, y de que quien resuelva la controversia cumpla con las denominadas “garantías judiciales”, esto es, que sea competente, independiente e imparcial.[6]

Por su parte, el derecho mexicano reconoce este derecho en el artículo 17 constitucional, en cuyo párrafo segundo se encuentran los fundamentos generales del derecho, mientras que en el párrafo quinto se prevé la existencia de los medios alternativos de solución de controversias.[7]

En resumen, los elementos de este derecho conforme a los ordenamientos citados son: (i) que la administración de justicia debe realizarse por tribunales previamente establecidos, en los plazos y términos que fijen las leyes; (ii) que las resoluciones de los tribunales deben ser de manera pronta, completa e imparcial; (iii) que el servicio que preste el tribunal será gratuito; (iv) que el servicio de asistencia legal debe ser de calidad, al alcance de las posibilidades económicas, sociales y culturales de las personas; (v) que el Estado debe garantizar la prestación del servicio; y (vi) que se garantice el acceso a todas las personas sin discriminación de ningún tipo.[8]

Si bien el fin último del derecho de acceso a la justicia es precisamente obtener justicia, es claro que la definición de justicia que adopta el derecho positivo no hace referencia a las interminables discusiones doctrinales que existen sobre este concepto, sino que se limita a entenderla como un restablecimiento del orden social. Así pues, la expresión “acceso a la justicia” puede entenderse positivamente como el derecho o la oportunidad de hacer uso de uno o más mecanismos adecuados para mantener y restablecer el orden social en un caso determinado, es decir, como el derecho a obtener una resolución que remedie el rompimiento del orden social.[9]

En virtud de lo anterior, es preciso examinar si la reforma constitucional que incluyó a los medios alternativos de solución de controversias en el artículo 17 constitucional, efectivamente logró que éstos sean mecanismos a través de los cuales se restablece el orden social y si cumplen con la doble función de derecho-garantía del acceso a la justicia.

II. El derecho a acceder a la justicia a través de los medios alternativos de solución de controversias conforme al artículo 17 constitucional

En el constitucionalismo de los siglos XIX y XX se sostuvo la idea de que un elemento esencial del Estado de Derecho es la posibilidad de acceder a los tribunales. Sin embargo, la presunción de que los tribunales necesariamente deben ser el principal foro para la resolución de conflictos se ha matizado paulatinamente debido a la proliferación de diversos medios alternativos de resolución de controversias tanto autocompositivos como heterocompositivos. Así, los medios alternativos de solución de controversias se han ido integrando a los sistemas jurídicos nacionales y gozan de apoyo a nivel internacional.[10]

A la luz de lo anterior, cabría distinguir entre justicia jurisdiccional y justicia no jurisdiccional. Ambos conceptos están inextricablemente ligados a la idea de mantener o restablecer el orden social como fin último del derecho de acceso a la justicia. El primero se refiere a la idea de administrar justicia mediante litigios ante los tribunales, mientras que el segundo se refiere a la búsqueda de la justicia a través de diferentes medios distintos de los litigios judiciales.[11]

En ese mismo sentido, el avance en materia de medios alternativos de solución de controversias también se relaciona con el hecho de que el acceso a la justicia ya no se entiende como sinónimo de acceso a los tribunales, sino que tiene una noción más amplia de restablecimiento del orden que se ve afectado por algún tipo de rompimiento de una expectativa normativa de comportamiento.[12]

A raíz de este cambio que se ha gestado a nivel global, el 18 de junio de 2018 se publicó una reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que eleva a rango constitucional el acceso a la justicia no jurisdiccional. En dicho artículo, que siempre ha consagrado el derecho humano de acceso a la justicia, se agregó un cuarto –ahora quinto – párrafo mediante el cual se reconoció expresamente la posibilidad de acceder a los medios alternativos de solución de controversias, y se delegó la facultad de regularlos al legislador ordinario:

Artículo 17.-

(...)

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

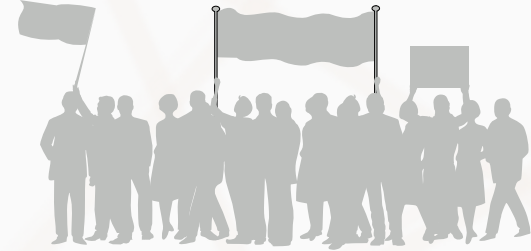
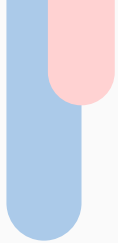
(...).

Mediante esta reforma, se consagró un derecho de los gobernados que permite pactar la solución de conflictos a través de medios alternos, y se estableció la obligación de respetar dicha autonomía de la voluntad, teniendo como mecanismo de garantía la obligación que tiene el legislador secundario de regular estos medios alternativos en las leyes.

El reconocimiento de que éste es un derecho humano de rango constitucional resulta relevante pues se protege mediante todos los mecanismos y herramientas que tiene el sistema constitucional y convencional de los derechos humanos.

El derecho reconocido en el artículo 17 constitucional se puede ver desde dos perspectivas distintas. Puede entenderse como un derecho autónomo a acceder a los medios alternativos de solución de controversias, o como una vertiente del derecho de





acceso a la justicia a través de los medios alternativos de solución de controversias en lugar de los tribunales estatales. El contenido del derecho humano al arbitraje ha sido reconocido por los tribunales mexicanos, entre los que destaca el siguiente criterio del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito:

ACCESO A LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, COMO DERECHO HUMANO. GOZA DE LA MISMA DIGNIDAD QUE EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO.

Los artículos 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen a favor de los gobernados el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, que será encomendada a tribunales que estarán expeditos para impartir justicia, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial; en ese sentido, la Constitución Federal en el citado artículo 17, cuarto párrafo, va más allá y además de garantizar el acceso a los tribunales previamente establecidos, reconoce, como derecho humano, la posibilidad de que los conflictos también se puedan resolver mediante los mecanismos alternativos de solución de controversias, siempre y cuando estén previstos por la ley. Ahora bien, en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, se rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema (litigio) y, por tanto, ellas son quienes deben decidir la forma de resolverlo, por lo que pueden optar por un catálogo amplio de posibilidades, en las que el proceso es una más. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias, sin necesidad de una intervención jurisdiccional, y consisten en la negociación (autocomposición), mediación, conciliación y el arbitraje (heterocomposición). En ese sentido, entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional al mencionado artículo 17, de dieciocho de junio de dos mil ocho, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias “son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ..., permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo”; ante tal contexto normativo, debe concluirse que tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 278/2012. Alfonso Ponce Rodríguez y otros. 13 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.[13]

Esta misma tesis demuestra que no es mutuamente excluyente entender el acceso a los medios alternativos de solución de controversias como un derecho en sí mismo y como una vertiente del derecho de acceso a la justicia, pues el acceso a la justicia es el fin último en el sentido de que las partes tengan el derecho de pactar su propio mecanismo para resolver disputas. Es decir, que los medios alternativos de solución de controversias no existen aislados de su propósito. Así pues, el derecho humano de acceder al arbitraje necesariamente engloba el acceso a la justicia por ser su causa final.



III. Los medios alternativos de solución de controversias como garantía del acceso a la justicia.

Una vez que se ha demostrado la existencia del derecho a acceder al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias y que éste deriva del derecho de acceso a la justicia, es preciso analizar las razones por las que los medios alternativos de solución de controversias efectivamente cumplen con los elementos del derecho de acceso a la justicia que a su vez constituyen el doble carácter de éste como garantía del resto de los derechos humanos.

Como se mencionó anteriormente, la justicia debe ser pronta, expedita, e imparcial. Los medios alternativos de solución de controversias efectivamente cumplen con estos requisitos.

Al respecto, el doctor Francisco González de Cossío menciona que la exposición de motivos de la reforma constitucional de 2008 consagra estos fines, y concretamente cita la velocidad, particularmente ante el rezago judicial, la onerosidad; la especialidad; y la efectividad como fundamentos de la reforma, como se puede apreciar en los siguientes fragmentos:

Ante la preocupación del Estado mexicano por tutelar los derechos de sus ciudadanos se hace necesario ofrecer y apoyar otras formas de solución de conflictos que pueden resultar, de acuerdo a la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos y afectivos; rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos, ya que posibilitan la relación futura de las partes.

(...)

La creación de instancias alternas de resolución de controversias, la demora en la resolución de asuntos a cargo de los tribunales, la especificidad y dificultades técnicas de los juicios, y su alto costo, limitan enormemente la posibilidad de los gobernados de ejercitar plenamente sus derechos.

(...)

Este es momento oportuno para proyectar alternativas no sólo con el fin de mejorar la oferta y distribución de servicios judiciales, sino para plantear algunas otras de fondo que pueden resultar de mayor efectividad, aquellas que permitan evitar que cada día arriben más asuntos a los órganos jurisdiccionales.[14]

Además, es claro que los medios alternativos de solución de controversias cumplen con el estándar de acceso a la justicia pues los elementos citados son por sí mismos principios del arbitraje internacional, y la falta de equidad entre las partes es una de las causales de nulidad del laudo en términos del artículo 1457 del Código de Comercio.

Adicionalmente, estos estándares, así como los deberes de confidencialidad, la obligación de fundamentación y motivación de los laudos y demás órdenes arbitrales, el debido proceso, y el trato equitativo e imparcial se han reconocido por las instituciones arbitrales, las partes de los acuerdos arbitrales y por los legisladores a nivel internacional como una parte esencial del derecho de acceso a la justicia que debe garantizar todo procedimiento arbitral.[15] Estas cuestiones, así como todo el andamiaje del arbitraje previsto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio que regula el arbitraje en México, demuestran que el acceso a la justicia por medio de mecanismos alternativos de solución de controversias efectivamente cuenta con los elementos del acceso a la justicia lato sensu y en consecuencia es una verdadera garantía del resto de los derechos humanos.



IV. La posibilidad de renunciar a la jurisdicción del Estado y ésta como garantía del derecho de acceso a la justicia a través de los medios alternativos de solución de controversias.

Finalmente, resta analizar la importancia de la posibilidad de renunciar a la jurisdicción de los tribunales estatales en pro de la competencia derivada de un pacto arbitral, o de algún otro medio alternativo de solución de controversias. Si bien el acceso a los tribunales es uno de los elementos de la concepción clásica del derecho de acceso a la justicia, su aplicabilidad no es absoluta en virtud de que los particulares pueden renunciar a la jurisdicción estatal bajo circunstancias determinadas.

El doctor González de Cossío considera que el contenido del derecho humano al arbitraje conlleva a tres derechos adicionales y las correlativas obligaciones del Estado consistentes en: (i) el derecho a que se emita legislación especializada en materia de medios alternativos de solución de controversias; (ii) el derecho a no buscar la tutela judicial, y (iii) el derecho a la ausencia de intromisión estatal.^[16]

Existen diversos impactos al reconocer el segundo y tercer derecho en la concepción de los medios alternos de solución de controversias como una vertiente del derecho de acceso a la justicia. El derecho a la no intervención judicial deriva de que uno de los elementos más relevantes del reconocimiento de un derecho humano al acceso a los medios alternativos de solución de controversias es que los particulares tienen el derecho de renunciar a la jurisdicción del Estado. Es decir, que el contenido del derecho de acceder al arbitraje y otros medios alternos no implica renunciar al resto de las garantías que debe tener todo procedimiento mediante el cual se resuelve una disputa, sino que únicamente se opta por que quien decida la cuestión no sea el Estado sino un particular.

Es claro que esto supone necesariamente que al elegir someter una disputa a arbitraje únicamente se renuncia al elemento del derecho de acceso a la justicia consistente en acceder a los tribunales.

Lo anterior implica que hay una opción mutuamente excluyente de acudir a un tribunal estatal o a un medio alternativo de solución de controversias para la resolución de un conflicto. En ese sentido, si se elige acudir a los medios alternativos existe no solamente una obligación del Estado de respetar la elección de las partes, sino también un derecho de éstas a no ejercer – o renunciar a – la posibilidad de dirimir su disputa ante los tribunales estatales. ^[17]

Esta cuestión ha sido reconocida en diversos precedentes judiciales, entre los que destaca la Jurisprudencia 1a./J. 42/2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que establece que el acceso a la tutela jurisdiccional únicamente se puede restringir si supone la preservación de otro derecho:

GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.

La garantía a la tutela jurisdiccional puede definirse como el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute esa decisión. Ahora bien, si se atiende a que la prevención de que los órganos jurisdiccionales estén expeditos -desembarazados, libres de todo estorbo- para impartir justicia en los plazos y términos que fijen las leyes, significa que el poder público -en cualquiera de sus manifestaciones: Ejecutivo, Legislativo o Judicial- no puede supeditar el acceso a los tribunales a condición alguna, pues de establecer cualquiera, ésta constituiría un obstáculo entre los gobernados y los tribunales, por lo que es indudable que el derecho a la tutela judicial puede conculcarse por normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carentes de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que

lícitamente puede perseguir el legislador. Sin embargo, no todos los requisitos para el acceso al proceso pueden considerarse inconstitucionales, como ocurre con aquellos que, respetando el contenido de ese derecho fundamental, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida, como es el caso del cumplimiento de los plazos legales, el de agotar los recursos ordinarios previos antes de ejercer cierto tipo de acciones o el de la previa consignación de fianzas o depósitos. Amparo directo en revisión 1670/2003. Fianzas México Bital, S.A., Grupo Financiero Bital. 10 de marzo de 2004. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Bonilla López.

Amparo directo en revisión 806/2004. Rosa López Zúñiga y otros. 11 de agosto de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz.

Amparo directo en revisión 1158/2005. Nicolás Alberto Ferrer Casellas. 24 de agosto de 2005. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Manuel González Díaz.

Amparo directo en revisión 1394/2005. Antonino Martínez Santamaría y otros. 19 de octubre de 2005. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Miriam Flores Aguilar.

Amparo directo en revisión 631/2006. Almacenadora Regional del Golfo, S.A. de C.V. 4 de agosto de 2006. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Tesis de jurisprudencia 42/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de catorce de marzo de dos mil siete.[18]

En este caso, la restricción al acceso a los tribunales existe precisamente porque se preserva el derecho a acceder a la justicia a través de los medios alternativos de solución de controversias, y en consecuencia también se garantiza el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes que sometieron su controversia a estos mecanismos.

Resultan relevantes también las consideraciones contenidas en la sentencia de amparo directo en revisión 7790/2019 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en que se resolvió que la prohibición de hacerse justicia por propia mano no implica que todas las controversias deban ser resueltas por los tribunales estatales, ya que si bien estos están expeditos para impartir justicia, la Ley también prevé la posibilidad de habilitar mecanismos alternativos de solución de controversias, e incluso determina que la Ley que regula el arbitraje debe considerarse reglamentaria de la norma constitucional contenida en el quinto párrafo del artículo 17 constitucional.[19] Ahora bien, el hecho de que el derecho de acceso a los medios alternos de solución de controversias implica una renuncia a que sean los órganos judiciales quienes conozcan y resuelvan una controversia no supone una renuncia absoluta a la jurisdicción del Estado sobre cuestiones relacionadas con la disputa sometida a un tribunal arbitral o algún otro mecanismo pactado por las partes.

Ello, en virtud de que al ser el acceso a la justicia a través de los medios alternativos de solución de controversias un derecho constitucional, tal como se analizó en apartados anteriores, el Estado tiene la obligación de garantizar que las partes tengan acceso efectivo a los medios alternativos de solución de controversias, y una de estas garantías consiste precisamente en la intervención judicial limitada que ocurre para hacer efectivo un compromiso o resolución derivada de un procedimiento alternativo.

Esta obligación deriva directamente del artículo 1º constitucional párrafo tercero, que establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen obligaciones consistentes en promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que, en consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Principalmente, el Estado debe garantizar no solamente el acceso a la justicia a través de los medios alternativos de solución de controversias, sino que las resoluciones que derivan de estos procedimientos tengan efectividad material. En ese sentido, el único agente que tiene la coercitividad para hacer cumplir una determinación arbitral es el Estado. Los laudos arbitrales y otras determinaciones no jurisdiccionales no tienen carácter vinculante, por lo que requieren de una determinación judicial que obligue a las partes a su cumplimiento ya que los jueces estatales son las autoridades específicas que están dotadas del

imperium del Estado en materia de ejecución de laudos arbitrales.[20]

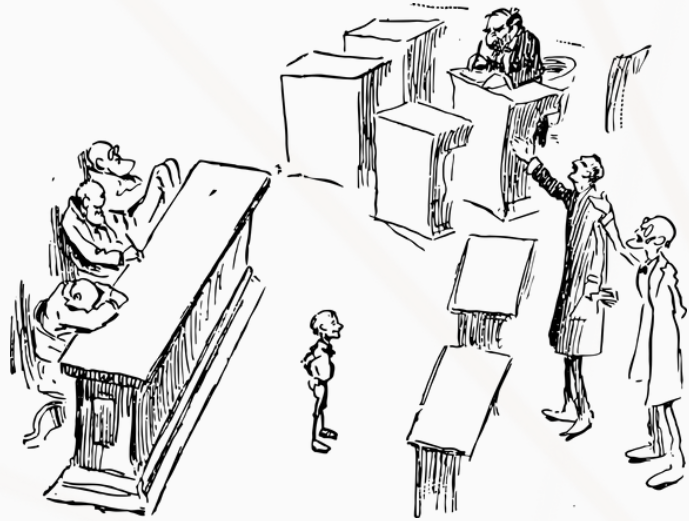
Particularmente, la jurisdicción estatal es necesaria para que el acceso a la justicia derivado del arbitraje sea efectivo a través de los procedimientos de intervención judicial previstos en el Código de Comercio. Entre estas funciones de garantía, destacan las siguientes.

En primer lugar, se encuentra la posibilidad de solicitar medidas cautelares coercitivas en auxilio al arbitraje, cuestión que está prevista en los artículos 1425 y 1478 del Código de Comercio. Esta prerrogativa que tienen las partes garantiza la conservación de la materia del litigio sujeto a un pacto arbitral, lo que implica que se protege la efectividad material del futuro laudo.

En segundo lugar, se encuentra el procedimiento y obligación que tienen los jueces de remitir a las partes al arbitraje cuando conocen un asunto que está sujeto a un acuerdo arbitral, previsto en los artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio. Esta intervención de la jurisdicción estatal es la garantía que las partes de que su derecho a pactar un medio alternativo de solución de controversias sea respetado tanto por la contraparte como por el mismo Estado, lo cual implica una protección a la autonomía de la voluntad de las partes.

