

PAUTA 109

ARBITRAJE & ADR

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE MÉXICO



Pauta 109: Arbitraje & ADR

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

MAYO 2024

Consejo Editorial

Presidente

Claus Von Wobeser

Vicepresidentes

Alberto Espinosa Desigaud

Federico Bernaldo de Quirós

Marlene Garayzar Gómez

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

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: 04-2022-01114105400-203 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

Índice

03. Índice

04. Conoce a nuestros autores

05. Carta del Presidente de ICC México

06. ICC México solicita a la SCJN declarar la inconstitucionalidad de la reforma a la Ley de Amparo

07. Órdenes de suspensión de arbitrajes: Un cáncer que no debe hacer metástasis

21. ¡Hurra, hurra! Tenemos una nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias. ¿Algo para celebrar?

27. Disputas sobre cláusulas de ajuste de precio en arbitraje comercial

33. El Futuro de los MASC en México

38. El Impacto Acumulativo de los Cambios: ¿Teoría o Realidad?

Conoce a nuestros autores



Francisco González de Cossío

Socio fundador en González de Cossío Abogados y
Vicepresidente de la Comisión de Arbitraje & ADR de ICC México



Enrique A. Hernández-Villegas

Socio fundador de Solución de Conflictos Legales, S.C. y
Vicepresidente del Comité de Mediación de la ICC México



Joaquín Vega Martínez

Socio fundador de Vega, Guerrero y Asociados y
Presidente del Comité de Arbitraje Bajo de ICC México



Guillermo Madrigal Monroy

Asociado Jr.
Vega, Guerrero y Asociados



Armando Arenas

Socio
Olivares Mexico City



Francisco R. Vera Hernandez

Gerente de Coordinación Técnica
Four-C Experts

Carta del Presidente de ICC México

PAUTA 109: ARBITRAJE & ADR

Entre los grandes logros de la International Chamber of Commerce figura una vasta oferta de servicios para la resolución de conflictos de forma rápida, neutra y lo menos costosa posible. En ese esfuerzo se enmarcan la creación de la Corte Internacional de Arbitraje en 1923, así como los mecanismos alternativos de solución amistosa de disputas, Amicable Dispute Resolution (ADR). En esta edición de Pauta se ofrece un panorama de los cambios que se han dado en el entorno jurídico de México en esta materia.

El artículo “El futuro de los MASC en México” ofrece una visión detallada de cómo los medios de solución de controversias están siendo incorporados en el sistema legal mexicano, permitiendo la disponibilidad de herramientas para una resolución de disputas más rápida, eficiente y accesible, tanto en el ámbito civil como en el administrativo. Se destaca la importancia de la reforma constitucional de 2008 que reconoció oficialmente estos mecanismos, así como los alcances de la nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias que entró en vigor el 29 de enero de 2024, acotando que en ésta última se establecen limitaciones en ciertos casos, como las sanciones administrativas, las disputas agrarias y las afectaciones a programas administrativos o al orden público.

En el artículo “Tenemos una nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias ¿Algo para celebrar?” se presenta una reflexión sobre Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias aprobada por el Congreso de la Unión cuyo objetivo era unificar criterios sobre todas las legislaciones estatales para tener una ley general que ofreciera lineamientos de actuación para todos los Centros de Justicia Alternativa en los diferentes estados.

Sin embargo, la creación de un Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución, así como la desaparición de la figura de los mediadores, que en adelante serán “personas facilitadoras”, en realidad podrían complicar el uso adecuado y conveniente de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, por lo que habrá que corregir esa ley, si se quiere que haya más mediación y conciliación en México. El lector puede encontrar el ensayo “Órdenes de suspensión de arbitrajes: un cáncer que no debe hacer metástasis”, donde se plantea que en fechas recientes han proliferado las órdenes de suspensión, que son contrarias al derecho arbitral. Se ofrecen estrategias sobre qué debe hacerse ante las órdenes de suspensión y cómo refutar los argumentos en contra.

Se explica que las órdenes de suspensión de procesos arbitrales emitidas por jueces mexicanos carecen de sustento, toda vez que el Derecho arbitral no las permite, además debe considerarse que el derecho constitucional a arbitrar está reconocido y protegido en diversos tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, entre éstos el Tratado México- Estados Unidos-Canadá, el T-MEC. Otra obra de gran interés, “Disputas sobre cláusulas de ajuste de precio en arbitraje comercial”, aborda el tema de fusiones y adquisiciones, que en 2024 sin duda será una de las materias más importantes. En este tipo de transacciones siempre existen riesgos relacionados con la expectativa de compra, así como la expectativa de venta de las partes, ambos buscando siempre el mejor beneficio posible. La regulación de ese interés se encuentra regulado normalmente a través de cláusulas de ajuste de precio, la cual establece los mecanismos o el mecanismo por el que se determinará el precio de compra.

El arbitraje ha probado ser un mecanismo ideal para la resolución de disputas en ese tipo de cláusulas. En esta edición se incluye además el ensayo “El Impacto Acumulativo de los Cambios, Teoría o Realidad”, en el que se presentan ejemplos de procesos de resolución de disputas en el sector de la construcción, producidas por el fenómeno del “impacto acumulativo”; de los cambios en los trabajos no modificados y su relación con la pérdida de productividad laboral. Ese fenómeno se produce a causa de múltiples cambios en un proyecto de construcción por ejemplo en trabajos civiles/arquitectónicos o eléctricos/mecánicos, los cuales generan un efecto acumulativo, que es más perjudicial y difícil de manejar que los cambios individuales por separado. El reconocimiento legal de la pérdida de productividad debido al fenómeno del impacto acumulativo ha sido establecido por Cortes Federales y Juntas de Apelaciones en los Estados Unidos, pero también debería ser válido para Latinoamérica, toda vez que el fenómeno del impacto acumulativo no tiene fronteras.

Tenemos la certeza de que los ensayos y artículos que se presentan en esta edición van a despertar gran interés para conocer más a fondo la mediación, la conciliación, el peritaje y otros mecanismos de resolución de controversias que ha permitido afianzar el liderazgo de la ICC en este ámbito a lo largo de su historia, ya que constituyen una alternativa al litigio judicial y ganan cada vez más preferencias en el mundo empresarial.

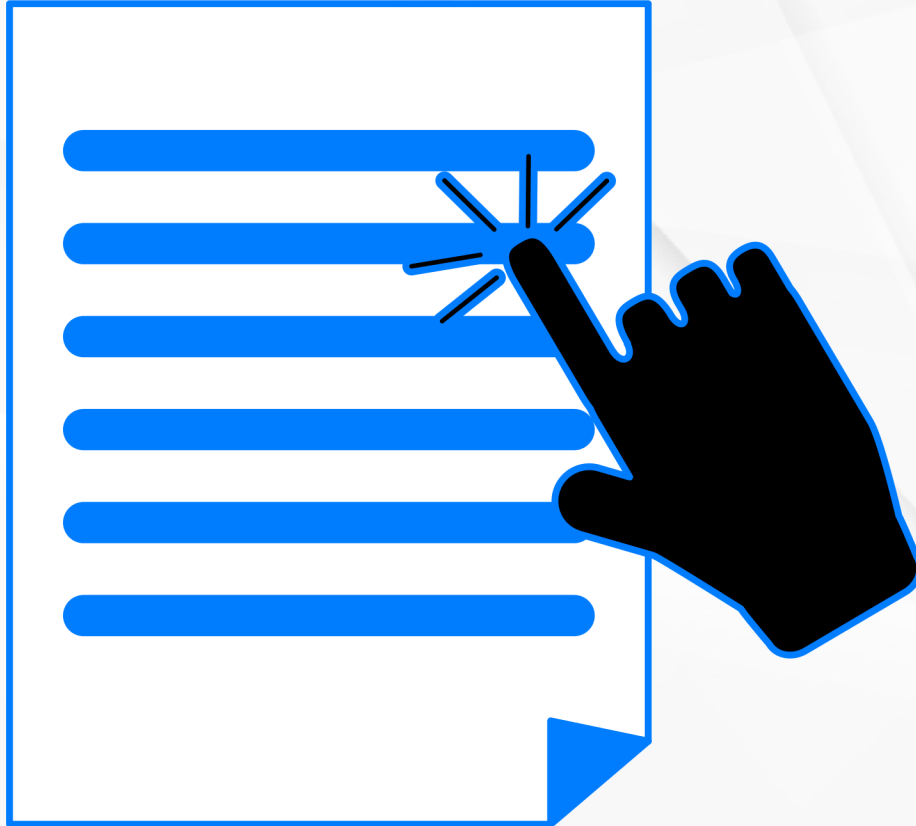
Un saludo afectuoso

Claus von Wobeser
Presidente de ICC México

Postura ICC México

ICC México solicita a la SCJN declarar la inconstitucionalidad de la reforma a la Ley de Amparo

Violenta instrumentos internacionales como el Pacto de
San José que tutela las “debidas garantías”



Órdenes de suspensión de arbitrajes: Un cáncer que no debe hacer metástasis

Las órdenes de suspensión de arbitrajes son ilícitas. Nadie —más que las partes de mutuo acuerdo o el tribunal arbitral mismo— puede suspender un proceso arbitral. Nadie. Permitirlo frustra la voluntad de las partes que pactaron un arbitraje que sus controversias se diriman en arbitraje. El solo acto de solicitarlo es sospechoso: ¿por qué no se desea que el árbitro conozca del caso?

Los motivos que algunos han esgrimido para justificar la medida suelen cobrar formas diversas, algunas ingeniosas, todas las cuales sucumben ante principio cardinal del arbitraje: *compétence de la compétence*: el primer juez de la jurisdicción del árbitro es el árbitro; el juez competente será el juez final: analizará la jurisdicción del árbitro al momento de analizar la validez o ejecutabilidad del laudo arbitral. Dicho principio tiene un corolario procesal: el efecto negativo de *compétence de la compétence*: el juez debe dejar de conocer de un asunto sometido a su consideración cuando cobijado por un acuerdo arbitral.

Esta es la idea que defiende en este ensayo. Al hacerlo, construyo sobre los cimientos de Prohibido Prohibir², donde propuse que las órdenes de suspensión de arbitraje eran ilícitas, explicando porqué, y qué debía hacerse al respecto. En este ensayo robustezco el mismo postulado nutriéndolo de los acontecimientos que desde entonces han ocurrido, incluyendo nuevos argumentos, o nuevas expresiones de existentes, y sobre todo lecciones derivadas de la experiencia ganada—algunas duras.

En fechas recientes las órdenes de suspensión han proliferado. Tal parece que algunos piensan haber encontrado la receta de impunidad. Una forma exitosa de lograr sus propósitos que, como se dijo, son inherentemente sospechosos.

Salvo uno, en todos los casos de que se tiene conocimiento, el resultado ha sido que la medida no ha prosperado. Lo que es más, ha lastimado a la parte que la intentó: conscientes de que las medidas anti-arbitraje son ilícitas, la abrumadora mayoría de los casos ha continuado aún ante suspensión. Y la parte que incurrió en la chicana recibió condena en costas. Moraleja: esta táctica no sirve. Aunque genera cierta problemática, y algunos (que se queman con agua tibia) se espantan, el resultado final ha sido que la medida no ha tenido éxito.

Francisco González de Cossío¹

Socio fundador en González de Cossío Abogados
y Vicepresidente de la Comisión de Arbitraje &
ADR de ICC México



Para sustanciar este postulado haré tres cosas: primero, explicaré porqué las órdenes de suspensión son contrarias a derecho arbitral (§I), para luego proponer qué debe hacerse ante las mismas (§II), y refutar los argumentos en contra (§III).

I. Las órdenes de suspensión violan derecho arbitral

Las órdenes de suspensión son contrarias al principio más típico e importante de derecho arbitral: *compétence de la compétence* (§A), incumplen el efecto negativo del *compétence de la compétence*: el deber del juez de remitir al arbitraje (§B), hacen un uso desviado de la facultad del juez mexicano de emitir medidas precautorias (§C), rompiendo el equilibrio cuidadosamente establecido por el derecho arbitral respecto del papel del juez en el arbitraje, obstruyendo el derecho constitucional de acceso a la justicia (§D). Son por ende ilícitas. El sencillo hecho de que ocurran son un indicio fuerte —a veces prueba conclusiva— de actuar indebido del órgano que las emitió (§E).

1. Árbitro, Mediador, Dispute Board member. (www.gdca.com.mx)
Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Este ensayo hace eco de, y se apoya en, la Postura y el amicus curiae del Instituto Mexicano del Arbitraje (IMA) sobre este tema. (Ver www.imarbitraje.org.mx/Posturas)

2. Ver González de Cossío, Arbitraje, Ed. Porrúa, México, 5ª edición, 2018, pp. 1243-1264.

A. La suspensión de procedimientos arbitrales viola Compétence de la Compétence

La primera oración del artículo 1432 del Código de Comercio establece que:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

Dicha norma contiene el principio doctrinalmente conocido como compétence de la compétence. Dicho principio, además de ser la respuesta a un dilema (§1), tiene una importancia enorme en la eficacia del pacto arbitral y, en consecuencia, del derecho de acceso a la justicia (§2). Por ende, comprender su contenido y expresión más refinada es crucial (§3).

1. Dilema y lógica de la respuesta

De existir un cuestionamiento a la jurisdicción de un árbitro, alguien tiene que analizarlo. La respuesta posible al quién varía: podría ser el juez competente, podría ser el árbitro mismo. Ambas opciones tienen pros y contras. El derecho arbitral mundial ha optado por la segunda. El motivo: de preferirse la primera, el pacto de arbitrar se frustraría. No significaría nada: para arbitrar, sería necesario litigar: una contradicción en términos.

No es que una sea superior a la otra, es que una es fiel a la voluntad de las partes.

2. Importancia

El principio compétence de la compétence es importante: sin el mismo, el núcleo de la voluntad contractual expresada en el acto jurídico “acuerdo arbitral” sería frustrado: que, ante un problema, éste se encause al arbitraje.

Si una de las partes puede unilateralmente dejar dicho pacto sin efectos, poco significaría el pacto de arbitrar; y una interpretación en ese sentido sería contraria a los Si una de las partes puede unilateralmente dejar dicho pacto sin efectos, poco significaría el pacto de arbitrar; y una interpretación en ese sentido sería contraria a los artículos 1797 y 1853 del Código Civil³, al propio artículo 17 Constitucional. Y el principio es absoluto; no tiene excepciones. Destacar esto es de utilidad pues la experiencia enseña que los argumentos en que partes que desean unilateralmente extraerse de acuerdos arbitrales toman formas diversas y creativas.

Por consiguiente, el respeto del principio compétence de la compétence es crucial para la efectividad del arbitraje. Para lograr la voluntad de las partes al pactar arbitraje.

3. Expresión refinada

La expresión más refinada del principio compétence de la compétence no es que el árbitro es el juez de su jurisdicción, sino que el árbitro es el primer juez de su jurisdicción: la determinación final corresponde al juez competente. Ello pues las determinaciones del árbitro estarán siempre sujetas a la revisión del juez. Y ello puede ocurrir en tres ocasiones:

- (1) Especial pronunciamiento: al momento de existir un laudo jurisdiccional (tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio);
- (2) Juicio de Nulidad: en el juicio de nulidad del laudo (artículo 1457 del Código de Comercio);
- (3) Juicio de ejecución: en el juicio de ejecución del laudo (artículo 1462 del Código de Comercio).

Como puede observarse, conforme a Derecho arbitral mexicano, el juez puede cerciorar que la decisión de jurisdicción que tome un árbitro sea correcta; y ello puede ocurrir en tres ocasiones. Todas estas son ex post, nunca ex ante. De ocurrir antes, se desvirtuaría la voluntad de las partes.

B. La orden de suspensión viola la obligación (legal y convencional) de remitir al arbitraje

El Artículo II (1) de la Convención de Nueva York establece que:

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

El Artículo II(3) del mismo tratado internacional dicta que:

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

3. Artículo 1797 (Código Civil). La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Artículo 1853 (Código Civil). Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

Dichos preceptos proveen una obligación de derecho internacional dirigida al Poder Judicial del Estado mexicano: el respeto de los acuerdos arbitrales. Su contenido es el siguiente: de recibir una demanda que vindica un derecho contenido en un acto jurídico sujeto al arbitraje, los jueces están obligados a no-conocer del asunto y remitir a las partes al arbitraje. La doctrina llama a esto el “efecto negativo del acuerdo arbitral”: el deber de los jueces de dejar de conocer de un asunto amparado por un acuerdo arbitral.

Dicha obligación de derecho internacional es aterrizada mediante derecho local estableciendo lo que se conoce como la remisión al arbitraje: el deber del juez nacional de remitir a las partes al arbitraje. En concreto, el artículo 1424 del Código de Comercio establece:

El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

El Poder Judicial ha reconocido, respetado y fomentado dicho deber. Los siguientes criterios ilustran la aseveración⁴:

NULIDAD DE ACTOS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL MERCANTIL. NO CORRESPONDE SU CONOCIMIENTO A UN TRIBUNAL JUDICIAL.

La existencia de un acuerdo de arbitraje produce para las partes efectos positivos y negativos. Los primeros en relación con la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas.

Los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la controversia o diferencia que es materia de compromiso arbitral, ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. Existen casos en que legalmente es posible la intervención de la autoridad judicial en los procedimientos arbitrales, antes o después de la instauración del procedimiento, para ejercer el necesario control judicial sobre la validez del pacto arbitral, al respecto el Código de Comercio establece en el título IV del libro V, denominado “Del arbitraje comercial”, específicamente los siguientes supuestos: solicitud de medidas cautelares, nombramiento, recusación o remoción de árbitro, cuando opuesta la excepción de incompetencia el

tribunal arbitral la desestime, desahogo de pruebas, observaciones respecto de los honorarios de los integrantes del tribunal, anulación de laudos definitivos y reconocimiento y ejecución de laudos. De ahí que si el acto cuya nulidad se pretende ante un tribunal del Estado, deriva de un procedimiento arbitral que todavía no ha concluido, es ante el propio tribunal arbitral que debe obtenerse el remedio, toda vez que la validez del acto emitido dentro del procedimiento arbitral, puede ser resuelta por quien conoce de tal procedimiento, dado que la jurisdicción arbitral está latente mientras no se resuelva la controversia de fondo. Además, la improcedencia de la acción de nulidad autónoma contra un acto dictado dentro de un procedimiento arbitral que no ha concluido, tiende a evitar dilaciones en la sustanciación de esos procedimientos, pues de permitir la intervención judicial para revisar cada una de las actuaciones del tribunal arbitral haría nugatoria esa forma de justicia alternativa, porque no podrían lograr el objetivo que se pretendía con dicha estipulación, consistente en evitar la tramitación de un procedimiento judicial y únicamente dejar la intervención del tribunal estatal para lo expresamente regulado y en su caso, para la ejecución del laudo que resuelva la controversia. Con esas bases, se da cabal eficacia al compromiso arbitral y se facilita la realización de los procedimientos arbitrales, en caso de existir un acuerdo sobre esa forma de resolución de controversias.

De acuerdo con lo anterior, existe un mandato legal y convencional, con refrendo jurisprudencial, en el sentido que cuando presentado con una demanda cuya litis está cobijada por un acuerdo arbitral, un juez mexicano debe abstenerse de conocer del asunto y remitir a las partes al arbitraje. No hacerlo es contrario a un derecho constitucionalmente reconocido.