En tercer lugar, los tribunales estatales conocen de la nulidad de laudos cuya sede se encuentra dentro de su competencia territorial, en términos de los artículos 1457 a 1459 del Código de Comercio. Mediante este procedimiento, el Estado garantiza el acceso a la justicia pues asegura a las partes que un laudo que no cumple con los requisitos legales para ser válido no pueda ser ejecutado en contra de la parte afectada.

Finalmente, se encuentra el reconocimiento y ejecución de laudos previsto en el artículo 1462 del Código de Comercio y V de la Convención de Nueva York, que es posiblemente el ejemplo más claro del acceso a la justicia en el arbitraje, pues al comprobar el juez que no existe causal alguna para denegar el reconocimiento y ejecución, dota al laudo de la coercitividad exclusiva del Estado en los casos en que alguna de las partes no cumpla voluntariamente con éste, siendo así la garantía de que los derechos que se reconocen o se constituyen mediante un laudo sean materialmente alcanzables para las partes.



Así pues, por la vía que garantiza la efectividad del acceso a la justicia es la misma jurisdicción estatal a la que se renuncia para conocer el fondo de la controversia, lo cual genera una colaboración armónica entre la justicia arbitral y la justicia jurisdiccional que (i) reconoce la existencia del derecho de acceso a la justicia; (ii) garantiza ese derecho mediante el auxilio judicial y la coercitividad exclusiva del Estado; y (iii) materializa la doble función del acceso a la justicia como derecho en sí mismo y como garantía del resto de los derechos humanos.

También es claro que esta intervención estatal es matizada, y opera únicamente para cumplir su rol de garantía.

En ese sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que la tutela de la libertad de pactar y tramitar un arbitraje es lo que justifica la intervención estatal mediante la revisión judicial modulada apropiadamente. Lo anterior implica que los jueces puedan salvaguardar las libertades que operan en el arbitraje y revisen tanto el acuerdo arbitral como el laudo, reconociendo validez y ordenando su ejecución.[21]

El reconocimiento de los puntos anteriores justifica también el tercer derecho implícito en el derecho de acceso a los medios alternativos de solución de controversias consistente en la no intervención judicial, pues es claro que los jueces únicamente pueden intervenir en los casos en que las partes requieren que se salvaguarde la eficacia de su pacto arbitral y de la resolución derivada de éste.

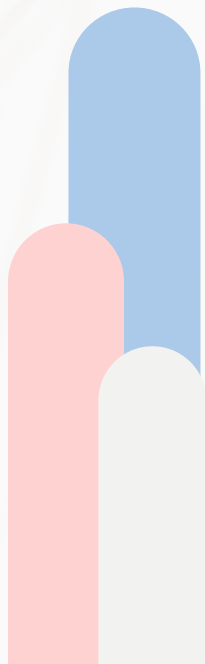
Así pues, no existe una renuncia total a la jurisdicción del Estado, ni a la intervención judicial, pero estas funcionan específicamente como garantía de la autonomía de la voluntad de las partes para arbitrar, y de la efectividad de esta voluntad.

V. Conclusión.

La concepción del derecho de acceso a la justicia ha cambiado significativamente a la luz de los medios alternativos de solución de controversias, y México ha sido un país pionero en el reconocimiento de que el fin último de estos mecanismos es garantizar el derecho de acceso a la justicia, llegando al punto de reconocer la existencia de un derecho autónomo a acceder a estos medios alternativos de solución de controversias y otorgarle rango constitucional que es protegido por el andamiaje constitucional y convencional de derechos humanos.

En ese sentido, en un país en que hay poca confianza en el Estado de Derecho, el sistema jurídico ha logrado ofrecer y garantizar alternativas a la jurisdicción estatal que se encuentran protegidas por el mismo Estado desde una posición limitada como ente obligado a la eficacia de los derechos humanos.

Adicionalmente, esta actuación conjunta de los particulares y el Estado convierte a México en un país que verdaderamente respeta la libertad de los particulares de decidir qué manera de resolver una controversia se adecúa más a su caso y que garantiza que dicho pacto sea honrado por todos los actores de una controversia, incluyendo al propio Estado.



En última instancia, el derecho de acceso a la justicia existe para que, ante una violación de un derecho de cualquier índole, los gobernados tengan los medios para solicitar y obtener la reparación de dicha transgresión, y para ello no es necesario que quien decida una controversia sea el Estado a través de sus tribunales. Lo que sí es un requisito sine qua non para que el derecho de acceso a la justicia sea efectivo es que existan las debidas garantías de este derecho que es una meta garantía del resto de los derechos.

En ese sentido, se puede decir que México está a la vanguardia en este propósito al dar a los particulares las herramientas para decidir sobre la forma en que se resuelven sus controversias, y a través de todo el sistema de derechos humanos que permite que quienes eligen algún medio alternativo de solución de controversias como mecanismo de resolución de su disputa, efectivamente vean materializados tanto el proceso pactado como los derechos ventilados en éste.



Escrito por:
Jordi Sellares



Moneda y arbitraje

De franco francés a criptomonedas, pasando por dólar y real brasileño.

Para un economista, el arbitraje de moneda es sacar un margen de beneficio comprando y vendiendo monedas que cotizan a diferente precio en diferentes sitios. Parece que los que se dedican a esta actividad lucrativa se llaman “arbitrajistas”[1]. No trataremos de arbitraje de monedas, sino de las monedas en el arbitraje.

Lo planteamos desde el ángulo jurídico, donde el arbitraje es un mecanismo de solución jurídica vinculante basada en derecho -normalmente- a través de un tercero (o varios, llamados árbitros) por acuerdo de las partes de una controversia. Este servicio tiene un coste, y muchas veces las decisiones que ponen fin al problema fijan una cantidad a pagar. En ambos casos, importes en monedas concretas. En el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, los cálculos sobre los pagos a realizar por las partes para atender la tasa de registro, o las provisiones de fondos por el importe de los honorarios de árbitros y gastos administrativos se han hecho en dólares.

A principios de los años 2000, en la época de la introducción de la moneda común de algunos Estados de la Unión Europea, se planteó dentro de la Comisión de Arbitraje de la ICC que se pudiera calcular en Euros. Sustituyendo al dólar o con la divisa de Estados Unidos. Pero la idea fue abandonada, porque reforzaba la imagen eurocéntrica del arbitraje ICC, que se quería evitar. Por ello se mantuvo el dólar como moneda de pago y de cálculo de esos costes del arbitraje.

En algún caso el dólar ha sido un problema. Así, en los casos con partes cubanas, el pago en dólares puede acabar bloqueado si se atraviesa el sistema bancario de Estados Unidos y la OFAC lo descubre. Por lo que se deberá buscar rutas de pagos en otras divisas -en Euros- de manera excepcional, para lograr superar ese obstáculo que supone usar la divisa de Estados Unidos. Nos consta que se logra, cambiando de banco para los pagos.

Sólo el real, la moneda actual de Brasil -que históricamente, en épocas pretéritas de gran inflación, ha tenido otras denominaciones como Cruceiro, Cruzado, etc.- es también aceptada por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional[2].

Para torear un impuesto brasileño a los pagos en otras monedas en pleitos con partes brasileñas y administrados por instituciones forasteras. Ahora, un pleito administrado desde Brasil supone una tasa de registro de 19.000 reales. Por ello ahora la Corte tiene una oficina en São Paulo desde el 2018[3].

La decisión parece haber sido muy oportuna, porque en los últimos años Brasil, con más de cien partes brasileñas por ejercicio, es el segundo mayor usuario del arbitraje ICC, tras Estados Unidos y por delante de España.

[Aquí puedes consultar la bibliografía del artículo.](#)



El caso 111, un litigio franco-belga de 372.875 francos franceses, los costes del arbitraje fueron 11.757,50 francos belgas. En el caso 115, un pleito entre franceses y griegos, el demandante pidió 16.001,20 florines, el demandado 100.601,96 y los costes del arbitraje fueron 6.000 francos franceses. El 143, entre españoles y franceses sobre cartas de crédito de 4.150 libras ó 131.762,50 Pesetas, los costes del arbitraje fueron 15.000 francos belgas y 1.000 francos franceses. En el 163, se reclamaba 45.065,05 yenes, y se establecieron unos costes del arbitraje de 250 yenes y 2.005,25 francos franceses.

A collage of various banknotes and coins from different countries, arranged in a circular pattern. The collage includes a Turkish 10 Lira note, a US 100 Dollar note, a US 10 Dollar note, a Turkish 1000 Lira note, a Swiss 1000 Franc note, and a Swiss 10 Franc note. There are also some smaller coins and a small piece of paper with a plus sign. The collage is set against a dark background.

BEST	107,771.72
BTC	9.61
DOGE	1,020,747
ETH	206.83
MIOTA	24,840.58

En su primer escrito, el petitum de la demandante -una empresa austriaca- terminaba con tres divisas convertibles: 79.907 libras esterlinas (GBP), 336.205 Euros (EUR) y 825.662 liras turcas (TRY). También con una variedad de criptomonedas.

En concreto: 633.336 BEST, 16 BTC (corresponde a la criptomoneda más popular, el bitcoin), 1.020.747 DOGE (Dogecoin), 207 ETH (Ethereum) 24.841 MIOOTA, 599.542 PAN (Pantos), 342.288 USDT (Tether), 28.377 XRP (Ripple) y 295.558 TRX (TRON).

El demandado, en su reconvencción, pedía la devolución de 419,30 LINK (otra criptomoneda, Chainlink) o su equivalente entonces en euros, 10.510, 80 -en el momento de escribir estas líneas, al final del 2022, su cambio sería de 2.239,062 euro-. El árbitro llama a esas supuestas monedas, dinero fiduciario o “fiat money” y “digital assets” (bienes o recursos digitales). El demandante pide que se le devuelvan las mismas cantidades de criptomonedas. El demandado, en cambio, cree que debe devolver el valor inicial en Euros, y no los “tokens” o cromos virtuales que le han entregado.

Esta breve nota solo desea hacer una reflexión sobre la relevancia de la moneda en el arbitraje, en especial del arbitraje sometido al reglamento de arbitraje de la ICC a lo largo de sus 100 años de vigencia.

II. Distinción entre moneda del laudo y moneda de la institución arbitral.



La idea básica es que, como bien se puede encontrar en cualquier vademécum sobre los conocimientos básicos del arbitraje, el laudo fija una cantidad a pagar a la parte perdedora. Pero entonces “[p]uede que se plantee una disputa en torno a cuál ha de ser la divisa correcta de la condena. El principio tradicionalmente aplicado es que el laudo debe adoptar la divisa que mejor refleje el daño sufrido. En el arbitraje de inversión, es habitual encontrar en los tratados bilaterales un derecho del inversor a obtener su compensación en una moneda convertible y libremente transferible”[6].

Se buscan monedas convertibles porque usar monedas controladas por gobiernos permite a éstos devaluarla para reducir el valor de sus pagos y así de sus deudas. En un caso de peritaje ICC a mediados de la década del 2010 derivado de un arbitraje ICC de unos 12 años antes, relacionado con pagos que se remontan aún veinte años más atrás, se buscaba un perito que pudiera decidir si “[t]eniendo en cuenta los niveles de inflación y depreciación de la moneda local observados en Argentina durante el período en el cual el Lic. ... ha cuantificado las pérdidas históricas (es decir, de 1983 a 1989). Determine en su opinión si:

a. ¿Ha perdido la moneda argentina su función fundamental de servir de depósito de valor, durante el período 1983-1989[7]?

b. ¿Es conceptualmente válido expresar las pérdidas en una "moneda fuerte" (como ser el Dólar Estadounidense), a los fines de comparar los montos de pérdidas en el tiempo, así como también de mantener el valor de dichos montos a una determinada fecha?”[8]. Son preguntas importantes que se exigen a un técnico treinta años después. Nada fáciles de responder[9]. Con todo, son preguntas referidas al laudo.

Otra cosa es que la institución arbitral cobre sus servicios arbitrales en una divisa diferente de la que habrá usado el árbitro en su decisión. Un rápido repaso de las diferentes normas de arbitraje de las diferentes instituciones pone de manifiesto que habitualmente cada una cobra sus tarifas en la moneda de su sede.

Así, la London Court of International Arbitration cobra en libras esterlinas[10], el CIETAC -incluso su oficina europea en Viena- en renminbi chino[11], la American Arbitration Association lo calcula en dólares de Estados Unidos[12], el Singapore International Arbitration Centre lo calcula en dólares de Singapur[13], el Dubai International Arbitration Centre lo hace en dirhams de Emiratos Árabes Unidos[14], el Tribunal Arbitral del Principado de Andorra establece sus tablas de cálculo y los gastos administrativos en Euros[15] y los órganos arbitrales suizos los fijan en francos suizos[16]. La Corte Permanente de Arbitraje, en La Haya, cobra sus servicios en Euros[17]. En cambio, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que estando en París (ahora también en otras plazas del mundo, pero la principal sigue en Francia) no espera recibir esos pagos en Euros sino en dólares de Estados Unidos. Igualmente, y paradójicamente, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, que está en un país en que la moneda es la corona sueca, calcula sus costes y pagos en Euros[18].

Por tanto, de momento queda claro que una cuestión -los costes, honorarios y tasas del arbitraje- puede ir en una moneda, y en otra se puede dictar el laudo. O en varias. Además hay que considerar no sólo los intereses de demora sobre esa cantidad -el laudo- sino la inevitable devaluación de las monedas si el pago se postpone años, décadas o siglos.

Precedentes

¿De qué moneda hablamos?

El Fondo Piadoso de las Californias.

Recordemos el primer caso arbitral de la Corte Permanente de Arbitraje, el del Fondo Piadoso de las Californias[19]. Sinteticemos lo más destacado de este caso entre México y Estados Unidos. El laudo se dicta el 14 de octubre de 1902 en La Haya, por el tribunal arbitral de 5 personas.

En su parte dispositiva, condena a México a pagar a Estados Unidos "one million, four hundred and twenty thousand, six hundred and eighty two Mexican dollars and sixty seven cents (\$1,420,682.67 Mexican), in currency having legal tender in Mexico, within the period fixed by Article 10 of the Washington Protocol of May 22, 1902[20]" y añade que esta cifra "will totally extinguish the annuities accrued and not paid by the Government of the Mexican Republic; that is to say, the annuity of forty three thousand and fifty Mexican dollars and ninety nine cents (\$43,050.99 Mexican) from February 1869, to February 2, 1902".

Es decir, las deudas acumuladas desde el anterior arbitraje sobre el mismo tema. Sin embargo, aún decide otra cosa en el laudo.

Que México pague el 2 de febrero de cada año a partir del de 1903, y a perpetuidad "forty three thousand and fifty Mexican dollars and ninety nine cents (\$43,050.99 Mexican), in currency having legal tender in Mexico".

Traducido, México cancela las deudas acumuladas hasta el 2 de febrero de 1902 pagando 1.420.682,67 dólares, y debe pagar cada 2 de febrero a partir del año siguiente, 43.050,99 dólares. Queda claro que son dólares, porque así lo dice expresamente el laudo. Porque no sólo usa el símbolo del dólar derivado del doblón español[21] y que también se usa en México como abreviatura de Peso -el de las 2 columnas cruzadas por la frase "plus ultra" escrita en una cinta, en los lados del escudo de España, es decir "\$"- sino que menciona un par de veces la palabra "dólar" y 67 ó 99 "cents".

Pero añade que son dólares mejicanos o moneda de curso legal en Méjico. ¿Alguna vez el dólar tuvo la consideración de moneda de curso legal en México? Ha ocurrido en Ecuador, o en Panamá, que ha "dolarizado" su economía y han eliminado su propia

Pero eso no ocurrió nunca en México. ¿Dólar y peso eran sinónimos?

Tampoco había más dólar en esa época que el de Estados Unidos y Canadá, porque los dólares que han aparecido luego -el de Australia, Nueva Zelanda, Singapur, por ejemplo- en esa época usaban libras. Por tanto, ¿en qué moneda se debía pagar ese laudo? ¿En pesos -de curso legal en México- o el importe equivalente en pesos de esa cifra en dólares de Estados Unidos?

Todo había empezado con 37.000 pesos del siglo XVIII y acabaría en 1967, cuando México hizo un pago final de 716.546 dólares[22].

Antes, en 1868, se había sometido a otro laudo arbitral derivado del Tratado de Guadalupe-Hidalgo de 1848, por el que México cedía todos sus territorios al norte de Río Grande -y con ello, la mitad de la zona en que se debía gastar el fondo pío para la evangelización de California, es decir, la de San Francisco y Monterrey, para lo que debía abonar a Estados Unidos una parte-.

Esa Comisión Mixta de reclamaciones, arbitral, ya había dictado un laudo por el que México debía pagar a los obispos Amat y Alemany, respectivamente de San Francisco y Monterrey -y en su nombre, a Estados Unidos-. Era el caso 493 y el importe a pagar era de "Nine Hundred and Four Thousand, Seven Hundred and 99/100 (904,700.99) Dollars", que era el interés anual, y durante veintiún años, de "Forty-three Thousand and Eighty and 99/100 (43,080.99) Dollars", y que se sumaba a un principal de "Seven Hundred and Eighteen Thousand and Sixteen and 50/100 (718,016.50) Dollars, said award being in Mexican gold dollars". Es decir, nuevamente en dólares, y dólares supuestamente mexicanos y además de oro.

Es cierto que después de los acuerdos de Bretton Woods en 1944, el sistema monetario mundial cuyo garante es el Fondo Monetario Internacional, tiene el dólar como moneda de referencia. Igualmente, hay que asumir que desde 1970 las cotizaciones de las diferentes monedas son flotantes y mutuamente referenciadas, y el patrón oro ha desaparecido.



Es decir, que el valor de una moneda ya no se calcula según sus reservas de oro en el banco nacional. Se entiende que en algunos países hay control de cambios y se interviene por las autoridades monetarias para restringir la circulación -o incluso la mera posesión- de moneda de otro país, y se espera que sólo el Estado disponga de divisas de otros Estados. Es fácil pensar en casos como Cuba o el rocambolesco de Argentina, donde de nuevo han vuelto a múltiples cotizaciones y el dólar “blue” es el del mercado negro, libre, sin intervención pública.

En la reciente invasión rusa de Ucrania -a partir del 24 de febrero del 2022-, una de las sanciones impuestas a Rusia y sus autoridades ha sido la limitación de pagos a personas concretas o productos rusos. Estas sanciones de la Unión Europea, Estados Unidos o Reino Unido, que impedía los pagos a través de muchos de los bancos rusos -pero no todos, porque se seguía comprando gas y petróleo ruso que se pagaba a cuentas en otros bancos rusos- ha sido contestado por Rusia exigiendo el pago de ese gas o petróleo ruso en rublos, lo que ha comportado un incremento de la cotización de la divisa rusa a pesar de no tener convertibilidad. En paralelo, en algunos casos de arbitraje con partes rusas, parece que éstas no podían abonar su provisión de fondos o incluso cumplir con los laudos que les condenaban, porque los bancos a través de los cuales pasaban los fondos los paralizaban hasta no tener claro que no estaban en las listas negras de personas o productos que no se podían pagar.

Por tanto, la moneda no es un detalle baladí. Recordemos que en el caso Mafezzini, del CIADI, que enfrentó a un ciudadano argentino -Emilio Agustín Mafezzini- contra España, y acabó con que “[e]l Reino de España deberá pagar al Demandante la suma de ESP 57.641.265,28 (cincuenta y siete millones seiscientos cuarenta y un mil doscientos sesenta y cinco pesetas españolas y 28 centavos)”[23]. Esos 57 millones de pesetas equivalen a 346.341 € (porque un euro son 166,386 Pesetas). El problema son los 28 centavos, porque en España, la moneda fraccionaria eran los céntimos y no queda claro si se pedía un pago en la moneda fraccionaria de otro país.

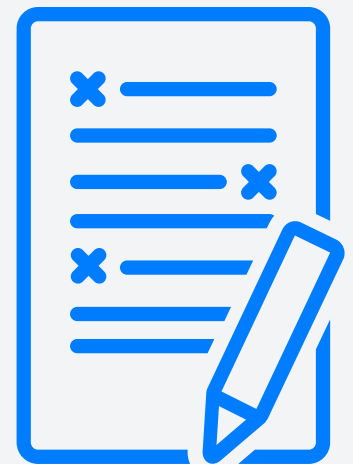
Cambio de moneda

Correcciones del laudo y laudo que corrige el contrato.

¿Sería éste uno de los errores que se pueden corregir tras un recurso de revisión? Porque cambiando la moneda, sin tocar el importe, el valor puede dispararse o reducirse de manera notoria. En cualquier caso, en el arbitraje ICC se debería solicitar en los 30 días posteriores al laudo, de acuerdo con el art. 36 del Reglamento de Arbitraje ICC. “El tribunal arbitral puede corregir de oficio cualquier error, de cálculo o tipográfico o de naturaleza similar ...”

¿Poner una moneda inexistente o errónea sería similar a equivocarse en una cifra o en una letra? Es muchas veces sólo una palabra, o incluso un acrónimo, pero puede generar una gran diferencia. No hay estadísticas de ninguna institución arbitral sobre las monedas en que se fijan las cantidades a pagar en los laudos que se dictan siguiendo sus respectivos reglamentos. La Corte Internacional de Arbitraje de la ICC no tiene datos al respecto.

No recolecta esa información de los cerca de 500 laudos anuales que gestiona. En otros contextos, parece que los casos internacionales del paraguas que agrupa las diferentes instituciones arbitrales de Madrid se resolvieron todos en Euros, salvo uno en dólares y otro en libras esterlinas[24]. En algunas simulaciones de arbitrajes internacionales las divisas dan mucho juego.



Así, el “mootcourt” de Frankfurt, que trata cada año casos históricos de arbitraje como si fueran actuales ha tenido casos en sesteracios (caso de la VII edición)[25], talentos (caso de la X)[26], ducados (caso de la XIV)[27] o incluso el caso iba de la impresión de la moneda portuguesa -escudos- y de su falsificación (caso de la VIII edición)[28].



Laudos CIADI sobre la cuestión

Hay laudos en que se decide que la moneda de pago será otra distinta de la que se establecía el contrato. Así en el caso Siemens, del CIADI, en que el contrato estaba en pesos argentinos, cuando -antes del corralito- esta moneda tenía paridad con el dólar de Estados Unidos. Por lo que en su decisión final, el tribunal arbitral decide que “e) Currency of Compensation 361.

Argentina has argued that the Contract is denominated in pesos and that it had not guaranteed to Siemens the parity of the peso in effect at the time it entered into the Contract. This assertion is correct but it has to be considered in the context of the requirement that the consequences of the illegal act be wiped out. It would be hardly so if the parity of the currency would be added as yet another risk to be taken by the investor after it has been expropriated. In the instant case, the Claimant has pleaded that the Tribunal accept May 18, 2001 as the date of expropriation.

The Tribunal has considered that the issuance of Decree 669/01 was determinant for purposes of its finding of expropriation and it is also the date that would be in consonance with Article 15 of the Draft Articles on the date of occurrence of a composite act. On May 18, 2001, the peso was at par with the dollar. If such obligation would have been met, the Claimant would have been compensated in pesos convertible at that rate. Therefore, the Tribunal concludes that compensation shall be paid in dollars “[29]. En términos parecidos, otro laudo CIADI cambia la moneda de pago del laudo con respecto a la del contrato: “La Demandada afirma que cualquier adjudicación de daños y perjuicios debería expresarse en pesos, aduciendo que todos los pagos por efectuarse en virtud del Contrato de Concesión lo eran en pesos. Esta afirmación contenida en los escritos anteriores a la audiencia se refería especialmente a la reclamación de las Demandantes por daños y perjuicios sobre la base del análisis del lucro cesante. Sin embargo, no se discute que las inversiones de CGE/Vivendi se efectuaron en dólares de EE.UU. y/o francos franceses, y que desde 2002 el peso se ha devaluado y despreciado de manera muy considerable frente al dólar de los Estados Unidos.”[30]

Finalmente, a veces funciona el estoppel, o la teoría de los actos propios. Si la parte demandada no discute la moneda en que se está pleiteando, es que la da por buena: ““El Tribunal Arbitral observa que la Demandante ha planteado sus reclamaciones indemnizatorias en dólares de los Estados Unidos de América (Memorial de demanda, pág. 146), sin que ello haya sido mérito de objeción u oposición alguna por la Demandada, quién también utiliza dicha moneda en sus argumentaciones para expresar las cifras a las que recurre para rebatir tales reclamaciones. Los peritos de ambas partes también traducen en dicha moneda las cifras que utilizan en sus análisis periciales. El Tribunal Arbitral efectúa, pues, sus determinaciones en dólares de los Estados Unidos de América”[31].

En la misma línea, pero para llegar a la conclusión de que el laudo se debía dictar en pesos mexicanos, otro laudo CIADI: “207.

En lo que hace a la moneda del Laudo, el Tribunal observa que el Demandante en su Notificación de Arbitraje del 30 de abril de 1999 solicitó una condena por “aproximadamente 475,000,000 de pesos mexicanos, el cual, suponiendo un tipo de cambio de \$9.5 pesos mexicanos por dólar estadounidense, representa un total de US\$ 50,000,000” (Notificación de Arbitraje, p. 11). Parece entonces que, de acuerdo con el Demandante, la principal moneda del Laudo debiera ser el peso mexicano.



Esta moneda también corresponde a los hechos planteados en el caso, ya que el Demandante solicita un monto monetario en lugar de las devoluciones del IEPS que el Demandado le adeudaba y aún no le había pagado, devoluciones del IEPS que necesariamente están expresados en la moneda oficial del Demandado. Por ello, el Tribunal considera que el laudo también debiera estar expresado en pesos, independientemente de que las partes, en comunicaciones posteriores, puedan haber mencionado el dólar estadounidense por una cuestión de conveniencia. Debemos añadir que la paridad entre el peso mexicano y el dólar estadounidense no parece haberse modificado mucho en los últimos tres años. Y en cualquier caso, cualquier cambio más significativo debe aproximadamente haberse reflejado en las tasas de interés respectivas.

Por una cuestión de consistencia, por lo tanto, el Tribunal aplicará la tasa de interés de los bonos del Gobierno de México al laudo sobre daños expresado en pesos mexicanos"[32].

Jurisprudencia inglesa sobre el particular

Parece que hay otros casos en que el laudo cambia la moneda de pago. Así, en los tribunales ingleses, que tienen la ley de arbitraje de 1996 cuyo artículo 48.4 dice que el tribunal puede fijar el pago en cualquier moneda, hay un caso en la Cámara de los Lores -cuando aún actuaba de Tribunal Supremo- en que se discute un laudo en favor de un contratista italiano en diferentes divisas europeas -también la libra esterlina- y no en la moneda de Lesotho -maloti- porque se había depreciado entre el momento de los hechos y el inicio del proceso[33]. El laudo arbitral distinguía la moneda del contrato de la moneda del laudo. Como las partes no han acordado limitar sus poderes, el tribunal arbitral decide que la cantidad a pagar la fijará en la moneda que estime de acuerdo con las circunstancias y en las proporciones del contrato[34].

El laudo es recurrido en apelación ante la High Court por ultra petita, irregularidad grave, amparándose en otro artículo de la ley británica de arbitraje de 1996, el 68.2.b. Este tribunal anuló el laudo, pero al ascender al Supremo, en la Cámara de los Lores Lord Steyn, confirma la decisión inicial del tribunal arbitral. Aunque sea sólo en laudos dictados en territorio inglés y aplicando ley inglesa, en que la regla general en los tribunales ingleses sea que la indemnización se debe pagar en la moneda en que se pagarían los bienes.

En el arbitraje ICC parece que hay un laudo, el del caso 8240, en esos mismo términos: "...without any special agreement, each party carries the risk of currency depreciation. The principle of nominalism is a general principle of transnational law.

It is laid down not only in Swiss court decisions and doctrinal writings...but also in Art. 6.1.9(3) of the Unidroit Principles of International Commercial

Contracts, allowing the obligor to make payment of a money debt expressed in a currency other than that of the place for payment in the currency of that place "at the rate of exchange prevailing there when payment is due"...As a consequence of this general principle of law, international arbitral tribunals are very reluctant to intervene into a contract because of inflation and currency depreciation in the absence of a specific currency depreciation clause."

¿Conclusiones?

La moneda es clave en el arbitraje. Porque establece la base del cálculo de indemnizaciones, el marco de referencia de las magnitudes del caso, la escala de todas las demás cifras. Equivocarse en la moneda es distorsionar totalmente las decisiones de los laudos. Sin embargo, no parece llamar la atención de nadie, hasta el punto que ninguna institución arbitral no hace estadísticas de las monedas en que se fijan esos pagos. Es un elemento del paisaje, invisible aunque presente, como el blanco del papel en que se escriben e imprimen los laudos, o la ortografía de la lengua en que se redactan. La moneda (o monedas) del caso no tiene que coincidir con la moneda de los costes del arbitraje -tasa de registro, gastos administrativos y honorarios del árbitro-. Además, las monedas del laudo puede que sean distintas de las monedas de los contratos de los que viene el asunto, si se produce una notoria depreciación. Por lo que no es sorprendente que las cantidades a abonar según la parte dispositiva del laudo sea en divisas convertibles, "fuertes", de países desarrollados, occidentales más que en monedas de escasa circulación mundial o de Estados con controles de cambios, en los que la autoridad puede devaluar a voluntad esa misma divisa para reducir su impacto económico.

El dinero es esencial. No sólo por su valor intrínseco, sino especialmente por su valor de intercambio, abstracto, genérico. Que evoluciona, con depreciaciones o con revalorizaciones. Que a su vez están relacionadas con su aceptación por el resto, con un elemento psicológico y social en esa apreciación colectiva. De ahí que se puedan inventar criptomonedas, que valen si alguien las acepta, pero pierden valor si nadie las quiere. O las monedas oficiales, que cuentan con el respaldo de los bancos emisores o de los tesoros de los Estados. Los Estados más fiables suelen ser los que tienen las divisas más valoradas y en los que habitualmente se expresan los pagos de los arbitrajes[1]. Nacionales o internacionales.

El arbitraje no sólo resuelve problemas estableciendo cantidades a pagar, y cobra por sus servicios, sino que también permite que los árbitros se ganen la vida. Nadie trabaja gratis. Quizá por ello Quevedo dejó claro en su famoso poema ...



***Que pues doblón o sencillo
hace todo cuanto quiero,
poderoso caballero
es don Dinero.***

...

***Más valen en cualquier tierra
(mirad si es harto sagaz)
sus escudos en la paz
que rodela en la guerra.
Y pues al pobre le entierra
y hace propio al forastero,
poderoso caballero
es don Dinero.***





Posición actual de México ante el Arbitraje Tributario Internacional

El arbitraje tributario internacional es un tema que ha inquietado a las autoridades tributarias, los contribuyentes, las asociaciones profesionales y las instituciones arbitrales desde el inicio del siglo XXI. Muy poco se ha escrito y menos publicado en relación con los resultados de la resolución de controversias fiscales internacionales; tal vez porque las disposiciones de confidencialidad que rodean a estos asuntos hacen casi imposible su conocimiento público.

En 2002 la Cámara de Comercio Internacional presentó un proyecto de artículo para insertarse en los tratados fiscales por aquellos países que quisieran aceptar el arbitraje como medio para resolver controversias. En 2006 la propia Cámara organizó un evento titulado “Resolución de Controversias Fiscales Internacionales a través del Arbitraje” en donde expertos fiscalistas internacionales y practicantes de arbitraje discutieron ampliamente el tema. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) incluyó desde la versión de 2008, un párrafo “5” al artículo 25 de su “Modelo de Tratado del Impuesto sobre la Renta” para el arbitraje dentro del capítulo de los procedimientos de acuerdo mutuo y un anexo de “Ejemplo de Acuerdo Mutuo en Arbitraje.”

En este documento se analiza únicamente el arbitraje tributario internacional de la “última mejor oferta” bajo la Convención Multilateral, pues es el arbitraje tributario que México estará adoptando en los tratados para evitar la doble tributación que se sujeten a la Convención Multilateral.



La Convención Multilateral



El 22 de noviembre de 2022 el Ejecutivo Federal publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto que aprueba la “Convención Multilateral para Implementar las Medidas relacionadas con los Tratados Fiscales Destinadas a Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios” hecha en París, Francia, el 24 de noviembre de 2016 (“Convención Multilateral”), así como sus “reservas y notificaciones”.

También se publicó el decreto que aprueba el “Estatus de la Lista de Reservas y Notificaciones al Depositar el Instrumento de Ratificación de la Convención Multilateral para Implementar las Medidas relacionadas con los Tratados Fiscales Destinadas a Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios” (“Lista de Reservas y Notificaciones”).

Al momento de la firma de la Convención Multilateral, México presentó una lista de 61 tratados tributarios celebrados por nuestro país con otros Estados (“Acuerdos Fiscales Comprendidos”), tratados que serán modificados por medio de la Convención Multilateral.

Las disposiciones de la Convención Multilateral afectan únicamente los tratados tributarios internacionales listados por los dos Jurisdicciones Contratantes como tratados que cubrirá dicha Convención como Acuerdos Fiscales Comprendidos. Un tratado tributario bilateral, bajo la Convención Multilateral entrará en vigor únicamente después de que ambos Estados firmantes del tratado respectivo hayan depositado sus instrumentos de ratificación, y que haya pasado cierto tiempo especificado.

En el caso de México, la Convención Multilateral ha sido publicada en el Diario Oficial de la Federación, y para que surta efectos respecto de cada uno de los Acuerdos Fiscales Comprendidos, deberá continuar con el trámite de depósito ante la OCDE.

Conforme al “Objetivo y Descripción del Instrumento” contenido en el decreto de publicación de la “Convención Multilateral”: “Específicamente, se dispuso el desarrollo de un instrumento multilateral con un enfoque innovador para permitir a los países modificar rápidamente sus convenios fiscales bilaterales e implementar las medidas desarrolladas sobre BEPS, a fin de contar con herramientas para asegurar que los beneficios sean gravados en donde se realizan las actividades económicas que los generan y se produce valor, otorgando al mismo tiempo a las empresas mayor certeza al reducir las controversias sobre la aplicación de las reglas tributarias internacionales y estandarizando los requisitos de cumplimiento.”

Continúa el decreto manifestando que: “El resultado de las negociaciones entre un grupo de 99 países, incluido México, 4 jurisdicciones y 7 organizaciones internacionales que participaron como observadoras, se encuentra plasmado en la Convención, a partir de la cual se modifican los instru-

instrumentos existentes para evitar la doble imposición de forma sincronizada y eficiente, al tiempo que se combate el abuso de los mismos, se mejora la solución de controversias, e igualmente se prevén diversas disposiciones para fortalecer la red global de tratados que asciende a más de 3000 a nivel mundial.

Aunque inicialmente los Estados Unidos de América apoya ampliamente las iniciativas BEPS, con relación a un instrumento multilateral, los funcionarios del Departamento del Tesoro han manifestado que su país no necesita participar en el proceso de dicho instrumento, pues confía en su propia cadena de tratados, aunque tampoco ha dicho que firmaría un tratado negociado por otros países.

Con el propósito de reflejar el estado actual en la Lista de Reservas y Notificaciones y atendiendo a algunos ajustes recomendados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en calidad de depositario de la Convención Multilateral, conforme al decreto respectivo “se transcribe el Estatus de la Lista de Reservas y Notificaciones al Depositar el Instrumento de Ratificación”.

La Convención Multilateral contiene 39 artículos, y México hizo “reservas y notificaciones” sobre 13 de dichos artículos. La “VI Parte” de la Convención Multilateral regula el “Arbitraje” en los artículos 18 a 26.

Reserva Provisional

Aunque México había inicialmente hecho una reserva provisional sobre la no aplicabilidad de la “VI Parte”, es decir, del arbitraje para resolver controversias derivadas de los tratados a los que se aplicase dicha Convención Multilateral, en la publicación de la Lista de Reservas y Notificaciones en el Diario Oficial de la Federación, no se hace mención alguna a “reservas” sobre la “VI Parte”.



Parte VI de la Convención Multilateral

La Parte VI de la Convención Multilateral, en sus artículos 18 a 26, permite a las Jurisdicciones Contratantes incluir el “arbitraje vinculante y obligatorio del tratado” (“Mandatory Binding Treaty Arbitration” – “MBTA”-) en sus Acuerdos Fiscales Comprendidos, de conformidad con los procedimientos previstos en la misma Convención Multilateral, que son el arbitraje de la “última mejor oferta” y el arbitraje con “resolución razonada” o de “opinión independiente”.

Es importante aclarar que cualquiera de estos tipos de arbitraje, siguiendo lo establecido en la propia Convención Multilateral, únicamente ocurren dentro del marco de un procedimiento de asistencia mutua entre las Jurisdicciones Contratantes, a requerimiento del contribuyente afectado.