En particular, tomar conocimiento de un asunto y suspender un proceso arbitral mientras el juez conoce del mismo es contrario al deber de remitir al arbitraje. Viola el efecto negativo del acuerdo arbitral.

C. No es lícito ordenar suspender arbitrajes mediante una medida cautelar

Los jueces no están facultados para ordenar la suspensión de un proceso arbitral (§1), hacerlo contradice los objetivos de la tutela cautelar (§2), y es contrario al derecho fundamental de acceso a la justicia (§3).

1. Los Jueces no están facultados para ordenar la suspensión de un procedimiento arbitral

El papel del juez mexicano respecto del arbitraje es uno cuidadosamente diseñado. Uno que encuentra un punto medio entre dos extremos: por un lado, la noción que las partes pactaron que sus controversias se ventilarían en arbitraje y sólo arbitraje.

Por otro, la aceptación que el arbitraje puede necesitar de apoyo judicial. Pero este último postulado tiene un peligro: de no ser cuidadosamente regulado e implementado, la excepción puede devorar la regla.

Como resultado, el régimen aplicable a la relación juez-árbitro es uno que busca un equilibrio cuidadosamente calibrado por el derecho arbitral. Para comprenderlo se destacarán tres principios: el principio de no intervención (§a), las instancias de posible intervención judicial son numeros clausus (§b), y que el papel del juez en el arbitraje es de apoyo: como forma de cerciorar la efectividad del arbitraje (§c).

(a) Principio de no-intervención

El principio que rige toda la relación juez-árbitro al que le aplica derecho mexicano es el siguiente⁵:

Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial

El principio es uno de los primeros artículos de todo el capítulo del Código de Comercio que regula el arbitraje precisamente porque es un principio general que rige el principio de acceso a la justicia en materia arbitral. Su filosofía es justamente que las partes, al pactar arbitraje, quisieron arbitraje y solo arbitraje. Por ende, cualquier actuar judicial debe cuidar no desdejar dicho imperativo.

(b) Numeros clausus

Las instancias en que el Derecho arbitral contempla participación del juez son:

(1) La remisión al arbitraje⁶; (2) la colaboración en la constitución del tribunal arbitral⁷; (3) medidas precautorias⁸; (4) pruebas⁹; (5) costos¹⁰; (6) juicio de nulidad¹¹; y (7) juicio de ejecución¹².

No hay más. Fuera de las instancias expresamente permitidas y reguladas por Derecho arbitral, no hay espacio alguno para la actuación del juez mexicano: el Derecho arbitral es hermético. Sobre este particular, resulta ilustrativo el siguiente precedente¹³:

5. Artículo 1421 del Código de Comercio.

6. Artículos 1424, 1464 y 1465 del Código de Comercio.

7. Artículos 1427 a 1429 y 1466 del Código de Comercio.

8. Artículos 1425, 1466, 1470.III, 1470.IV, 1478 a 1480 del Código de Comercio.

9. Artículo 1444 del Código de Comercio.

ARBITRAJE COMERCIAL. SU LEGISLACIÓN ES ESPECIALIZADA Y POR ENDE, EXCLUYENTE DE NORMAS GENERALES.

La intención de la propuesta del Ejecutivo Federal de reformar el título cuarto, del libro quinto del Código de Comercio que regula el arbitraje comercial en México, adoptada en mil novecientos noventa y tres por el legislador, fue la de tener un sistema jurídico que acogiera al arbitraje como medio preferido de solución de las disputas en el comercio internacional, que fuera acorde con lo que el derecho y los tratados internacionales ya preveían.

A virtud de ello, se buscó que el derecho arbitral estuviera diseñado bajo el principio de la no intervención o de la mínima intervención de un órgano jurisdiccional, privilegiando la voluntad de los particulares a través de un proceso más flexible, eventualmente más rápido y sobre todo en el que se contara con la posibilidad de escoger a las personas más preparadas y capacitadas para decidir un conflicto de intereses.

Sobre esa cimentación, las normas arbitrales se eligieron herméticas, restrictivas, de autocontenido, constituyen un cuerpo que contiene todas sus piezas sin necesitar apoyarse en otros ordenamientos, a través de la supletoriedad, porque dentro del mismo están los elementos para resolver cualquier eventualidad que surja respecto de un procedimiento arbitral. Son en consecuencia, disposiciones creadas exclusivamente para regular esa forma de heterocomposición y por lo tanto, constituyen una legislación especializada, excluyente de toda regla general que, por ende, inhibe cualquier posibilidad de interpretación integral de las leyes, de aplicación supletoria de otras normas, incluso de las de orden común y de los principios generales de derecho.

Lo anterior tiene como consecuencia que la regulación arbitral no tiene lagunas. Es de interpretación estricta. No puede interpretarse por mayoría de razón. La única herramienta hermenéutica posible, sobre todo en relación con la interpretación del alcance de la intervención judicial, es la interpretación estricta.

(c) El juez apoya, no obstaculiza, procesos arbitrales

Toda la aproximación del régimen es asistencial, no de subsunción. Existe distancia entre el poder judicial y el arbitraje. Un proceso arbitral no tiene una relación respecto al poder judicial semejante al que existe entre un ad quem y un ad quo. De hecho, el arbitraje no es parte del sistema judicial. Es una jurisdicción diversa.

10. Artículo 1454 del Código de Comercio.

11. Artículos 1457 y 1472 a 1477 del Código de Comercio.

12. Artículos 1462 y 1471 a 1477 del Código de Comercio.

13. Registro: 163413. Tesis: I.7o.C.150 C

Es significativo que el Derecho arbitral francés —el que más ha contribuido en la creación y refinamiento del derecho arbitral— llama legislativamente al juez “juez de apoyo” (*juge d’appui*)¹⁴. Ello pues el juez nacional apoya procesos arbitrales. Existe un papel de control, pero ello sólo ocurre en instancias limitadas¹⁵: validez y ejecución del laudo y costos. Ninguna de ellas permite anteponerse a la decisión de jurisdicción del árbitro, suplantarlo su criterio por encima del criterio del árbitro, mucho menos a suspender el proceso.

En síntesis, y atento al principio de legalidad, resulta indiscutible que, considerando la especialidad de la regulación en materia de arbitraje comercial, un juez no se encuentra facultado para suspender un procedimiento arbitral. En consecuencia, cualquier orden judicial dictada en dicho sentido resulta claramente violatoria del principio de legalidad.

2. Hacerlo sería contrario con los objetivos de la tutela cautelar

Las medidas cautelares tienen por objeto asegurar un derecho subjetivo y prevenir un determinado efecto que permita conservar la materia del litigio. Evitar daño pendiente lite. Para su otorgamiento se requiere la existencia presunta de un derecho y el peligro actual o inminente de su afectación fáctica que haga urgente a la medida. A través de una medida cautelar se salvaguarda el derecho fundamental de acceso a la justicia al garantizar la posibilidad de que la sentencia de fondo tenga eficacia práctica. Es decir, la tutela cautelar busca cuidar derechos mientras se desenvuelve un proceso.

Entendidas las formalidades de una medida cautelar no puede utilizarse para justificar la suspensión de un procedimiento arbitral. Permitirlo implicaría tolerar que una herramienta diseñada para preservar derechos puede ser usada para frustrar derechos.

La tramitación y conclusión de un procedimiento arbitral resulta incapaz de privar por sí misma de un derecho sustantivo a una parte causándole un daño irreparable. En todo caso, cualquier laudo arbitral en nuestro país requiere para su ejecución de la intervención judicial por lo que cualquier posible afectación material en la esfera jurídica de un particular requiere la participación de un juez estatal, con lo cual la necesidad y urgencia inherentes a una medida cautelar queda descartada.

Más aún resulta contraintuitivo que una medida cautelar que tiene por objeto precisamente dotar de eficacia al derecho fundamental de acceso a la justicia

preservando la materia de un juicio pueda tener por objeto lo opuesto: la interrupción o suspensión del derecho de acceso a la justicia manifestado en un procedimiento arbitral.

La preeminencia de un procedimiento arbitral sobre cualquier juicio que pueda llegar a tener el mismo objeto está reconocida en nuestro derecho a través de las figuras de la remisión al arbitraje y el principio de *compétence-compétence* y se justifica en la medida en que la última palabra sobre la materia de un arbitraje siempre está reservada al juez estatal a través de los casos en que se prevé su intervención expresa. Por esta razón, cualquier posible restricción manifestada en la suspensión de un procedimiento arbitral no cumpliría el requisito de proporcionalidad que justificara una limitación del derecho fundamental de acceso a la justicia.

Existe jurisdicción concurrente para obtener medidas precautorias en apoyo a un proceso arbitral¹⁶: pueden solicitarse del tribunal arbitral mismo, o pueden solicitarse de un juez competente¹⁷. La existencia de jurisdicción concurrente tiene como objetivo cerciorar efectividad en la tutela cautelar. Y su régimen confiere discreción al juzgador¹⁸.

Toda la orientación filosófica y teleológica de la tutela cautelar en materia arbitral es apoyar a procesos arbitrales. Significa que el poder judicial mexicano está presto para cooperar en lograr los fines de la jurisdicción arbitral mediante el otorgamiento de medidas cautelares que tiendan a hacerlo efectivo, preservando su materia —como sucede en cualquier procedimiento judicial. No significa, por lo tanto, que un juzgador mexicano pueda ejercer jurisdicción universal sobre la competencia de un tribunal arbitral o sobre la materia de la disputa sujeta al mismo. El juez mexicano no es *ad quem* de un tribunal arbitral. Un procedimiento arbitral se tramita ante una jurisdicción privada diversa a la que emana de la Constitución a favor de los órganos judiciales. El laudo se incorpora al orden jurídico mexicano sí y solo sí se solicita su ejecución. Será en dicho momento que el juez mexicano ejerza una facultad de revisar dicho acto en base a criterios estrechos: las causales de no-ejecución de un laudo¹⁹.

El régimen de medidas precautorias judiciales es en apoyo a los procesos arbitrales no puede por ende usarse para suspenderlos. Ello es *eo ipso* suficiente para concluir que la utilización de la facultad de emitir medidas precautorias como asidero para suspender procesos arbitrales constituye, en el mejor de los casos, una utilización errada de la facultad. Pero es caracterizable como abuso de discreción, probablemente abuso de poder.

14. Artículos 1451, 1452, 1453, 1455, 1456, 1457, y 1459, 1460, 1463, 1505, 1506 del *Code de Procédure Civile* francés.

15. Para abundar véase González de Cossío, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Porrúa, México, 2007.

16. Artículo 1433 del Código de Comercio.

17. Artículo 1425 del Código de Comercio.

19. Artículo 1462 del Código de Comercio.

18. Ver Tesis: I.4o.C.34 C (10a.), Registro 2012480, con Rubro “PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS CAUTELARES VINCULADAS AL ARBITRAJE. ESTÁ SUJETO A DISCRECIÓN AMPLIA DEL JUZGADOR.” (“La interpretación sistemática y funcional de los artículos 1425, 1470 fracción III, 1472 a 1476 y 1478 del Código de Comercio, permite conocer que la discreción plena otorgada expresamente al juzgador, en el último precepto indicado, tiene por objeto propiciar la integración de un procedimiento revestido de la máxima flexibilidad, que posibilita sustanciar y resolver los procesos sobre adopción de medidas cautelares por la autoridad jurisdiccional, ante la diversidad impredecible de situaciones que se pueden presentar en cada caso concreto... dotó al operador jurídico de las herramientas adecuadas y suficientes para que pudiera adaptar ese procedimiento genérico a las necesidades de cada caso concreto, a fin de dar satisfacción y la respuesta idónea, adecuada y proporcional, a cada particularidad que se presente, y evitar así que la rigidez procedimental...”)

Recientemente (abril 2023), un tribunal colegiado emitió un criterio que refrenda esta visión²⁰:

MEDIDAS CAUTELARES PROVISIONALES EN EL JUICIO ESPECIAL SOBRE TRANSACCIONES COMERCIALES Y ARBITRAJE. PUEDEN ADOPTARSE, PERO NO TIENEN EL ALCANCE DE PERMITIR QUE SE DEJE DE CUMPLIR LO PACTADO EN UN CONTRATO CUYO ANÁLISIS SERÁ, EN SU CASO, MATERIA DEL FONDO.

Explica que:

... tampoco pueden utilizarse para que a través de ellas se incumpla lo acordado por las partes en un contrato, porque el cumplimiento de éste no puede quedar a voluntad de una de las partes.

En su Justificación abunda que:

los acuerdos tomados en un contrato no pueden ser suspendidos con motivo de la concesión de medidas cautelares previas al arbitraje, pues no ha lugar a modificar o, incluso, anular lo pactado en aquél, porque sería vetar un derecho a favor de una de las partes, ya que las referidas medidas no pueden ser un medio para restringir la voluntad de ellas.

Como puede verse, la concepción de las medidas precautorias aquí defendida ha sido compartida por el Poder Judicial mexicano. El corolario de ello en la aceptación de la idea aquí-presentada para la consideración de este alto tribunal es que la obligación a arbitrar es una como cualquier otra. Cuando las partes se comprometen a cursar en arbitraje sus controversias, no pueden luego recurrir a utilizar la herramienta de las medidas precautorias para desdecir dicho compromiso. Para eso no son las medidas precautorias. El juez que así lo haga hace un uso inapropiado de las mismas.

Habiendo establecido que (i) existe un derecho tanto constitucional como convencional a pactar arbitraje, (ii) el cual incluye el que es el árbitro el primer juez de su jurisdicción y (iii) que los jueces deben abstenerse de conocer de cualquier demanda que verse sobre un derecho subjetivo amparado por un acuerdo arbitral, fluye la conclusión que un juez constitucional mexicano invitado a analizar su legalidad está obligado a realizar una interpretación conforme del régimen aplicable.

Pero aún suponiendo que existiera cualquier duda respecto de ello, es atento a lo dispuesto en el artículo II(3) de la Convención de Nueva York y la interpretación progresiva de los derechos constitucionales que dicta el artículo 1 de la Constitución²¹ que, en base a una interpretación conforme, se tilda la balanza a favor de

concluir que no puede interpretarse en el sentido de facultar a un juez mexicano para suspender procesos arbitrales.

3. Las órdenes de suspensión del procedimiento arbitral son contrarias al derecho fundamental de acceso a la justicia

(a) La tramitación, desahogo y conclusión de un procedimiento de resolución de disputas es un elemento esencial del derecho de acceso a la justicia

El derecho fundamental de acceso a la justicia reconocido en el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución y en el artículo 8(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos implica la posibilidad de acceder a tribunales imparciales e independientes para hacer valer derechos frente a los mismos, quienes a su vez deben impartir justicia de manera pronta, eficaz y en los plazos legales correspondientes²².

El derecho de acceso a la justicia se sustenta en tres pilares: (i) el acceso a la jurisdicción dentro de los plazos y términos fijados por las leyes; (ii) el acceso que en sí mismo debe ser expedito; y (iii) el acceso se debe llevar a cabo ante tribunales imparciales e independientes.

Atendiendo a un criterio teleológico, el derecho de acceso a la justicia se cumple en la medida en que los particulares sujetos a un procedimiento de resolución de disputas tienen la certeza de su desahogo y conclusión en los plazos previamente definidos. La posibilidad de hacer valer los derechos en la dialéctica contradictoria del procedimiento y obtener una decisión final de fondo que determine y haga efectivos los derechos sustantivos invocados constituye la razón que da sentido y justifica el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Precisamente fundada en la salvaguarda del orden público que se materializa mediante el respeto y desahogo de los procedimientos de resolución de disputas, hace más de tres décadas la Suprema Corte de Justicia de la Nación ("Suprema Corte") fijó la jurisprudencia que textualmente dice²³:

PROCEDIMIENTO JUDICIAL, SUSPENSIÓN DEL.

El procedimiento judicial es de orden público, por lo que es inconducente conceder la suspensión que tienda a detenerlo.

Dicha premisa hace apodíctica la siguiente conclusión: cualquier interrupción en la tramitación de un procedimiento o en el dictado de la resolución correspondiente constituye una violación o afrenta al derecho de acceso a la justicia.

20. Registro digital: 2026283. Tesis: I.3o.C.21 C (11a.)

21. El artículo primero de la Constitución exige interpretar los derechos al establecer que: "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley." (énfasis añadido)

22. Registro: 2020111. Tesis IV.3o.A.2 CS (10a.) ACCESO A LA JUSTICIA. CONSTITUYE UN DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 17, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 8, NUMERAL 1, DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

23. Número 1439, consultable en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, p. 2294.

La suspensión de un procedimiento de resolución de disputas priva de la eficacia requerida para que el derecho de acceso a la justicia mantenga su cualidad esencial de constituir un medio adecuado y efectivo para que los particulares puedan hacer valer sus derechos sustantivos. Así lo han sostenido varios precedentes judiciales recientes²⁴. Dado nuestro tema, destaca el siguiente²⁵:

SUSPENSIÓN PROVISIONAL. PROCEDE CONCEDERLA CONTRA UNA MEDIDA CAUTELAR QUE RESTRINGE EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA.

Si la medida cautelar que se reclama en el juicio de amparo impide a la parte quejosa acudir ante una autoridad jurisdiccional o arbitral a ejercer algún tipo de acción para dar por concluido un contrato, ello implica la restricción al derecho fundamental de acceso a la justicia, por lo que derivado de un análisis ponderativo de la apariencia del buen derecho, procede conceder la suspensión solicitada, máxime que la existencia de una relación contractual conlleva obligaciones y derechos que no pueden alterarse a través de una medida precautoria, porque se daría a ésta un efecto constitutivo e innovativo, al alterar de manera directa el cumplimiento de esas obligaciones y derechos sustantivos, que solamente puede lograrse mediante una sentencia de fondo.

(b) La suspensión de un proceso es excepcional y debe estar expresamente establecida en una ley

Nuestra legislación prevé en forma excepcional y limitada la posibilidad de suspender procedimientos sólo en contados supuestos cuya justificación se encuentra en la debida integración de la litis por la existencia de algún factor que la impide o se encuentra sujeto a una disputa previa. Por ejemplo:

(1) La suspensión de un proceso en el que se reclame responsabilidad patrimonial del Estado mientras cause estado el proceso donde se controvierte el acto reputado como dañoso²⁶. La justificación es permitir al reclamante la configuración completa de uno de los supuestos básicos de la reclamación de responsabilidad: la ilegalidad del acto estatal que reclama como fuente de la indemnización que se pretende. La suspensión es una opción más benéfica para el particular que la posibilidad del rechazo o desechamiento de su pretensión en el juicio administrativo correspondiente.

(2) Casos en que en materia de amparo se autoriza la suspensión temporal el dictado de sentencias contradictorias. El bien jurídico tutelado es el acceso efectivo a la justicia evitando sentencias contradictorias²⁷, evitando incertidumbre.

24. Por ejemplo, AMPARO INDIRECTO. PROCEDE CUANDO SE RECLAMA UNA DILACIÓN EN UN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO QUE PUEDE VULNERAR EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JUSTICIA. (Registro 2020115, Tesis: IV.3o.A.50 K (10a.))