Arbitraje de la “Última Mejor Oferta”

Conforme al artículo 23 de la Convención Multilateral, cuando las Jurisdicciones Contratantes no hacen reserva alguna respecto a la Parte VI, ni tampoco convienen en el procedimiento arbitral del artículo 19 “Arbitraje Obligatorio y Vinculante”, se llevará a cabo un procedimiento arbitral bajo el esquema de la “última mejor oferta.”

El apartado 1 de dicho artículo 23 establece que una vez que se remita un caso al arbitraje, la autoridad competente de cada Jurisdicción Contratante remitirá al panel arbitral, en el plazo que se haya convenido, una propuesta de resolución que comprenda todas las cuestiones no resueltas en el procedimiento de asistencia mutua.

Determinación inicial

La resolución propuesta se limitará a la determinación de: (i) unos importes monetarios específicos (por ejemplo, renta o gastos) o, (ii) cuando se especifique, a la tasa máxima del impuesto exigido conforme al Acuerdo Fiscal Comprendido para cada ajuste o situación similar del caso. Cuando las autoridades competentes de las Jurisdicciones Contratantes no hayan podido llegar a un acuerdo sobre un asunto relacionado con las condiciones para la aplicación de una disposición del Acuerdo Fiscal Comprendido respectivo (“determinación inicial”), como por ejemplo si una persona física es o no residente, o si existe establecimiento permanente, las autoridades competentes podrán enviar propuestas de resolución alternativas, en relación con las cuestiones cuya solución dependa de dicha determinación inicial.

Documento de oposición

También las autoridades competentes de cada Jurisdicción Contratante pueden remitir un documento de posición para la consideración del panel arbitral, de la que enviará copia a la otra autoridad competente en el plazo de entrega para dicha propuesta de resolución o documento de posición.

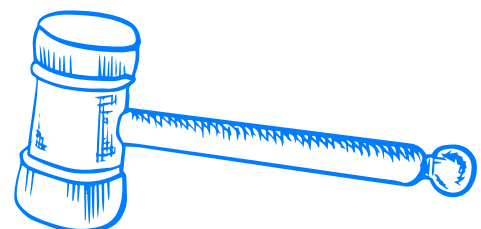
Respuesta argumentativa

Asimismo, las autoridades competentes podrán enviar al panel arbitral, en el plazo que se convenga al efecto, una respuesta argumentativa en relación con la propuesta de resolución y documento de posición remitido por la otra autoridad competente y hará llegar copia de esta a la otra autoridad competente en el plazo de entrega previsto para su presentación.

Decisión del panel arbitral

El panel arbitral adoptará como suya una de las propuestas de resolución remitidas por las autoridades competentes, para cada cuestión planteada, incluidas las determinaciones iniciales, sin adjuntar motivación alguna u otra explicación de su decisión.

La decisión arbitral se adoptará por mayoría simple de sus miembros y se remitirá por escrito a las autoridades competentes de las Jurisdicciones Contratantes. La decisión arbitral no tendrá valor como precedente.



No revelación de la información

Antes de iniciar el procedimiento arbitral, las autoridades competentes de las Jurisdicciones Contratantes de un Acuerdo Fiscal Comprendido se asegurarán de que cada persona que presenta el caso y sus asesores acepten por escrito no revelar a ninguna otra persona la información que reciban de las autoridades competentes o del panel arbitral en el transcurso del procedimiento arbitral.



Formación del Panel Arbitral

Bajo la Convención Multilateral, conforme a su artículo 20, el panel arbitral se formará por tres personas físicas con conocimiento o experiencia en cuestiones fiscales internacionales.

Cada autoridad competente designará a un miembro del panel arbitral en un plazo de 60 días desde la fecha de solicitud de inicio del arbitraje. Los dos miembros así designados, en el plazo de 60 días tras el último de sus nombramientos, designarán a un tercer miembro que actuará como Presidente del panel arbitral.

El Presidente no será nacional ni residente de ninguna de las Jurisdicciones Contratantes. Al aceptar el nombramiento, los miembros del tribunal arbitral deberán ser imparciales e independientes de: (i) las autoridades competentes; (ii) las administraciones tributarias; (iii) de los ministerios de finanzas de las Jurisdicciones Contratantes; (iv) todas las personas directamente afectadas por el caso (y sus asesores).

Los árbitros mantendrán su imparcialidad e independencia a lo largo del procedimiento y, durante un plazo razonable posterior al procedimiento; evitarán toda actuación que pueda lesionar la apariencia de imparcialidad e independencia de los árbitros respecto del procedimiento.

A falta de la designación de un árbitro por alguna de las Jurisdicciones Contratantes o cuando los designados no lleguen a un acuerdo en la nominación el tercer árbitro, el árbitro faltante será designado por el miembro de mayor nivel en el escalafón del Centro de Política y Administración Tributarias de la OCDE.



Costos del Procedimiento Arbitral

Las Jurisdicciones Contratantes sufragarán los honorarios y gastos de los miembros de los paneles arbitrales, así como los costos en que incurran las Jurisdicciones Contratantes al respecto, conforme a lo que acuerden las autoridades competentes de las Jurisdicciones Contratantes.

En ausencia de dicho acuerdo, cada Jurisdicción Contratante sufragará sus propios gastos y aquellos en los que incurra el miembro que designe para el panel arbitral. Las Jurisdicciones Contratantes sufragarán por partes iguales los costos del Presidente y otros gastos asociados al desarrollo del procedimiento arbitral.

Conclusión

La adhesión de México a la Convención Multilateral es un paso muy importante para la actualización y modernización de los tratados para evitar la doble tributación celebrados por nuestro país; y la eliminación de la reserva provisional de 2016 es también un paso importante para la resolución de controversias tributarias internacionales a través del arbitraje.

¹ Chartered Arbitrator por el The Chartered Institute of Arbitrator. Expositor por más de 15 años de la clase "Arbitraje Tributario" en el Diplomado de Arbitraje Comercial Internacional impartido por la Escuela Libre de Derecho e ICC México. Ha sido coordinador en diversas posiciones en el Comité de Métodos Alternativos de Solución de Controversias de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, A.C. ANADE. Es presidente de la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos (CONCAMIN). El correo electrónico del autor es: jarodz@brm.com.mx Este documento se concluyó el 7 de enero de 2023.





Lean Justice

Escrito por: Carlos F. Martínez Tripp



El pensamiento lean, en términos generales, implica detectar desperdicios para eliminarlos, buscar continuamente un proceso más eficiente y ofrecer un producto que satisfaga las expectativas del usuario mejorándolo constantemente.

Este pensamiento permitiría analizar y desarrollar los métodos de solución de controversias desde la perspectiva del usuario y, a través de la mejora continua, ofrecer un acceso a la justicia cada vez más eficiente, eliminando pasos innecesarios y perfeccionando aquellos que efectivamente aporten valor. En ocasiones los desperdicios que generan obstáculos e impiden el flujo adecuado de los procesos de los métodos de solución de controversias, específicamente de los ADR, se establecen desde las normas que los pretenden regular.

El Método Lean

Las raíces del método LEAN se encuentran en el sistema de producción de Toyota, el cual, para competir en la industria automovilística de producción en serie existente en Europa y EE.UU., tuvo que cambiar los métodos de producción, entendiendo que tenían que crear un proceso rápido y flexible que permitiera a los clientes obtener los automóviles deseados, de alta calidad a un precio razonable. El término Lean Manufacturing fue acuñado en 1991 por James P. Womack, Daniel T. Jones y Daniel Roos del Instituto Tecnológico de Massachussets (MIT) en su libro *The machine that changed the world*, considerando el sistema de producción de Toyota como el primer sistema en trabajar con las directrices LEAN.[1]



[Te compartimos un link donde puedes consultar citas a pie y bibliografía.](#)

En 2001, James P. Womack y Daniel T. Jones, publicaron *Lean Thinking: Banish Waste and Create Wealth in Your Corporation*, en el que establecen los fundamentos del pensamiento LEAN, el cual busca optimizar el valor que se crea para el cliente mientras se reducen tiempo, costos y errores, la finalidad es crear valor mientras se eliminan desperdicios en cualquier organización para poder hacer más con menos, ofreciendo al cliente lo que quiere.

Según James P. Womack y Daniel T. Jones, el lean thinking se puede resumir en cinco principios:

- Determinar el valor para el producto específico. Dicho valor solamente puede ser definido por el cliente final, pudiendo ser un bien, un servicio o ambos que satisfaga sus necesidades. Para definir correctamente el producto se debe mirar a través de los ojos del cliente y no determinarlo buscando favorecer nuestro rol en la cadena de valor, debiendo además cuestionar viejos conceptos para poder ver lo que realmente se necesita.
- Identificar la cadena de valor para cada producto. Se deben determinar las actividades que se requieren para diseñar, ordenar y proveer un producto. Dentro de dichas actividades detectaremos que algunos pasos generan u optimizan valor desde la perspectiva del cliente, otros no lo generan pero parecen inevitables con los recursos disponibles, y se pueden identificar otros que no generan valor desde la perspectiva del cliente por lo que pueden eliminarse inmediatamente.



Se debe establecer cada paso involucrado en el proceso, ya que las actividades que no se pueden identificar, analizar y vincular, no se pueden cuestionar, eliminar, mejorar y eventualmente perfeccionar.

- Hacer que el valor fluya sin interrupciones. Tras eliminar los pasos que implican desperdicio, se debe buscar que los pasos que generan valor fluyan adecuadamente, de manera eficiente y continua. Para lo anterior es mejor enfocarse en el producto en lugar de hacerlo en la organización o el equipo a utilizar. Debemos evitar interrupciones innecesarias o pasos inútiles, ignorar barreras tradicionales de organización que limiten el flujo continuo del producto, y repensar prácticas laborales específicas y herramientas para eliminar regresiones, desechos y paradas de todo tipo que impidan el proceso continuo.
- Permitir que el producto se genere a demanda del consumidor. Se utiliza el término pull para transmitir la idea de que el producto se genere por la necesidad del cliente en lugar de generar productos que muchas veces el cliente no desea, push. No hacer nada mientras no se requiera y cuando se requiera hacerlo rápidamente.



- Buscar la perfección. No hay fin en el proceso de reducir esfuerzo, tiempo, espacio, costo y errores, mientras se ofrece un producto cada vez más cercano a lo que el cliente quiere.

Los autores señalan que al desperdicio se le denomina muda, el cual abarca cualquier actividad que absorbe recursos sin generar valor. Algunos muda específicos son: muda de sobreproducción, muda de espera y muda de complejidad. Debemos identificar todas las actividades que se pueden considerar muda en el proceso y eliminarlas.

Respecto a las mejoras, se mencionan dos términos: kaikaku, que implica una mejora radical, y kaisen, que se refiere a una mejora continua progresiva. Señalan que la combinación de ambos pueden generar mejoras interminables. Sobre la tecnología, permiten ver que no necesariamente utilizar la tecnología más avanzada es lo óptimo, es mejor sustituir maquinas grandes y complejas por multiples maquinas que permiten mayor flexibilidad y agilidad.

Mencionan que en 1994, tras mucho esfuerzo y una importante inversión su centro en Chicago fue totalmente automatizado, pero la productividad por empleado era inferior a la de los otros centros, ya que si bien se había reducido el esfuerzo directo, la cantidad de soporte técnico que se requería para mantener el complejo sistema contrarrestaba las ganancias en mano de obra directa y los costes hicieron que resultase económicamente inviable.

Señalan que las personas y la tecnología deben monitorear su propio trabajo mediante técnicas denominadas poka-yoke que hacen imposible que un elemento defectuoso sea enviado al siguiente paso, todos los involucrados deben tener la posibilidad de ver y entender cada aspecto de la operación y el status en todo momento.

Cualquier organización puede introducir las técnicas lean en cualquier actividad pero si la organización las utiliza para generar que productos no deseados fluyan más rápido, solamente se estará produciendo muda.

Así, como se ha aplicado a la administración y a la medicina, el pensamiento lean puede ser aplicado a la justicia, y aún más claramente a los diversos métodos que permiten acceder a ella en caso de conflicto.

Acceso a la justicia

Para poder hablar de acceso a la justicia debemos preguntarnos si nuestro concepto de justicia es adecuado, el “dar a cada quien lo que le corresponde” nos ha llevado a que algunos equiparen la justicia a la función jurisdiccional del Estado, a una representación gráfica de la justicia inherente a aquel.



La representación de la justicia ha evolucionado con el tiempo, actualmente se suele representar mediante la Diosa griega de la justicia, Themis, de pie en un pedestal, con los ojos vendados, sosteniendo una balanza en una mano y una espada en la otra,[ii] sin embargo, tanto el vendaje en los ojos como la espada fueron agregadas de manera posterior, ya que Themis cuenta con el don de la profecía, por definición sus declaraciones son justas y correctas, y no requiere de la fuerza de la espada ya que representa el poder del común acuerdo, no de la coerción[iii].

Las deficiencias del proceso jurisdiccional han sido representadas en caricaturas, como estas de finales de los setentas y principios de los ochentas, que ya reflejaban un sistema estatal anticuado y lento.[iv]

2-8 THE TENNESSEAN, Sunday, March 21, 1976



La idea de que solamente se puede acceder a la justicia a través del Estado ha ido quedando superada, ya que mediante la autonomía de la voluntad, las partes pueden solucionar sus controversias a través de los métodos alternativos, e incluso diseñar el método más conveniente para solucionar su controversia.

El artículo 6° del Código Civil Federal, consagra a la autonomía de la voluntad en contrario sensu, al señalar que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.

Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

En este artículo encontramos que respecto a derechos disponibles, los únicos límites a la autonomía de la voluntad son las normas imperativas, el interés público y los derechos de terceros.

Así, en realidad la justicia no solamente está presente cuando el Estado impone una solución a una controversia, incluso existen



diversos ejemplos que dejan claro que en ocasiones no cabe considerar dicha solución como justa, en realidad la justicia esta presente día a día en nuestras diversas relaciones, accediendo a ella derivado de la voluntad de quienes participamos en la relación determinada al cumplir nuestras obligaciones y ejercer nuestros derechos, en ocasiones en dichas relaciones pueden surgir controversias, las cuales pueden encontrar solución a través de métodos basados también en la autonomía de la voluntad, los conocidos como ADR, accediendo así a la justicia de manera eficiente, y solamente en los supuestos en los que las partes no sean capaces de acordar un método de solución de conflictos y en su caso la solución concreta, en los métodos autocompositivos, o bien cuando la controversia verse sobre derechos no disponibles, se tendrá que acudir a la vía jurisdiccional para intentar acceder a través de ella a la justicia, siendo la vía menos eficiente para alcanzarla, aunque en ciertas circunstancias la adecuada.

Lean Justice

Si consideramos que la justicia puede estar presente sin la necesidad de que exista un conflicto y que ante este se puede acceder a través de diversos métodos basados en la autonomía de la voluntad o bien a través de la vía jurisdiccional.

La noción de Lean Justice puede y debería ser aplicada en todos los supuestos en los que quepa hacer más eficiente la presencia de la justicia.

En las relaciones contractuales entre particulares podemos señalar como ejemplo el uso de los denominados smart contracts, que pueden permitir la ejecución de una pena convencional ante el incumplimiento de una obligación, permitiendo acceder a la justicia sin necesidad de acudir a un método de solución de controversias; respecto al proceso jurisdiccional claramente existen áreas de oportunidad para eliminar muda y ofrecer el servicio que el usuario espera; pero nos enfocaremos en la aplicación de Lean Justice a los ADR.

Los ADR cuentan con una naturaleza y principios que son más propicios para la aplicación del pensamiento lean en sus procesos, y a la vez la adecuada inclusión de los ADR en un ordenamiento jurídico contribuye a una mayor Lean Justice en general para la sociedad.

Es importante que tengamos presente que los ADR tienen una naturaleza contractual al estar basados en la autonomía de la voluntad, que estos sirven para solucionar conflictos que versen sobre derechos disponibles, y que no existe ni es conveniente pretender crear una lista taxativa de los diversos ADR, ya que la creatividad y la voluntad pueden permitir generar diversas figuras innominadas y atípicas, siempre que se respeten normas imperativas del ordenamiento jurídico que resulte aplicable y el orden público.

El principio de autonomía de la voluntad que es la piedra fundamental de los ADR, y los principios de flexibilidad y eficiencia de estos, son naturalmente compatibles con las propuestas lean, de un servicio ágil y flexible en el que se eliminen todos los desperdicios, muda, para ofrecer la mejor versión posible del servicio que el usuario espera.

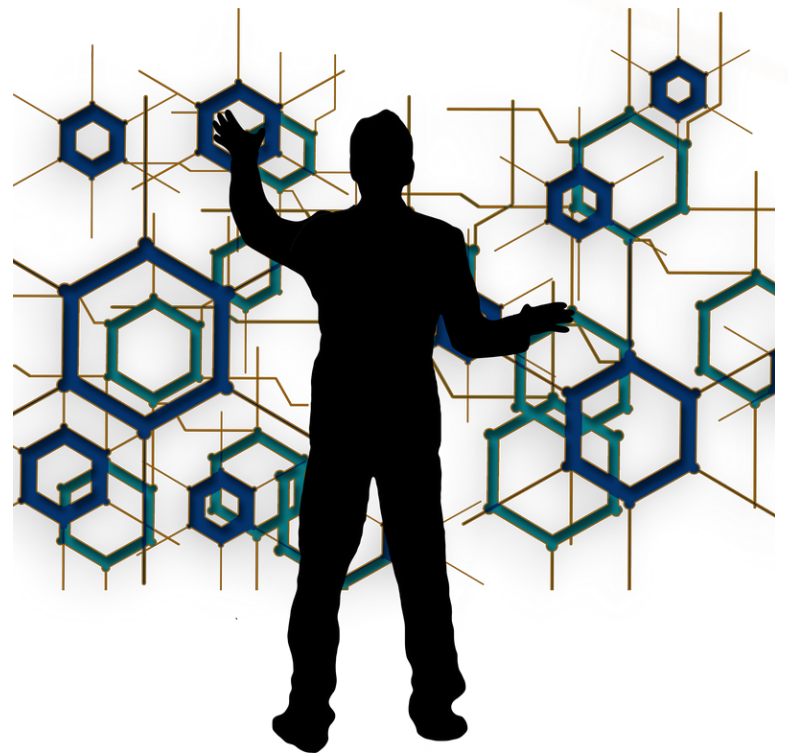
El principio de flexibilidad está presente en cualquier ADR, incluso en el arbitraje que resulta el método en el que las partes tienen un menor control sobre el proceso, pero no por ello dejan de existir aspectos relevantes de este que deben establecerse una vez surgido el conflicto, y el principio de eficiencia ha de ser respetado por todos los intervinientes de cualquier ADR a fin de que el procedimiento que se diseñe, atendiendo la voluntad de las partes, implique el menor tiempo, coste anímico y coste económico, sin descuidar la calidad del producto que se pretende alcanzar, lo cual está implícito en el significado literal de eficiencia, conforme al Diccionario de la Lengua Española: capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos.

La misma idea es la que debemos aplicar para determinar la conveniencia de utilizar una tecnología determinada en el desarrollo de un ADR, la cual se deberá utilizar siempre que se cumplan todos los puntos siguientes:

- Si es voluntad de los intervinientes utilizarla.
- Si esta contribuye a eliminar muda.
- Mantiene o mejora la calidad del servicio que recibe el usuario, es decir, el acceso a la justicia.

Puntos que resultan aplicables desde tecnología tan común como el teléfono hasta tecnologías como la inteligencia artificial. Debiendo aclarar que para que podamos afirmar que existe voluntad de la partes para el uso de una tecnología, debe existir la comprensión suficiente de la misma para que no se pueda considerar que dicha voluntad se encuentra viciada.

Así, en cada paso del proceso de cualquier ADR, nos debemos cuestionar continuamente si no existe muda que debamos eliminar y cómo podemos mejorar el servicio que reciben los usuarios, buscando, entre otros aspectos, evitar esperas innecesarias, tener la capacidad de diseñar e implementar diversos ADR atendiendo las circunstancias específicas, usar tecnología flexible y ágil que contribuya al flujo eficiente del proceso, involucrar a los usuarios en el diseño del proceso, analizar qué problemas pueden solucionarse a través de la prevención, evitar traslados innecesarios, y que el laudo o convenio sea reconocible y ejecutable.



El reducir pasos y tiempo, incrementando a la vez la calidad, permite liberar recursos que se pueden utilizar en I+D. Lo anterior tanto al analizar cada ADR en concreto como respecto a los recursos que una adecuada regulación de los ADR permitiría liberar al Estado.

Resultan contrarias al Lean Justice, la judicialización y burocratización de los ADR, se debe respetar el principio con rango constitucional de la autonomía de la voluntad, evitando la sobre regulación, permitiendo la ausencia de formalismos innecesarios y la descentralización. Si perdemos de vista la naturaleza de los ADR, tanto el Estado como organismos internacionales pueden regular de manera inflexible aspectos de los procedimientos de los diversos ADR que convendría permitir que se establezcan mediante acuerdo de las partes, aproximándolos innecesariamente a la burocratización de un proceso jurisdiccional.

Respecto a la judicialización, el hecho de que los facilitadores sean funcionarios públicos, necesariamente limita la flexibilidad, eficiencia y autonomía de la voluntad que, ya que al ser parte del Estado, estos terceros solamente podrán realizar lo expresamente permitido por la Ley, además al pertenecer al poder judicial, en el caso de la mediación, se debe cuidar que los convenios no se consideren autorizados por un órgano judicial, ya que de ser así resultaría inaplicable la Convención de Singapur si nuestro país se llega a adherir a esta, riesgo que también se podría generar en la mediación privada certificada si la redacción de la norma da pie a considerar que se da la mencionada autorización por un órgano judicial.

Un muda que resulta importante evitar es la complicación para el reconocimiento y ejecución de los laudos o convenios que tengan el carácter de cosa juzgada conforme a la norma que se han celebrado. La convención de Nueva York claramente contribuye a la noción de Lean Justice respecto al arbitraje internacional, la convención de Singapur lo pretende hacer respecto a la mediación, y lo ideal es que la regulación local también lo reconozca expresamente, lo cual permite ese flujo continuo y sin obstáculos que se pretende, favoreciendo el tráfico jurídico y otorgando seguridad jurídica. Ya que si bien la regulación actual permite el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la república o en el extranjero, sería conveniente que la norma específica previese el reconocimiento y ejecución de los ADR.

Otro muda que algunos proponen es la innecesaria fragmentación de la regulación de los ADR en función de la materia sobre la que verse el conflicto, antes de proponer alguna división al respecto, debemos recordar nuevamente que independientemente de la materia, para que resulte aplicable un ADR, nos encontramos ante derechos plenamente disponibles y que los ADR se basan en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la esencia se mantiene, los principios de los ADR son y deben ser los mismos independientemente de la materia, debiendo preguntarnos cuál es la mejora que estaríamos proporcionando a través de dicha fragmentación, e implementarla solamente en caso de que esta realmente favorezca el acceso a la justicia.

La propuesta más recurrente en foros nacionales es separar la mediación civil de la mercantil, la cual, si realmente atendemos a una visión global nos percataremos que no aporta valor. En diversos ordenamientos jurídicos ni siquiera existe tal distinción, y los instrumentos internacionales, tanto respecto a la mediación como incluso respecto a aspectos jurisdiccionales, suelen abarcar ambas materias, por ejemplo:



Instrumento	Contenido
Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.	Artículo 1 ... 2. La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii)

Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.	Artículo 1. La presente Convención se aplicará a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados Partes, a menos que al momento de la ratificación alguno de estos haga expresa reserva de limitarla a las sentencias de condena en materia patrimonial. México ha hecho la reserva para que solamente sea aplicable a sentencias en condena de materia patrimonial.
Principios ALI/UNIDROIT del proceso civil transnacional.	Alcance e implementación. Estos Principios son estándares para la solución jurisdiccional de los litigios comerciales transnacionales. También pueden ser útiles para resolver otros tipos de litigios de naturaleza civil y servir de base a futuras iniciativas de reforma del proceso civil.
Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial.	Artículo 1 Ámbito de aplicación 1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y a la ejecución de sentencias en materia civil o comercial. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa
Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro.	Convencidos que tal cooperación puede ser fortalecida por medio de reglas uniformes sobre competencia y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil o comercial,...

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York).

Artículo I

...

3. En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno.

Reserva que nuestro país no ha realizado.[v]

Incluso, si leemos atentamente el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Convención de Singapur), cabe cuestionarnos si esta excluye de su aplicación a la materia civil:

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Convención será aplicable a todo acuerdo resultante de la mediación que haya sido celebrado por escrito por las partes con el fin de resolver una controversia comercial ("acuerdo de transacción") y que, en el momento de celebrarse, sea internacional debido a que:

- a) Al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o
- b) El Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es:
 - i) El Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o
 - ii) El Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción.

2. La presente Convención no será aplicable a los acuerdos de transacción:

- a) Concertados para resolver controversias que surjan de operaciones en las que una de las partes (un consumidor) participe con fines personales, familiares o domésticos;
- b) Relacionados con el derecho de familia, el derecho de sucesiones o el derecho laboral.

3. La presente Convención no será aplicable a:

a) Los acuerdos de transacción:

- i) Que hayan sido aprobados por un órgano judicial o concertados en el curso de un proceso ante un órgano judicial; y
- ii) Que puedan ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial;
- b) Los acuerdos de transacción que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.

Al analizar en conjunto el artículo, podríamos afirmar que el término comercial no hace referencia a la noción de derecho mercantil que utilizamos en nuestro ordenamiento, toda vez que dentro de las exclusiones no contempla al derecho civil en general, sino a los acuerdos relacionados con derecho de familia y sucesiones; pero también excluye a los acuerdos que surjan de operaciones en las que participe un consumidor, operaciones que conforme a nuestro derecho son mercantiles, lo que permitiría afirmar que la aplicación de la convención no depende de la naturaleza estrictamente civil o mercantil de la relación que dio origen al acuerdo.

Por lo anterior, desde la perspectiva del usuario, que es la que siempre debemos tener presente, la fragmentación innecesaria de la regulación de los ADR no contribuye al Lean Justice, y por el contrario genera muda al implicar una complicación innecesaria, pudiendo crear un obstáculo para controversias cuya naturaleza civil o mercantil no sea fácilmente determinable o bien abarque ambas, y además generando un riesgo de ineficacia, al dar pie a un argumento de nulidad por haberse desarrollado por una “vía” incorrecta.

La especialidad de la regulación, sin que necesariamente se requiera una ley o reglamento independiente, debe atender más a observar el principio de equidad de los ADR en relaciones en las que al considerar a una parte más débil, como es el caso de los consumidores, se busque una mayor protección desde la norma.

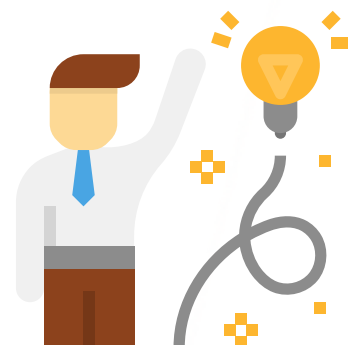


MUDA. Incluidos en la Iniciativa de Ley General presentada por la Senadora Olga Sánchez Cordero

EL 24 de enero de 2023, se presentó la iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, suscrita por la Senadora Olga Sánchez Cordero, del Grupo Parlamentario de Morena, respecto a la cual podemos analizar algunos muda que se pretenden incluir desde la norma, afectando el flujo continuo, flexible y sin desperdicios para ofrecer lo que el usuario espera, lo cual se busca mediante la Lean Justice, por lo tanto, dichos muda, harían innecesariamente ineficiente el acceso a la justicia.

- Acreditación tanto por parte de un Centro Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como por parte de los Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de las entidades federativas. Esta doble acreditación carece de sentido, la competencia del árbitro, mediador, o cualquier otro facilitador, deriva de la voluntad de las partes, pudiendo designar a quien consideren conveniente, y en caso de que consideren oportuno elegir a alguno “acreditado” por alguna entidad federativa, el instrumento que válidamente resulte de dicho procedimiento debe ser reconocido y ejecutado en cualquier entidad de la república, considerar lo contrario además de resultar violatorio de las normas mexicanas de DIPr en el aspecto interestatal, afectaría el acceso eficiente a la justicia de los usuarios de los ADR.

- Base de datos en la que se subirán la totalidad de los convenios surgidos de un mecanismo alternativo. La anterior implica un paso innecesario y por lo tanto muda, sin que contribuya en algo a eficientizar la justicia desde la perspectiva del usuario, pero sí violaría el principio de confidencialidad de los ADR.
- Requisito de que los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología deba ser autorizada por el Centro Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y los Centros de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias de las entidades federativas. El que las TIC utilizadas en un proceso de ADR deban ser autorizadas por el Estado, sin duda es un muda al imponer obligaciones innecesarias que dificulta el acceso a la justicia. Este requisito además viola los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica que debería observar una norma que verse sobre comunicaciones electrónicas, y también viola los principios de voluntad, flexibilidad y eficiencia de los ADR. Se puede considerar que conforme a la redacción de la iniciativa, se llegaría al extremo de que para poder realizar una negociación telefónica el Estado debería aprobar antes dicha tecnología, extremo que ayuda a visualizar lo improcedente de la autorización para las TIC en general.



- Definiciones incorrectas como la de negociación o la de mediación a través de tecnologías de la información y la comunicación.

Se define negociación como: el mecanismo por virtud del cual las partes, por sí o con la asistencia de una persona intermediaria certificada, solucionan una controversia de variada naturaleza jurídica... Aunque posteriormente, en la misma ley, encontramos otra definición: el acto por virtud del cual las partes, sin intermediarios, solucionan un conflicto. Careciendo la propia norma de sistematización y ofreciendo definiciones incorrectas que pueden afectar el acceso a la justicia.

La mediación a través de tecnologías de la información y la comunicación, se define como: el espacio virtual del sistema automatizado que permite la prestación del servicio de mediación por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología autorizada y operada por conducto del Centro Nacional y los Centros de las entidades federativas, cuya utilización y acceso se autoriza a una o varias personas mediadoras privadas certificadas que han satisfecho los requisitos para ello. Una simple definición puede implicar un obstáculo al acceso a la justicia, siendo contrario a la propuesta de Lean Justice, ya que si un procedimiento de mediación se desarrolla total o parcialmente con apoyo de las TIC, no encuadraría en la definición sui generis que se incluye en la norma, en la que nuevamente se pretende limitar la tecnología violando los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica de las comunicaciones electrónicas, violando la autonomía de la voluntad, y también violando los principios de flexibilidad y eficiencia de los ADR.

- Lineamientos para la prestación de los servicios de mecanismos alternativos de solución de controversias por medio del uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Estos lineamientos, para los ADR privados, resultarían un claro ejemplo de muda de sobre regulación, al pretender regular de manera inflexible aspectos que se deben dejar a la voluntad de las partes, violando la autonomía de la voluntad, y los principios de flexibilidad y eficiencia de los ADR.
- Respecto a los impedimentos y excusas, se llega al extremo de establecer como tal: mantener o haber mantenido relación laboral, profesional o mercantil con alguna de las partes, excepción hecha de que se trate de prestación de servicios de fe pública. Lo anterior bloquea indebidamente el acceso a la justicia, si las partes tienen conocimiento de tal circunstancia y con base en la autonomía de la voluntad determinan que esa persona es el facilitador adecuado, la norma no tendría porque violar nuevamente la voluntad, flexibilidad y eficiencia de los ADR.
- Indebidamente establece que si una persona intermediaria certificada pretende realizar un mecanismo alternativo en un fuero o entidad federativa distinta a la que emitió su certificación, deberá solicitar autorización por escrito al Centro de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en donde se pretende realizar y ser aprobada por este y notificar al Centro Nacional. Lo anterior es uno de los muda más graves de la iniciativa, toda vez que genera diversos pasos totalmente innecesarios que además reflejan

desconocimiento de los ADR y del DIPr en su ámbito interestatal, afectando aún más a los ADR mediante TIC, debe quedar claro que la competencia del facilitador en cualquier ADR deriva de la voluntad de las partes, que los facilitadores en los ADR no están sujetos a una “jurisdicción” o competencia territorial como lo están los tribunales del Estado, en caso de que el facilitador se encuentre autorizado o certificado por alguna entidad federativa y actúe con base en tal, la única limitación será respecto a la norma que aplicará al procedimiento del ADR que se trate y al lugar en el que, en su caso, se deba inscribir el instrumento derivado del ADR, pero este deberá ser reconocido y ejecutado en cualquier otra entidad federativa.

- Se prevé la obligación de las personas interesadas comparezcan personalmente. Lo cual es un requisito injustificado que puede complicar el acceso a la justicia en diversas circunstancias y que también es contrario a la autonomía de la voluntad y a los principios de flexibilidad y eficiencia de los ADR.
- Señala que en la cláusula compromisoria se debe establecer el nombre de la persona, programa o institución que brindará los servicios. Como sabemos, el señalar el nombre de la persona generaría una complicación que podría implicar bloquear el acceso eficiente a la justicia.
- Expresamente se prohíbe el desarrollo de dos mecanismos de manera simultánea siendo necesario concluir uno para poder dar inicio al siguiente. Lo cual implica la indebida prohibición de los denominados métodos híbridos, obstaculizando el acceso a la justicia, siendo una disposición contraria a la autonomía de la voluntad y a los principios de flexibilidad y eficiencia de los ADR.

- Requiere que exista alguna dificultad para que la primera invitación pueda realizarse mediante TIC, violando la flexibilidad y eficiencia de los ADR.
- Requiere para los ADR mediante TIC, una videograbación además de la firma electrónica, siendo un requisito innecesario que también viola los principios de equivalencia funcional y neutralidad tecnológica de las comunicaciones electrónicas, el principio de autonomía de la voluntad y también los principios flexibilidad y eficiencia de los ADR. Los anteriores son algunos de los muda detectados en la iniciativa, con los cuales se espera transmitir con mayor claridad la finalidad y beneficios de la Lean Justice.

Conclusión

Quedan diversos puntos por desarrollar, pero la propuesta de aplicar el pensamiento lean a la justicia, Lean Justice, nos impulsa a:

Detectar muda en los diversos métodos, especialmente en los ADR, muda que puede incluso establecerse en la regulación aplicable al perder de vista el objetivo de dichos métodos, al ignorar la perspectiva de los usuarios y en ocasiones indebidamente priorizar fortalecer o justificar el rol de otros intervinientes incluido el Estado.

Buscar continuamente un proceso más ágil y flexible, mejorando aquellos pasos que aporten valor, apoyándonos en la autonomía de la voluntad de las partes y en los principios de flexibilidad y eficiencia de los ADR.

No perder de vista que el objetivo es que la sociedad se beneficie de un acceso a la justicia cada vez más eficiente.

El Principio Iura Novit Arbiter en el Arbitraje Comercial



Escrito por:



VON WOBESER

Jorge Vázquez Chávez²

VON WOBESER
Rodrigo Barradas Muñiz¹



En diciembre de 2022, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (“Primera Sala”) —máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial en México— publicó dos criterios aislados (es decir, no vinculantes), relacionados con las causales de nulidad de laudos arbitrales.[3] En ellos, la Primera Sala analizó el alcance del artículo 1457, fracción I, inciso b), del Código de Comercio, que se refiere a la oportunidad de las partes para hacer valer sus derechos durante el procedimiento.[4]

Los criterios aislados referidos se enfocan en el alcance del control judicial del laudo y ratifican el principio de la no intervención —o mínima intervención— judicial en el arbitraje.

En ellos, la Primera Sala concluyó que, al analizar una potencial violación de los derechos de las partes de igualdad de trato y de plena oportunidad de hacer valer sus derechos, el Juez que conoce de una acción de nulidad de laudo arbitral debe evaluar principalmente cuestiones de procedimiento y no puede revisar temas que atañen a la decisión de fondo emitida por los árbitros (por ejemplo, la valoración de pruebas o la motivación).

Sin embargo, en la sentencia dictada en el juicio de amparo directo en revisión de donde derivan los criterios —y aunque no era la cuestión sometida a su consideración en el caso concreto— la Primera Sala señaló de manera ejemplificativa que la introducción de hechos o argumentos novedosos, que no hayan sido presentados por las partes y que pudieran considerarse ajenos a la disputa fijada, podría en ciertos casos ser un vicio suficiente como para anular el laudo.