25. Registro: 2021144. Tesis: I.15o.C.16 K (10a.)

26. Artículo 18, último párrafo, de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

Dichos casos son excepcionales. Y de los mismos destaca, para nuestros propósitos, dos cuestiones. Primero, que existe fundamento expreso que lo permite. Segundo, que no son contrarios a una norma u objetivo expreso. Ambas consideraciones militan a favor de concluir que el régimen existente apoya la conclusión de imposibilidad de suspensión de arbitrajes: no solo no existe norma que lo permita, sino que existe norma expresa que lo prohíbe: el artículo 1421 del Código de Comercio.

D. El arbitraje es una variante Constitucionalmente reconocida del Derecho de acceso a la Justicia²⁸

El derecho de acceso a la justicia no se encuentra limitado a los procedimientos tramitados ante los tribunales judiciales del Estado, se extiende a todos los medios o mecanismos alternativos de resolución de disputas. Así lo establece nuestra Constitución (§1) y la jurisprudencia que emana de ella (§2), y los tratados internacionales celebrados por México (§3).

1. Derecho constitucional

Al respecto, la primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución dice:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. Dicha oración es fruto de la modificación de 18 de junio de 2008. Su Exposición de Motivos alude tanto al arbitraje como a otros mecanismos alternativos de solución de controversias²⁹.

Destaca que los objetivos que animaron al Constituyente Permanente a incluir dicho mandato en la Constitución fueron especialidad, onerosidad y velocidad³⁰.

2. Jurisprudencia

La Primera Sala de la Suprema Corte ha razonado que dicho precepto incluye un derecho constitucional. En sus palabras³¹:

el arbitraje entraña el ejercicio de libertades constitucionalmente relevantes, —contractuales—, las cuales no son disponibles para el legislador de la misma manera, como podían serlo antes. ... no puede desconocerse su estrechez con la autonomía e intimidad de las personas protegidas por diversos derechos humanos, entre las que debe incluirse la relativa a escoger la forma en que las personas pueden resolver sus controversias.

La jurisprudencia constante del Poder Judicial ha seguido en forma consistente dicho paradigma. Ha dicho por ejemplo que³²:

27. Registro 2007906. Tesis: VII.2o.C.19 K (10a.). SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO. PROCEDE CUANDO SE TRATE DE LA INTERRUPCIÓN DE ALGUNA ETAPA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA NO PERDER LA MATERIA DEL JUICIO DE AMPARO Y EVITAR EL DICTADO DE LA SENTENCIA.

28. Esta sección se beneficia en forma importante de la Postura del IMA sobre la cuestión. Es fruto del intercambio de opiniones con dos distinguidos colegas cuya aportación deseo reconocer: Don Luis Enrique Graham Tapia y Don Marco Tulio Venegas.

El acceso a los medios alternativos de justicia constituye un derecho humano reconocido por el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por ello, es obligación de los impartidores de justicia promover y hacer extensivo el uso de dichos medios a la ciudadanía, sobre todo ante su éxito potencial en la solución de determinados conflictos en donde cobra especial notoriedad la reconstrucción de las relaciones interpersonales, buscando siempre razonamientos de equidad y pretendiendo en todo momento restituir la paz social de manera rápida y eficaz. ...

... es obligación de los impartidores de justicia promover y hacer extensivo el uso de los mecanismos alternativos de solución de controversias...
(énfasis añadido)

También ha razonado que³³:

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.

(énfasis añadido)

Recientemente, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito emitió un criterio cuya justificación razona que³⁴:

...el derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia previsto en el citado artículo [17 de la Constitución] conlleva tanto el acceso efectivo a la justicia formal, como a los mecanismos alternativos de solución de controversias ...

Como puede observarse, la idea que la primera oración del cuarto párrafo del artículo 17 de la Constitución contiene un derecho constitucional arbitral es ya aceptada, como una manifestación o modalidad del acceso a la justicia.

3. El derecho constitucional a arbitrar está reconocido y protegido en diversos tratados internacionales celebrados por el estado mexicano

México es parte de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("Convención de Nueva York") a través de la cual los Estados que la han suscrito se comprometieron a reconocer al arbitraje como un medio de resolución de disputas válido confirmando a los laudos arbitrales dictados en procedimientos arbitrales extranjeros de un carácter vinculante y estableciendo los requisitos para su reconocimiento y ejecución doméstico.

La Convención de Nueva York también establece principios y obligaciones destinados a dotar de eficacia a los procedimientos arbitrales. La figura de la remisión al arbitraje inhibe la intervención judicial impropia de parte de tribunales del Estado que pretendan suspender o interrumpir la tramitación de procedimientos arbitrales o el dictado de los laudos respectivos.

29. Exposición de Motivos de la Iniciativa que reforma el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a cargo del diputado José Antonio Cabello Gil del Grupo Parlamentario del PAN. Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1576-III, jueves 2 de septiembre de 2004, ("Exposición de Motivos"), pp. 1-2.

30. Francisco González de Cossío, Derecho Constitucional Arbitral, Revista de Investigaciones Jurídicas, Número 44; Año 44, 2020, p. 181. Marco Tulio Venegas, El Derecho Humano a Arbitrar, Todo Arbitraje y MASC, Liber Amicorum José Luis Siqueiros, Wolters Kluwer, México, 2022, p. 319. Francisco González de Cossío, Hacia un Derecho Constitucional Arbitral, Revista del Club Español del Arbitraje, número 23; año 2022, p. 93.

31. Amparo en Revisión 71/2014. Sentencia derivada del Amparo en Revisión 71/2014, Derivado de la Facultad de Atracción 445/2014 para conocer del amparo directo 217/2014, sesión de 18 de mayo de 2016, ¶276.

32. Tesis I.3o.C.426 C (10a.), Décima Época, enero 2020, con Rubro "MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. SI LAS PARTES PACTAN QUE DEBEN AGOTARSE ANTES DE ACUDIR A LOS TRIBUNALES COMPETENTES, DEBE PREVALECER EL ACUERDO DE VOLUNTADES."

33. Registro 2004630. Tesis: III.2o.C.6 K (10a.).

El Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (“T-Mec”) exige, como obligación de derecho internacional, la observancia de los principios e instituciones jurídicas que dan eficacia al arbitraje. En su artículo 31.22 (2) el Estado mexicano adquirió el compromiso de “disponer de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.” El efecto jurídico de ello es que, de aceptar teorías locales que restan de efectividad al arbitraje, se violaría la obligación de derecho internacional de ‘disponer de procedimientos adecuados que aseguren la observancia de ... arbitraje, incluyendo ejecución de laudos’. Ello generaría responsabilidad internacional del Estado mexicano.

E. La sola petición de suspensión es sospechosa—probativa de hecho, ¿Porqué habría una parte de pedir que un árbitro no conozca del asunto?

La pregunta merece ponderación detenida.

La respuesta frecuente es que se cuestiona la jurisdicción del tribunal. Ello suele descansar en un argumento de invalidez del acuerdo arbitral. Ello es comunicativo: es eo ipso demostrativo de intención ilícita. Ello pues no es suficiente cuestionar la validez del acuerdo arbitral. Ello lo resuelve el árbitro atento a compétez. Considerar que compétez supone un acuerdo válido descuida que ello es parte de lo que analizará el árbitro. Por consiguiente, lo único que en verdad asoma el argumento es ignorancia: ignorar que derecho arbitral tiene tres piezas claves de efectividad que resuelven la aseveración (suponiendo que no es mas que una excusa): compétez de la compétez + remisión al arbitraje + separabilidad (el efecto negativo de compétez). Dichos principios son el resultado de la ingeniería jurídica al dilema implícito en el argumento de invalidez aducida del acuerdo arbitral.

Por lo expuesto, aun si se está convencido que el acuerdo arbitral es inválido, ello no es premisa válida para concluir que el proceso debe suspenderse.

Entendido lo anterior, propongo que el solo hecho de solicitar la suspensión del proceso arbitral es per se probativo de actuar indebido. De deseo de frustrar el funcionar del acto jurídico celebrado—posiblemente deseo de tapar actuar ilícito, echando arena en el motor del mecanismo que evaluará la legalidad de lo ocurrido.

II. ¿QUÉ HACER ANTE UNA ORDEN DE SUSPENSIÓN?

Cuando ante una orden de suspensión, ocurre una crisis. Del género que no solo pone en jaque la efectividad del arbitraje, sino que lastima reputaciones.

Una que afecta el buen juicio de los actores involucrados. A tal grado que la experiencia enseña que las decisiones no siempre son las óptimas. Son más bien producto de análisis incompleto, a veces orientado más a cuidarse que desempeñar el papel confiado.

Propongo que ante una orden de suspensión:

- (1) El árbitro debe continuar con su misión: juzgar. Y tomar en cuenta la chicana en la distribución de costas;
- (2) El abogado debe defender. Debe continuar con el proceso arbitral recurriendo la ilegalidad de las medidas.
- (3) La institución arbitral debe apoyar, cerciorando que propicia incentivos positivos.

A continuación explico y sustancio las aseveraciones. Lo que debe hacer el árbitro (§A), el abogado de parte (§B), y la institución arbitral (§C).

A. El árbitro debe cumplir su misión: continuar con el proceso y juzgar

Enfrentado con una orden de suspensión, el árbitro enfrenta un dilema—es de admitirse. Existen motivos para defender la postura que el árbitro debe acatar y suspender. Sin embargo, no es la mejor visión de las cosas. La postura correcta es que el árbitro debe continuar. El motivo: tiene un deber jurídico de juzgar. De ejercer su jurisdicción. En cambio, no tiene un deber jurídico de acatar una orden de un juez de suspender el proceso.

La aseveración de la última oración podrá parecer impresionante. No faltará quien la tilde de ‘iconoclasta’. A continuación explico porqué es la conclusión correcta, aunque haya quien no la haya visto (o no quiera ver).

El árbitro es un juez. El árbitro juzga. Cuando una persona acepta actuar como árbitro, adquiere una obligación y asume un estatus —el estatuto del árbitro. Dicho estatus incluye una serie de derechos, obligaciones, y facultades, todas orientadas a cumplir su obligación medular: juzgar. Esto no es novedoso: cuando una persona encarna un puesto, el que sea, adquiere derechos, obligaciones, y facultades orientadas a cumplir con las funciones de dicho puesto.

Por ejemplo, quien encarne la presidencia de un órgano de administración, la presidencia de una asamblea de accionistas, la presidencia de la república. Todos estos puestos tienen un acervo jurídico (obligaciones, derechos y facultades) todas orientadas a cumplir con la función del puesto. En el caso del órgano de administración de una sociedad anónima, administrar. En el caso de la presidencia de una asamblea, lograr su adecuado desenvolvimiento.

En el caso de la presidencia de la República, gobernar.

Esto no es noticia para nadie.

Pues lo mismo ocurre con el árbitro: cuenta con derechos, obligaciones, y facultades todos orientados a cumplir la función del puesto que le ha sido confiado: juzgar. El universo de derechos, obligaciones, y facultades del árbitro está sujeto a un control del juez competente. Pero dicho control es limitado. Como expresa y contundentemente establece el artículo 1421 del Código de Comercio, el juez competente solo puede intervenir en las instancias expresamente establecidas por el título IV, libro Quinto del Código de Comercio (el derecho arbitral). Ninguna incluye suspender procesos arbitrales.

Lo anterior es importante tener claro por varios motivos. Primero, por que el juez tiene que ser competente respecto de un proceso arbitral. (Y muchas órdenes de suspensión han provenido de jueces que ni siquiera son competentes). Segundo, por que aún competentes, un juez que actúe conforme a derecho arbitral mexicano no tiene facultad para suspender un proceso arbitral. Y como indiqué, el régimen es *numerus clausus*. Tercero, algunas de las órdenes de suspensión se han basado en la facultad de emitir medidas precautorias. Ello no solo es un sofisma, es un *excès de pouvoir*. Es un sofisma pues las facultades de un juez para emitir medidas precautorias son en apoyo de un proceso arbitral. Y así es la tutela cautelar: un acervo de facultades dirigidas a evitar daño o asegurar ejecutabilidad del fallo final. Interpretar dicho régimen como uno que permite suspender procesos arbitrales no solo es errado, es contradictorio.

Es errado, pues el régimen no lo permite. Es contradictorio pues es ilógico interpretar un régimen de apoyo como uno que permite obstaculizarlo. Pero sobre todo es un exceso de poder: un juez facultado para apoyar a un arbitraje que interpreta sus facultades como unas que permiten irrumpirlo comete lo que la literatura jurídica francesa identifica como un *excès o détournement de pouvoir*: usar un poder para una finalidad diversa para el cual se confió.

Este es justamente el caso de las órdenes de suspensión de arbitraje. Facultado para ayudar, obstruyen. Es por ello que una orden de suspensión debe ser vista con sospecha. Y quienes las hemos vivido observamos circunstancias extrañas. Tales, que es imposible no decirlo: apestan a corrupción³⁵.

La relevancia de lo anterior en la respuesta que debe darle el árbitro al dilema es que el árbitro debe tener presente que la medida que enfrenta es incuestionablemente ilícita, probablemente producto de corrupción.

Y ello debe influir en la decisión que tome. Si por ejemplo decide aceptarla o acatarla, estará dándole efecto a actuar ilícito. Hay quien ha razonado que el árbitro tiene que acatar la orden: ¡se trata de un juez! Y los gobernados no tienen facultad de escoger qué órdenes judiciales cumplen y cuáles no.

La apreciación es parcialmente cierta, pero pierde algo de vista. Es cierto que los destinatarios de normas jurídicas y sus individualizaciones no tenemos discreción en su acato. Pero existe otro aspecto que este dilema exige considerar: el que el poder de un juez no es omnímodo. Las facultades de un juez están circunscritas. En el orden jurídico, lo que puede hacer y no hacer un órgano aplicador de derecho está diseñado de una manera que se confiere un espacio de actuación específico. Y el mismo tiene que respetado. De ser rebasado, existen mecanismos para hacerlo cumplir. Uno de ellos es el amparo legalidad: el dejar sin efectos el acto a través del juicio de amparo por ser contrario al derecho aplicable. Esto es justamente lo que ocurre con una orden de suspensión: el juez que haya emitido una orden de suspensión aplica incorrectamente el régimen aplicable. Los motivos ya han sido expresados. Ello parece ser aceptado por todos. Lo que divide es la respuesta ante ello. Unos dicen, 'pues que el abogado de parte recurra el acto. Y ya que se deje sin efectos continuo'. El problema con dicha postura es triple: primero, premia conducta ilícita. Segundo, algunas medidas no vienen de la parte misma, por lo que puede carecerse de interés jurídico para presentar el amparo. Tercero, uno de los beneficios del arbitraje es su velocidad; una de las características del amparo es su lentitud. Si la procedencia del primero se condiciona al resultado del segundo, se sacrifica uno de los valores más importantes del arbitraje.

Hay quien no está dispuesto a seguir esta sugerencia. Razona que ello pone en riesgo al árbitro: puede hacerse acreedor a las consecuencias de desacato. Dicho razonamiento no es la mejor visión de las cosas por tres motivos. Primero, porque —como se explicó— el árbitro no tiene porqué acatar cualquier orden de un juez, tiene que ser una orden dentro de sus facultades. Segundo, de combatirse, se ganará. Tan es así que las órdenes nunca han sido exitosas: ningún árbitro ha sido condenado por desacato. Tercero, si en verdad le genera tal temor, pues debería reconsiderar aceptar ser árbitro—por lo menos en dicho caso.

Por lo expuesto, la ruta más adecuada es que el árbitro continúe. Que siga con el proceso. Así, en vez de discutir la legalidad de la suspensión, se discute la legalidad de la continuación. Ello tiene por efecto el que la parte que actúa indebidamente no coseche los beneficios de su actuar ilícito.

35. Al momento de redactar estas líneas este autor está en vías de presentar una queja ante el Consejo de la Judicatura por una orden de suspensión que hizo mucho daño en un caso.

Como dice Emmanuel Gaillard en un ensayo publicado postumamente³⁶:

... an arbitral tribunal faced with an anti-arbitration injunction at the seat of the arbitration should ... ignore it, proceed with the arbitration if it decides that it has jurisdiction, and issue the award.

[un tribunal arbitral enfrentado con una orden de suspensión proveniente de la sede del arbitraje debe ... ignorarla. Continuar con el arbitraje si decide que cuenta con jurisdicción, y emitir el laudo.]

Coincido con Gaillard. Desde Prohibido Prohibir³⁷ así lo defendí. La experiencia me ha dado la razón. Lamentablemente, hay quien no ha seguido la sugerencia. El resultado ha sido sacrificar los intereses de quien confió en arbitraje y quien confió en dicho árbitro.

B. El abogado debe defender, vigorosamente

En principio, corresponde al abogado recurrir la orden de suspensión como un acto ilícito. Uno que es ilegítimo al (i) carecer de fundamento, (ii) violar principios elementales y (iii) subvertir los propósitos del orden jurídico (tanto sistema arbitral como judicial).

La experiencia enseña que esto no siempre se ha hecho debidamente. Ante ello, dado que he defendido que el árbitro debe proseguir, puede ser necesario que se vea en la necesidad de defender la legalidad de su actuar. Ello es subóptimo, pero puede ser necesario. Y se ha decidido que tiene interés jurídico para hacerlo, pues de lo contrario³⁸:

... el árbitro quedaría en estado de indefensión al carecer de un mecanismo que le permitiera defender sus intereses como prestador de servicios, no como autoridad... se contravendría el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como puede observarse, la jurisprudencia ha esclarecido las situaciones en que el árbitro puede recurrir la legalidad de decisiones judiciales que le afecten. Las órdenes de suspensión son uno de ellos. Ello es una refinación plausible. Una además que permite tomar el paso defendido en este ensayo.

C. La institución arbitral debe apoyar e incentivar

La institución arbitral debe sintonizar con el problema descrito, adoptando prácticas que detonen incentivos positivos. Al día de hoy ello no ocurre.

Un árbitro que se vea en la necesidad de defender la legalidad de su actuar necesariamente incurrirá en costos—además de inconvenientes. El estado de reflexión y decisión al respecto de las instituciones más respetadas del mundo es inconsecuente con ello, y con la gravedad de lo ocurrido. Simpatizan, es cierto. Pero no hacen nada al respecto. En este foro propongo que las instituciones arbitrales deben tomar un papel más proactivo, y menos defensivo. Ello debe incluir decisiones que generen incentivos adecuados. Un caso particular de ello es entender que los costos en que incurra un árbitro en la defensa de la legalidad de su decisión de continuar con el arbitraje deben entenderse como costos del arbitraje, que deben ser reembolsados acorde al régimen general de costos (es decir, conforme a un análisis de “razonabilidad”³⁹), y ser concebidos con “daño” derivado de un ilícito, por lo que debe ser reembolsado⁴⁰. Ello no ocurre. Los árbitros quienes hemos vivido esta dificultad hemos sido dejados a nuestra suerte. A enfrentar y sufragar el costo de hacerlo, de nuestro peculio. Y cuando presentada la cuestión a la institución arbitral (incluyendo la que publica este ensayo), se nos dice —sin mayor explicación— que el gasto no es reembolsable.

Ello premia conducta ilícita. De hecho, la incentiva. Una parte que desea chicanear un proceso arbitral en la forma descrita en este ensayo encontrará que puede infligir costos al árbitro que decida continuar con el proceso, como parte de sus estrategia de frustración del acuerdo arbitral. Y como ello no le será repercutido en costos, no habrá consecuencia alguna a su actuar indebido. Económicamente, ello hace las veces de un subsidio: el costo total del actuar no es soportado por quien lo genera.

Lo expuesto tiene que cambiar. Y para hacerlo, no es necesario hacer modificación (legal o reglamentaria) alguna, solo entender las implicaciones de una forma de ver las cosas, de tal forma que se adopte una predisposición diversa. Quien incumple su deber de arbitrar (el efecto positivo de acordar un acuerdo arbitral), incurre en un ilícito. El costo infligido por ello es “daño”, del género que debe ser sufragado. Y dicho daño puede ser incluido como parte de los costos en que incurra un árbitro del género que deben ser reembolsados. Lo expuesto tiene que cambiar. Y para hacerlo, no es necesario hacer modificación (legal o reglamentaria) alguna, solo entender las implicaciones de una forma de ver las cosas, de tal forma que se adopte una predisposición diversa. Quien incumple su deber de arbitrar (el efecto positivo de acordar un acuerdo arbitral), incurre en un ilícito. El costo infligido por ello es “daño”, del género que debe ser sufragado. Y dicho daño puede ser incluido como parte de los costos en que incurra un árbitro del género que deben ser reembolsados cuando “razonables”⁴¹.

36. Emmanuel Gaillard, *Seven dirty tricks to disrupt an arbitration and the response of international arbitration law*, *Arbitration International*, Volume 39 number 3, 2023, p. 361, 374.

37. *Arbitraje*, ob. cit., p. 1253 et seq.

38. *Amparo En Revisión Civil 406/2018*, Sentencia de 28 de Agosto de 2019, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, p. 112.

39. Artículo 1455 del Código de Comercio.

40. La violación del deber de arbitrar, del deber de litigar de buena fe, y la violación del efecto negativo del acuerdo arbitral.

41. Artículo 1455 del Código de Comercio.

Ello es una práctica que alinearía los incentivos en forma positiva: quien incurra en violación del deber de arbitrar, tendrá que sufragar el costo incurrido en hacer valer la obligación, como cualquier otra obligación que incumpla. No la víctima del acto.

III. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA SON ERRADOS

En contra de la tesis aquí defendida se han esgrimido tres argumentos: que el árbitro tiene que acatar al juez al margen de lo acertado (*quod non*) de su mandato (§A), que el árbitro no tiene porqué asumir dicho riesgo (§B), que continuar pone en duda la legalidad del laudo (§C). Los tres argumentos no son la mejor visión de las cosas. Explico porqué uno por uno.

A. El árbitro no incurre en desacato

Se ha dicho que el árbitro puede estar incurriendo en “desacato” (lo que otras jurisdicciones llaman “contempt of court” o “desobediencia”⁴²). El temor descuida el contenido preciso del concepto jurídico⁴³. El primer párrafo del artículo 178 del Código Penal Federal establece:

Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

(énfasis añadido)

El artículo 281 del Código Penal de la Ciudad de México establece:

Se le impondrá de seis meses a dos años de prisión o de trabajo en favor de la comunidad, al que rehusare prestar un servicio de interés público al que la ley lo obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad.

(énfasis añadido)

Las palabras resaltadas del tipo penal del delito de desacato son claves para la cuestión que estamos abordando. Textual y semánticamente, incluyen un adjetivo: “legítimo”. Dicho adjetivo obedece a un objetivo importante al momento en que se confeccionó el tipo penal: cerciorar que no cualquier orden tenga que ser obedecida, sino una orden que sea acorde al régimen aplicable. Esa es la definición de “legitimidad”: la conformidad de algo con el régimen del que emana. Entender esto es importante y profundamente trascendente para nuestra cuestión. Por principio, implica que no todo mandato de un juez debe ser obedecido, sino solo aquellos que son “legítimos”. El término “legítimo” califica el mandato de una autoridad, como condición de la existencia del deber jurídico de obedecerlo.

Como expando en Prohibido Prohibir⁴⁴: el derecho penal (incluyendo doctrina y jurisprudencial⁴⁵) exige, para su acato, que el mandato sea “legítimo”. Una orden que es contraria al régimen de la que emana no es “legítima”. No siendo legítima, su no-acato no actualiza el delito de desacato.

Existe sabiduría en la inclusión de dicha precaución en la confección del tipo penal. Refleja experiencia: aprender que las autoridades a las que se les ha confiado poder, pueden (suelen) distraerlo. Si no se condiciona la existencia de un deber jurídico de obedecer a que la orden no sea legítima, el poder confiado se torna omnímodo—del género que se presta a abuso—algo que desprecia el orden jurídico.

Profundicemos un poco sobre ello. Comienzo por preguntar al lector: Si el lector recibe una orden judicial de hacer algo indebido, ¿lo acataría? La respuesta es evidente: “no”. Uno no debe acatar mandatos ilegítimos.

¿En qué difiere de dicha respuesta la orden de suspensión?

Existe otro motivo por el cual no se actualiza el delito de desacato: causa legítima. El tipo penal libera de responsabilidad penal cuando se está ante “causa legítima”. El artículo 178 del Código Penal Federal dice: Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la Ley le obligue, o desobedeciere un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán de quince a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad.

(énfasis añadido)

Existe “causa legítima” —para efectos del artículo 178 del Código Penal Federal— cuando el no-acato de una orden obedece al cumplimiento de un deber. En nuestro caso, el árbitro tiene el deber de ejercer la jurisdicción.

La aceptación del estatuto jurídico del árbitro implica la obligación principal por el cual se le confirió el estatuto: juzgar. Ello es la obligación primigenia de todo árbitro. Estando pellizcado por una orden anti-arbitraje, por un lado, y el deber jurídico de juzgar, por el otro, el árbitro debe cumplir con su misión.

Existe una última consideración relevante a la cuestión: suponiendo que nazca responsabilidad penal —algo que, como se explicó, no debe ocurrir—, existe una excluyente de responsabilidad penal de la misma: la existencia de la causa de justificación conocida como “Cumplimiento del deber”. La fracción B.III del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal establece:

43. Esta sección se nutre de lo expuesto en Prohibido Prohibir, Arbitraje, ob. cit., p. 1243 et seq.

44. Arbitraje, ob. cit., p. 1255 et seq.

45. Registro 201137. DESOBEDIENCIA A UN MANDATO LEGÍTIMO DE LA AUTORIDAD. DELITO DE. Novena. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tome IV. Octubre de 1996, p. 524.

42. Artículo 556 del Código Penal Español, que el Tribunal Supremo ha descrito como “conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente” (STS 560/2020, de 29 de Octubre de 2023).

Ello es una práctica que alinearía los incentivos en forma positiva: quien incurra en violación del deber de arbitrar, tendrá que sufragar

B. Habrá causas de justificación, cuando: ...

III.- (Cumplimiento de un deber).- El agente realice una acción o una omisión atendiendo a su deber jurídico, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo;

En forma semejante, la fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal establece:

La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

Como explico en Prohibido Prohibir⁴⁶, siguiendo a Francisco Muñoz Conde⁴⁷:

cuando el mandato u orden infringe manifiesta, clara y terminantemente un precepto legal, no habrá ninguna obligación de obedecer. ...

el cumplimiento de un deber como causa de justificación al examinar el mandato que adolece de legalidad.

Como puede observarse, conforme a derecho penal, se exime de responsabilidad penal cuando el sujeto activo está obligado a actuar de dicha manera conforme a un deber jurídico. Ese es el caso del árbitro: debe juzgar.

Por todo lo expuesto, el delito de desacato no se actualiza pues:

- (1) El mandato no sería legítimo: un juez no está facultado para suspender arbitrajes.
- (2) Existe causa legítima para no acatar una orden de suspensión: el deber de ejercer la jurisdicción.
- (3) La excluyente de responsabilidad de Cumplimiento del Deber excluiría cualquier responsabilidad.

B. ¿El árbitro no tiene porqué arriesgarse?

Hay quien ha razonado —aunque no articulado— el que el árbitro no tiene porqué arriesgarse. La premisa muda detrás de la explicación conferida asoma que se razona (¿teme?) que emitir el laudo implica ponerse personalmente en riesgo. Exponerse a un proceso penal; incurrir en costos que no le serán reembolsados⁴⁸. Ello, en el mejor de los casos, puede implicar la necesidad de defenderse, lo cual es preferible evitar pues genera inconvenientes y costos. En el peor de los casos, puede implicar un riesgo aceptable.

El razonamiento no justifica la inacción.

Comencemos por reconocer que el argumento es, en su mayoría, meta-jurídico: humano. Y es un argumento ad terrorem. Solo por eso, podría justificarse no abordarlo: este ensayo analiza una cuestión jurídica. Pero siendo que lo expresado está en la mente (y en el actuar) de algunos árbitros, merece ser considerado dado el postulado que defiende en este ensayo.

Propongo que la respuesta que demos a esta cuestión es una de esas decisiones que nos definen. Uno de esos dilemas de vida que separa a unos de otros. A quienes ven sus encargos/responsabilidades más como una forma de hacer, que una forma de recibir. En lo personal, en los dos casos en que, actuando como árbitro, firmé un laudo aún ante una orden de suspensión, lo hice a sabiendas que ello me generaría problemas. Pero que hacerlo era lo correcto. Las partes habían confiado en mí. Las partes habían pactado arbitraje considerando que ello era un elemento de estabilidad de sus relación. Que, gracias a ello, el contrato significaría lo que dice. No firmar implicaría abdicar. Traicionar la confianza depositada. Anteponer mis intereses a los de la parte con quien me comprometí —eso es el efecto jurídico de aceptar actuar como árbitro. Por ende, aún vistas y vividas las consecuencias (costos, inconvenientes, angustias) que viví como resultado del hostigamiento de una parte dispuesta a hacer todo (incluyendo actuar ilícito) para evitar que el órgano encomendado pase juicio sobre su actuar, no me arrepiento. Lo volvería a hacer, pues ello es lo que implica aceptar el (alto) encargo de actuar como árbitro.

C. El laudo emitido no obstante una orden de suspensión no viola el derecho arbitral ni supletorio aplicable

Hay quien teme que continuar ponga en tela de juicio la validez del laudo. Fundamenta su razonamiento en que, si un órgano competente de la sede elegida emite una orden de suspensión, ello es parte del acervo del derecho arbitral aplicable cuyo no-acatamiento privaría de validez el laudo. El argumento es falaz y circular.

La fracción (d) del artículo 1457.I del Código de Comercio establece como causal de nulidad del laudo el que:

La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron en el acuerdo celebrado entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición del presente título de la que las partes no pudieran apartarse a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron al presente título

46. Arbitraje, ob. cit., p. 1258.

47. Muñoz Conde, Teoría general del delito, ob. cit., p. 132.

48. Ver §II.C supra.

(énfasis añadido)

La fracción (d) del artículo 1462.I del Código de Comercio concibe como causal de no-ejecución del laudo el que:

La composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se ajustaron a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

(énfasis añadido)

Ambos preceptos citados tutelan el que el laudo acate el régimen arbitral aplicable, ya sea pactado o supletorio. El pactado por la oración que dice “el procedimiento arbitral no se ajust[ó] al acuerdo celebrado entre las partes”. El supletorio como resultado del texto que dice “no se ajust[ó] al presente título”⁴⁹ y “no se ajust[ó] a la ley del país donde se efectuó el arbitraje”.

Basado en ello, el argumento esgrimido razona que ‘si pactaste que la sede es México, ello incluye la facultad del juez mexicano de emitir medidas precautorias. Si emitidas el árbitro no las acata, se incumple el régimen aplicable, por lo que el laudo es nulo’.

El argumento es sofista. Acepta o supone precisamente que el juez mexicano puede emitir órdenes de suspensión—algo demostrado errado en la §I supra. Si acepta dicha premisa, el argumento descuida que derecho arbitral mexicano no permite a un juez suspender un proceso arbitral. Como explico en la §I.C supra, la facultad de un juez de emitir medidas precautorias está teleológicamente dirigida a apoyar procesos arbitrales, no desbaratarlos. A conferir tutela cautelar, lo cual implica un conjunto de escenarios diversos que en esencia significan que el proceso y el laudo que de él resulta sea eficaz.

Entender dicha facultad en el sentido que posibilita emitir una orden que subvierte los objetivos del derecho arbitral es errado.

Es de hecho inherentemente contradictorio. Como expliqué, el juez que, basado en la amplitud de los artículos 1425 y 1478 del Código de Comercio, emite una orden que suspende un proceso arbitral comete un excès de pouvoir en su caso particular de détournement de pouvoir: la utilización de una facultad, de un poder, con una finalidad distinta para la cual le fue confiada.

Ello es ilícito. Debe inclusive generar responsabilidad al juzgador que lo haga⁵⁰. Corolario: nadie puede suspender un proceso arbitral excepto el tribunal arbitral mismo o las partes de común acuerdo.

49. El “título” es el Título IV, Libro Quinto, del Código de Comercio: el derecho arbitral mexicano.

50. Artículo 86, fracciones XI y XXXVI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

51. Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte por el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 2020.

El argumento refutado descuida lo anterior incurriendo en un argumento circular: considera que el laudo es nulo por no acatar el régimen procesal supletorio aplicable siendo que el régimen supletorio aplicable no permite a un juez suspender un proceso arbitral. Como ha quedado demostrado, el argumento es por ende falaz.

IV. CONCLUSIÓN

Las órdenes de suspensión de procesos arbitrales emitidas por jueces mexicanos:

(1) Carecen de sustento. El Derecho arbitral no los permite. Cada una de las siguientes premisas es independientemente suficiente para justificar la aseveración:

- (a) Violan el principio compétence de la compétence;
- (b) Violan el efecto negativo del acuerdo arbitral: el deber del juez de remitir a las partes al arbitraje;
- (c) Violan el principio de legalidad: no existe precepto alguno que las permita. Siendo el régimen uno números clausus y de interpretación estricta, la conclusión necesaria que de ello sigue es que el derecho arbitral no los permite.
- (d) Violan el régimen de las medidas precautorias:

Cuando emitidas como medida precautoria, desvirtúan el objetivo teleológico de dicha herramienta, pues las medidas precautorias procuran tutela cautelar en apoyo al arbitraje. En cambio, las medidas de suspensión lo obstruyen. Por consiguiente, su emisión constituye abuso de poder.

(2) Son contrarias al derecho fundamental de acceso a la justicia: restringen la posibilidad de los particulares de obtener justicia, incluyendo en la forma pactada: mediante arbitraje, pues obstruyen el trámite eficaz y expedito de un procedimiento arbitral.

(3) Obstruyen la efectividad del arbitraje. Siendo que la velocidad y efectividad fue el motivo por el cual el Constituyente Permanente los contempló en el párrafo cuarto del artículo 17 de la Constitución, al obsequiarlas, el juzgador desvirtúa los objetivos del mandato constitucional.

(4) Son contrarias al derecho (textual, constitucional, convencional y jurisprudencial) arbitral. Respecto del convencional, Siendo México parte de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) y el Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá⁵¹) (T-Mec), y dados los compromisos internacionales que México adquirió en los mismos, aceptar las órdenes de suspensión amenaza con detonar responsabilidad internacional del Estado mexicano.

¡Hurra, hurra!

Tenemos una nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias.

¿Algo para celebrar?

Enrique A. Hernández-Villegas

Socio fundador de Solución de Conflictos Legales, S.C. y Vicepresidente del Comité de Mediación de la ICC México

“Hoy en día se advierte un especial interés nacional en la mediación; sin embargo, su verdadera aplicación será posible, sólo si los abogados postulantes valoran esta posibilidad como un deber de conciencia, privilegiando los acuerdos por encima de los pleitos”.

-Enrique A. Hernández Villegas

Puntos clave:

- La nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias no era la esperada; sin embargo, es el mínimo para que cada Congreso Estatal inicie con su propio ordenamiento.
- La mediación es un procedimiento ágil, flexible y sencillo que no necesita de una excesiva regulación, puesto que, esencialmente se basa y se rigen en sus principios rectores que son universales.
- Ni la mediación ni ningún Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias son propiedad de los Poderes Judiciales o la Suprema Corte de Justicia de la Nación como se hace suponer. La mediación es de todos, la mediación es universal.
- La mediación no nace ni muere en los tribunales. La mediación es libre.
- Desaparece la figura del mediador; ahora serán personas facilitadoras lo que de suyo es un descrédito para el profesional de la mediación.
- La Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias no viene a resolver los problemas y conflictos de las personas como se ha mencionado por algunos legisladores, puesto que, únicamente es una ley general que distribuye competencia en los Estados.



- El Consejo Nacional como máximo órgano rector en materia de políticas públicas parece inviable y muy complicado en cuanto a su funcionamiento y puesta en marcha.

I. BREVE HISTORIA

A partir de 1997, cuando se promulgó la primera Ley de Justicia Alternativa Estatal en Quintana Roo, y hasta la fecha, el desarrollo y alcance de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) han dado un salto cuántico. En estos 26 años se han realizado dos reformas constitucionales que introdujeron los MASC en materia penal, y establecieron que las leyes preverían dichos métodos; así como la regla de decisión de que cuando no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso y otros derechos, se privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. De igual forma se estableció que el Congreso de la Unión emitiría una legislación general en materia de MASC.

El 18 de junio de 2008, en el contexto de la reforma penal más importante en nuestro país, se reconoció en el artículo 17 constitucional a los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos al establecer que: “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.”

En 2014, después de varios acontecimientos políticos fuertes en el país, el ex presidente, Enrique Peña Nieto dio un discurso en el que señaló que “la justicia no se agota en el ámbito penal, sino qué hay una justicia olvidada, una justicia cotidiana, la justicia de las madres de familia, de aquellos que tienen pequeños créditos y que no tiene acceso a cómo cobrarlos”.

De ahí que el presidente Peña le pidió al Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C. (“CIDE”) que llevara a cabo unos foros de consulta cuyos resultados fueron presentados en abril de 2015.

Dichos foros tuvieron lugar durante el periodo comprendido del 15 de enero al 26 de febrero de 2015. El 27 de abril de 2015, el CIDE presentó el Informe de resultados de los Foros de Justicia Cotidiana, el cual confirmó el reto que tiene el Estado de garantizar a todas las personas mecanismos sencillos para solicitar y obtener de las autoridades competentes una solución expedita y adecuada a sus problemas del día a día. Bajo tales consideraciones se recomendó al Ejecutivo Federal convocar a una instancia plural de diálogo, con representantes de todos los sectores.

El CIDE, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Gobierno de la República convocaron de manera conjunta a representantes de la sociedad civil, académicos, abogados, representantes de organismos constitucionales autónomos y diversas autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, con la finalidad de construir soluciones concretas a los problemas de acceso a la justicia cotidiana.

La convocatoria se materializó en los Diálogos por la Justicia Cotidiana, en los que, entre otros temas, se identificó la conveniencia de crear centros de asistencia temprana a fin de orientar a las personas sobre los mecanismos disponibles para resolver sus conflictos, así como fomentar el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias, los cuales deberían ser de fácil acceso para permitir a las personas encontrar soluciones a sus conflictos sin la necesidad de acudir a instancias jurisdiccionales.

De las conclusiones, nació la idea que debía darse una reforma constitucional para generar una Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias que tuviera por objetivo homologar las bases y principios en la materia. Se estableció un periodo de 180 días que venció el 4 de agosto de 2017.