[Te compartimos un link para que consultes la bibliografía y citas a pie del artículo.](#)

Específicamente, la Primera Sala sostuvo que “...cuando en el laudo el árbitro introduce hechos o argumentos que no fueron los propuestos por las partes en su defensa y respecto de los cuales es clara su ajenidad a los términos en que fue fijada la disputa [...] el vicio que origina la nulidad parcial o total del laudo, aunque se materialice con el pronunciamiento arbitral al resolver el fondo, se erige como un vicio capaz de invalidar el laudo porque se refiere a una cuestión respecto de la cual, durante el procedimiento, las partes, y sobre todo, evidentemente, la parte que resulta afectada, no pudo hacer valer sus derechos para defenderse...”[5]

Esas consideraciones de la sentencia no son vinculantes, ya que se dictó previo a la existencia del nuevo sistema de jurisprudencia por precedentes obligatorios[6] y, además, porque no es una justificación de derecho necesaria para fundar su decisión. Habrá que esperar a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenga oportunidad de pronunciarse sobre dicha cuestión concreta, en un caso en que una de las partes lo alegue como causal de nulidad del laudo.

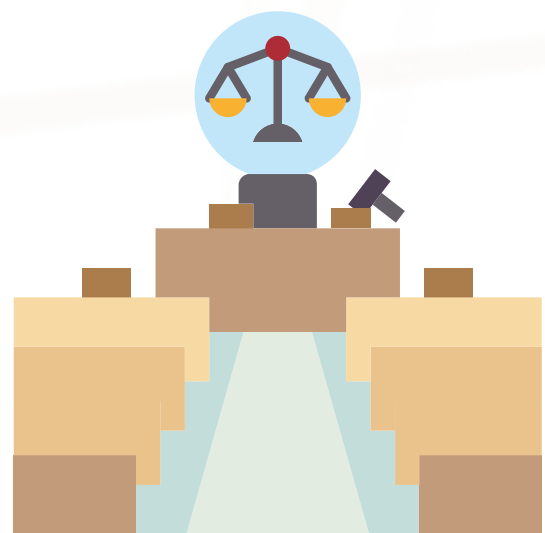
Con independencia de ello, esta sentencia brinda una oportunidad interesante de visitar y analizar el estado de la discusión en torno a la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje (*iura novit arbiter*). Es decir, si un tribunal arbitral tiene facultad para resolver con base en hechos o argumentos distintos a aquellos que expusieron las partes y si ello pudiera actualizar una causal de nulidad del laudo.

En muchas jurisdicciones de derecho civil es ampliamente reconocido y aceptado el -

principio *iura novit curia* (que puede traducirse al español como “el juez conoce el derecho”). Esta máxima implica que el juez tiene la facultad de determinar y resolver conforme al derecho aplicable, con independencia de los preceptos, principios e interpretaciones que hagan valer las partes.

Para algunos, la resolución de la Primera Sala podría interpretarse como una señal de que el Poder Judicial mexicano no necesariamente reconoce la aplicación de un principio similar en materia de arbitraje o, por lo menos, no con el mismo alcance.

Conforme a esta potencial interpretación, el hecho de que un tribunal arbitral introduzca argumentos no expuestos por las partes podría contravenir su derecho de defensa y trato igualitario. Sin embargo, limitar la resolución del caso a los fundamentos o argumentos que expusieron las partes conlleva el riesgo de que el laudo omita un principio o norma relevante y, por ende, sea contrario al derecho aplicable. El riesgo incrementa si se trata de una disposición de orden público. Ambas situaciones podrían tener como consecuencia que la validez del laudo pueda ser cuestionada y su ejecución, obstaculizada.





Iura Novit Curia

En los sistemas procesales de tipo dispositivo, es comúnmente aceptado que la carga de la prueba para acreditar los hechos de una controversia recae sobre las partes. Sin embargo, la aproximación respecto a la demostración del derecho varía entre los sistemas de derecho civil y los sistemas de derecho común, así como entre la aplicación del derecho local o del derecho extranjero.

En los sistemas de derecho común, por lo general, las partes deben aportar los argumentos jurídicos para sustentar su caso. No obstante, en muchas jurisdicciones de derecho civil se adapta el principio *iura novit curia*, que impone al juez que conoce de la disputa la carga de determinar el derecho aplicable.

Igualmente, hay diferencias importantes en distintas jurisdicciones dependiendo de si el derecho aplicable a la disputa es local o extranjero. Mientras en algunos casos se considera que el juez debe aplicar el derecho extranjero como lo haría un juez del país en cuestión, en otros se impone a las partes la carga de probar la existencia y contenido de éste, como si se tratara de un hecho.

El principio *iura novit curia* tiene sus orígenes remotos en el derecho romano; pero fue durante la Edad Media cuando se le dio su contenido actual. A menudo se le relaciona con los aforismos latinos “*Da mihi factum, dabo tibi ius*” (dame los hechos, yo te daré el derecho) y “*Venite ad factum, curia novit ius*” (La parte debe exponer los hechos, el juez aportará el derecho); incluso podría pensarse que la locución *iura novit curia* es una versión abreviada de este último aforismo.

Esta discusión no es nueva y se ha dado en muchos países y diversos foros a lo largo de los años, con distintos resultados, pero sin llegar a conclusiones categóricas.

En el caso particular de México, la sentencia de la Primera Sala es una prueba de que la discusión sigue abierta. Los tribunales mexicanos todavía tienen que definir su postura.

Por ello, consideramos necesario y oportuno analizar la posibilidad y, en su caso, conveniencia de adoptar el principio *iura novit arbiter*, y explorar la manera de modularlo para que su aplicación no pueda considerarse violatoria de los derechos de defensa de las partes y permita la ejecutabilidad de los laudos arbitrales.

En este artículo, exponemos el problema al que se enfrentan los árbitros y practicantes; después, referimos las principales posturas doctrinales y precedentes relevantes; y, finalmente, sugerimos algunas alternativas que pudieran contribuir a encontrar una solución.

Este principio implica que el Juez es conocedor del derecho y se encuentra obligado a resolver conforme a las normas jurídicas aplicables de acuerdo con los hechos expuestos y acreditados, con independencia de que las partes hayan sido omisas al invocar los preceptos y principios aplicables, o lo hayan hecho de manera equivocada. De esta manera, su aplicación tiene una función tanto supletoria como correctora.

En el caso del arbitraje comercial —al igual que en los procedimientos judiciales— las partes someten una controversia ante un tercero (ya sea un individuo o un órgano colegiado) cuya decisión tendrá carácter vinculante. Sin embargo, el origen, la naturaleza y las características del arbitraje hacen que muchos de los principios y reglas procesales aplicables a los procedimientos judiciales no sean trasladables.

El debate en torno al principio *iura novit arbiter* surge esencialmente porque —a diferencia de un procedimiento judicial— no existe la presunción de que el tribunal arbitral conoce el derecho. Por el contrario, los miembros del tribunal arbitral pueden tener distinto origen nacional e incluso diversas profesiones, por lo que exigirles identificar y aplicar por sí mismos todas las normas y principios relevantes a la controversia no parece adecuado.

Permitir que los árbitros resuelvan con base en argumentos, principios y normas que las partes no tuvieron oportunidad de debatir podría, en ciertos casos, ser contrario a su derecho de defensa y trato igualitario, lo cual podría cuestionar la imparcialidad del

tribunal arbitral o la debida conducción del procedimiento y, por tanto, la validez del laudo arbitral.

Sin embargo, si se rechazara por completo la aplicación de este principio, se corre el riesgo de que el laudo que se dicte sea contrario al derecho aplicable e inclusive a alguna disposición de orden público. Dicha situación también podría tener consecuencias negativas para su eventual validez, reconocimiento y ejecución. En torno a la posibilidad de adoptar el principio *iura novit arbiter*, han surgido dos posturas opuestas. Por un lado, están quienes sostienen que el principio debe aplicarse en el arbitraje comercial de la misma manera que se aplica en los procedimientos judiciales. Por otro lado, están quienes sostienen que cualquier manifestación del principio en el arbitraje comercial debe ser rechazada por completo.

El debate se volvió especialmente relevante desde que salió del ámbito estrictamente académico, con motivo de las sentencias que dictaron las cortes francesas y suizas, en las cuales anularon laudos dictados aplicando el principio *iura novit arbiter*.

Para determinar adecuadamente el problema planteado, consideramos prudente analizar, en primer lugar, la aplicación y funciones del principio *iura novit curia*, para posteriormente desarrollar las posturas doctrinales respecto a su adopción en el arbitraje comercial, y finalmente referir algunos precedentes relevantes dictados por las cortes de varios países durante los últimos años. De esta manera, podremos presentar una propuesta que permita la aplicación del principio *iura novit arbiter*, sin soslayar los derechos de defensa de las partes.

Aplicación y funciones del principio iura novit curia

El principio iura novit curia ha sido adoptado en distintas jurisdicciones, en particular aquellas de derecho civil en las que se le reconoce como un principio de derecho procesal estrechamente relacionado con la función jurisdiccional. Sin embargo, no es aceptado en todas las jurisdicciones e, incluso en aquellas que lo aceptan, no se le interpreta de la misma manera y puede tener un alcance distinto dependiendo de la materia.

El reconocimiento absoluto del principio implicaría que en todos los casos se presuma que el juez conoce el derecho, por lo que no se encuentra limitado por los argumentos expuestos por las partes, sino que puede resolver la controversia sometida a su conocimiento de acuerdo con las normas y principios que considere aplicables al caso.

El principio iura novit curia está vinculado con la distinción entre los hechos y el derecho. En muchas jurisdicciones se sostiene que las partes sólo están obligadas a presentar y probar al Juez los hechos relevantes y será responsabilidad del Juez resolver el caso conforme al derecho aplicable a los hechos expuestos.



Conforme al principio iura novit curia, el Juez puede y debe proporcionar el derecho aplicable, con independencia de lo que las partes invoquen para sustentar sus pretensiones, pues existe una presunción de que el juez conoce el derecho.[7] Esta máxima tiene dos funciones principales en los procedimientos judiciales:[8]

a) Función supletoria: En caso de que las partes no hayan invocado el derecho que resulta aplicable a la controversia, el Juzgador puede suplir esas omisiones y determinar las normas y principios relevantes.

Al partir de la presunción de que el Juez conoce el derecho, no es indispensable que las partes señalen todas y cada una de las normas aplicables o que fundamenten jurídicamente cada aspecto de su pretensión, toda vez que será el Juez quien determinará las normas jurídicas aplicables al caso.

b) Función correctora: En caso de que las partes hayan invocado normas y principios que resultan inaplicables, el Juzgador puede corregir el error y aplicar las normas y principios relevantes para la controversia.

La función correctora se presenta en aquellos casos en que el actor se equivoca al citar la norma sobre la cual pretende fundar su pretensión o el demandado invoca un precepto que no sirve de fundamento a sus excepciones y defensas. El Juez queda obligado a enmendar dicho error y citar la norma exactamente aplicable al caso.

El principio iura novit curia, por supuesto, no puede ser aplicado de manera irrestricta. Existen ciertos límites, pues no debe lesionar los principios de imparcialidad, contradicción y

congruencia, ni los derechos de debido proceso y tutela judicial efectiva. Tampoco puede utilizarse para suplir la deficiencia de los planteamientos de las partes, especialmente en materias donde el principio dispositivo aplica de manera estricta.

Uno de los límites más relevantes es el principio de congruencia que obliga al Juzgador a limitarse a analizar los hechos expuestos y probados por las partes, así como a pronunciarse sólo respecto a sus pretensiones. Es decir, el principio *iura novit curia* alcanza para subsanar o corregir los fundamentos de derecho aplicables a la controversia, pero no puede extenderse para modificar el petitorio de la demanda o hacer valer una excepción no invocada.

Posturas en torno a la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje



Como apuntamos anteriormente, el debate respecto a la posibilidad de adoptar el principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial ha dado lugar a dos posturas radicales.

Quienes defienden la aplicación del principio *iura novit arbiter* argumentan que los árbitros se encuentran obligados a resolver la controversia sometida a su conocimiento conforme al derecho aplicable.[9] El problema de adoptar esta postura es que podría interpretarse como si el tribunal arbitral supliría la queja y contribuyera con las cargas procesales de una parte. Esto incluso podría dar pie a cuestionar la imparcialidad del tribunal arbitral, pues estaría invocando un argumento o fundamento novedoso en beneficio de una de las partes y en detrimento de la otra (especialmente si ésta no tuvo oportunidad de pronunciarse).

Bajo derecho mexicano, el tema es especialmente delicado porque si se concluye que una de las partes por cualquier motivo no pudo hacer valer sus

derechos, se actualiza una causal de nulidad del laudo en términos del artículo 1457, fracción I, del Código de Comercio,[10] así como una causal para negar el reconocimiento y ejecución del mismo, conforme al artículo 1462, fracción I, del Código de Comercio[11] y el artículo V, fracción 1 (b) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).[12]

La postura contraria rechaza por completo la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial. Por ejemplo, Yves Derains ha afirmado que “...L’adage *Jura novit curia* n’a pas sa place en matière d’arbitrage...”[13] (el adagio *iura novit curia* no tiene lugar en materia de arbitraje).

Además de la problemática descrita en cuanto a la aplicación de este principio, quienes sostienen que no debe aplicarse también señalan que pareciera fuera de lugar exigir a los árbitros conocer el derecho si se considera que pueden tener distintas nacionalidades, especialidades y profesiones; y, por tanto, no necesariamente se encuentran familiarizados con el derecho aplicable al fondo de la disputa.[14]

No obstante, rechazar por completo la aplicación del principio también implica el riesgo de que el laudo sea contrario al derecho aplicable, sobre todo si las cuestiones omitidas por las partes se consideran de orden público. Bajo derecho mexicano, esto también podría dar lugar a una causal una causal de nulidad del laudo en términos del artículo 1457, fracción I, inciso c), del Código de Comercio,[15] así como a una causal para negar el reconocimiento y ejecución de éste, conforme al artículo 1462, fracción I, del Código de Comercio[16]y el artículo V, fracción 1 (c) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).[17]

Las consecuencias negativas de adoptar una u otra postura han llevado al surgimiento de una postura intermedia, que busca adaptar el principio a las características del arbitraje comercial. En ese sentido, Gabrielle Kaufmann-Köhler señala atinadamente que “a hard and fast iura novit curia rule would be inappropriate in international arbitration” (una aplicación estricta y rápida del principio iura novit curia sería inapropiada en el arbitraje internacional), pero que “a pure ‘law is fact’ approach would not be appropriate either”[18] (un entendimiento simple de que la ley es hecho tampoco sería apropiado).

Algunos precedentes internacionales relevantes

El debate sobre la aplicación del principio iura novit arbiter adquirió mayor relevancia y dejó de ser un tema meramente académico después de que los tribunales franceses y suizos anularon laudos arbitrales, argumentando que si el tribunal arbitral resuelve la controversia con base en argumentos o posiciones que no fueron hechas valer por las partes, se viola el derecho de las partes de ser oídas en procedimiento contradictorio.

En 1995, la Corte de Casación francesa sostuvo en una sentencia que si las partes habían elegido determinado derecho aplicable a una controversia y el tribunal arbitral había resuelto aplicando disposiciones de dicho derecho, las partes no podían quejarse de que el Tribunal hubiera aplicado ex officio disposiciones normativas que no habían sido invocadas por las partes, por lo que confirmó la validez del laudo.[19]

Es decir, la Corte de Casación reconoció, de manera implícita, la aplicación del principio iura novit arbiter.

Sin embargo, en 2008 los tribunales franceses cambiaron de criterio y negaron la ejecución de un laudo arbitral bajo el argumento de que el tribunal arbitral aplicó disposiciones del Código Civil Egipcio que no habían sido expresamente invocadas por las partes, con independencia de que estaba claro que el derecho egipcio era el aplicable a la controversia.[20]



La Corte de Casación consideró que el tribunal arbitral había violado el principio de contradicción al no haber sometido a la opinión de las partes las provisiones del Código Civil Egipcio que decidió aplicar motu proprio.

La misma corte francesa sostuvo en 2009 que debía anularse un laudo arbitral en el cual el tribunal arbitral resolvió declarar nulo un contrato con base en un principio del derecho austriaco —que era el derecho aplicable a la disputa— que no había sido invocado expresamente por las partes, no obstante que una de las partes sí había solicitado la declaración de nulidad del contrato.[21]

En el mismo sentido, el 30 de septiembre de 2003, la Sala Civil del Tribunal Federal de Suiza dictó una sentencia en la cual anuló un laudo arbitral por haberse pronunciado en exceso, invocando aspectos relacionados con el abuso de derecho y fuerza mayor. En específico, la Sala sostuvo que “...el tribunal arbitral ha adoptado una argumentación jurídica completamente nueva que no ha sido debatida en el procedimiento. El derecho de las partes de ser oídas en procedimiento contradictorio garantizado ha sido violado...”[22] Los argumentos sobre los cuales el tribunal arbitral resolvió no habían sido hechos valer por las partes y, en consecuencia, no tuvieron oportunidad de fundar su posición y presentar argumentos.

La Sala Civil, al analizar el principio *iura novit arbiter*, señaló que en caso de que el tribunal arbitral identifique una cuestión de derecho sobre la cual las partes no hicieron manifes-

taciones, debe someterlo a la consideración de las partes para que puedan ejercer su derecho de defensa.

En otro caso, el Tribunal Federal de Suiza sostuvo que el tribunal arbitral tiene la obligación de dar a las partes la oportunidad de comentar y pronunciarse respecto de un precepto legal que no haya sido mencionado en los escritos o alegatos de las partes, toda vez que el tribunal arbitral está impedido para resolver conforme a un argumento o posición completamente novedosa o sorpresiva para las partes.[23]

Mientras tanto, en otras jurisdicciones se ha aceptado la aplicación del principio *iura novit arbiter*. Por ejemplo, la Corte Suprema de Finlandia sostuvo en una sentencia de 2008 que un tribunal arbitral no se encuentra limitado por los argumentos jurídicos hechos valer por las partes.[24]

En México, el asunto no ha llegado a los tribunales para la emisión de criterios vinculantes u orientadores. Sin embargo, algunos podrían interpretar que la resolución de la Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 7790/2019, referido en la introducción, aunque el tema no fue objeto de la litis sometida a su consideración, podría indicar que los tribunales mexicanos se inclinan por rechazar el principio *iura novit arbiter*.



No se tendrá certeza hasta que se plantee un caso en el cual tengan que pronunciarse específicamente sobre el tema y se emitan los criterios jurisprudenciales correspondientes.