El 5 de febrero de 2017 se publicó el decreto por el que se otorgó al Congreso de la Unión, la facultad para expedir la Ley General que fije los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal.

El 13 de diciembre de 2023, en el sexenio del presidente, Andrés Manuel López Obrador, el Congreso de la Unión por medio de sus dos Cámaras, por fin, luego de un retraso excesivo de seis años votó la nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (“LGMASC”), sin dejar de mencionar que fue necesario promover un juicio de control constitucional por una inadmisibles omisión legislativa.

Finalmente, el 5 de febrero de 2017 se publicó el decreto por el que se otorgó al Congreso de la Unión, la facultad para expedir la ley general que fije los principios y bases en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal.

El Congreso de la Unión, trabajó para la construcción de un cuerpo de principios y normas que le darían soporte a esta ley general.

¿Se cumplió el objetivo?

No lo creo y sobre eso comentaré en el presente ensayo.

¡Viva, viva... pero no! Nada que celebrar.

II. ¿Qué es una ley general?

Las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

Las leyes generales expedidas por el Congreso de la Unión distribuyen competencias entre los distintos órdenes de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación; es decir, pueden incidir válidamente en todos los órdenes de gobierno que integran el Estado mexicano, en virtud de que el Constituyente ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado que las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social.

III. Estructura de la LGMASC

La ley es de orden público, interés social y observancia general en todo el territorio nacional y tiene por objeto establecer las bases, principios generales y distribución de competencias en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 73 fracción XXIX-A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una ley extensa que se compone de 144 artículos bajo la siguiente Integración:

I. Naturaleza y objeto (Art. 1 a 8)

II. Competencia (Art. 9 a 29)

1. Consejo Nacional de MASC
2. Centros de MASC
3. Personas titulares de los Centros Públicos

III. Personas facilitadoras y su certificación (Art. 30 a 48)

1. Disposiciones generales
2. Certificación
3. Suspensión y revocación de la certificación

IV. Registros y Plataforma Nacional (Art. 49 a 56)

1. Registro de Personas facilitadoras
2. Cancelación de la inscripción
3. Plataforma Nacional de Personas Facilitadoras

V. Partes (Art. 57 a 60)

VI. Tramitación de los MASC (Art. 61 a 93).

1. Procedimiento
2. Justicia Restaurativa y sus procesos
3. Solución de controversias en Línea

VII. Convenio (Art. 94 a 114)

1. Requisitos del Convenio
2. Efectos del Convenio
3. Sistema de Convenios

VIII. Centros de Mecanismos de Solución de Controversias en el ámbito administrativo (Art. 115 a 138)

1. MASC en el ámbito administrativo
2. Consejo de Justicia Administrativa
3. Personas facilitadoras
4. Tramitación de los MASC en el ámbito administrativo
5. Convenio

- Artículos transitorios

IV. ¿Se cumplió el objetivo?

A mi juicio, con la nueva LGMASC se pretendía organizar de mejor manera la actividad del mediador, se establecerían estándares mínimos de capacitación, competencia y se permitiría elaborar normas coherentes que ordenarían a la mediación a nivel nacional al tiempo de dar cabida a la mediación transfronteriza ante la demanda actual de dar soluciones en el contexto internacional.

Ab initio, cabe señalar que los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias son mecanismos ágiles y sencillos que no necesitan de una excesiva regulación, puesto que, esencialmente, se basan y se rigen en sus principios rectores que, además son universales.

Basta recordar que la mediación es el proceso de negociación entre partes facilitado por un tercero independiente. El mediador busca hacerlo ayudando en una evaluación objetiva de la disputa y los intereses de cada parte y eliminando las barreras de comunicación.

El proceso, que incluye reuniones conjuntas y separadas entre las partes, es muy flexible; el control permanece en las partes, la participación es voluntaria y si las partes no llegan a un acuerdo podrán dar por finalizado el proceso. Si las partes llegan a un acuerdo, éste adoptará la forma de un acuerdo vinculante y ejecutable. Este es el procedimiento de mediación aquí y en China, así de sencillo, eficaz y apegado a sus principios rectores.

Hasta aquí, la pregunta obligada es ¿Con la nueva LGMSC habrá más mediación y conciliación en México? la respuesta, desde mi punto de vista es que no y la razón es simple, la LGMASC hace más complejo lo que de suyo debería ser sencillo, además de que bajo esta normativa ser mediador privado es una actividad de alto riesgo que pocos desearían asumir.

V. ¿Cuál era la encomienda legislativa?

La idea central de tener una nueva ley general en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en México era unificar criterios sobre todas las legislaciones estatales para tener una ley general que ofreciera lineamientos de actuación para todos los Centros de Justicia Alternativa en los diferentes Estados a partir de la experiencia obtenida por más de veinticinco años en mediación, por ejemplo.

A través de la LGMASC, se establecerían las bases y principios de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia, civil, mercantil, familiar, comunitaria, escolar, condominal, indígena, administrativa propiedad intelectual, derechos de autor, fiscal, agraria, medio ambiental, y electoral, entre otros; con el objeto de garantizar el acceso al derecho humano a la justicia reconocido por la Constitución General y tratados Internacionales de los cuales el Estado Mexicano forma parte.

VI. ¿Qué recibimos?

El producto legislativo fue una ley que establece la creación de un Consejo Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como el máximo órgano rector en materia de políticas públicas que de suyo se antoja inviable y muy complicado en cuanto a su funcionamiento; un Consejo Nacional rector de políticas públicas conformado por los directores de los treinta y dos centros de mediación en sede judicial de los Estados, en el cual, ni siquiera se toma en cuenta a los mediadores privados, colegios de abogados ni cámaras de comercio, como si los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, de manera más específica la mediación perteneciera al Poder Judicial o a los Estados como se pretende hacer suponer.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de la LGMASC, el Consejo Nacional deberá de expedir:

1. Lineamientos de capacitación, evaluación, certificación, renovación, suspensión y revocación de personas facilitadoras.
2. Lineamientos de creación de la Plataforma Nacional de Personas Facilitadoras.

3. Lineamientos de creación, actualización y mantenimiento de los Sistemas de Convenios.

4. Lineamientos y Bases para la participación de las personas profesionistas, académicas y especialistas.

5. Lineamientos para la celebración de convenios de Colaboración con Instituciones públicas y privadas.

6. Lineamientos de datos mínimos que debe contener un expediente.

El Consejo Nacional dispone de un plazo de 180 días naturales posteriores a su instalación para expedir los lineamientos previstos en el decreto.

Como se observa, la LGMASC remite a un Consejo Nacional que será el encargado de generar la normativa secundaria en donde (supuestamente) se van a sentar las políticas para la implementación; sin embargo, la duda que surge es cómo se van a hacer valer los lineamientos en el mundo legislativo, ¿Vendrá otra ley que reglamente al Consejo Nacional? y de ser así ¿Quién lo expediría, la Federación o los Estados?

Adicionalmente, los Poderes Judiciales Federales o Locales, deberán expedir los lineamientos de operación de los centros públicos y privados de mecanismos alternativos de solución de controversias.

Por cierto, más tareas y cargas al Poder Judicial Federal que ni siquiera tiene presupuesto para lo elemental que es la impartición de justicia y para los Poderes Locales que sufren para pagar la nómina.

VII. ¿Qué se pudo haber realizado?

Vox populi se dice. - A los mexicanos nos gusta hacer todo mal y al revés y ello se puede constatar con la LGMASC, dado que, antes debimos de haber comenzado bien y por el principio, en este caso i) adoptando la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Conciliación Comercial Internacional y, de la mano de lo anterior ii) adoptar la Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, mejor conocida como Convención de Singapur, que acogió a la mediación como método alternativo y eficaz para solucionar los conflictos en cuanto al comercio internacional se refiere, las cuales establecen normas uniformes, claras y sencillas que facilitan la ejecución de los acuerdos de mediación ("acuerdos de transacción") respondiendo a las necesidades de celeridad, consensualidad y seguridad propias del comercio internacional;

ambas leyes modelo realizadas por expertos a nivel internacional para continuar con una Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias doméstica que unificara todo el ecosistema de los referidos mecanismos en México.

Por cierto, vale la pena destacar que el Comité de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (ICC-México) que presidimos, el pasado 12 de marzo de 2019, desahogamos una consulta realizada por el entonces Consultor Jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el Lic. Alejandro Alday González en la que recomendamos que México suscribiera la Convención de Singapur sin reservas de ningún tipo, tomando en cuenta algunas de las siguientes ventajas además de colocarnos en el contexto internacional actual:

- a) La claridad de la definición de los conceptos tales como el de Mediación homogeneizando los conceptos para beneficio de todos los usuarios y grupos de interés en el mundo en lugar de hablar de figuras que pueden confundirse (como conciliación, transacción, buenos oficios, negociación, evaluación neutra).
- b) La claridad en cuanto a la obligación de los países parte de ordenar la ejecución de los acuerdos de transacción y de permitir a las partes en un conflicto invocar la existencia de un acuerdo de transacción.
- c) La claridad de los requisitos para hacer valer un acuerdo de transacción.
- d) La Convención, si es ampliamente adoptada por los estados miembros, promoverá el uso de la mediación como un mecanismo de resolución de disputas para transacciones transfronterizas.
- e) Evita que las partes firmen de mala fe el acuerdo sin intención de cumplirlo.
- f) Contiene una comprensión sobre la definición de mediación y su proceso.
- j) Nombra al neutral que intervendrá explicando su papel en el proceso.
- h) Conlleva “credibilidad” como una opción confiable para las partes comerciales en disputas internacionales.
- i) Proporciona tranquilidad y confianza en el proceso de mediación para países con un historial de mediación corto, donde la mediación aún no está tan bien establecida o bien reconocida.

VIII. Personas facilitadoras

La LGMASC prevé que las personas facilitadoras son las personas físicas certificadas para el ejercicio público o privado en la gestión y solución de disputas, las cuales revestirán de fe pública para la celebración de los convenios que firmen las partes, certificar las copias de los documentos como anexos al convenio, y expedir copias certificadas de los convenios. Se prevé que exista un registro de personas facilitadoras a nivel federal y local.

Sin embargo, llamar “persona facilitadora” al mediador es un descrédito, puesto que, el mediador profesional necesita mucho más que ser un mero facilitador, es un especialista tal y como lo refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal.

Más aún, si se revisa con detenimiento la Convención de Singapur, el artículo tercero dispone lo siguiente: Se entenderá por “mediación”, cualquiera que sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución.

Queda claro que, en el consenso internacional, se reconoce expresamente que cualquiera que sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia será considerado mediación con la asistencia de uno o más terceros denominado mediador.

IX. Mediador, actividad de alto riesgo

A nadie se le carga la mano como a los mediadores, ahora facilitadores. Me explico.

El artículo 98 de la LGMASC, último párrafo que establece que los convenios de mediación deberán de cumplir con las obligaciones establecidas en la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, lo que de suyo es delirante, solicitar a los mediadores privados que se conviertan en agentes fiscalizadores identificando al beneficiario controlador, o bien, identificando que tipo de actividades son consideradas como vulnerables para presentar los avisos correspondientes ante la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), cuando que, su misión es única y

elemental: ayudar a los protagonistas de un conflicto a gestionarlo y solucionarlo de la mejor manera posible, sin tener que cumplir con una legislación especial cuya finalidad es proteger el sistema financiero, estableciendo medidas y procedimientos para prevenir y detectar actos u operaciones que involucren recursos de procedencia ilícita, al grado que, de infringir esa ley especial el mediador será sancionado con multa, en el menor de los casos.

De hecho, la propia LGMASC establece como principio rector de la ley el de la honestidad (Art. 5. Fracc. VIII). “Las partes, personas facilitadoras, abogadas colaborativas y terceros deberán de conducir su participación durante el mecanismo alternativo de solución de controversias con apego a la verdad y profesionalismo”.

En el pasado, ni siquiera la UIF había solicitado algo similar para la mediación privada por entender que el mediador es un facilitador en la gestión y solución de un conflicto confiando en lo que las partes le manifiestan con apego a la verdad; sin embargo, en la LGMASC se impone un deber de cumplimiento a todas luces excesivo que rompe abiertamente con lo que es la mediación privada, ello, independientemente que, a partir de ahora, los mediadores privados van a tener que contratar personal especializado en la materia de antilavado para que se encarguen de dar los avisos que dicha ley requiere, lo que, indudablemente, incrementará el servicio de la mediación privada.

Lo anterior, sin perjuicio de que la LGMASC en el artículo 30 Fracción XI, impone al facilitador la obligación de verificar la disponibilidad de los bienes y derechos que sean objeto de la suscripción del convenio; esto es, el facilitador, ahora tiene que fungir de investigador privado, cuando que, en la mediación, por ejemplo, todo lo que las partes manifiestan lo hacen bajo protesta de decir verdad, puesto que, la mediación es un procedimiento de resolución de controversias de buena fe en el cual los mediadores no son gestores ni esa es su función; a lo que se suma lo dispuesto por el artículo 70 de la referida ley, en cuanto a que, una vez iniciado el mecanismo alternativo, la persona facilitadora deberá poner a consideración de las partes la viabilidad de llevar a cabo acciones preventivas de dar, hacer o no hacer, hasta la eventual celebración de un convenio. ¿Acciones preventivas? sólo el legislador sabe a qué se refiere con eso de acciones preventivas.

Finalmente, lo más espeluznante está en el segundo párrafo del artículo 95 de la LGMASC que establece: “De las nulidades, negligencias, faltas o defectos de procedencia en torno a derechos y obligaciones acordadas por las partes en el Convenio respectivo, responderá la persona facilitadora”.

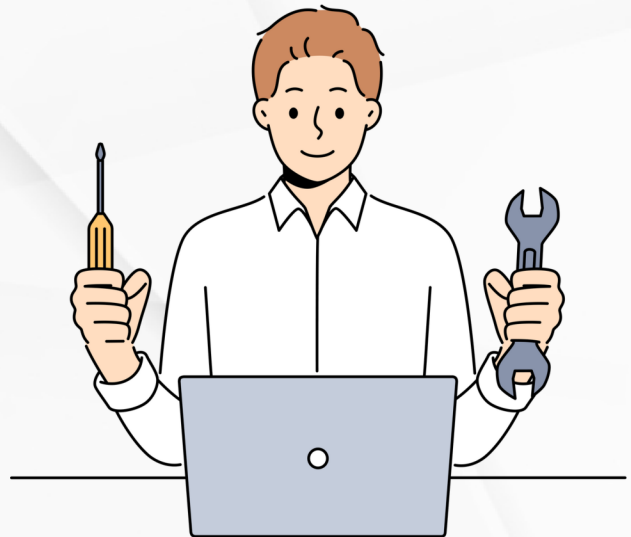
Cualquier mediador sabe, que para alegar la nulidad de un convenio por cualquier razón o pretexto para incumplirlo basta con que se alegara negligencia del mediador para cuestionar su eficacia; de ahí que, es un dislate lo que al respecto se señala en dicho precepto de suyo oponente del mediador y de la mediación.

A manera de conclusión:

Me parece que es loable el esfuerzo realizado por los legisladores para conseguir la LGMASC; sin embargo, habrá que corregirlo para darle el rumbo adecuado que se necesita si lo que se busca es privilegiar el uso adecuado y conveniente de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias por encima de litigar causas.

Sin duda, es necesario seguir trabajando para que la nueva LGMASC pueda llegar a ser un círculo redondo y que de esta manera tenga un impacto social importante en la vida de los mexicanos.

“Bienaventurados los que procuran la paz, pues ellos serán llamados hijos de Dios” (Mateo 5:9)



Disputas sobre cláusulas de ajuste de precio en arbitraje comercial



Joaquín Vega Martínez

Socio fundador de Vega, Guerrero y Asociados y
Presidente del Comité de Arbitraje Bajío de ICC México



Guillermo Madrigal Monroy

Asociado Jr. en Vega, Guerrero y Asociados

Resumen.

Las operaciones en M&A incrementan el flujo transfronterizo de inversiones en todos los sectores de la economía. En 2024, sin duda será una de las materias más importantes. Sin embargo, en este tipo de transacciones siempre existen riesgos relacionados con la expectativa de compra, así como la expectativa de venta de las partes, ambos buscando siempre el mejor beneficio posible. La regulación de ese interés, se encuentra regulado normalmente a través de cláusulas de ajuste de precio, la cual establece los mecanismos o el mecanismo por el que se determinará el Precio de Compra. No obstante, este tipo de cláusulas tienden a ser objeto de disputas derivado de su propia naturaleza.

Además, resulta importante tomar en cuenta las fases preliminares de este tipo de transacciones, así como otras disposiciones del contrato. Por último, el arbitraje, ha probado ser un mecanismo ideal para la resolución de este tipo de disputas por las diferentes características que el mecanismo ofrece, principalmente la internacionalización, especialidad y complejidad en este tipo de operaciones.

Si bien el año 2023 fue uno de los peores años en el mercado global de transacciones, al haber caído a su nivel más bajo en una década a nivel mundial, debido altas tasas de interés y desaceleración económica.¹

En este 2024, todo pareciera repuntar bajo los siguientes tres factores: primero, mejora de mercados financieros a nivel global, impulsada por la desaceleración de la inflación y las reducciones de tasas de interés; segundo, la demanda y oferta de transacciones comerciales y tercero, la necesidad estratégica de las empresas de adaptar modelos de negocio.² Esta última siendo la más común como uno de los motivos para llevar a cabo operaciones de Merger and Acquisition (M&A), mismas que resultan fundamentales para el flujo transfronterizo de inversiones en todos los sectores de una economía.³

Ahora bien, dentro de algunas de las formas que existen para adquirir una empresa, se encuentra lo que el mundo anglosajón llama share deal, compra de acciones o adquisición y por otro, el asset deal lo cual es la adquisición de los activos y pasivos de otra sociedad.⁴

Los motivos por los que se haga cualquiera de estas operaciones son tan diversos como la razón por la que el adquirente, decida sobre una u otra estructura de transmisión (ej. Facilidad del proceso de transmisión, atenuación de riesgos, etc).⁵ Entre los motivos de adquisición o fusión más comunes se pueden destacar los siguientes.⁶

- Económicos;
- Razones estratégicas del negocio;
- Reducción de costos;
- Beneficios fiscales;
- Búsqueda de liderazgo en el mercado;
- Presencia, testeo y/o conocimiento de un potencial mercado;
- Crecimiento;
- Reorganización del negocio con una estructura más competitiva;
- Integración horizontal o vertical.

Independientemente del motivo o la estructura de transmisión que se elija, siempre será fundamental considerar los aspectos legales, financieros y de due diligence al realizar este tipo de operaciones para garantizar que se realice de manera correcta y conocer la situación real y actual de la sociedad que se adquiere. Todo ello es conocido en cada una de las diferentes fases que acompañan al proceso de adquisición o fusión como se muestra a continuación.

I. Fases de un proceso de adquisición o fusión.

Todo proceso de adquisición involucra una fase o proceso de compra más o menos largo, que dependerá de la complejidad de la transacción y la forma de adquisición. Como fue mencionado con anterioridad, los motivos por los que se elija una u otra forma de adquisición de una sociedad varían. Esto mismo repercute en las fases y el proceso de adquisición, abarcando diferentes análisis financieros, estratégicos, legales hasta la fecha de cierre o bien, la de actuaciones posteriores al cierre donde es ahí que la cláusula de ajuste de precio tiene su función.⁷

En otras palabras, el proceso de compra de adquisición de una empresa dependerá de los sujetos intervinientes, envergadura de la operación, posición negociadora de las partes, objeto de la adquisición, mayor o menor afinidad entre las partes implicadas, la necesidad de obtener consentimientos de terceros, la sujeción de la operación a la obtención de autorizaciones administrativas, la situación financiera de la compañía etc.⁸

Por ello, resulta importante que, durante estas fases, cada una de los participantes en la operación tome nota de situaciones que llamen su atención y que estas,

posterior como se ahondará en ello, se vea reflejado en la cláusula de ajuste de precio o el mecanismo para su determinación.

A. Fase preliminar.

En esta fase, es decir, los acercamientos que tienen de un posible adquirente para cuando la empresa adquirida, habrá desde luego un intercambio de documentos para lo cual es necesario una serie de formalidades como la firma de Non-Disclosure Agreements. Lo relevante aquí es la total transparencia con la que las partes se deberán de dirigir al compartir información privilegiada, de hecho, a un competidor directo, en la mayoría de los casos llega a suceder.

Como se anticipaba, dicha decisión de adquisición, puede estar motivada por razones de estrategia del negocio o búsqueda de oportunidades en el mercado, es decir, el adquirente busca sociedades de objetivo compatibles o similares.⁹

B. Fase de Due Dilligence

Dentro del contexto de adquisiciones, Due Diligence o la debida diligencia refiere al proceso de búsqueda de información sobre una organización en cuanto el área de actividad, posibilidades y perspectivas futuras del negocio y el estado de su activo y de pasivo.⁸ En ese sentido, esta debida diligencia consiste en recabar y procesar la información con el fin de obtener, analizar o comparar resultados como ya hemos mencionado, financieros, contables y jurídicos relativos al conjunto de activos y pasivos de la sociedad objeto de la compraventa.⁹

Como producto de este proceso se tendrá un informe, mismo que deberá estar delimitado por criterios de materialidad, es decir, qué es importante para la operación mismas que involucran normalmente situaciones contingentes (litigios, pagos, contratos, etc). El informe, podrá ser realizado por un tercero a cargo del comprador o bien, también puede ser realizado por la propia parte adquirida. Finalmente, los factores de riesgo existentes o no, que surjan del informe o de la debida diligencia deberán ser ponderadas por la parte adquirente al momento de celebrar el contrato.

C. Fase de Negociación y Cierre de la Operación

Una vez que se tenga la información suficiente, las partes entran en esta etapa de la cual resultará el borrador final del contrato de compraventa y los demás documentos que regularán las obligaciones asumidas por las partes.¹⁰ Así como el cierre de la operación, este concepto el cual como se verá, resulta fundamental para las disputas sujeto de una cláusula de ajuste de

precio en una operación de M&A. Lo anterior, debido a que, el termino cierre o closing, hace referencia al conjunto de actuaciones que suelen tener lugar en el momento en que se consuma la operación, la cual no necesariamente tiene que coincidir con la firma del contrato, siendo esto lo normal en operaciones complejas, lo que da como resultado naturalmente otra redacción al contrato de compraventa con el fin de regular cómo se conducirá la empresa durante este período y las obligaciones y derechos que las partes asumirán.¹¹

II. Cláusula de ajuste de precio

Dentro de las disputas que más frecuentemente se suscitan en arbitraje de M&A, se pueden encontrar aquellas relativas al : 1) Periodo entre la firma y la consumación de la compraventa (ej: curso ordinario, MAC, condiciones suspensivas, autorización de la concentración por las autoridades de competencia, etc.), 2) Los ajustes del precio (Variación del Activo Neto o ganancias futuras (earn-out).), 3) opciones de compra de venta de paquete accionario del vendedor minoritario, 4) declaraciones y garantías (representations and warranties) y 5) obligaciones posteriores a la consumación de la compraventa. ¹²

En relación las cláusulas de ajuste de precio, es usual observarlas en compras y adquisiciones de sociedades.¹³ Este tipo de cláusulas han venido jugando un factor preponderante para tratar la tranquilidad de las partes y no detener la ejecución de la adquisición por discrepancia del precio o en la información o método utilizado para llegar a definirlo.¹⁴ La cláusula sobre ajuste de precio establece el mecanismo mediante el cual las partes acuerdan una serie de procesos a seguir para determinar el precio real o final del share deal o asset deal entre la fecha inicial de valuación o posterior la fecha de cierre de la operación. ¹⁵

Asimismo, vale la pena señalar que este tipo de cláusulas, tienden a generar un potencial litigio entre las partes debido a la naturaleza de la misma clausula, al ser un acuerdo abierto para una disputa en que el dinero que puede ser ganado, por alguna de las partes, resulta un incentivo para que cada una construya un caso a su favor.¹⁶

No obstante, la disposición específica en el contrato para la determinación del precio de la transacción ya en si misma puede generar una disputa derivado de la falta de definiciones claras de conceptos contables, falta de coordinación entre conceptos contractualmente acordados y los estatutario, inconsistencias en el método aplicado para la contabilidad, tiempos irrealistas en el logro de ciertos

pasos y líneas delgadas entre conceptos legales y contables así como las diferencias culturales de las partes en relación con prácticas contables e informes.¹⁷ Ahora bien, por lo general este tipo de cláusulas trabajan de dos formas, una de ellas es como una cláusula ajuste de precio basado en la variación del activo neto o con incidencia a la fecha de corte al cierre y otra como cláusula de ajuste de precio basado en ganancias futuras (earn-out) o por hechos con posterioridad a la fecha de cierre.

A. Cláusula de Ajuste de Precio Basado en la Variación del Activo Neto

Este tipo de cláusulas se centran en el valor de la compañía a ser adquirida, es decir que, son típicas las disputas sobre la exactitud de las cuentas de finalización (cuentas y cálculo del patrimonio neto, capital circulante o deuda).¹⁸ Desde luego, estas son situaciones que como se indica en el nombre inciden a la Fecha de Corte al Cierre. Por ello, resulta importante para ambas partes tener toda la información disponible en las fases mencionadas anteriormente, lo anterior para poder realizar una valorización correcta por ambas partes y así subsanar las eventuales modificaciones entre la fecha de los estados financieros utilizadas para la valorización de la empresa/información la fecha de firma y a la fecha de cierre de una transacción¹⁹.

Los tipos de ajuste que se pueden encontrar en estas cláusulas pueden ser de capital de trabajo, monto de caja y deuda, sobre la base de activos netos y sobre la base de ingresos de la empresa objetivo. Cada uno de ellos obedeciendo a situaciones específicas de la empresa a ser adquirida y de las garantías o claridad del comprador sobre el valor de la empresa.

B. Cláusula de ajuste de precio basado en ganancias futuras (earn-out)

Por su parte, las cláusulas de ajuste de basadas en ganancias futuras se configuran con base a condiciones como metas, ratios comerciales o financieros.²⁰ Por lo general cuando se pactan este tipo de cláusulas, las partes tienden a discutir sobre la aplicación de las mismas, es decir, la aplicación de las políticas contables acordadas, la aplicación de los PCGA y su interacción con la practica anterior, así como el cálculo correcto del EBITDA.²¹ En otras palabras, este tipo de cláusulas prevén un aumento del precio de compra que depende del desarrollo de condiciones financieras definidas, como las ganancias de la sociedad adquirida, un período de tiempo particular después de la fecha de cierre.²²

Cualquiera que sea la cláusula pactada sobre el mecanismo a utilizar para el ajuste de precio, ambas cláusulas son propensas a terminar en una disputa debido a diversos factores como pueden ser: la complejidad del mecanismo diseñado para la definición del ajuste de precio, la postura de las partes sobre el balance, características de desempeño, así como normas y métodos a aplicar para su determinación.²³

Por esta razón resulta importante considerar una redacción contractual adecuada de los siguientes conceptos que impactaran eventualmente en una disputa sobre la cláusula de ajuste de precio tales como:

- Capital de Trabajo Real (Working Capital);
- Precio de Compra;
- Declaraciones y garantías (Representations and warranties);
- Importe de Ajuste;
- Saldo de Caja;
- Fecha de Cierre;
- Estado de Cierre;
- Deuda;
- Fecha de Liberación inicial y final de Reserva;
- Reserva.

Otra consideración a tomar en este tipo de disputas son las declaraciones y garantías realizadas por las partes (Representations and Warranties). Lo anterior se debe a que, estas disposiciones tienen efecto sobre la valorización de una sociedad, es decir, en la definición del Precio de Compra derivado a que esta disposición que se encontrará en el contrato funge como una moneda de cambio para determinar el valor que resulta más conveniente ya sea para el vendedor o comprador y en caso que alguien falte a su palabra se encuentre sujeto a una penalidad.

Desde luego que su relación con las disputas sobre cláusulas de ajuste de precio resulta relevante, debido a que tiene una influencia directa, como se mencionó en el Precio de Compra, porque constituye de manera crucial la asunción que hagan las partes o el comprador en su caso de la valuación de la sociedad a ser adquirida.²⁴ Además, puede en ciertos casos involucrar el reclamo de un tercero en contra de la compañía objetivo. Por ello, las partes deberán cuidar la redacción de esta disposición no sea vaga o ambigua en el lenguaje.²⁵

Por último, se explorará los beneficios que tiene considerar al arbitraje como el mecanismo de solución de controversias en este tipo de disputas, sus bondades, así como los retos que enfrentan las partes y el tribunal.

III. Arbitraje en disputas relacionadas con cláusulas de ajuste de precio

De acuerdo con diferentes encuestas especializadas en la materia el 73% de las empresas, prefiere utilizar el mecanismo de solución de controversias en este tipo de operaciones.²⁶ En 2016 al menos el 23% de las disputas relacionadas con M&A se resolvieron a través de arbitraje. En ese mismo año, se proyectaba un crecimiento de la utilización de este mecanismo para la resolución de controversias en operaciones de M&A hasta en un 60%.²⁷ Por último en 2022, se conoce que al menos el 75% de las operaciones de M&A específicamente de adquisición contenían una cláusula de ajuste de precio.²⁸

El panorama es conclusivo en cuanto a la preferencia del mecanismo de resolución de controversias en este tipo de transacciones. Desde luego que ello deriva de diversas situaciones que el arbitraje ofrece como se explica.

A. Arbitraje Institucional en contra posición a litigio para disputas derivadas de cláusulas de ajuste de precio.

La resolución de controversias derivadas del M&A encuentra en el arbitraje su opción preferida. Entre las ventajas a tomar en cuenta se encuentran las siguientes:

1. Ausencia de tribunales especializados en cuestiones mercantiles contractuales. Hace patente cuando se trata de transacciones que involucran elementos de internacionalidad o que presentan un alto grado de sofisticación.
2. La habitual demora en la resolución de controversias por la jurisdicción ordinaria; y;
3. La existencia de relevantes instituciones arbitrales locales e internacionales.²⁹
4. Internacionalidad de la disputa

Inclusividad de la disputa. Es decir, el conocimiento que podría tener un el tribunal de diferentes cuestiones previo a la fecha de cierre de la operación, es decir, desde las fases preliminares, relacionadas con Letters of Intent o Memorandum of Understanding firmados, así como Non-Disclosure Agreements.³⁰

En contraposición con el litigio en la vía judicial del cual ya son conocidas sus desventajas como puede ser la carga de trabajo de los juzgadores, la falta de especialidad en la materia, el exceso de formalidades procesales únicos en cada sistema judicial, falta de practica internacional al ser contratos celebrados por partes de diferentes jurisdicciones y los recursos disponibles.³¹

Asimismo, se ha considerado la posibilidad de que exista una determinación de experto en este tipo de procedimientos de manera aislada o bien, de forma escalonada al inicio de un arbitraje.

B. Arbitraje o Determinación de Experto

Resulta común encontrar en este tipo de transacciones y sobre todo en contratos donde se prevén cláusulas de ajuste de precio, disposiciones donde se prevé la determinación de un experto el cual determinará a través de un informe diferentes cuestiones técnicas o financieras respecto de la operación.

Por esta razón el contrato deberá contener disposiciones claras respecto a este mecanismo, debido a su cercana relación con los temas legales que puede guardar este tipo de disputas. La determinación del experto o informe normalmente es elaborada por firmas contables que se delimitan a establecer los hechos para determinar el Ajuste de Precio.

Contrario a la determinación del experto el árbitro, deberá de resolver las diferencias que surjan entre las partes respecto de la interpretación de las disposiciones contractuales. En un sentido estrictamente legal, la diferencia más clara entre las determinaciones de experto o el arbitraje es que la decisión del árbitro será vinculante para las partes y ejecutable.

Además de contar con una estructura legal detrás de cada procedimiento arbitral que permite justamente la ejecución de dicha decisión, contrario a lo que sucede en una determinación de experto, ya que incluso, el incumplimiento del informe o determinación del experto, puede estar sujeto a una controversia arbitral para exigir su ejecución, según se estipule el contrato.

Sin embargo, esto no significa que la determinación de experto no sea una herramienta útil. Por el contrario, un dictamen pericial en algunas ocasiones pondrá fin a la disputa o al menos, proporcionar una base sólida para futuras negociaciones o el procedimiento de arbitraje del contrato.

IV. Conclusiones

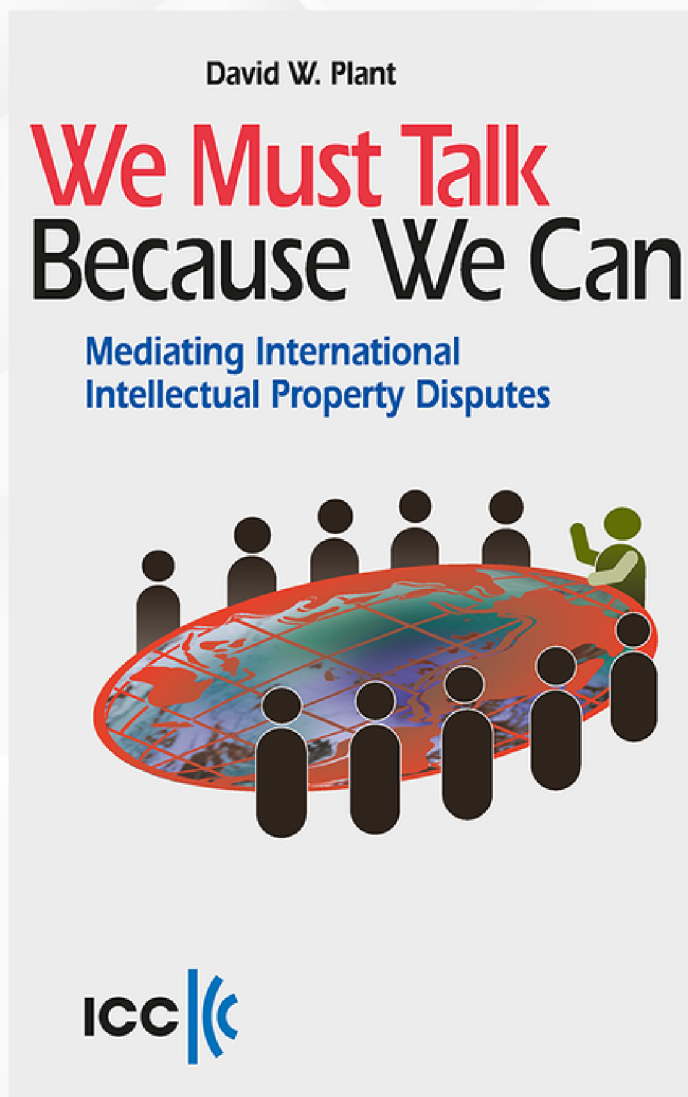
- Las fases que acompañan a estas operaciones son importantes cada una debido a que la información obtenida durante esta etapa será crucial para mitigar o prevenir una futura disputa sobre la valorización de la empresa;
- La cláusula de ajuste de precio deberá de tener una redacción clara, no solo ello sino las definiciones de conceptos contables y/o financieros del contrato;
- Más vale un buen arbitraje que un mal litigio. Como se muestra en el texto del artículo existen diferentes ventajas con las que cuenta el arbitraje comercial sobre el litigio en la vía judicial para resolver este tipo de controversias;
- Debe existir una delimitación clara sobre las tareas a realizar del experto, así como del árbitro en caso de diferencias entre las partes respecto de cuestiones técnicas-financieras o contractuales.



[Consulta aquí la bibliografía.](#)

¡Conoce nuestra publicación del mes!

Prácticamente todos los litigios internacionales sobre propiedad intelectual son difíciles. La mediación en controversias internacionales de PI funciona mejor cuando cada persona implicada está preparada a conciencia y pone sobre la mesa todas sus habilidades interpersonales, sensibilidad cultural, paciencia, mentalidad abierta, creatividad y compromiso.



En *We Must Talk, Because We Can*, David Plant se centra en el proceso de mediación y en el mediador, el cliente y el abogado.

La mediación, desde el punto de vista del Sr. Plant, es una negociación centrada en los diferentes intereses y facilitada por una tercera persona: el mediador. Su objetivo es ayudarle -cualquiera que sea su papel- a prepararse y participar en dicha mediación al nivel más productivo.

Costos e información: Silvia Urrutia Castillo, Área de publicaciones
Tels. (55) 5687 2203, 5687 2507 y 5687 2601
surrutia@iccmex.org.mx

El Futuro de los MASC en México

En México, el concepto de "Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias" (MASC) surgió como respuesta a la necesidad de descentralizar la resolución de conflictos y ofrecer una opción más accesible para aquellas partes que buscan evitar un largo proceso judicial sobre sus disputas legales.

Este enfoque se ha desarrollado en un contexto en el que el monopolio de los jueces y magistrados en la resolución de conflictos ha sido cuestionado en el sentido de ser rígido y formal.

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 fue un hito significativo en el reconocimiento oficial de los MASC en el sistema judicial mexicano. Esta reforma modificó el tercer párrafo del artículo 17 Constitucional para incorporar expresamente los mecanismos alternativos de solución de controversias, con el objetivo de acercar a la población a métodos alternativos al sistema judicial tradicional y garantizar el cumplimiento de la obligación constitucional de brindar una justicia pronta y expedita.

Es importante destacar que los MASC están diseñados para coexistir con los procesos y procedimientos judiciales y jurisdiccionales existentes, en lugar de reemplazarlos. Su objetivo es ofrecer una opción adicional para la resolución de disputas, brindando a las partes involucradas la oportunidad de resolver sus diferencias de manera menos formal, más económica y rápida.

Los métodos establecidos en los MASC incluyen la mediación, la conciliación, el arbitraje, entre otros. Estos métodos son menos adversariales que los procesos judiciales tradicionales y fomentan la colaboración y la negociación entre las partes. Además, su naturaleza menos formal y su enfoque en el consenso hacen que sean más atractivos para resolver una amplia gama de disputas.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que la efectividad de los MASC depende en gran medida de la voluntad de las partes involucradas para someterse a estos mecanismos alternativos. Si bien ofrecen numerosos beneficios, como la rapidez y la economía, su éxito requiere la cooperación, seriedad y el compromiso de todas las partes.