De manera que puede concluirse que no hay unanimidad ni en la aproximación doctrinal ni en los precedentes judiciales en torno a la posibilidad de aplicar el principio iura novit arbiter, cuestión que puede generar incertidumbre tanto entre las partes que someten su disputa a arbitraje como entre los miembros de un tribunal arbitral o en el juez que conoce de una acción de nulidad o de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

Algunas vías de solución

A la luz de la problemática expuesta en relación con la aplicación del principio iura novit arbiter, parece inadecuado adoptar una de las dos posturas radicales. En cambio, conviene adoptar una postura intermedia y adecuar el principio a las características del arbitraje comercial y así proteger tanto los derechos procesales de las partes como la validez del laudo.

Para lograr esa adecuación del principio, consideramos que, en primer lugar, debemos analizar si los principales reglamentos de instituciones administradoras de procedimientos arbitrales contienen disposiciones a partir de las cuales pueda desprenderse que el principio iura novit curia también es aplicable en los procedimientos arbitrales.

Posteriormente, es necesario analizar brevemente los principales deberes de los miembros del tribunal arbitral, para determinar los límites de la eventual aplicación del principio.

En función de dicho análisis, trataremos de formular el principio iura novit curia de una manera compatible con el arbitraje comercial, que tutele los derechos de las partes a la par que garantice que el laudo sea dictado conforme al derecho aplicable a la controversia.



El principio iura novit curia a la luz de las disposiciones de los principales Reglamentos de Arbitraje

Dado que la autonomía de la voluntad de las partes es uno de los pilares del arbitraje, el principio iura novit curia sólo podrá ser aplicado en el arbitraje comercial en la medida en que no haya un pacto expreso en contrario celebrado por las partes, o bien una prohibición expresa en el reglamento de arbitraje aplicable a la controversia.



Algunos reglamentos de arbitraje parecen incorporar el principio *iura novit arbiter* o permitir su aplicación, con ciertos matices. Por ejemplo, el artículo 22 (1) (iii) del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) prevé que el tribunal arbitral, después de darle a las partes una oportunidad razonable de pronunciarse, tiene la facultad de realizar las indagaciones necesarias para identificar las leyes y normas aplicables relevantes para el arbitraje, para el fondo del asunto y para el convenio arbitral.

22.1 El Tribunal Arbitral estará facultado, a instancia de cualquiera de las partes o (salvo lo dispuesto en el apartado (x) siguiente) de oficio, pero en cualquier caso solo después de haber dado a las partes una oportunidad razonable de pronunciarse al respecto y en los términos (en materia de costas y otros) que el Tribunal Arbitral decida para:

[...]

(iii) realizar las indagaciones que el Tribunal Arbitral considere necesarias o convenientes, incluida la cuestión de si el Tribunal Arbitral debe tomar por sí mismo, y en qué medida, la iniciativa de identificar las cuestiones relevantes y determinar los hechos relevantes y la(s) ley(es) o normas jurídicas aplicables al Acuerdo de Arbitraje, al arbitraje y al fondo de la controversia de las partes;

Otros reglamentos de arbitraje no contienen disposiciones tan claras; sin embargo, ciertos artículos permiten interpretar que el tribunal arbitral está facultado para identificar las normas jurídicas y principios aplicables a la disputa, con independencia de aquellas disposiciones que invoquen las partes.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su artículo 21 (1), prevé que las partes pueden acordar libremente las normas jurídicas conforme a las cuales el tribunal arbitral deberá resolver la controversia. No obstante, a falta de acuerdo expreso en contrario, el tribunal arbitral debe aplicar aquellas normas que considere apropiadas.

Artículo 21

Normas jurídicas aplicables al fondo

1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas [...]

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en su artículo 21 (1), prevé que las partes pueden acordar libremente las normas jurídicas conforme a las cuales el tribunal arbitral deberá resolver la controversia. No obstante, a falta de acuerdo expreso en contrario, el tribunal arbitral debe aplicar aquellas normas que considere apropiadas. Usualmente el precepto se entiende referido de manera general al derecho aplicable, pero a partir de dicha disposición podría interpretarse que el tribunal arbitral tiene la facultad de indagar para identificar las normas y principios específicos dentro de ese derecho pactado o determinado como aplicable a la controversia sometida a su conocimiento y que no se encuentra limitado por aquellas invocadas por las partes, salvo que exista un acuerdo expreso que se lo impida.

En el mismo sentido, el artículo 35 (1) del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional establece que el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo de la disputa.

Artículo 35

1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada [...]

Dicha disposición podría ser interpretada en el sentido de que, una vez que las partes designaron el derecho aplicable, o lo determinó el tribunal arbitral, éste tiene la facultad de identificar las normas y principios relevantes de dicho derecho, con independencia de lo que argumenten y expongan las partes durante el procedimiento.

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México prevé en su artículo 40 que el tribunal arbitral debe aplicar al fondo de la controversia las normas de derecho acordadas por las partes, pero a falta de acuerdo debe aplicar aquellas que considere apropiadas.

Artículo 40

Ley aplicable, amigable componedor

1. El tribunal arbitral aplicará al fondo de la controversia, las normas de derecho que las partes hayan acordado. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que considere apropiadas [...]

Finalmente, las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México establecen, en el artículo 23, que las partes tienen derecho de elegir el derecho aplicable al fondo y a falta de elección el tribunal arbitral aplicará las reglas de derecho que juzgue apropiadas.

Artículo 23. Derecho aplicable

1. Las partes pueden elegir libremente el derecho que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de litigio. A falta de elección, el Tribunal Arbitral aplicará las reglas de derecho que juzgue apropiadas [...]

Dicho precepto también puede ser interpretado en el sentido de que las partes pueden elegir el derecho aplicable (por ejemplo, la legislación federal mexicana) y el tribunal arbitral quedará obligado a determinar cuáles de las provisiones y principios de dicho derecho resultan relevantes para la controversia.

Por supuesto, las interpretaciones anteriormente expuestas no necesariamente son aceptadas de manera unánime por los practicantes y doctrinarios dedicados a la materia arbitral. Sin embargo, sí nos parecen suficientes para sostener que el tribunal arbitral no se encuentra ineludiblemente limitado a pronunciarse sólo con base en las normas y principios invocados por las partes, sino que tiene cierto margen de discreción para determinar las normas aplicables.



Los deberes del tribunal arbitral

Además de analizar si conforme al reglamento de arbitraje aplicable a la controversia es posible adoptar el principio *iura novit arbirer*, también es relevante hacer un análisis de las obligaciones del tribunal arbitral para determinar si alguna de ellas constituye un obstáculo para la aplicación del principio o si, por el contrario, sirven de fundamento para ello.

Los miembros de un tribunal arbitral tienen diversas obligaciones, entre ellas: (i) emitir un laudo ejecutable; (ii) conducirse con independencia e imparcialidad; (iii) revelar cualquier posible conflicto de interés; (iv) actuar con diligencia; (v) respetar el debido proceso; (vi) tratar a las partes de forma igualitaria; y, (vii) resolver conforme al derecho aplicable.

Para efectos de este artículo, resultan relevantes las obligaciones relativas a emitir un laudo ejecutable, conducirse con imparcialidad, respetar del debido proceso, tratar a las partes de forma igualitaria y resolver conforme al derecho aplicable. En nuestra opinión, éstos son precisamente los deberes que entran en conflicto cuando se analiza si debe o no adoptarse el principio *iura novit arbirer*.

La obligación de emitir un laudo ejecutable se refiere a que el tribunal arbitral debe hacer sus mejores esfuerzos para evitar que se actualicen causales de nulidad y/o denegación de reconocimiento y ejecución.[25]

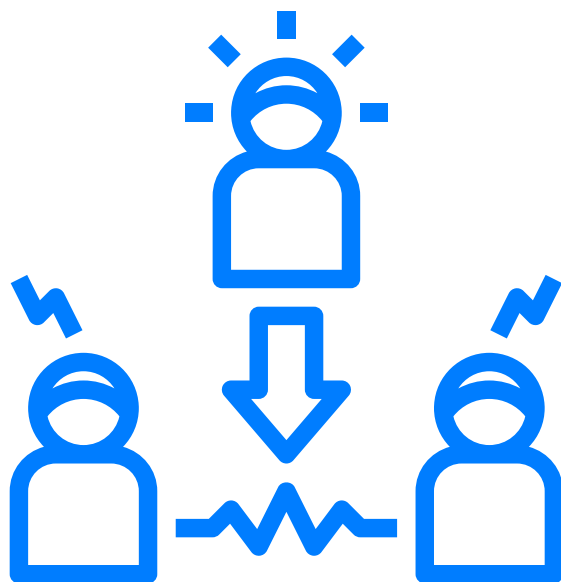


La obligación de conducirse con imparcialidad se refiere a que no exista preferencia o riesgo alguno de preferencia hacia una de las partes en el arbitraje o bien hacia una de las posturas en el asunto.

La obligación de respetar el debido proceso es entendida como el deber de asegurar que las partes tengan oportunidad suficiente para hacer valer sus derechos durante el procedimiento, aportando pruebas y formulando argumentos para sustentar su posición jurídica.

El deber de tratar a las partes de forma igualitaria se refiere a que a lo largo del procedimiento arbitral, las partes deben enfrentarse en iguales condiciones; es decir, se debe evitar cualquier circunstancia que implique una ventaja procesal o un obstáculo injustificado para alguna de las partes.[26]





En la práctica, esto significa que no se puede aceptar una prueba a una parte si no se le aceptó a la otra, no se le pueden otorgar a una de las partes plazos más extensos que a la otra, no puede permitirse que una parte formule alegatos si a la otra no se le permitió, etc.

Finalmente, una de las obligaciones de los árbitros, a menudo olvidada, es la de resolver la disputa sometida a su conocimiento conforme al derecho aplicable (excepto en los arbitrajes ex aequo et bono y aquellos en los que actúan como amigables compondores). En ese sentido, los árbitros no están obligados a simplemente aplicar los términos del contrato entre las partes o la ley escogida por las partes, sino que deben resolver conforme al derecho realmente aplicable.[27]

De esta breve exposición de las obligaciones del tribunal arbitral puede fácilmente identificarse que algunas de ellas apuntan a que debería aplicarse el principio *iura novit arbiter*, mientras que otras parecen un potencial obstáculo para hacerlo.

Así, las obligaciones de dictar un laudo ejecutable y resolver conforme al derecho aplicable llevan a pensar que el tribunal arbitral debe dictar el laudo conforme al derecho realmente aplicable a la disputa, con independencia de si fue invocado y discutido por las partes. Por el contrario, las obligaciones de imparcialidad, trato igualitario y debido proceso parecerían contrarias a esta solución, pues la aplicación de un principio o norma jurídica que no fue invocada por las partes se haría en supliendo la deficiencia de la queja o las cargas procesales de una de las partes y en perjuicio de la otra, sin haberle dado la oportunidad de defenderse.

En todo caso, al analizar la posibilidad de aplicar el principio *iura novit curia* en el arbitraje comercial, deberán tenerse siempre en cuenta dichas obligaciones, buscando un equilibrio en la actuación del tribunal arbitral que tutele los derechos de las partes al mismo tiempo que proteja la validez del laudo.



Posible adopción del principio iura novit curia en el arbitraje comercial

De las consideraciones expuestas pueden derivarse ciertas conclusiones. En primer lugar, no es aceptable que un tribunal arbitral resuelva una disputa sometida a su conocimiento aplicando normas y principios o haciendo valer líneas argumentativas que no fueron debatidas por las partes o respecto de las cuales no tuvieron oportunidad de pronunciarse, pues ello puede considerarse violatorio del debido proceso y el derecho de defensa.

Por su parte, tampoco es aceptable que el tribunal arbitral se vea limitado en su análisis del caso por los argumentos jurídicos y las normas y principios invocados por las partes, pues ello conlleva el riesgo de pasar por alto disposiciones relevantes del derecho aplicable. En esa medida, no es recomendable aceptar la aplicación irrestricta del principio iura novit curia en el arbitraje comercial, como tampoco lo es rechazarla por completo. En cambio, el principio debe reformularse de manera que sea compatible con la naturaleza y características del arbitraje comercial.

La formulación general que proponemos es la siguiente: salvo pacto expreso en contrario, el tribunal arbitral tiene la facultad de determinar e interpretar el contenido y alcance del derecho aplicable, debiendo atender, en primer lugar, a lo expuesto por las partes. Sin embargo, en caso de que el tribunal arbitral identifique una norma o principio que considere relevante para la disputa sometida a su conocimiento, respecto de la cual las partes hayan sido omisas, deberá dar a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre la misma, con independencia de la etapa procesal en que se encuentre el procedimiento.



Esta propuesta descansa sobre la premisa de que el tribunal arbitral está obligado a dictar un laudo conforme al derecho aplicable, pero también se encuentra obligado a respetar los derechos de defensa e igualdad entre las partes.

De esta manera, para resolver una controversia, el tribunal arbitral en primer lugar debe analizar los argumentos expuestos por las partes a la luz de los preceptos normativos y principios que hayan invocado durante el procedimiento. Sin embargo, ello no debe implicar que el tribunal arbitral se encuentre impedido para indagar sobre el derecho aplicable para confirmar la veracidad de lo que sostuvieron las partes.

Las partes deben argumentar en sus escritos y en las audiencias respecto al derecho aplicable y pueden aportar pruebas y dictámenes para sustentar su posición. Incluso, el tribunal arbitral puede requerirles mayores detalles o explicaciones en torno al derecho aplicable. Sin embargo, será finalmente éste quien determine cuáles son las disposiciones relevantes para la controversia y las interprete.[28]

Lo que debe evitarse, en todo caso, es sorprender a las partes resolviendo conforme a normas y principios que el tribunal arbitral estima resultan aplicables a la disputa, pero que no fueron ni invocadas ni debatidas por las partes. El deber de dar oportunidad a las partes de pronunciarse respecto a los aspectos jurídicos que el tribunal arbitral identifique como relevantes para la controversia no debe llevarse a extremos.

Por ejemplo, si el tribunal arbitral cita en su laudo precedentes o doctrina que no haya sido referida por las partes para apoyar sus conclusiones respecto a aquellas posiciones que sí fueron suficientemente debatidas por las partes, es probable que no haya una violación a los principios de igualdad entre las partes ni al deber de imparcialidad del tribunal arbitral, en la medida de que se trata de un argumento expuesto y debatido entre las partes, y el tribunal únicamente está citando algunas fuentes de derecho que le sirven para justificar el haber elegido una posición sobre la otra. Tampoco tendría que considerarse violatorio del derecho de defensa de las partes que el tribunal exponga un argumento o un fundamento de derecho que no haya sido invocado por las partes, si se trata de una consideración secundaria o complementaria, que no sirve para sustentar las premisas centrales de la decisión. El problema sólo se presentaría si el tribunal arbitral desarrolla un argumento completamente novedoso respecto del cual las partes no tuvieron oportunidad de pronunciarse y que sirve de sustento a la decisión.

En esos casos, si como parte de su análisis del caso y del derecho aplicable el tribunal arbitral identifica una norma o principio relevante que no fue invocado ni referido por las partes y que considera exactamente aplicable al caso, en protección del derecho de defensa de las partes, el tribunal arbitral debe invitar a las partes a manifestarse y alegar al respecto.[29]



Incluso si el tribunal arbitral identifica la norma o principio relevante en una etapa avanzada del procedimiento, una vez que ha sido cerrada la instrucción y solo está pendiente el dictado del laudo, lo recomendable es dar a las partes la oportunidad de pronunciarse y hacer valer los argumentos que consideren apropiados. Consultar a las partes de manera previa a la aplicación de una norma o principio que no fue invocada por las partes ni debatida durante el procedimiento es de gran relevancia para proteger el derecho de defensa y cuidar que la imparcialidad del tribunal arbitral no sea cuestionada. Entonces, la aplicación del principio *iura novit arbiter* debe ser excepcional y limitada, solo en aquellos casos en que sea necesario para que el tribunal arbitral cumpla con su deber de mejores esfuerzos para dictar un laudo válido y ejecutable.

Ninguna de las premisas centrales en las que descansa la determinación del tribunal arbitral debe estar exenta del debate contradictorio entre las partes.[30]

Es recomendable que los tribunales arbitrales sean en extremo cuidadosos cuando ejerzan sus facultades discrecionales para determinar el contenido y alcance del derecho aplicable, siendo de gran relevancia que tengan en cuenta en todo momento que para aplicar ex officio un precepto o principio no invocado por las partes, deben asegurarse de brindar a éstas la oportunidad de pronunciarse al respecto.

Conclusión

La aplicabilidad del principio iura novit arbiter sigue sujeta a debate. Algunos consideran que aplicarlo podría ser violatorio del derecho de defensa e igualdad procesal de las partes, e inclusive pudiera llegar a levantar cuestionamientos en torno a la imparcialidad del tribunal arbitral. Esto podría incluso actualizar una causal de nulidad de laudo y obstaculizar su reconocimiento y ejecución, dependiendo de las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, descartar por completo su aplicación también resulta problemático. El hecho de que un tribunal arbitral deje de lado disposiciones que eran aplicables al caso, sobre todo aquéllas de orden público, por el sólo hecho de que las partes no las invocaron, implicaría que el laudo que se dicte no se apegue al derecho aplicable. Esta situación también podría dar lugar a causales de nulidad del laudo o de denegación de su reconocimiento y ejecución.

Los pronunciamientos de los tribunales a nivel internacional en torno a este tema son variados. Mientras en algunas jurisdicciones se ha reconocido y adoptado el principio iura novit arbiter, en otras se han llegado a anular laudos por considerar que el tribunal arbitral

fue más allá de los fundamentos y consideraciones que expusieron las partes. La reciente resolución de la Primera Sala en el amparo directo en revisión 7790/2019 en cierta medida reabre el debate respecto de la aplicación del principio iura novit arbiter en México, aunque sigue pendiente que los tribunales mexicanos se pronuncien concretamente sobre la cuestión y emitan los criterios correspondientes.

Como alternativa que permita la aplicación del principio iura novit arbiter y al mismo tiempo garantice la ejecutabilidad del laudo, sugerimos adecuar el principio para establecer que, salvo pacto expreso en contrario, el tribunal arbitral tiene la facultad de determinar e interpretar el contenido y alcance del derecho aplicable a la controversia. Para ello, el tribunal arbitral debe atender, en primer lugar, a lo expuesto por las partes. Sin embargo, en caso de que el tribunal arbitral identifique una norma o principio que considere relevante para resolver la disputa, y respecto de la cual las partes fueron omisas, deberá dar a las partes la oportunidad de pronunciarse sobre la misma, con independencia de la etapa procesal en que se encuentre el arbitraje. De esta manera, el tribunal arbitral dictará un laudo que se base en el derecho realmente aplicable al caso, sin poner en tela de juicio el respeto al derecho de defensa e igualdad de las partes durante el procedimiento.