Los MASC representan una herramienta valiosa para promover la justicia pronta y expedita en México, al tiempo que ofrecen una alternativa efectiva y eficiente para la resolución de disputas legales. Su reconocimiento constitucional y su creciente

Armando Arenas

Socio en Olivares Mexico City



aceptación en la sociedad pretenden mejorar el acceso a la justicia.

Con la entrada en vigor el 26 de enero de 2024 de la nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, se promueven acuerdos rápidos entre las partes, fomentando la resolución anticipada de disputas para evitar litigios prolongados y costosos, abarcando en entre otras las materias civil y administrativa, en las cuales nos enfocaremos mas adelante, siendo más rígido el sistema en el caso de la materia administrativa.

Esta nueva Ley General tiene el efecto de marcar una PAUTA o modelo para las legislaciones locales y federales, en las materias mencionadas, incluyendo las correspondientes a Tribunales Locales y Federales en materia Administrativa y Civil, por lo que esta ley ofrece nuevas posibilidades en dos materias y dos ámbitos de aplicación, el federal y el local.

Si observamos los datos contenidos en los censos nacionales de impartición de justicia estatales y federales del año 2023 realizados por el INEGI, es evidente que los tribunales mexicanos, tanto a nivel local como federal, están completamente saturados en todas las áreas.

[Consulta aquí las notas y bibliografía de este artículo.](#)

Las personas físicas y jurídicas suelen recurrir a los tribunales para resolver sus conflictos a través de litigios, no en caso de autoridades administrativas, pues el sistema no permitía el uso de MASC a las autoridades administrativas y más con el objeto de poder llegar a un acuerdo, ya sea antes o después de ya dictada una sentencia.

La saturación en casos comunes o que son susceptibles de llegar a un acuerdo, por lo general son llevados a un trámite largo, cuando en realidad las partes, con la voluntad y negociación adecuados podrían arreglar el problema de manera más ágil y con un costo menor, lo cual tiene diversos impactos en las materias civil y administrativa, dando acceso a un sistema en el que la autoridad puede negociar y llegar a un acuerdo benéfico.

Es de destacar que esta nueva ley que, es de observancia en todo el territorio nacional, requerirá que los representantes de las partes en los procedimientos contenciosos estén preparados para asesorar adecuadamente a sus clientes respecto a solicitudes de atención y acceso al trámite de estos mecanismos o bien informar de la posibilidad de solicitarlo, debido a que estas peticiones podrán presentarse antes de que se dicte resolución o tramitarse incluso después de ser dictada sentencia de fondo.

Asimismo, la tramitación de estos mecanismos estará a cargo de una figura nueva que la ley denomina como “facilitador”, quien examinará la controversia y determinará si es susceptible de ser tramitada dichos MASC y de ser así, se tramitará de forma paralela al procedimiento contencioso, el cual suspenderá el trámite de los procedimientos.

Por otra parte, las autoridades jurisdiccionales tienen la obligación de informar a las partes del derecho que tiene en cualquier momento de acudir al Centro Público de Mecanismos de Solución de Controversias para resolver el conflicto mediante la negociación y firma de un Convenio.

Damos la bienvenida a esta nueva ley como una herramienta legal que seguramente ayudará a los particulares y al sistema de justicia en México a resolver muchas y muy variadas controversias, de manera que analizaremos brevemente algunas particularidades del funcionamiento de estos mecanismos en las materias civil y administrativa.

Solución de Conflictos en Materia Civil

Como se ha establecido en la nueva Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, tanto particulares como personas jurídicas pueden

solicitar el procedimiento alternativo de resolución de disputas en Centros Públicos o Privados especializados, ya sea verbalmente, por escrito o a través de medios electrónicos.

Esta disposición refleja el compromiso del legislador de brindar a los ciudadanos y empresas una amplia gama de opciones para la resolución de sus controversias legales, adaptadas a las necesidades del caso.

Al presentar la solicitud para iniciar el procedimiento, es necesario proporcionar información detallada sobre el solicitante y las demás partes involucradas en la disputa. Esta información es fundamental para asegurar una comunicación efectiva y transparente entre las partes y facilitar el proceso de resolución de disputas. Además, el intercambio de información completa y precisa desde el inicio del procedimiento ayuda a establecer una base sólida para la negociación y el acuerdo futuro.

En los casos en que la controversia no esté vinculada a un proceso judicial en curso, la Ley establece la posibilidad de llevar a cabo tres o más sesiones con el objetivo de alcanzar un acuerdo entre las partes. Esta disposición reconoce la importancia de proporcionar un tiempo adecuado y suficiente para que las partes exploren todas las opciones disponibles y lleguen a una solución que sea mutuamente beneficiosa y satisfactoria.

La nueva Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias promete un marco legal claro y completo para la utilización de estos mecanismos en México, asegurando que tanto particulares como personas jurídicas tengan acceso a procedimientos justos, eficientes y transparentes para la resolución de sus disputas legales. Al establecer normas claras y procedimientos estandarizados, la Ley busca promover la confianza en estos mecanismos y fomentar su uso como una alternativa efectiva y accesible al sistema judicial tradicional.

Cuando una disputa ya está siendo tramitada en un proceso judicial, el inicio de un procedimiento de mecanismos alternativos de solución suspende dicho proceso, ofreciendo una pausa estratégica que prioriza la búsqueda de una resolución pacífica.

Esta pausa permite a las partes involucradas explorar vías alternativas para resolver sus diferencias de manera más colaborativa y menos adversarial. Es importante destacar que la participación en estos mecanismos es voluntaria y debe llevarse a cabo de buena fe, lo que significa que las partes deben comprometerse sinceramente a buscar una solución mutuamente aceptable.

Sin embargo, es crucial tener en cuenta que la suspensión del proceso judicial no afecta los efectos de las medidas provisionales que hayan sido dictadas en el mismo, disposición que es relevante para evitar que se vulneren derechos y se provoque la dilación de los juicios. Estas medidas siguen siendo plenamente efectivas y vinculantes durante el proceso de resolución alternativa de disputas, garantizando así la protección de los derechos e intereses de las partes involucradas. En última instancia, esta integración de los mecanismos alternativos con el proceso judicial tradicional permite una mayor flexibilidad y adaptabilidad en la búsqueda de soluciones a las controversias legales.

En los mecanismos alternativos, un facilitador guía a las partes para llegar a un acuerdo, fomentando una negociación saludable. Las partes exponen sus puntos de vista, pudiendo apoyarse en peritos o expertos en áreas especializadas, con el objetivo de llegar a un acuerdo voluntario.

El convenio alcanzado entre las partes debe especificar las obligaciones de cada una, así como la forma, tiempo y lugar de cumplimiento, los efectos del incumplimiento y los procedimientos para hacer valer el acuerdo en la vía judicial si es necesario.

Los convenios que cumplen con los principios y las obligaciones establecidos en la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, y que son registrados e inscritos en el Sistema de Convenios correspondiente, tienen efectos de cosa juzgada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y otras disposiciones aplicables.

La cosa juzgada, otorga a un convenio o pacto registrado conforme a la nueva Ley el estatus o nivel de cosa juzgada, lo que significa que dicho acuerdo está protegido por este principio jurídico. El propósito de la cosa juzgada es respaldar las decisiones judiciales, garantizando su cumplimiento por parte de las partes involucradas y permitiendo que dichas decisiones sean vinculantes para terceros, es decir, que tengan validez fuera del ámbito del procedimiento judicial.

Este principio también asegura que una vez agotados los recursos legales o si estos no se han ejercido por las partes contendientes, la decisión judicial no pueda ser impugnada ante ninguna autoridad.

Cuando se aplica el principio de cosa juzgada a los pactos o convenios derivados de mecanismos alternativos de resolución de controversias, implica que todo lo acordado en el convenio, incluyendo la identidad de las partes, las obligaciones así como las consecuencias del incumplimiento, no pueden ser modificados ni discutidos.

Esto significa que las partes no pueden negociar ni revisar ningún aspecto del pacto una vez que ha sido establecido.

En esencia, el convenio adquiere un estatus equivalente a una decisión judicial, lo que permite a las partes, bajo la orientación de un facilitador, diseñar la relación jurídica en su totalidad, incluso en lo que respecta a posibles incumplimientos. Esto proporciona un beneficio genuino a las partes al brindarles un marco seguro y predecible para resolver sus disputas de manera efectiva.

Solución de Conflictos en Materia Administrativa

Al igual que en materia civil, los MASC pueden resolver una controversia antes o durante la tramitación de procedimientos administrativos, siempre y cuando el conflicto sea susceptible de transacción y se cuente con la autorización mediante dictamen de la autoridad administrativa que se trate.

En este nuevo escenario, desde las personas físicas, morales, organismos de la administración pública estatal y federal, hasta los organismos constitucionales autónomos pueden acudir a los MASC para la solución de controversias de carácter administrativo.

La tarea de impulsar, fomentar y difundir el uso de los MASC, además de crear centros públicos para su aplicación, disponer de infraestructura tecnológica necesaria, habilitar áreas de atención al público y campañas de difusión entre mas responsabilidades, recae al Tribunal Federal de Justicia Administrativa y los Tribunales de Justicia Administrativa de las Entidades Federativas.

La nueva Ley establece que para los casos en que las leyes no prevean el trámite de mecanismos alternativos de solución de controversias, se aplicarán las disposiciones de esta Ley o en su caso las leyes locales correspondientes. Además, se señala la necesidad de que las partes que representen a la administración pública acrediten su personalidad jurídica y facultades para transigir en los asuntos correspondientes.

Así mismo, los medios alternativos en materia administrativa se pueden iniciar dentro y fuera del procedimiento contencioso administrativo, ya sea federal o local, sin embargo, se debe obtener la autorización de la autoridad y la viabilidad técnica-jurídica.

Las partes involucradas en una controversia administrativa tienen la opción de solicitar la tramitación de MASC de dos maneras:

- Fuera del procedimiento contencioso administrativo, presentando la solicitud personalmente o a través de un representante legal, físicamente o de forma digital.
- Dentro del procedimiento contencioso administrativo, ya sea durante su sustanciación o en la etapa de ejecución de sentencia, presentando un escrito dirigido a la autoridad jurisdiccional que conozca del asunto o ante la oficialía de partes del Centro Público de MASC correspondiente.

Una vez recibida la solicitud, se turna a la persona facilitadora correspondiente, quien examinará la controversia para determinar si es susceptible de ser tramitada a través de MASC.

Si la controversia no es apta para MASC, se comunica esta decisión a las partes.

Si el magistrado instructor considera que la controversia puede resolverse mediante MASC, notificará a las partes para ofrecerles esta opción. Las partes deben manifestar su voluntad de participar en el procedimiento de MASC por escrito en un plazo de cinco días. Si una parte no responde, se considera como una negativa.

La persona facilitadora notificará al magistrado instructor de la celebración del acuerdo de aceptación, quien decretará, de manera fundada y motivada, las medidas cautelares necesarias cuando no se opongan a la Ley y solicitará a la instrucción la suspensión del proceso. Dicha suspensión no podrá exceder de tres meses, salvo que, por el estado que guarda el mecanismo alternativo, se determine ampliar por una sola ocasión el plazo, hasta por otros tres meses.

Se destaca que esta nueva legislación es bastante clara en referir que casos no son susceptibles de ser resueltos a través de estos métodos alternativos, la Ley también establece las circunstancias en las cuales no se puede dar trámite a los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) en el ámbito administrativo.

1. Resoluciones definitivas de sanciones administrativas:

- No se permite el uso de MASC para impugnar resoluciones definitivas que impongan sanciones administrativas a los servidores públicos. Sin embargo, se exceptúan situaciones relacionadas con la modalidad, forma, monto o plazos para el pago de las sanciones económicas, así como el periodo de suspensión, destitución o inhabilitación determinados.

2. Materias agrarias:

- Las disputas relacionadas con temas agrarios deben ser tramitadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual implica que no pueden ser sometidas a MASC.

3. Materias previstas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior:

- Las materias contempladas en el artículo 94 de la Ley de Comercio Exterior respecto al recurso de revocación, con excepción de ciertos aspectos como la aplicación de cuotas compensatorias definitivas o la modalidad, plazos, facilidades de pago y condonación de multas y accesorios.

4. Afectación de programas o metas administrativas:

- Si la aplicación de MASC afecta los programas o metas de la Administración Pública Centralizada, Descentralizada en el ámbito Federal y Local, así como de los Órganos Constitucionales Autónomos, no se permite su utilización.

5. Atentado contra el orden público:

- Situaciones que atenten contra el orden público no pueden ser resueltas mediante MASC.

6. Afectación de derechos de terceros:

- Cuando el uso de MASC afecte los derechos de terceros, tampoco es viable su aplicación.

7. Controversias laborales con la Administración Pública:

- Las disputas laborales con la Administración Pública deben seguir el procedimiento establecido por el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley Federal del Trabajo, excluyendo así la posibilidad de utilizar MASC.

8. Controversias planteadas por autoridades administrativas:

- Si las autoridades administrativas plantean controversias respecto a resoluciones administrativas favorables a un particular y consideran que son contrarias a la ley, estas situaciones no pueden ser resueltas mediante MASC.

Como lo podemos observar, se establecen una serie de casos en los cuales no se permite utilizar los mecanismos alternativos de solución de controversias en el ámbito administrativo, lo cual por un lado garantiza la adecuada aplicación de la ley y protegiendo los derechos de las partes involucradas e inclusive derechos de terceros o el interés público.

La Nueva Ley impone la obligación de los Tribunales de Justicia Administrativa de disponer la instrumentación, publicación y actualización de un Registro de Personas Facilitadoras que ayuden en la tramitación de estos medios alternos y un Sistema de convenios, respectivamente, para garantizar la transparencia y el buen funcionamiento de los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Conclusión.

El nuevo paradigma de los MASC para el futuro próximo en el país impone un reto a los legisladores locales y federales para que, en el término de un año contado a partir de la entrada en vigor de esta nueva Ley, actualicen la normativa aplicable, materialicen el funcionamiento y den forma a los parámetros otorgados por esta Ley General.

También se impone un reto a los litigantes en materias civil y administrativa con la consigna de estar bien preparados para la posible aplicación de estos mecanismos alternativos, pues, como ya se ha mencionado antes, si la tramitación de estos mecanismos se da en pleno juicio, el juicio estará suspendido y en materia administrativa, tal suspensión podría extenderse generalmente por tres meses, pero si el mecanismo aún se encuentra en trámite, dependiendo de su estado se podría extender el término hasta por otros tres meses, conservando las medidas provisionales que se hayan dictado antes y durante del procesamiento de una solicitud para la aplicación de los MASC.

Para los casos en materia administrativa, esta nueva Ley General acota el marco de aplicación de los MASC, por lo que el abogado litigante debe estar atento al dar consejo a sus clientes, ya que la aplicación de estos medios alternativos no es para todos los conflictos administrativos que se puedan suscitar, además de que es crucial la temporalidad con la que se solicite la posible resolución de la controversia por estos mecanismos alternos.

De esta forma su implementación y efectividad estará a prueba durante los siguientes años y serán las partes junto con las autoridades quienes irán delineando su correcta y efectiva observancia.

Resumen.

El artículo "El Futuro de los MASC en México" analiza preliminarmente el impacto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC) en el sistema judicial mexicano. Comenzando con una visión general de la implementación de los MASC en respuesta a la necesidad de descentralizar la resolución de conflictos y ofrecer alternativas más accesibles que los procesos judiciales tradicionales, el artículo destaca la importancia de la reforma constitucional de 2008 que reconoció oficialmente estos mecanismos.

Se destaca que los MASC están diseñados para complementar, no reemplazar, los procesos judiciales existentes, ofreciendo una opción menos formal, más rápida y económica para resolver disputas legales. La nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, que entró en vigor el 29 de enero de 2024, promueve acuerdos rápidos entre las partes, especialmente en las áreas civil y administrativa. En cuanto a la solución de conflictos en materia civil, la ley establece procedimientos claros para la solicitud e implementación de MASC, priorizando la comunicación efectiva y transparente entre las partes y fomentando la negociación colaborativa para llegar a acuerdos mutuamente beneficiosos.

En el ámbito administrativo, también se promueve el uso de los MASC, pero se establecen limitaciones en ciertos casos, como las sanciones administrativas, las disputas agrarias y las afectaciones a programas administrativos o al orden público. Sin embargo, se insta a los Tribunales de Justicia Administrativa a facilitar la implementación y difusión de estos mecanismos alternativos.

En resumen, el artículo ofrece una visión detallada de cómo los MASC están siendo incorporados en el sistema legal mexicano, proporcionando herramientas para una resolución de disputas más rápida, eficiente y accesible tanto en el ámbito civil como en el administrativo.



El Impacto Acumulativo de los Cambios: ¿Teoría o Realidad?

Francisco R. Vera Hernandez

Gerente de Coordinación Técnica en Four-C Experts

I. Resumen

Este artículo aborda el fenómeno del "impacto acumulativo" de los cambios en los trabajos no modificados en el sector de la construcción, así como su relación con la pérdida de productividad laboral, desde una perspectiva técnica respaldada por decisiones legales en casos destacados y las prácticas recomendadas de la industria en cuanto al derecho de reclamación por impacto acumulativo.

II. Introducción

Las Cortes de EE.UU. han reconocido reclamaciones de pérdida de productividad por impacto acumulativo desde hace ya algunas décadas, sin embargo, consideramos que en Latinoamérica todavía persiste una confusión sobre la naturaleza del fenómeno del "impacto acumulativo" y si éste es sólo una teoría o una realidad.

En proyectos de construcción los cambios introducidos durante la ejecución pueden causar disrupciones y afectar la productividad laboral. Múltiples cambios pueden provocar un impacto acumulativo (similar a un efecto de tipo onda), que, a su vez, puede afectar la productividad laboral de los trabajos originales sin cambios. En otras palabras, el impacto acumulativo se refiere a las disrupciones causadas por un grupo no diferenciado de cambios que pueden tener un efecto sinérgico tipo onda (Ripple Effect) en el trabajo no alterado, que, a su vez, puede causar una disminución en la productividad.

El impacto acumulativo de los cambios tiene como característica que es difícil de analizar en términos de relaciones espaciales o temporales. Este artículo trata de ofrecer orientación sobre las posturas antagónicas que existen en procesos de resolución de disputas en materia de construcción, sobre el llamado "impacto acumulativo" de los cambios sobre los trabajos no cambiados y su efecto sobre la productividad laboral en la construcción. Para tal efecto, el autor de este artículo se apoya en la literatura especializada, las prácticas recomendadas de la industria, los casos de referencia y nuestra propia experiencia.



No es objetivo de este artículo establecer una preferencia sobre las metodologías recomendadas para determinar la pérdida de productividad causada por un "impacto acumulativo". El artículo tampoco tiene como objetivo expresar alguna opinión sobre la responsabilidad del "impacto acumulativo" en algún caso concreto.

III. Descripción de la Disrupción, el Impacto Acumulativo y la Pérdida de Productividad

La disrupción, los impactos acumulativos de los cambios y la pérdida de productividad están directamente interconectados.