**COMING
SOON**



31 DE MAYO DE 2023

**Taller nearshoring: Retos y
Oportunidades para capitalizar
el impacto en México**

8:00-13:00 hrs. | Hotel Four Seasons

iNo olvides inscribirte

dando clic en la imagen!

Arbitraje y compliance: indicios de corrupción en la inversión y la no ejecución de laudos arbitrales internacionales*

El arbitraje internacional y las normas de cumplimiento y anticorrupción tienen como punto de contacto la posibilidad de que se anule un laudo arbitral internacional por indicios de corrupción en los actos del inversionista. Por ejemplo, las cortes francesas recientemente anularon laudos en casos en los que había presencia de actos de corrupción por parte del inversionista.

La facultad de las cortes francesas de anular laudos arbitrales se encuentra en el artículo 1520 del Código de Procedimientos Civiles francés. Dicho artículo lista cinco motivos por los que las cortes francesas pueden anular un laudo. El quinto motivo refiere al orden público internacional:[1]

El recurso de anulación sólo procede si: [...]

5°. El reconocimiento o ejecución del laudo es contrario al orden público internacional.

Ahora bien, el razonamiento de las cortes francesas es que la ejecución de un laudo en el que existan sospechas de corrupción es contrario al orden público internacional. De lo anterior, derivan dos preguntas: ¿Qué implicaciones tiene esto para el arbitraje internacional? ¿Qué implicaciones tiene para los inversionistas en materia de compliance?

La respuesta a la primera pregunta resulta complicada, debido a que de la misma derivan muchas preguntas más: ¿alguna de las otras sedes principales de arbitraje en el mundo, como Londres, Ginebra o Singapur, optarán por anular laudos en los que exista sospecha de corrupción? ¿En qué momento se debe analizar si hubo un acto de corrupción, durante el arbitraje o posteriormente frente a las cortes?

*El contenido de este artículo es a título personal, no es una opinión legal y no refleja la postura del lugar en donde los autores trabajan o de las instituciones en las que estudian.

Escrito por:

RITCH
MUELLER

Marco Portillo Díaz



Guillermo Parra Arteaga



[Te compartimos un link donde puedes ver las citas a pie de este artículo.](#)

¿esto implica una oportunidad para una de las partes para argumentar nuevamente la disputa a su favor? ¿qué figura está mejor facultada para conocer del posible acto, el juez o el árbitro? ¿cuál debe ser el estándar de la prueba para que un tribunal arbitral decida que existe sospecha de corrupción?

El presente artículo no tratará estos temas, sino que se enfocará en la segunda pregunta principal mencionada arriba. Es decir, ¿qué implicaciones tiene la posibilidad de anulación de un laudo internacional por sospechas de corrupción para los inversionistas en materia de compliance? Para ello, i) se describen tres casos recientes en los que se anuló un laudo en Francia por temas de corrupción y ii) se enlistan recomendaciones para que los inversionistas eviten una anulación por temas de compliance.

El presente artículo no tratará estos temas, sino que se enfocará en la segunda pregunta principal mencionada arriba. Es decir, ¿qué implicaciones tiene la posibilidad de anulación de un laudo internacional por sospechas de corrupción para los inversionistas en materia de compliance? Para ello, i) se describen tres casos recientes en los que se anuló un laudo en Francia por temas de corrupción y ii) se enlistan recomendaciones para que los inversionistas eviten una anulación por temas de compliance.

Casos relevantes

A. Sociedad Orleanesa de Electricidad y Calefacción Eléctrica - Sorelec S.A. v. el Estado de Libia.[2]

En 2013, Sorelec, una empresa francesa, demandó en arbitraje al Estado de Libia. El inversionista demandó a Libia de conformidad con el Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Francia y Libia.

Según Sorelec, Libia violó el tratado bilateral al no cumplir con sus obligaciones contractuales y al no ofrecer la protección adecuada a la inversión de Sorelec en dicho Estado. Sorelec reclamó la expropiación de sus activos en Libia, la falta de pago de las facturas por parte del Estado, la negativa de Libia a permitir la repatriación de las ganancias de la empresa y la interferencia en la operación de una central térmica. Sorelec solicitó una compensación por daños derivadas de las pérdidas sufridas como resultado de las violaciones del tratado bilateral de inversión por parte de Libia.

En 2018, el tribunal arbitral emitió un laudo en el que se le ordenaba a Libia pagar 230 millones de euros a Sorelec. Sin embargo, posterior a la emisión del laudo, Libia buscó su anulación ante las cortes francesas.

Libia argumentó que existieron indicios de corrupción durante el desarrollo de la inversión de Sorelec. La Corte de Apelaciones de París determinó que no era necesario que existieran pruebas fehacientes de corrupción para anular el laudo, sino que bastaba con que existieran indicios relevantes (red flags) al respecto.

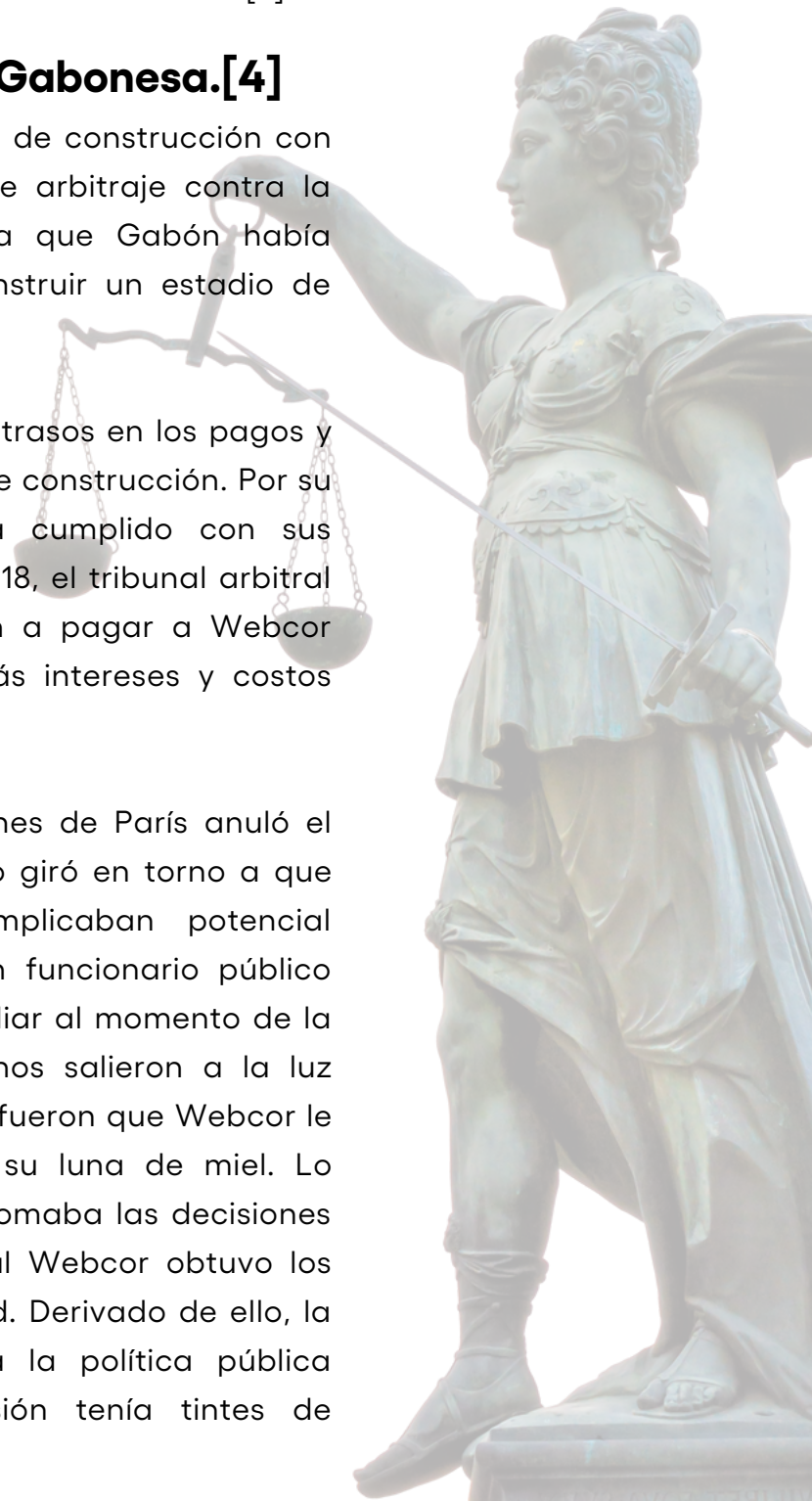
Según la Corte, el tribunal arbitral aceptó evidencia circunstancial de prácticas de corrupción, por lo que ejecutar el laudo violaba la política pública internacional de Francia. Sorelec intentó combatir la decisión en la Corte de Casación, pero dicha corte concluyó desechar la demanda promovida por Sorelec, toda vez que los principios que protege el artículo 1520 fracc. V no fueron observados y por ello se viola la protección al orden público internacional. [3]

B. Webcor ITP Limited v. República Gabonesa.[4]

El 4 de marzo de 2014, Webcor, una compañía de construcción con sede en California, presentó una demanda de arbitraje contra la República Gabonesa. El inversionista alegaba que Gabón había violado los términos de un contrato para construir un estadio de fútbol en Libreville, la capital del país.

Webcor alegó que Gabón había incurrido en retrasos en los pagos y había suspendido indebidamente los trabajos de construcción. Por su parte, Gabón alegó que Webcor no había cumplido con sus obligaciones contractuales. El 21 de junio de 2018, el tribunal arbitral emitió un laudo en el que condenó a Gabón a pagar a Webcor aproximadamente €45 millones en daños, más intereses y costos legales.

El 25 de mayo de 2021, la Corte de Apelaciones de París anuló el laudo por indicios de corrupción. El argumento giró en torno a que existían ciertos elementos fácticos que implicaban potencial corrupción por parte del inversionista con un funcionario público gabonés, que el tribunal arbitral no pudo estudiar al momento de la emisión del dicho laudo (ya que dichos hechos salieron a la luz después de la emisión del laudo). Tales hechos fueron que Webcor le regaló al alcalde de Libreville el viaje para su luna de miel. Lo anterior, a pesar de que el alcalde era quien tomaba las decisiones respecto de la licitación por medio de la cual Webcor obtuvo los permisos para construir el estadio en su ciudad. Derivado de ello, la corte decidió que ejecutar el laudo violaba la política pública internacional de Francia, ya que la inversión tenía tintes de corrupción.[5]



C. Valeri Belokon v. República Kirguís.[6]

El 15 de marzo de 2012, Valeri Belokon inició un arbitraje de inversión contra Kirguistán bajo el Tratado de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Letonia y la República Kirguisa. Belokon alegó que Kirguistán había expropiado ilegalmente su inversión en la filial de un banco letón en Kirguistán, donde había invertido más de 40 millones de dólares.

Según Belokon, el Banco Nacional de Kirguistán había obligado a la filial del banco letón a transferir sus activos a una entidad controlada por el gobierno de Kirguistán en 2010. Belokon argumentó que esta acción constituía una expropiación indirecta de sus inversiones y que Kirguistán había violado sus obligaciones de protección y tratamiento justo y equitativo de las inversiones extranjeras establecidas en el tratado. Por su parte, Kirguistán alegó la existencia de indicios de lavado de dinero respecto de la operación del banco. El tribunal estudió y desestimó el argumento promovido por la demandada debido a que Kirguistán no presentó “pruebas sustanciales y convincentes” de las acusaciones de la demandada respecto de los actos de lavado de dinero llevados a cabo por Belokon.

El 24 de octubre de 2014, el tribunal emitió un laudo en el que determinó que Kirguistán había expropiado ilegalmente las inversiones de Belokon y que había violado sus obligaciones de protección y tratamiento justo y equitativo de las inversiones extranjeras. El tribunal ordenó a Kirguistán a pagar una compensación de más de 15 millones de dólares a Belokon.

En este caso, Kirguistán pidió la anulación del laudo ante las cortes francesas. El 21 de febrero de 2017, la Corte de Apelaciones de París concluyó que el laudo era violatorio de la política pública

internacional de Francia, toda vez que éste permitió que Belokon se enriqueciera a través de actividades ilícitas (lavado de dinero) derivadas de la operación del banco. Posteriormente, el 23 de marzo de 2022, la Corte de Casación de Francia resolvió desechar el recurso interpuesto por Belokon contra la decisión anterior, toda vez que encontró válido el razonamiento de la Corte de Apelaciones de París.[7]



Recomendaciones de Compliance

Los casos anteriores resultan relevantes para enfatizar que los inversionistas deben considerar implementar programas de cumplimiento robustos que permitan mitigar riesgos de corrupción y demostrar que el inversionista contaba con mecanismos eficientes de análisis de riesgo, monitoreo, supervisión e implementación de sus políticas anticorrupción. Esto mitigaría el riesgo de que alguna corte, particularmente las francesas si el arbitraje tiene sede en Francia o si se busca ejecutar el laudo en dicho país, decidan anular o no ejecutar un laudo arbitral internacional.

La Corte de Apelaciones francesa menciona que: “la función de control que ejerce el tribunal [la Corte de Apelaciones] tiene el único objetivo de asegurar que el reconocimiento y la ejecutabilidad de un laudo no resulte en una violación manifiesta, efectiva y concreta del orden público internacional”.[8] Esto resulta relevante para temas de corrupción, ya que implica que las cortes francesas ejercerán su control frente a laudos en los que existan indicios al respecto.

Esto resulta relevante para los tribunales arbitrales, ya que los árbitros deben conocer y analizar cualquier indicio de corrupción, con el fin de esclarecer y determinar si hubo o no actos de corrupción relacionados con la inversión. De lo contrario, las cortes francesas ejercerán, en una instancia posterior, sus facultades de control y podrán invalidar la ejecución del laudo en cuestión.[9]

Igualmente, resulta extremadamente relevante para los inversionistas.



Tener un programa de compliance efectivo podrá permitir a los inversionistas demostrar ante el tribunal que los posibles indicios de corrupción resultan infundados. Es importante destacar que las cortes francesas no requieren que los indicios de corrupción estén respaldados por una prueba firme.[1] En los casos en que los tribunales arbitrales han analizado de manera cuidadosa, cabal y profunda, tanto las denuncias como los hechos, las cortes francesas no han encontrado argumentos para invalidar el laudo.

Los inversionistas deben tomar en cuenta la observancia y aplicación de las políticas y procesos internos de compliance en sus inversiones. Por ello, deben tener una política clara de regalos y entretenimiento, de contacto con funcionarios públicos, así como de participación en licitaciones, todo con cero tolerancia a la corrupción.

En conclusión, es recomendable que los inversionistas prevean que los posibles indicios de corrupción en sus inversiones pueden tener repercusiones en sus arbitrajes internacionales.

Por ello, los inversionistas deben implementar un sólido programa de cumplimiento que incluya: debida diligencia exhaustiva en todas las etapas del proyecto, medidas para monitorear continuamente la inversión, así como cero tolerancia a prácticas corruptas. En caso de que se presenten indicios de corrupción, los inversionistas deben tomar medidas inmediatas para mitigar dicho riesgo, evitar sanciones y potenciales problemas en cualquier proceso arbitral.

[Te compartimos un link donde puedes ver las citas a pie de este artículo.](#)





Masterclass de Reglas Incoterms® 2020

Del 19 al 22 de junio de 2023.

**iConsulta todo sobre
la Masterclass!**

CLICK



De 8:00 a 12:00 hrs.

Vía zoom



La ICC es la organización mundial de las empresas cuya misión es fomentar la apertura del comercio y la inversión internacional, así como ayudar a las empresas a enfrentarse a los retos y las oportunidades que surgen con la globalización. Fundada en 1919 y con sede en París, Francia, la ICC trabaja para un mundo donde la paz, el crecimiento económico y la prosperidad compartida se sustenten en un comercio e inversión multilateral abierta, basados en reglas. Promovemos la apertura en el comercio y la inversión, basados en normas, un sistema de economía de mercado, el crecimiento económico sostenible, la conducta empresarial responsable y un enfoque global de la regulación. Con intereses que abarcan todos los sectores de la empresa privada, la red global de la ICC comprende más de 45 millones empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países, generando más de 1,000 millones de empleos. Los comités nacionales trabajan con empresas miembros de la ICC en sus propios países para abordar sus preocupaciones e intereses, y haciéndoles llegar a sus respectivos gobiernos las posturas empresariales formuladas por la ICC. La ICC brinda a empresas las herramientas necesarias para poder anticipar y comprender cambios en el entorno de negocios y así responder con estrategias y modificaciones en la operación, que les permita competir efectivamente en los mercados nacionales e internacionales. La International Chamber of Commerce es un organismo consultivo de las Naciones Unidas y somos la única organización empresarial que goza del estatus de observador ante su Asamblea General. La ICC transmite sus prioridades a través de una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio el G-20, el Business and Industry Advisory Committee (BIAC), la Organización Internacional de Empleadores (OIE), el Banco Mundial y otros organismos gubernamentales y no gubernamentales a nivel internacional.

La ICC tiene las siguientes funciones principales:

- Promover el comercio y la inversión libre a través de las fronteras.
- Identificar mejores prácticas internacionales para el desarrollo de herramientas empresariales.
- Proveer reglas y estándares para un mejor gobierno y comportamiento más ético de los negocios internacionales
- Capacitar
- Solución de Controversias



Desde 1945, en ICC México trabajamos para hacer que las empresas funcionen para todos, todos los días y en todas partes. Nuestro trabajo es autónomo, apartidista y busca incidir en el progreso de México para lograr una nación más justa, competitiva e incluyente, para que las personas y las empresas puedan desarrollar plenamente su potencial.

Misión

Lograr un mundo donde la paz, el crecimiento económico sostenible y la prosperidad compartida, se sustenten en el comercio y la inversión multilateral abierta, basados en reglas.

Visión

Promover la apertura en el comercio y la inversión, basados en normas, un sistema de economía de mercado, el crecimiento económico sostenible, la conducta empresarial responsable y un enfoque global de la regulación. Estos objetivos se persiguen a través de una combinación de promoción de políticas, desarrollo de herramientas prácticas y actividades de creación de reglas por parte de las empresas, incluidos nuestros servicios de resolución de disputas líder en el mercado.