La disrupción es un concepto comúnmente utilizado en la industria de la construcción, cuando hablamos de interferencias o cambios que alteran el ritmo de ejecución de uno o varios trabajos, que causan variaciones en la productividad laboral. Durante décadas reconocidos autores, instituciones y cuerpos de conocimiento han ofrecido definiciones sobre lo que es la disrupción. Por ejemplo, la segunda edición del Protocolo de "Delay and Disruption" [1] de la Sociedad del Derecho de la Construcción del Reino Unido indica, al referirse a "disrupción", que el Protocolo se refiere a:

“La Disrupción (a diferencia de la demora) es una perturbación, un obstáculo o una interrupción de los métodos de trabajo normales de un contratista, lo que resulta en una menor eficiencia. Las reclamaciones por disrupción se relacionan con la pérdida de productividad en la ejecución de determinadas actividades laborales. Debido a la disrupción, estas actividades constructivas no pueden llevarse a cabo de la manera eficiente como razonablemente fue planificada (tanto como sea posible). La pérdida y el gasto que resulten de esa pérdida de productividad pueden ser compensables cuando fueron causados por eventos disruptivos por los cuales la otra parte es contractualmente responsable.” [2] [Traducción libre del autor]

La Asociación para el Avance de la Ingeniería de Costos (AACE International) define disrupción como:

“Una interferencia (acción o evento) con el progreso ordenado de un proyecto o actividad(es). La disrupción se ha descrito como el efecto del cambio en el trabajo no alterado y se manifiesta principalmente como impactos adversos en la productividad laboral. [...]” [3] [Traducción libre del autor]

En relación con el impacto acumulativo de los cambios, la teoría es que el efecto neto de los cambios individuales es mucho mayor que la suma de las partes individuales de dichos cambios. El impacto acumulativo también es conocido en círculos legales como la “muerte por mil cortes”. [4]

El 'impacto acumulativo' de los cambios sobre los trabajos no cambiados es un tipo de disrupción. El Instituto de la Industria de la Construcción [“Construction Industry Institute (CII)"] ha explicado la noción de impacto acumulativo de la siguiente manera:

“Cuando hay múltiples cambios en un proyecto y actúan en secuencia o simultáneamente, hay un efecto acumulativo, y este es el resultado más perjudicial para un proyecto y el más difícil de entender y gestionar. El efecto neto de los cambios individuales es mucho mayor que la suma de las partes individuales.” [5] [Traducción libre del autor]

Una analogía de la noción de impacto acumulativo es un estanque tranquilo de agua que representa un proyecto de construcción que se desarrolla sin problemas. Cuando se introduce un cambio en un trabajo, es similar a lanzar una piedra al agua y observar las ondas que se propagan. Esas ondas son el efecto que un cambio tiene en el proyecto. Cuando ocurren múltiples cambios, en diferentes momentos, se lanzan varias piedras de diferentes tamaños al estanque en diversas ubicaciones, y cada piedra que se arroja al estanque tiene su propio impacto en forma del patrón de ondas que crea.

Eventualmente, si se lanzan suficientes piedras al estanque en diferentes momentos, no hay un patrón de ondas simple. En su lugar, se crean turbulencias con los patrones de ondas de cada piedra afectando a las demás. Pronto, no hay un patrón, y la turbulencia y la interrupción se convierten en la norma del día. Luego, se necesita algo de tiempo para que todas las turbulencias se calmen en la superficie del agua para volver a ser suaves. Tal es el efecto en un proyecto de construcción cuando se experimentan múltiples impactos a lo largo del tiempo. Mientras que cada cambio o impacto, por sí solo, puede ser manejable, cuando se introducen juntos en un período relativamente corto de tiempo, se puede observar un impacto en el progreso general de prácticamente todo el trabajo. [6]



Uno de los primeros intentos de determinar empíricamente y demostrar el efecto sobre la productividad laboral, causada por la disrupción debido al impacto acumulativo de cambios sobre los trabajos no cambiados, fue el “Estudio de Leonard” realizado por Charles A. Leonard en 1988. [7] El estudio de Leonard tuvo como objetivo correlacionar las órdenes de cambio con la pérdida de productividad a través de: (a) la frecuencia de órdenes de cambio;

(b) el valor promedio de las órdenes de cambio; y (c) el porcentaje de horas de trabajo de órdenes de cambio en comparación con las horas de trabajo del alcance base (las horas del trabajo no cambiado).

Los resultados del estudio de Leonard indican la existencia de una correlación directa significativa entre el componente laboral de las órdenes de cambio y la pérdida de productividad, tanto para trabajos civiles/arquitectónicos como para trabajos eléctricos/mecánicos.

En 1995, C.W. Ibbs y W.E. Allen, trabajando bajo la guía del equipo de investigación de gestión de cambios del Instituto de la Industria de la Construcción (CII), estudiaron 104 proyectos de 35 empresas diferentes (15 contratistas y 20 propietarios), que representaban proyectos tanto con disputas como sin disputas, obras nacionales de EE. UU. e internacionales, trabajos industriales, comerciales y de infraestructura pesada. Los proyectos estudiados por Ibbs y Allen fueron más grandes en comparación con los proyectos estudiados por Leonard. El valor promedio de los proyectos estudiados por Ibbs y Allen fue de 44 millones de dólares estadounidenses. Este estudio también demostró una correlación entre el incremento de cambios y la pérdida de productividad experimentada.[8]

En 2005, Ibbs publicó un nuevo estudio basado en datos recopilados durante los siguientes nueve años posteriores al estudio de 1995. El estudio de Ibbs de 2005 consideró un total de 162 proyectos, tanto disputados como no disputados, de 93 empresas, que incluían contratistas, propietarios y firmas de diseño. El total de los proyectos del estudio fueron 49% de construcciones industriales, 35% de infraestructura pesada y carreteras y 16% construcciones comerciales.

Los proyectos se dividieron equitativamente entre 45% del sector público y 55% del sector privado. La mayoría de los proyectos fueron construidos utilizando el método tradicional IPC (Ingeniería, Procura y Construcción). El estudio agregó curvas que consideran la disminución de la productividad laboral en función de que tan temprano o tardíos fueron introducidos los cambios. El estudio actualizado de Ibbs demostró nuevamente una correlación entre el impacto acumulativo de los cambios y la pérdida de productividad.[9]

Las curvas resultantes de los estudios descritos reflejan un promedio de los impactos analizados sobre la base de la serie de proyectos estudiados. Las afectaciones reales en la productividad debido al impacto acumulativo de los cambios pueden variar dependiendo de los tipos de cambio y del momento cuando se produjeron.

No obstante, el modelo empírico de investigación y el análisis realizado a los proyectos en estos estudios especializados de la industria, confirma que existe una correlación entre el volumen de cambios en un proyecto y el impacto de éstos sobre la productividad laboral.

La práctica recomendada 25R-03 "Estimación de pérdida de productividad de mano de obra en Reclamos de Construcción" de la AACE International se centra en la identificación de los distintos métodos para estimar las pérdidas de productividad de los trabajos en los reclamos de construcción.[10]

Esta práctica recomendada de la industria indica el siguiente ranking de metodologías:

- Estudios Específicos, por ejemplo, el método de la Milla Medida;
- Estudios Comparativos;
- Estudios Especializados de la Industria, por ejemplo, los estudios de impacto acumulativo, tiempo-extra, aceleración, condiciones climatológicas, etc;
- Estudios Generales de la Industria, por ejemplo, los factores que afectan la productividad laboral sugeridos por la MCAA;
- Estudios con base en Costos, por ejemplo, el método de costo total modificado.

El fenómeno del efecto onda del impacto acumulativo de los cambios es una forma de disrupción. La Pérdida de Productividad es un efecto causado por la disrupción. Producción y Productividad no son lo mismo. En la construcción la producción es la cantidad de trabajo realizado, por ejemplo, la cantidad de tubería instalada expresada en metros lineales. La productividad laboral es la relación que existe entre la cantidad de trabajo realizado y la cantidad de recursos invertidos para lograr una unidad de trabajo. Dicho de otra forma, la productividad es una medida relativa de la eficiencia laboral. En este caso la productividad laboral es la relación entre los metros de tubería instalada y las horas-hombre invertidas en ese trabajo (metros/HH o HH/metro). En este sentido, la pérdida de productividad se manifiesta a través del gasto de más horas-hombre que las previstas para lograr una misma unidad de trabajo y tiene un impacto económico.

V.El Reconocimiento Legal de la Pérdida de Productividad debido al fenómeno del Impacto Acumulativo

El fenómeno del impacto acumulativo ha sido reconocido por Cortes Federales y Juntas de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica. Por ejemplo, en el caso de la Apelación de "Centex Bateson Construction Co.",

se definió el impacto acumulativo como “la interrupción imprevisible de la productividad resultante del efecto “sinérgico” de un grupo no diferenciado de cambios.” .” En este caso se reconoció que el impacto acumulativo se refiere como el “efecto onda” (Ripple Effect) de cambios sobre los trabajos sin cambios y que esto puede provocar una disminución en la productividad que no se analiza en términos de relaciones espaciales o temporales.[11]

En 1969 en el caso Bechtel National, Inc. contra la NASA, se estableció que se emitieron 435 modificaciones de contrato por parte del Gobierno Federal de los Estados Unidos y se generaron solicitudes de información en un proyecto de plataforma de lanzamiento móvil. La Junta de Apelaciones de Contratos llegó a la conclusión de que todas esas modificaciones eran atribuibles a las acciones u omisiones de la NASA que causaron a Bechtel una pérdida de productividad compensable.[12]

En 1990, en el caso de Atlas Construction Co., Inc. contra el Gobierno de EE.UU., el Gobierno realizó variaciones/aclaraciones de diseño y emitió diversas órdenes de cambio. La Junta de Apelaciones GSBCA reconoció la existencia de impactos acumulativos y la pérdida de productividad como resultado de las múltiples órdenes de cambio.[13]

Clark Construction Group, Inc. fue contratado para realizar trabajos mecánicos y de plomería para la construcción de un centro médico en Florida. Clark Construction demandó al Gobierno de EE.UU. y, en abril de 2000, la Junta de Apelación VABCA[14] determinó la existencia de pérdida de productividad debido a que durante la construcción del hospital, el Gobierno cambió la secuencia de la construcción de horizontal a vertical y dio respuesta tardía a las Solicitudes de Información (RFIs por sus siglas en inglés). La Junta de Apelaciones determinó que la responsabilidad y la causalidad no fueron especialmente detalladas, pero los cambios del Gobierno fueron tan extensos y generalizados que cualquier tipo de análisis de ese tipo probablemente no habría sido posible. En este caso, la pérdida de productividad fue estimada utilizando los factores de la MCAA (un estudio general de la industria).[15]

Existen más referencias de casos de éxito de reclamaciones de impacto acumulativo de los cambios sobre los trabajos no cambiados o por el efecto onda (Ripple Effect), y su relación de causalidad con la pérdida de productividad experimentada por contratistas. La siguiente tabla muestra otros casos de referencia:

Caso	Razón para la concesión
Electronics and Missile Facilities v. United States [16]	Productividad perdida causada por cambios en el movimiento de tierras.
Litton Systems, Inc., Ingalls Shipbuilding Division [17]	Un cambio fundamental en el contrato causado por múltiples órdenes de cambio.
Coley Properties Corp. v. United States [18]	Se realizó trabajo no modificado fuera de secuencia debido a numerosas órdenes de cambio.
Charles G. Williams Constr., Inc. [19]	Compensación por los costos del impacto acumulativo.
Bell BCI Co. v. United States [20]	Base razonable para una reclamación por impacto acumulativo.

También existen algunos casos de referencia de Cortes de EE.UU. que han rechazado reclamaciones de pérdida de productividad por impacto acumulativo. En estos casos en particular, los juzgadores no rechazaron el impacto acumulativo per se, sino que en esos casos el demandante no demostró un derecho contractual, la relación de causalidad o falló en demostrar la responsabilidad.

Por ejemplo, en el caso de “Coates Industrial Piping, Inc.” involucra un proyecto mecánico donde hubo retrasos en la obtención de permisos y deficiencias en el diseño, lo que resultó en un total de 157 solicitudes de órdenes de cambio. La contratista Coates Industrial Piping señaló que enfrentó desafíos significativos debido a estos cambios y retrasos, lo que afectó su productividad laboral y, presumiblemente, su rentabilidad en el proyecto.

Sin embargo, la Junta de Apelaciones decidió en este caso que no existe una prueba suficiente de un vínculo causal directo entre los cambios y la pérdida de productividad laboral experimentada por Coates Industrial Piping.[21] La Junta de Apelaciones enfatizó que el contratista tuvo cierta previsibilidad de cambios e impactos en la productividad e indicó “[...] no hay evidencia de cuál fue el impacto, cómo afectó el trabajo o a qué costo para el contratista” y “[...] la cantidad de pérdida se ofrece, en efecto, como prueba de la pérdida por la cual el propietario es responsable”.[22]

En Latinoamérica no existen casos de referencia de acceso público que aborden reclamaciones específicas sobre pérdida de productividad debido al impacto acumulativo de cambios, ya sea en decisiones judiciales o en laudos arbitrajes. Consideramos que esto no sugiere una falta de precedentes establecidos en la región sobre disputas de pérdida de productividad relacionadas con el impacto acumulativo o el efecto onda (Ripple Effect), sino sólo una cuestión de secrecía procesal o confidencialidad.

V. La Práctica Recomendada de la Industria sobre el Derecho de un Reclamo por Impacto Acumulativo

En mayo de 2023 la AACE International publicó la práctica recomendada 130R-23 “Demonstrating Entitlement to Cumulative Claims in Construction”.[23] Esta práctica recomendada ofrece orientación sobre el proceso para demostrar el derecho a reclamaciones por impacto acumulativo en un proyecto de construcción, cuando los términos de un contrato no abordan un proceso en particular para las reclamaciones por impacto acumulativo. La práctica recomendada tiene como objetivo proporcionar pautas para un proceso sugerido a utilizar al presentar una solicitud de orden de cambio o una reclamación asociada con el impacto acumulativo.

La práctica recomendada representa los conceptos que la mayoría de los profesionales consideran una buena práctica de la industria y recomiendan su uso. Esta práctica recomendada es relevante para las partes interesadas en un proyecto de construcción, ya sea el propietario, el diseñador, el contratista, el subcontratista, el gerente de construcción u otros.

Aunque esta práctica recomendada está escrita en el contexto de un contrato entre un propietario y un contratista principal, es aplicable a cualquier parte contratada para realizar trabajos en un proyecto, incluidos los contratos entre contratistas principales y sus subcontratistas.

La práctica recomendada 130R-23 establece para los reclamos de impactos acumulativos, que el contratista debe cumplir con los siguientes 7 elementos:

1. La ocurrencia del evento causal;
2. El cumplimiento de los requisitos contractuales de aviso de cambio: La práctica recomendada advierte que, una vez que el contratista se da cuenta de que una multitud de cambios está afectando su productividad, es decir, los impactos son previsibles, es esencial que el contratista notifique al propietario de sus hallazgos y que se reserve el derecho de reclamar dichos impactos en cualquier orden de cambio posterior al final del proyecto;
3. El derecho contractual: La práctica recomendada indica que el contratista debe demostrar que tiene un derecho contractual para hacer valer el reclamo por impacto acumulativo y que no fue el resultado de impactos que fueron de su responsabilidad;
4. La causalidad: La práctica recomendada advierte que la correlación entre impactos y efectos por sí sola no es suficiente para demostrar causalidad y las afirmaciones que simplemente muestran correlación no tienden a tener éxito. Incluso indica que, si se sospecha que múltiples cambios son la causa del impacto acumulativo, eso, en sí mismo, no significa que exista un impacto acumulativo. Asimismo, la práctica recomendada advierte que el enfoque de la causalidad debe hacerse en grupos bien definidos de órdenes de cambio que causaron la disrupción indirecta (el impacto acumulativo) en lugar de un puñado de órdenes de cambio individuales;
5. El esfuerzo prudente del contratista para mitigar el impacto;
6. La asignación de responsabilidad de la parte responsable de un reclamo de impacto acumulativo;
7. La cuantificación de impactos debido a la ocurrencia del impacto acumulativo debe ser razonable, precisa y respaldada.

VI. Conclusiones

El impacto acumulativo en la industria de la construcción es un fenómeno complejo que afecta la productividad laboral y está estrechamente relacionado con la disrupción en los proyectos.

El impacto acumulativo de los cambios se produce cuando múltiples cambios en un proyecto actúan en secuencia o simultáneamente, generando un efecto acumulativo, que es más perjudicial y difícil de manejar que los cambios individuales por separado. Este fenómeno se compara a menudo con la "muerte por mil cortes", ya que el efecto neto de los cambios individuales es mucho mayor que la suma de las partes.

Las investigaciones empíricas de los estudios, como los realizados por Charles A. Leonard y William Ibbs, demuestran una correlación entre el impacto acumulativo de los cambios y la pérdida de productividad laboral en proyectos de construcción. Estos estudios han permitido desarrollar prácticas recomendadas para estimar las pérdidas de productividad y cuantificar el impacto acumulativo en reclamos de construcción.

El reconocimiento legal de la pérdida de productividad debido al fenómeno del impacto acumulativo ha sido establecido por Cortes Federales y Juntas de Apelaciones en los Estados Unidos de América. Varios casos han sentado precedentes importantes al respecto. Sin embargo, también existen algunos casos donde las reclamaciones de pérdida de productividad por impacto acumulativo han sido rechazadas debido a la falta de evidencia suficiente de un vínculo causal directo entre los cambios y la pérdida de productividad experimentada por los contratistas. En estos casos, los demandantes no lograron demostrar un derecho contractual claro, la relación de causalidad o no proporcionaron pruebas suficientes de cómo los cambios afectaron el trabajo y a qué costo para el contratista.

El reconocimiento legal de la pérdida de productividad debido al impacto acumulativo es un tema establecido en EE. UU. y también debería ser válido para Latinoamérica, toda vez que el fenómeno del impacto acumulativo no tiene fronteras.

La práctica recomendada 130R-23 de la AACE International establece siete elementos clave para demostrar el derecho a reclamaciones por impacto acumulativo en proyectos de construcción. Estos elementos incluyen la identificación del evento causal, el cumplimiento de los requisitos contractuales de notificación, la demostración del derecho contractual, la prueba de causalidad entre los cambios y la pérdida de productividad, el esfuerzo prudente para mitigar el impacto, la asignación clara de responsabilidad y la cuantificación precisa del impacto.

Estas pautas proporcionan un marco sólido para las partes involucradas en proyectos de construcción, asegurando que los reclamos por impacto acumulativo estén respaldados por evidencia sólida y se cumplan los requisitos legales y contractuales.

En conclusión, el impacto acumulativo es un fenómeno real en la industria de la construcción que puede causar pérdida de productividad. Comprender y gestionar los efectos de este fenómeno es fundamental para el éxito de los proyectos de construcción y evitar disputas.



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.



ICC
Mexico



ICC
Dispute Resolution
Services



ICC Mexican Arbitration Day

4 de julio

[Regístrate aquí](#)



Hotel Four Seasons
Ciudad de México



-  iccmex.mx
-  twitter.com/ICCMEXICO
-  [ICC México](#)
-  [flickr.com/photos/iccmexico/](https://www.flickr.com/photos/iccmexico/)
-  [instagram.com/iccmexico/](https://www.instagram.com/iccmexico/)
-  [facebook.com/icc.wbo.mx/](https://www.facebook.com/icc.wbo.mx/)

Maricopa 10, Piso 6, Col. Nápoles
Benito Juárez, Ciudad de México 03810, México